

منهاج الفقهامة

التعليق على مكاسب الشيخ الأعظم

المحقق الفذّ آية الله العظمى

السيد محمد صادق الحسيني الرُّوحاني

مدّ ظلّه العالي

الجزء الرابع



موسوعة الإمام الرضا منهاج المكاسب

الجزء الرابع

- ✓ تاريخ النشر: ١٤٣١ هـ. ق = ١٣٨٩ هـ. ش = ٢٠١٠ م
✓ الطبعة: السادسة (الاولى من الناشر)
✓ الكمية: ٣٠٠٠ نسخة
✓ الصفحة: ٤٦٩
✓ المطبعة: دژ
✓ الناشر: كلبه شروق - ايران: قم المقدسه (تلفاكس: ٧٧٤١٤٢٣)
✓ الشايك: ٩٧٨-٩٦٤-٧٢٥٥-١٣-٤
✓ السعر: ٢٤٠٠٠ تومان (سعر المجموعة)

روحاني، محمدصادق، ١٣٠٣ - شارح
منهاج الفقاهه: التعليق على مكاسب الشيخ الاعظم / السيد محمد صادق الحسيني الروحاني. - قم: كلبه شروق، ١٤٣١ ق. = ٢٠١٠ م.
١٣٨٩ =
ع.ج.
- (دوره) ٧-٠٩-٧٢٥٥-٩٦٤-٩٧٨
××× (ج. ٤) ٤-١٣-٧٢٥٥-٩٦٤-٩٧٨
فهرست نویسی بر اساس اطلاعات فیبا.
كتاب حاضر شرح كتاب «المكاسب» شيخ مرتضى انصاری است.
مندرجات: ج. ١-٢. المكاسب المحرمه. - ج. ٣-٤. البيع. ج. ٥-٦. خيارات.
١. انصاری، مرتضى بن محمد امين، ١٢١٤ - ١٢٨١ ق. المكاسب - نقد و تفسیر. ٢. معاملات (فقه). ٣. خرید و فروش (فقه).
٤. كسب و كار حلام (فقه). الف. انصاری، مرتضى بن محمد امين، ١٢١٤ - ١٢٨١ ق. المكاسب. شرح. ب. عنوان:
المكاسب. شرح
٧٠٢٤ م ٨ الف / ١ / ١٩٠ BP ٢٩٧/٣٧٢٢
١٣٨٩

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله على ما أولانا من التفقه في الدين والهداية إلى الحق المبين، وأفضل صلواته وأكمل تسليماته على رسوله، صاحب الشريعة الخالدة، وعلى آله العلماء بالله، الأئمة على حلاله وحرامه، سيما بقبّة الله في الأرضين، أرواح من سواه فداه. وبعد: فهذا هو الجزء الرابع من كتابنا «منهاج الفقاهة» وقد وفقنا إلى طبعه، راجياً من الله سبحانه وتعالى أن يوفقنا لنشر بقية المجلدات، فإنه وليّ التوفيق.

مسألة: ومن شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع^١، فعقد الفضولي لا يصح^٢ أي لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم. وهذا مراد من جعل الملك وما في حكمه شرطاً، ثم فرغ عليه بأن بيع الفضولي موقوف على الإجازة، كما في «القواعد»، فاعترض «جامع المقاصد» عليه: (بأن التفرغ في غير محلّه)، لعلّه في غير محلّه، وكيف كان، فالمهمّ التعرّض لمسألة عقد الفضولي التي هي من أهمّ المسائل:

فنقول: اختلف الأصحاب وغيرهم في بيع الفضولي، بل مطلق عقده، بعد اتّفاهم على بطلان إيقاعه^٣، كما في «غاية المراد» على أقوال:

بيع الفضولي

١. قوله: (ومن شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع).

أقول: وتنقيح القول بالبحث في مواضع، وقبل الشروع فيها لابدّ من التنبيه على جهات:

الجهة الأولى: أنّ الكلام في المقام ليس في ترتّب اللزوم على عقد الفضولي وعدمه، بل في صحّته الفعلية وعدمها، وأنّه هل يترتب عليه الأثر أم لا؟ فما في «المكاسب» من تفسير عدم صحّته بعدم ترتّب اللزوم على عقده، كأنّه سهو من قلمه الشريف.

٢. الجهة الثانية: أنّ المصنّف رحمته الله أرسل عدم جريان الفضولي في الإيقاعات إرسال المسلّمات، ونقل دعوى الإجماع عليه من غاية المراد.

والحقّ أن يقال: إنّه إن بنينا على بطلان الفضولي على القاعدة في العقود، وخرجنا عنها لدليل خاصّ، فلا يصحّ إيقاع الفضولي لعدم الدليل.

وأما بناءً على صحّته مع الإجازة على القاعدة، فلا وجه لما أفاده، وذلك لأنّه لم يذكر دليلاً على بطلان إيقاعه عموماً سوى الإجماع.

ويرد عليه أولاً: إنّه غير ثابت، بل المتتبع يقف على شواهد يطمئنّ بعدمه، فإنّ ظاهر جمع منهم وصريح آخرين البناء على صحّته مع الإجازة في جملة من الموارد، كالوصيّة بما زاد على الثلث بناءً على أنّها إيقاع، وعتق الراهن العبد المرهون، وعتق المرتهن

والمراد بالفضولي^١ - كما ذكره الشَّهيد - هو: (الكامل الغير المالك للتصرف ولو كان غاصباً). وفي كلام بعض العامة: (أنَّه العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه)، وقد يوصف به نفس العقد، ولعلَّه تسامح. وكيف كان، فيشمل العقد الصادر من الباكرة الرشيده بدون إذن الولي، ومن المالك إذ لم يملك التصرف لتعلق حق الغير بالمال، كما يؤمى إليه استدلالهم لفساد الفضولي بما دلَّ على المنع من نكاح الباكرة بغير إذن وليها، وحينئذ فيشمل بيع الزاهن والسفيه ونحوهما، وبيع العبد بدون إذن السيد. وكيف كان،

إياه وغير ذلك من الموارد، ولذا قال في «الجواهر»: (بل عرفت ممَّا قدَّمناه جريانه في العقود وغيرها من الأفعال كالقبض ونحوه، والأقوال التي رتب الشارع عليها الأحكام إلا ما خرج بالدليل، كما أومى إليه في شرح الأستاذ).

وثانياً: إنَّه لو ثبت فليس إجماعاً تعدياً كاشفاً عن رأي المعصوم، فلا يستند إليه.

١. الجهة الثالثة: أنَّ الفضول جمع الفضل، وهو القيام بعمل لا علاقة له به، ولا يرتبط به، والفضول من الجموع التي جاءت بمعنى المفرد، إذا استندت إلى الشخص، فهو يطلق على من يقوم بعمل لا يرتبط به ولا يخصه. وليس له في الاصطلاح معنى خاص، بل هو عبارة عمَّن يعامل معاملة لا يكون مالكا لها، إمَّا لعدم مالكيته للعين التي هي مورد المعاملة كبيع مال الغير، أو لتعلق حق الغير بالعين كالمرهون، أو لمنع الشارع عنها إلا بإذن شخص خاص كنكاح بنت الأخ، حيث أنَّه يعتبر في صحته إذن عمته لو كانت زوجته.

ويترتب على ما ذكرناه أمران:

أحدهما: أنَّ الأولى التعبير ببيع الفضولي بنحو الإضافة لا البيع الفضولي بنحو التوصيف.

ثانيهما: أنَّ مراد المصنَّف عليه السلام بقوله: (أن يكونا مالكين) إن كانت مالكيتهما للتصرف مغنية عن ذكر قسيمه، وإن كانت مالكيتهما للعين فيرد عليه، أنَّ مجرد ذلك لا يكفي مع عدم مالكيتهما للتصرف، لتعلق حق الغير مثلاً بما هو مورد المعاملة.

فالظاهر شموله لما إذا تحقق رضا المالك للتصرف باطناً وطيب نفسه بالعقد، من دون حصول إذن منه صريحاً أو فحواً^١، لأنَّ العاقد لا يصير مالكاً للتصرف، ومسلاً عليه بمجرد علمه برضا المالك. ويؤيده اشتراطهم في لزوم العقد كون العاقد مالكاً أو مأذوناً أو ولياً، وفرّغوا عليه بيع الفضولي.

ويؤيده أيضاً استدلالهم على صحّة الفضوليّ بحديث عروة البارقي، مع أنّ الظاهر علمه برضا النبي ﷺ بما يفعله، وإن كان الذي يقوى في النفس - لولا خروجه عن ظاهر الأصحاب - عدم توقّفه على الإجازة اللاحقة، بل يكفي فيه رضا المالك المقرون بالعقد،

١. هذه هي الجهة الرابعة: وهي أنّه هل يشمل عقد الفضولي العقد المقرون برضا المالك، من دون إذن منه صريحاً أو فحواً كما هو المنسوب إلى ظاهر الأصحاب؟ أم لا يشمل، بل يكفي مجرد رضاه في صحّة العقد، وترتب أثره كما اختاره المصنّف رحمه الله؟

أم يفصل بين ما إذا كانت الإجازة لتتحقق استناد العقد الى من يملك التصرف حتّى يكون العقد عقده فلا يكفي، وبين ما إذا كانت لجهة أخرى كالعين المرهونة إذا باعها مالكاها، فإنّ إجازة المرتهن ليست لأجل تحقق استناد العقد إليه، بل لأنّ العين وثيقته كما اختاره السيّد الفقيه؟ وجوه:

وقد استدللّ للثاني بوجوه:

الوجه الأوّل: عموم وجوب الوفاء بالعقود^(١).

وأورد عليه جمع منهم المحقّق النائيني رحمه الله: بأنّ مقابلة الجمع بالجمع تقتضي التوزيع، أي كلّ مكلف يجب عليه الوفاء بعقده، وعقد الفضولي لا يكون عقد المالك بمجرد رضاه، لأنّ كونه عقداً له يتوقّف على مباشرته أو نيابة الغير عنه بالإذن أو الإجازة، بعد صدور العقد من الفضولي.

وفيه أوّلاً: إنّ هذا لو تمّ لاقتضى البناء على القول الثالث لا الأوّل.

وثانياً: إنّ لا يتمّ، فإنّ المراد من الاستناد ليس هو بنحو يصدق عليه أنّه أوجد العقد، لأنّه لا يصدق مع الإجازة، بل مع الإذن الذي حقيقته الترخيص، وإظهار الرضا

سواء علم به العاقد أو انكشف بعد العقد حصوله حينه، أو لم ينكشف أصلاً، فيجب على المالك فيما بينه وبين الله تعالى إمضاء ما رضي به، وبترتيب الآثار عليه، لعموم وجوب الوفاء بالعقود، وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^١، و«لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه»^٢، وما دلّ أنّ علم المولى بنكاح العبد وسكوته، إقرار منه، ورواية عروة البارقي الآتية، حيث أقبض المبيع وقبض الدينار؛ لعلمه برضا النبي ﷺ. ولو كان فضولياً موقوفاً على الإجازة لم يجز التصرف في المعوض والعوض بالقبض والإقباض وتقرير النبي ﷺ له على ما فعل، دليل على جوازه، هذا

به، لتوقف صدقه على كون الفعل صادراً عنه بالمباشرة أو التسبيب، وشيء منهما ليس في مورد الإذن، فضلاً عن الإجازة، بل المراد منه هو الاستناد، بمعنى أنه عقده وبسيعه كما هو الظاهر من الآية الشريفة، فإنّ ظاهر قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ عقودكم لا ما عقدتم، وعليه فهذا المعنى من الاستناد كما يتحقق بالإجازة - التي حقيقتها إظهار الرضا بما وقع - يتحقق بالرضا به.

وبالجملة: المعنى المصدرى لا يستند إلى المجيز ولا إلى الراضي، بل ولا إلى الآذن، والمعنى الاسم المصدرى ينسب إليه بمجرد الرضا.

ودعوى: أنّ الإجازة التزام بالعقد، ولذا لا يصحّ من غير المالك بخلاف الرضا، ولذا يصحّ رضا الأجنبي بالعقد.

مردودة: لأنّ الالتزام بالعقد لا يتصور له معناً سوى الرضا به. وبما ذكرناه ظهر صحّة الاستدلال بقوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١). ولا يرد عليه ما أورده جمع من أنّ البيع - لا سيما المعنى المصدرى منه - لا ينتسب إلى المالك بمجرد الرضا.

١. الوجه الثاني: ممّا استدللّ به المصنّف ﷺ، قوله تعالى: ﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٢).

وأورد عليه بما أورده على سابقه، والجواب الجواب.

٢. الوجه الثالث: ما دلّ على أنه: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»^(٣).

(١) البقرة، ٢٧٥، (٢) النساء، ٢٩.

(٣) راجع الوسائل باب ٣ من أبواب مكان المصلي والمستدرک ج ١ ص ٢١٢ وفروع الكافي ج ١ ص ٤٢٦.

مع أنّ كلمات الأصحاب في بعض المقامات يظهر منه خروج هذا الفرض عن الفضولي، وعدم وقوفه على الإجازة، مثل قولهم في الاستدلال على الصحة: (إنّ الشرائط كلّها حاصلة لإرضا المالك)، وقولهم: (إنّ الإجازة لا يكفي فيها السكوت، لأنّه أعمّ من الرضا)، ونحو ذلك. ثمّ لو سلّم كونه فضولياً، ليكن ليس كلّ فضوليّ يتوقّف لزومه على الإجازة، لأنّه لا دليل على توقّفه مطلقاً على الإجازة اللاحقة، كما هو أحد الاحتمالات فيمن باع ملك غيره ثمّ ملكه، مع أنّه يمكن الاكتفاء في الإجازة بالرضا الحاصل

وفيه: ما تقدّم من أنّه في مقام بيان شرط الحلّية التكليفية، ولا كلام في أنّه يشمل الرضا النفساني، مع أنّه إنّما يدلّ على اعتبار الرضا لا على كفايته، والفرق واضح. الوجه الرابع: ما دلّ على أنّ علم المولى بنكاح العبد وسكوته إقراراً منه^(١). وأورد عليه جمع من الأساطين: بأنّ السكوت عن مثل النكاح له خصوصيّة، وهي كاشفيتها النوعيّة عن الرضا.

وفيه: إنّ هذه الخصوصية لا تنكر، إلّا أنّها لا توجب الفرق بين هذا الرضا المستكشف بالقرينة النوعيّة، والرضا المستكشف من قرينة خاصّة. وبالجملة: غاية ما هناك كاشفية السكوت عن الرضا، فلو لم يكن الرضا كافياً لم يكن ذلك مجدياً. وبذلك يظهر صحّة الاستدلال بما دلّ على كفاية سكوت الباكرة. الوجه الخامس: رواية عروة البارقي^(٢)، وسيأتي الكلام فيها مفصّلاً، ويمكن الاستدلال له - مضافاً إلى ذلك كلّه - بصحيح الحميري الآتي الوارد فيه قوله: «الضيعة لا يجوز ابتياعها إلّا عن مالها أو بأمره أو رضا منه»^(٣). فتحصل: أنّ الأظهر ما ذهب إليه المصنّف^{رحمته}. وبما ذكرناه ظهر مدرك القول الأوّل والجواب عنه. ودعوى: أنّ الحالات النفسانيّة غير البارزة ساقطة عن درجة الاعتبار في باب

(١) الوسائل باب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء. (٢) المستدرک باب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٣) الوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٨.

بعد البيع المذكور آنأماً، إذ وقوعه برضاه لا ينفك عن ذلك مع الإلتفات^١. ثم إنّه لو أشكل في عقود غير المالك، فلا ينبغي الإشكال في عقد العبد نكاحاً أو بيعاً، مع العلم برضا السيّد، ولو لم يأذن له، لعدم تحقّق المعصية التي هي مناط المنع في الأخبار، وعدم منافاته، لعدم استقلال العبد في التصرف.

ثمّ اعلم أنّ الفضولي قد يبيع للمالك، وقد يبيع لنفسه، وعلى الأوّل فقد لا يسبقه منع من المالك، وقد يسبقه المنع، فهنا مسائل ثلاث:

الأولى: أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك، وهذا هو المتيقّن من عقد الفضولي، والمشهور الصّحة. بل في «التذكرة» نسبه إلى علمائنا تارةً صريحاً، وأخرى ظاهراً، بقوله: (عندنا) إلاّ أنّه ذكر عقيب ذلك: (إنّ لنا فيه قولاً بالبطلان). وفي «غاية المراد»:

(حكى الصّحة عن العمّاني والمفيد والمرتضى والشّيخ في «النهاية» وسالّر والحبّي والقاضي وابن حمزة، وحكى عن الإسكافي) واستقرّ عليه رأي من تأخّر عدا فخر الدّين، وبعض متأخري المتأخّرين كالأردبيلي والسيد الدّاماد وبعض متأخري

العقود والإيقاعات.

مندفعة: بأنّ ذلك إنّما هو في المؤثّر، وهو العقد دون الشروط، ولا ريب في أنّ الرضا الباطني شرط كما عرفت. كما أنّه ظهر مدرك القول الأخير، فإنّه استدللّ لعدم الاكتفاء به في معاملة غير المالك بما تقدّم، ولكفايته في معاملة المالك بأنّ اعتبار إجازة ذي الحقّ ليس لأجل تحقّق الاستناد، بل لا اعتبار رضاه، وقد عرفت الجواب عنه.

١. وفيه: إن اكتفينا في الإجازة بالرضا، اكتفينا به في الإذن بطريق أولى.

بيع الفضولي للمالك مع عدم سبق المنع

إذا عرفت هذا فاعلم: أنّ الفضولي قد يبيع للمالك، وقد يبيع لنفسه، وعلى الأوّل فقد لا يسبقه منع من المالك، وقد يسبقه المنع، فهنا مسائل ثلاث:

المسألة الأولى: (أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك، وهذا هو المتيقّن من

المحدثين، لعموم أدلة البيع والعقود^١، لأنّ خلوه عن إذن المالك، لا يوجب سلب اسم العقد والبيع عنه، واشتراط ترتب الأثر بالرّضا، وتوقّفه عليه أيضاً لا مجال لإنكاره، فلم يبق الكلام إلّا في اشتراط سبق الإذن، وحيث لا دليل عليه، فمقتضى الاطلاقات عدمه، ومرجع ذلك كلّه الى عموم حلّ البيع ووجوب الوفاء بالعقد، خرج منه العاري عن الإذن والإجازة معاً، ولم يعلم خروج ما فقد الإذن ولحقه الإجازة.

عقد الفضولي، والمشهور الصّحة، بل عن «التذكرة»: نسبتته إلى علمائنا تارةً صريحاً وأخرى ظاهراً بقوله عندنا، إلّا أنّه ذكر عقيب ذلك: أنّ لنا فيه قولاً بالبطلان).

وفي «المكاسب»: (واستقرّ عليه رأي من تأخّر عدا فخر الدّين، وبعض متأخري المتأخّرين كالأردبيلي والسيد الداماد، وبعض متأخري المحدثين) وهو صاحب «الحدائق»، وحيث أنّ القائلين بالصّحة منهم من استند إلى القاعدة، ومنهم من استند إلى النصّ، فالأقوال في المسألة ثلاثة:

الأول: الصّحة على القاعدة.

الثاني: الصّحة بواسطة النصّ.

الثالث: البطلان.

ذهب إلى كلّ جمع.

١. وقد استدلل المصنّف^٢ للأول: بأنّ مقتضى العمومات مثل ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وغيرهما، ترتب الأثر على كلّ عقد، وقد قيّد ذلك بما دلّ على اشتراط ترتب الأثر بالرضا وتوقّفه عليه، والمتيقّن من ذلك الجامع بين الرضا السابق واللاحق، فالعقد الملحق بالرضا يشكّ في ترتب الأثر عليه، فيرجع إلى العمومات المقتضية لذلك.

وفيه أولاً: أنّه بناءً على ما أسسه في الأصول - من أنّه إذا فرض خروج بعض الأفراد في بعض الأزمنة عن العموم، ولم يكن لدليل ذلك العموم عموم أزماني بعد ذلك

وإلى ما ذكرنا يرجع استدلالهم بأنَّه عقد صدر عن أهله في محلّه، فما ذكره في «غاية المراد»: من (أنَّه من باب المصادرات) لم أتحقّق وجهه، لأنَّ كون العاقد أهلاً للعقد من حيث أنَّه بالغ عاقل لا كلام فيه، وكذا كون المبيع قابلاً للبيع فليس محلّ الكلام، إلاّ خلّو العقد عن مقارنة إذن المالك، وهو مدفوع بالأصل، ولعلّ مراد الشَّهيد أنَّ الكلام في أهليّة العاقد.

الزمان المخرج بالنسبة إلى ذلك الفرد، لا يصحّ التمسك بالعموم، بل لا بدّ من الرجوع إلى الاستصحاب - لا وجه لتمسكه بالعمومات في المقام، إذ خرج عنها العقد قبل لحوق الإجازة، لأنَّه لم يقل أحد بوجود الوفاء عليه بأن يجيزه، فبعد الإجازة يشكّ في أنَّه يجب الوفاء به، ويترتب عليه الأثر أم لا؟ فحيث أنَّه ليس لها عموم أزمني، فلا مورد للتمسك بها، بل يتعيّن الرجوع إلى الاستصحاب المقتضي لعدم ترتب الأثر. وثانياً: أنَّ الاستفادة من الأدلّة - بحسب المتفاهم العرفي كما تقدّم - لزوم انتساب العقد والمعاملة إلى المالك، وليس مفادها لزوم الوفاء بكلّ عقد.

وبالجملة: أنَّ الاستفادة منها وجوب وفاء كلّ شخص بعقد نفسه، فليس الموضوع كلّ عقد كي يصحّ التمسك بالعموم مع عدم الانتساب، وقد اعترف رحمته بذلك في مبحث الإجازة، قال: (إنّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف إلى العاقدين، ومن المعلوم أنَّ المالك لا يصير عاقداً أو بمنزله إلاّ بعد الإجازة)، فلا بدّ من تنقيح ذلك وأنَّه هل ينسب العقد والمعاملة إلى المالك بمجرد الإجازة أم لا، وقد تقدّم تقريب إضافته إليه بالإجازة في الحاشية السابقة، وحاصله أنَّ المعتبر إنّما هو استناد المسببات لا الأسباب وهي تستند إليه بالإجازة.

أقول: وعلى هذا البيان لا يرد ما أورده أَوْلأ على المصنّف، فإنّ العقد قبل الإجازة لا يكون مشمولاً للعمومات، لا أنَّه مشمول لها وخارج عنها للمخرج. وأورد السيّد الفقيه رحمته على هذا الوجه: بأنّ الإجازة لا تغيّر ما وقع عليه بحيث تنقلب النسبة، ألا ترى أنَّه لو أمر بضرب أحدٍ فضرب، صدق أنَّه ضربه، ولكن لو ضربه أحدٍ وأطلع هو عليه بعد ذلك فرضي به لما صدق أنَّه ضربه.

ويكفي في إثباتها العموم المتقدم، وقد اشتهر الاستدلال عليه بقضية عروة البارقي^١ حيث دفع إليه النبي ﷺ ديناراً، وقال له: «اشتر لنا به شاةً للأضحية، فاشترى به شاتين، ثم باع أحدهما في الطريق بدينار، فأتى النبي ﷺ بالشاة والدينار، فقال له رسول الله ﷺ: بارك الله لك في صفقة يمينك»، فإن بيعه وقع فضولاً، وإن وجَّهنا شراءه على وجه يخرج عن الفضولي^٢. هذا، ولكن لا يخفى أن الاستدلال بها يتوقف على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك في بيع الفضولي.

وفيه: إن ما ذكره ﷺ يتم في الموجودات التكوينية الخارجية كالضرب والأسباب في باب العقود والإيقاعات، ولذا ذكرنا أنها لا تستند إليه بالإجازة، ولا يتم في الموجودات الاعتبارية، وهي المسببات في المقام، فإنها تستند إليه بالإجازة، فتشملها العمومات. فتحصل: أن مقتضى العمومات صحة الفضولي.

ويمكن أن يستدل لها بالسيرة العقلانية، بضميمة عدم ردع الشارع الأقدس عنها. وأما ما أفاده المحقق الإيرواني^٣، في وجه الصحة، بأن الإجازة بنفسها إنشاء من قبل المجيز، فمع إنشاء الأصيل يعدّ عقداً تشمله العمومات.

فيرد عليه: أنه على هذا عقد فاقد للتوالي بين الإيجاب والقبول، ومقدم قبوله على إيجابه فيما إذا كان الأصيل مشترياً، فالحق ما ذكرناه. ثم إنه قد استدلل لصحة الفضولي بالأدلة الخاصة:

١. أحدها: ما تضمن قضية عروة البارقي المذكور في المتن^(١)، فإن شراءه وبيعه وقعا

فضوليين.

٢. وقد أفاد المصنف^٤ إنه يمكن توجيه شراءه بنحو يخرج عن الفضولية. ولم يذكر

التوجيه، وأفيد فيه أمور:

منها: ما أفاده المحقق النائيني^٥، وهو أنه مسبق بإذن الفحوى، حيث أن إذنه بشراء

شاةً بدينار، يقتضي إذنه ورضاه بشراء شاتين بهذا المبلغ بطريق أولى.

(١) المستدرک باب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

توضيح ذلك: أنّ الظاهر علم عروة برضا النبي ﷺ بما يفعل^١، وقد أقبض المبيع وقبض الثمن، ولا ريب أنّ الإقباض والقبض في بيع الفضولي حرام، لكونه تصرفاً في مال الغير، فلا بدّ إمّا من التزام أنّ عروة فعل الحرام في القبض والإقباض، وهو مناف لتقرير النبي ﷺ، وإمّا من القول بأنّ البيع الذي يعلم بتعقّبه للإجازة، يجوز التصرف فيه قبل الإجازة، بناءً على كون الإجازة كاشفة وسيجيء ضعفه، فيدور الأمر بين ثالث

وفيه: إنّه إن كان النبي ﷺ أعدّ ديناراً لصرفه في شراء الشاة، كان هذا متيناً، ولكنّه ﷺ إنّما أراد شاة واحدة للأضحية، ومعه لا سبيل إلى دعوى إذن الفحوى كما لا يخفى.

ومنها: ما أفاده السيّد الفقيه، وهو أنّ المراد جنس الشاة الصادق على الواحد والمتعدّد.

وفيه: مضافاً إلى أنّه خلاف الظاهر في نفسه، ياباه بيع عروة إحدى الشاتين.

ومنها: غير ذلك ممّا هو واضح الدفع.

ولكن يرد على الاستدلال به أمران:

الأمر الأوّل: أنّه ضعيف السند، لأنّه مروى من طرق العامّة، وعروة لم يوثق، مضافاً إلى نقل الشيخ ﷺ والعلامة إتياء من عرفة، والقدماء من الأصحاب لو لم يكونوا معرضين عنه، لا سبيل إلى دعوى عملهم به كي ينجبر به ضعف السند.

الأمر الثاني: أنّه يحتمل أنّ عروة من حيث كونه معدّاً لخدمة النبي ﷺ كان وكبلاً مفوضاً في أمر البيع والشراء، فلم يكن بيعه ولا شراؤه فضولياً، وحيث أنّه قضية في واقعة ولا إطلاق له، فالاحتمال يسقطه عن الاستدلال.

وقد أورد على الاستدلال به المصنّف ﷺ بإيرادين:

١. أحدهما: أنّه حيث كان عروة قبض الثمن وأقبض الشاة، ولا سبيل إلى دعوى أنّه

فعل حراماً، لمنافاته لتقرير النبي ﷺ، ولا إلى جواز التصرف في المبيع ببيع الفضولي قبل الإجازة، بناءً على كونها كاشفة لا ناقلة لما سيجيء من ضعفه، ولا إلى دعوى علم عروة برضا النبي ﷺ بإقباض ماله للمشتري حتّى يستأذن، وعلم المشتري بكون البيع

وهو جعل هذا الفرد من البيع، وهو المقرون برضا المالك، خارجاً عن الفضولي كما قلناه، ورابع وهو علم عروة برضا النبي ﷺ بإقباض ماله للمشتري حتى يستأذن، وعلم المشتري بكون البيع فضولياً حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة، وإلا فالفضولي ليس مالكاً ولا وكيلاً، فلا يستحق قبض المال. فلو كان المشتري عالماً، فله أن يستأمنه على الثمن حتى ينكشف الحال، بخلاف ما لو كان جاهلاً. ولكن الظاهر هو أول الوجهين كما لا يخفى، خصوصاً بملاحظة أن الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة^١.

وقد تقدّم أن المناط فيه مجرد المراضاة، ووصول كل من العوضين إلى صاحب الآخر، وحصوله عنده بإقباض المالك أو غيره، ولو كان صبيّاً أو حيواناً، فإذا حصل التقابض بين الفضوليين أو فضولي وغيره مقروناً برضا المالكين، ثم وصل كل من العوضين إلى صاحب الآخر وعلم برضا صاحبه، كفى في صحة التصرف، وليس هذا من معاملة الفضولي، لأن الفضولي صار آلة في الإيصال والعبارة برضا المالك

فضولياً حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة. فيتعيّن البناء على خروج المعاملة المقرونة برضا المالك عن معاملة الفضولي.

وفيه أولاً: لا وجه لاستظهار فساد الاحتمال الثالث، إذ لا سبيل له سوى دعوى كون المشتري جاهلاً وهو غير ثابت، مع أنه لو كان جاهلاً يمكن أن يكون دفع الثمن على وجه الاستئمان، بأن يدفعه على وجه الرضا المطلق، أي على جميع التقادير، على أنه إن كان مالكاً فيما أنه مالك، وإلا فيما أنه أمين. نعم، الشيخ رحمته الله لا يحتاج إلى إثبات فساده، بل مجرد الاحتمال الرابع يسقطه عن الاستدلال.

وثانياً: إن المعاملة المقرونة برضا المالك الفعلي خارجة عن الفضولية، لا المقرونة بالرضا التقديري، والمقام من قبيل الثاني.

١. ثانيهما: أن الظاهر وقوع المعاملة في مورد الرواية بنحو المعاطاة بين رسول الله ﷺ ومشتري الشاة، ويكون عروة آلة محضّة في إيصال العوضين، ويكفي في صحة

المقرون به، واستدل له أيضاً - تبعاً للشَّهيد في «الدَّروس»^١ - بصحيفة محمَّد بن قيس، عن أبي جعفر الباقر عليه السلام، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب، فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه، فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر، فقال: وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ وليدته وابنها، فناشده الذي اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك، فما رآه أبوه، قال له: أرسل ابني، قال: لا والله لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع ابنه»، الحديث .

قال في «الدَّروس»: (وفيها دلالة على صحّة الفضولي^٢ وأنّ الإجازة كاشفة)، ولا يرد عليها شيء مما يوهن الاستدلال بها، فضلاً عن أن يسقطه، وجميع ما ذكر فيها

المعاطاة وصول العوضين إلى المالكين مع رضاهما، وإن كان الموصل ممّن لا شعور له. وفيه أولاً: إن ظاهر قوله عليه السلام: «بارك الله في صفقة يمينك»، التبريك على المعاملة الصادرة منه، لا على كونه آلة في إيصال الثمن والمثمن. وثانياً: إن الكافي - على فرض القول به - القصد إلى إنشاء البيع بإيصال العوض بأيّ وجه اتّفق، وما هو موجود في المقام هو الرضا بالبيع الصادر من الغير، فالصحيح ما ذكرناه.

١. ثانيها: صحيح محمّد بن قيس المذكور في المتن^(١).

٢. وعن «الدروس»: (إنّ فيه دلالة على صحّة الفضولي).

الكلام فيه يقع في جهتين:

الأولى: في فقه الحديث.

الثانية: في دلالته على صحّة الفضولي.

أمّا الجهة الأولى: فقد يقال إنّه مشتمل على أحكام لا يمكن الالتزام بها، ولأجل ذلك يردّ علمه إلى أهله.

(١) الوسائل باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.

من الموهنات موهونة، إلا ظهور الرواية في تأثير الإجازة المسبوقه بالرد^١، من جهة ظهور المخاصمة في ذلك، وإطلاق حكم الإمام عليه السلام بتعيين أخذ الجارية، وأنها من المالك، بناءً على أنه لو لم يرد البيع وجب تقييد الأخذ بصورة اختيار الرد^٢، ومناشدة المشتري للإمام عليه السلام، وإلحاحه إليه في علاج فكك ولده، وقوله: «حتّى ترسل ابني»^٣ الظاهر في أنه حبس الولد، ولو على قيمة يوم الولادة، وحمل إمساكه الوليدة على حبسها لأجل ثمنها، كحبس ولدها على القيمة، ينافيه قوله عليه السلام: «فلما رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع الولد».

١. منها: إنه يدلّ على نفوذ الإجازة بعد الردّ، والإجماع قام على عدم نفوذها، وسيأتي الجواب عن ذلك.
٢. ومنها: حكمه عليه السلام بأخذ الوليدة وابنها من دون تقييد بعدم الإجازة. وفيه: إنه بيان للحكم في فرض عدم الإجازة. منها: حكمه عليه السلام بأخذ الوليدة وابنها قبل أن يسمع من المشتري دعواه، ولعله كان يدعي إذن السيّد أو رضاه، فكان يتعيّن تكليفه بإقامة البيّنة، ومع عدمها أن يكلف السيّد بالحلف أو ردّ الحلف، كما هو الشأن في سائر موارد المخاصمات.
- وفيه: إنه حيث كان نقل أبي جعفر عليه السلام هذه القضية لبيان أنّ البيع قابل للإجازة، لم تكن وظيفته عليه السلام بيان جميع الخصوصيّات، فلعله لم يكن المشتري مدّعيّاً للإذن أو الوكالة أو الرضا، أو أنه إنّما حكم عليه السلام بذلك بعد تكليفه بإقامة البيّنة.
- ومنها: حكمه عليه السلام بأخذ الولد مع أنه حرّ، إذ الظاهر أنّ الوطي كان بالشبهة.
- وفيه: يمكن أن يكون الأخذ لأجل تعلق حقه به، من جهة كونه نماء أمته، وإن أبيت عن استحقاق القيمة إلا على تقدير عدم الإجازة، فقد حكم عليه السلام بذلك قبل الإجازة.
٣. ومنها: حكمه بأخذ ابن السيّد، مع أنّ غاية الأمر كونه غاصباً.
- وفيه: إنه لأجل صيرورته سبباً لتلك الخسارة وغاصباً للثمن، لا مانع من ذلك

والحاصل: أنّ ظهور الرّواية في ردّ البيع أولاً ممّا لا ينكره المنصف^١، إلا أنّ الإنصاف أنّ ظهور الرواية في أنّ أصل الإجازة مجدية في الفضولي - مع قطع النظر عن الإجازة الشخصية في مورد الرواية - غير قابل للإنكار، فلا بدّ من تأويل ذلك الظاهر، لقيام القرينة وهي الإجماع على اشتراط الإجازة بعدم سبق الردّ.

والحاصل: أنّ مناط الاستدلال لو كان نفس القضية الشخصية، من جهة اشتغالها على تصحيح بيع الفضولي بالإجازة، بناءً على قاعدة اشتراك جميع القضايا المتّحدة نوعاً في الحكم الشرعي، كان ظهورها في كون الإجازة الشخصية في تلك القضية مسبوقه بالردّ، مانعاً عن الاستدلال بها، موجباً للاقتصار على موردها، لوجه علمه الإمام عليه السلام مثل كون مالك الوليدة كاذباً في دعوى عدم الإذن للولد، فاحتال عليه حيلة يصل بها الحقّ إلى صاحبه.

للتوصّل به إلى حقّه.

ومنها: تعليمه عليه السلام إياه الحيلة، مع أنّ وظيفة الحاكم ليست ذلك. وفيه أولاً: أنّه لم يثبت كون ذلك قضاوة، بل لعله كان جواباً عن المسألة، وبياناً للحكم الشرعي.

وثانياً: لم يدلّ دليل على عدم جواز تعليم الحيلة.

وأما الثانية: فقد أورد على الاستدلال به على صحّة بيع الفضولي :

١. بأنّه ظاهر في تأثير الإجازة المسبوقه بالردّ، وهو خلاف الإجماع.

والكلام في ذلك يقع في موردين:

الأول: في ظهوره في ذلك.

الثاني: في أنّه على فرض الظهور، هل يمنع من الاستدلال به على صحّة الفضولي، أم

لا؟

أما المورد الأول: فقد استند المصنّف عليه السلام في دعواه تلك إلى أمور:

أحدها: إطلاق حكمه عليه السلام بتعيين أخذ الجارية وابنها من المالك، إذ لو لم يكن راداً

للبيع، وجب تقييد الأخذ بصورة اختيار الردّ.

أما لو كان مناط الاستدلال ظهور سياق كلام الامير عليه السلام في قوله: «حُذ ابنه حتى ينفذ لك البيع»، وقول الباقر عليه السلام في مقام الحكاية: «فلما رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع ابنه»، في أنّ للمالك أن يجيز العقد الواقع على ملكه وينفذه^١، لم يقدح في ذلك ظهور الإجازة الشخصيّة في وقوعها بعد الرد، فيؤوّل ما يظهر منه الرد بإرادة عدم الجزم بالإجازة والرد، أو كون حبس الوليدة على الثمن أو نحو ذلك، وكأنّه قد اشتبه مناط الاستدلال

وفيه: إنّ مع عدم الإجازة يكون الحكم ذلك أيضاً، فلعلّه كان مردّداً في الردّ والإجازة، فحكم عليه السلام بأخذهما ما لم يجز.

ثانيها: ظهور المخاصمة في ذلك.

وفيه: أنّها ظاهرة في كراهة البيع، لا في الردّ الذي هو حلّ للعقد ورفع له، ومجرّد إظهار الكراهة الباطنيّة ليس ردّاً، بل يمكن منع ظهورها في ذلك أيضاً، إذ لعلّها كانت لأجل استحصال ثمن الجارية الذي أخذه أبوه.

ثالثها: مناشدة المشتري للإمام عليه السلام، والحاحه إليه في علاج فكاك ولده.

وفيه: أنّه حيث لم يجز البيع واستردّ ماله ونمائه إلى أن ينفكّ بأداء قيمته، طلب منه عليه السلام علاجاً ليجيز البيع.

رابعها: قوله: «حتى ترسل ابني»، الظاهر في أنّه حبس الولد ولو على قيمة يوم الولادة.

وفيه: أنّه ظاهر في عدم الإجازة لا في الردّ، إذ للمالك التصرف في ماله قبل الإجازة حتى على الكشف.

فتحصل: أنّه لا ظهور للرواية في كون الإجازة بعد الردّ، فلا استدلال به على صحّة الفضولي لا إشكال فيه.

وأما المورد الثاني: فقد ذهب السيّد الفقيه عليه السلام إلى أنّ الرواية دليل على صحّة الإجازة حتى بعد الردّ، ولا مانع من العمل بها.

وفيه: أنّه خلاف الإجماع لا يمكن المصير إليه.

١. وأفاد المصنّف عليه السلام في وجه صحّة الاستدلال به في المقام: بأنّ هذا الخبر المتضمن

على من لم يستدلّ بها في مسألة الفضوليّ، أو يكون الوجه في الإغماض عنها ضعف الدلالة المذكورة، فإنّها لا تزيد على الأشعار، ولذا لم يذكرها في «الدروس» في مسألة الفضوليّ، بل ذكرها في موضع آخر، لكن الفقيه في غنى منه بعد العمومات المتقدّمة. وربّما يستدلّ أيضاً بفحوى صحّة عقد النكاح من الفضولي في الحرّ والعبد، الثابتة بالنص^١ والإجماعات المحكيّة، فإنّ تملك بضع الغير إذا لزم بالإجازة، كان تملك ماله أولى بذلك، مضافاً إلى ما علّم من شدّة الاهتمام في عقد النكاح، لأنّه يكون منه الولد، كما في بعض الأخبار. وقد أشار إلى هذه الفحوى في «غاية المراد»، واستدلّ بها في «الرياض»، بل قال: (إنّه لولاها أشكل الحكم من جهة الإجماعات المحكيّة على المنع)،

لقوله عليه السلام: «حتّى ينفذ لك البيع»، وقوله: «أجاز بيع ابنه»، ظاهر في أنّ حكم الفضولي ذلك، وعليه فيتصرّف في ظهور صدره في الإجازة بعد الردّ، ويؤول بإرادة عدم الجزم بالإجازة والردّ أو غير ذلك.

وفيه: إنّ الظاهر من قول الأمير عليه السلام البيع، إرادة البيع الخاصّ الذي أوقعه الابن، وصريح قول الإمام الباقر عليه السلام ذلك، فهو ظاهر في القضيّة الشخصيّة، وحيث أنّه على هذا لا يعمل بالخبر فيما تضمّنه بحسب ظاهره، فلا بدّ من تأويله، ومعه يصير مجملاً، فلا يمكن الاستدلال به.

ودعوى: أنّه بالدلالة المطابقيّة يدلّ على صحّة الفضولي في المورد، وبالذات الاتزاميّة يدلّ على قابليّة كلّ فضولي للنفوذ بالإجازة، والإجماع المشار إليه يوجب سقوط الأولى دون الثانية.

مندفعة: بتبعيّة الدلالة الاتزاميّة للمطابقيّة وجوداً وحجّية. فتدبرّ فالحقّ ما ذكرناه.

١. ثالثها: النصوص^(١) الواردة في النكاح الدالّة على نفوذ بالإجازة.

وتقريب الاستدلال بها من وجوه:

الوجه الأوّل: بعموم التعليل الوارد في صحّة نكاح العبد بإجازة المولى - حيث

(١) الوسائل باب ٢٤ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٧ و ٧٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء وباب ٦ و ٧ و ١٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

عَلَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ بِأَنْ نِكَاحَهُ مَشْرُوعٌ ذَاتًا وَلَيْسَ مَعْصِيَةٌ لِّلَّهِ تَعَالَى، بَلْ إِنَّمَا يَكُونُ عَدَمُ نَفُوذِهِ مِنْ بَابِ كَوْنِهِ عَصِيَانًا لِلسَّيِّدِ، فَإِذَا أُجَازَ جَازٌ - فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ كُلَّ مَعَامَلَةٍ لَا تَكُونُ غَيْرَ مَشْرُوعَةٍ بِذَاتِهَا كَبَيْعِ الْخَمْرِ وَالْخَنْزِيرِ، بَلْ إِنَّمَا لَا تَكُونُ نَافِذَةً لِرِعَايَةِ حَقِّ الْغَيْرِ، تَصَحُّ بِإِجَازَةٍ مِنْ اعْتِبَارِ رِضَاهِ، فَإِنَّ كَوْنَهَا مَعْصِيَةٌ لِذَلِكَ الْغَيْرِ قَابِلَةٌ لِلزَّوَالِ بِسَبَبِ تَبَدُّلِ كِرَاهَتِهِ بِالرِّضَا.

الثاني: ما أفاده صاحب الجواهر رحمته الله، وهو أن ما ورد في نكاح الفضولي الدال على صحته بالإجازة بإطلاقه، يشمل ما إذا تضمن الصداق بيعاً، كما إذا باع شخص مال زيد من عمر وفضولاً بمائة دينار، وتزوج له هنداً بتلك الدنانير، فإطلاق تلك الأخبار يقتضي صحة هذا النكاح، ولازمه صحة البيع أيضاً، ويتم في غير هذه الصورة بالإجماع المركب.

وفيه أولاً: إن الأخبار مسوقة لبيان حكم النكاح من هذه الجهة خاصة، ولا نظر لها إلى الجهات الأخرى، فلا وجه للتمسك بإطلاقها.

وثانياً: إن النكاح لعدم توقفه على المهر - لأن بطلان المهر لا يستلزم بطلان النكاح - لا يلزم إمضائه في الفرض إمضاء البيع وإنفاذه.

الثالث: إن جملة من النصوص تدل على أن النكاح يصح بالإجازة، فإذا صح تمليك البضع بالإجازة، صح تمليك ماله بها بالأولوية، إما لأن الأول لا عوض له بخلاف الثاني، أو لأن النكاح مبني على الاحتياط وأحرى بشدة الاهتمام، لأنه يكون منه الولد.

أقول: والكلام فيه يقع في جهات:

الأولى: في ثبوت هذا الحكم في مطلق النكاح.

الثانية: في التعدي عنه إلى سائر العقود بحسب القواعد.

الثالثة: في أن الرواية التي أشار إليها المصنف هل تمنع عن هذه الأولوية أم لا؟

أما الجهة الأولى: فعن الشيخ في «المبسوط» و«الخلاف» إنكاره فيه من الأصل، وعن فخر المحققين أيضاً ذلك، وعن أبي حمزة اختصاصه بتسعة مواضع لوجود النص

فيها دون غيرها، واستشكل السيّد الفقيه في التعديّ عن تلك الموارد المخصصة، والمشهور بين الأصحاب التعديّ، بل نقل الإجماع عليه غير واحد.

والحقّ: أنّ صحّة نكاح الفضولي في الجملة ممّا لا ينبغي التوقّف فيه، لورود جملة من الأخبار^(١) في نكاح الأب لابنه، والأخ لأخيه، والعمّ لابن أخيه، والأُمّ لابنها، ونكاح الوصي، وغير ذلك من الموارد، وفيها الصحاح والموتّقات.

وأما التعديّ عن تلك الموارد إلى مطلق النكاح، فالظاهر ذلك، لأنّ غاية ما ذكر في وجه عدم التعديّ، أنّ موارد النصوص الواردة في المقام، ما بين ما يكون العاقد عاقداً لنفسه إلاّ أنّه منوط برضا الغير، وما بين ما يكون العاقد وليّاً شرعيّاً أو عرفيّاً، فالتعديّ عنهما إلى ما إذا كان العاقد عاقداً لغيره ولم يكن وليّاً يحتاج إلى دليل.

أقول: ولكنّه فاسد، وذلك لوجهين:

أحدهما: أنّ من جملة تلك النصوص ما ورد في^(٢) نكاح الأخ والعمّ، وهما ليسا عاقلين لأنفسهما، ولا ولاية لهما عرفاً أيضاً.

ثانيهما: أنّ من جملتها ما ورد في عبد مملوك بين رجلين زوّجه أحدهما والآخر لا يعلم، وعلم به بعد ذلك، قال عليه السلام للذي لم يعلم ولم يأذن: «أن يفترّق بينهما، وإن شاء تركه على نكاحه»^(٣). ونحوه ما ورد في جارية مملوكة بين رجلين^(٤)، فإنّهما يدلّان على توقّف نكاح أحد الشريكين على إجازة الآخر من حيث أنّه تصرّف ورد على ماله، ومعلوم أنّه ليس عاقداً لنفسه ولا ولاية له عرفاً ولا شرعاً، فإذن ثبوت ذلك في مطلق نكاح الفضولي ممّا لا ينبغي التوقّف فيه.

وأما الجهة الثانية: فالحقّ عدم صحّة التعديّ إلى سائر العقود لعدم تماميّة الوجهين

المتقدّمين:

(١ و ٢) راجع الوسائل باب ١٣ و ٨ و ٦ و ٧ من أبواب عقد النكاح.

(٣) الوسائل باب ٢٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء. (٤) الوسائل باب ٧٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

وهو حسن، إلا أنّها ربّما توهن بالنصّ الوارد^١ في الردّ على العامّة، الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل، وبين بيعه، بالصّحة في الثاني لأنّ المال له عوض، والبطلان في الأوّل لأنّ البضع ليس له عوض، حيث قال الإمام عليه السلام في مقام ردّهم واشتباهم في وجه الفرق: «سبحان الله! ما أجور هذا الحكم وأفسده، فإنّ النكاح أولى وأجدر أن يحتاط فيه، لأنّه الفرج، ومنه يكون الولد»، الخبر.

أمّا الأوّل: فلأنّ في النكاح لا يملك البضع، بل هناك تسلّط محض، مع أنّه لا يجري في الهبة والصلح في موردها، مضافاً إلى أنّ هذه الأولويّة ظنيّة، لخفاء المصالح المقتضية لجعل الأحكام.

وأما الثاني: فلأنّ الشارع الأقدس وإن اهتم بالنكاح - وهو أخرى بالاحتياط - إلا أنّ ذلك في مقام عمل المكلفين برعاية ما جعل الشارع سبباً له، وفي موارد الشبهات الحكميّة والموضوعيّة، ولا ربط لذلك بجعل الشارع، فتوسعة الشارع في أسباب النكاح لا تستلزم توسعته في أسباب البيع، بل الشارع الأقدس اعتبر في سائر العقود ما لم يعتبر في هذا العقد - كالتقبض في الصرف والسلم - ووسّع في أسباب النكاح بتشريع عقد التمتّع وملك اليمين، وجواز تقديم القبول على الإيجاب وجواز الاقتصار على السكوت في مقام الإذن والرضا.

وبالجملة: أهميّة النكاح ربما تستدعي التوسعة في أسبابه لئلا يقع الناس في الزنا.

فتحصّل: أنّ الأظهر عدم التعدي إلى سائر العقود.

وأما الجهة الثالثة: فقد أفاد المصنّف عليه السلام:

١. (إنّها ربما توهن بالنصّ الوارد في الردّ على العامّة، الفارقين بين تزويج الوكيل

المعزول).

والنصّ المشار إليه، هو صحيح العلاء بن سيابة، عن مولانا الصادق عليه السلام وفيه: «ما أجور هذا الحكم وأفسده، إنّ النكاح أخرى وأخرى أن يحتاط فيه، وهو فرج، ومنه يكون الولد»^(١).

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب كتاب الوكالة حديث ٢ وباب ١٥٧ من أبواب مقدمات النكاح.

وحاصله: أنّ مقتضى الإحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من البيع، من حيث الإحتياط المتأكد في النكاح دون غيره، فدلّ على أنّ صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى^١، خلافاً للعامة حيث عكسوا، وحكموا بصحة البيع دون النكاح، فمقتضى حكم الإمام عليه السلام أنّ صحة المعاملة الماليّة الواقعة في كلّ مقام، تستلزم صحة النكاح الواقع بطريق أولى، وحينئذٍ فلا يجوز التعدي من صحة النكاح في مسألة الفضولي إلى صحة البيع، لأنّ الحكم في الفرع لا يستلزم الحكم في الأصل في باب الأولويّة، وإلا لم يتحقّق الأولويّة كما لا يخفى، فالاستدلال بصحة النكاح على صحة البيع مطابق لحكم العامة، من كون النكاح أولى بالبطلان، من جهة أنّ البضع غير قابل للتدارك بالعرض.

١. وذكر المصنّف رحمته الله ما حاصله: أنّ مقتضى الإحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من البيع من حيث الإحتياط، فدلّ على أنّ صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى خلافاً للعامة، وعليه فلا يجوز التعدي عمّا دلّ على صحة نكاح الفضولي إلى صحة البيع.

أقول: بعد التنبيه على أمرين:

الأول: أنّ الحكم الواقعي عدم الفرق بين النكاح وغيره في مسألة العزل مع عدم بلوغ الخبر إلى الوكيل.

الثاني: أنّ العامة لم يعلّوا الفرق بين النكاح والبيع بالاحتياط، بل علّوه بوجه استحساني، حيث إنّه عليه السلام لما سأل الراوي عمّا يقول العامة قال: «ويقولون المال منه عوض لصاحبه، والفرج ليس منه عوض إذا وقع منه ولد».

إنّ الإمام عليه السلام لما لم يتمكّن من بيان الحكم من دون وجه، ولا من بيان بطلان ما ركنوا إليه، راعى جانب الإحتياط وأجاب بأنّ النكاح بما أنّه مهمّ في نظر الشارع، وأحرى بأن يحتاط فيه من غيره من العقود، فيتعيّن فيه الاستناد إلى حجة شرعيّة، ولا يعتمد إلى القياس والاستحسان وما شابهما من الوجوه العليلّة، والشاهد على ذلك تعقيبهِ عليه السلام بقضاء أمير المؤمنين عليه السلام الذي يستند إليه العامة لقوله عليه السلام: «أقضاكم علي عليه السلام»،

بقي الكلام في وجه جعل الإمام عليه السلام الاحتياط في النكاح هو إبقاؤه^١ دون إبطاله، مستنداً بأنه يكون منه الولد، مع أن الأمر في الفروج كالأموال دائر بين محذورين، ولا احتياط في البين، ويمكن أن يكون الوجه في ذلك أن إبطال النكاح في مقام الإشكال والاشتباه، يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير الصحة واقعاً، فيتزوج المرأة ويحصل الرّنا بذات البعل، بخلاف إبقائه، فإنّه على تقدير بطلان النكاح لا يلزم منه إلا وطئ المرأة الخالية عن المانع، وهذا أهون من وطئ ذات البعل. فالمراد بالأحوط هو الأشدّ احتياطاً.

وكيف كان، فمقتضى هذه الصحيحة أنه إذا حكم بصحة النكاح الواقع من الفضولي لم يوجب ذلك التعدي إلى الحكم بصحة بيع الفضولي. نعم، لو ورد الحكم بصحة البيع، أمكن الحكم بصحة النكاح، لأنّ النكاح أولى بعدم الإبطال كما هو نصّ الرواية، ثمّ إنّ الرواية وإن لم يكن لها دخل بمسألة الفضولي^٢، إلا أنّ الاستفادة منها قاعده كلية هي أنّ إمضاء العقود المالية يستلزم إمضاء النكاح، من دون العكس الذي هو مبنى الاستدلال في مسألة الفضولي، هذا.

وعليه فهو لا يدلّ على ما ذكره المصنّف رحمته الله.

أقول: وبما ذكرناه ظهر عدم تمامية ما أفاده السيّد الفقيه رحمته الله في المقام في الردّ على المصنّف رحمته الله، وحاصله: (أنّه عليه السلام بصدد الردّ على العامّة الجاعلين حكمه الاحتياط، وأنّه ليس كذلك، وإلا كان النكاح أولى بأن يحتاط فيه، وأنّ الاحتياط لو كان مقتضياً للصحة في البيع، ففي النكاح بالأولوية).

حيث يرد عليه: ما عرفت من أنّ العامّة لم يجعلوا حكمه الاحتياط.

١. قوله: (بقي الكلام في وجه جعل الإمام عليه السلام الاحتياط في النكاح هو إبقائه).

وفيه: أنّ الإمام عليه السلام لم يحكم بإبقاء النكاح، لكونه على طبق الاحتياط، وإنّما

اعترض على العامّة حيث حكموا بصحة بيع المعزول الجاهل بالعزل وبطلان النكاح.

٢. قوله: (ثمّ إنّ الرواية وإن لم يكن لها دخل بمسألة الفضولي):

وذلك من جهة اختصاص موردها بما وقع بعنوان الوكالة ولو باعتقاد العاقد.

ثم إنّه ربّما يؤيّد صحّة الفضوليّ، بل يستدلّ عليها، بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصّة، مثل موثقة جميل عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل دفع إلى رجل مالاً ليشتري به ضرباً من المتاع مضاربة، فاشتري غير الذي أمره؟ قال: هو ضامن، والربح بينهما على ما شرطه»، ونحوها غيرها الواردة في هذا الباب، فإنّها إن أبقيت على ظاهرها من عدم توقّف ملك الربح على الإجازة - كما نسب إلى ظاهر الأصحاب وعدّه هذا خارجاً عن بيع الفضولي بالنص، كما في «المسالك» وغيره - كان فيها استئناس لحكم المسألة من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقاً في نقل مال المالك إلى غيره^١، وإن حملناه على صورة رضا المالك بالمعاملة بعد ظهور الرّبح - كما هو الغالب، وبمقتضى الجمع بين هذه الأخبار وبين ما دلّ على اعتبار رضا المالك في نقل ماله، والنهي عن أكل المال بالباطل - اندرجت المعاملة في الفضوليّ وصحّتها في خصوص المورد، وإن احتمل كونها للنص الخاصّ، إلّا أنّها لا تخلو عن تأييد للمطلب.

١. وحاصل ما أفاده المصنّف في هذه الأخبار: ^(١) أنّه إن قلنا بعدم لزوم الإجازة في صحّة المعاملة المزبورة، كانت الأخبار ممّا يستأنس بها للحكم في المقام، لاشتراكهما في عدم لزوم الإذن السابق، وإن قلنا بلزومها في صحّتها، كانت دليلاً على جريان الفضولي في العقد السابق، وصحّته في المورد الخاصّ. وإن احتمل كونها للنص الخاصّ إلّا أنّها لا تخلو عن تأييد للمطلب.

وفي كلا شقيّ كلامه نظر:

أمّا الأوّل: فلأنّه إذا دلّ دليل على عدم اعتبار الرضا في مورد خاصّ، كيف يستأنس منه لحكم ما يعتبر فيه ذلك قطعاً، وإنّما الكلام في اعتبار سبقه؟!!

وأمّا الثاني: فلأنّه إن بنينا على صحّة ما صدر بالإجازة، كان اللازم كون تمام الربح للمالك، إذ تقسيم الربح إنّما يكون من آثار المضاربة المفروض بطلانها، والبائع إمّا أن

(١) الوسائل باب ١ من أبواب كتاب المضاربة حديث ٩.

ومن هذا القبيل الأخبار الواردة في اتّجار غير الولي في مال اليتيم، وأنّ الربح لليتيم^١، فإنّها إن حملت على صورة إجازة الولي - كما هو صريح جماعة تبعاً للشّهاد - كان من أفراد المسألة^٢، وإن عمل بإطلاقها، كما عن جماعة ممّن تقدّمهم، خرجت عن مسألة الفضولي، لكن يستأنس لها بالتقريب المتقدّم. وربّما احتتم دخولها في المسألة، من حيث أنّ الحكم بالمضّي إجازة الهيئة لاحقة للمعاملة^٣، فتأمل.

يستحقّ أجره؛ لأنّ عمل المسلم محترم، أو لا يستحقّ لأنّه عمل من دون أمر. والحقّ أن يقال: إنّ نصوص الباب محمولة على صورة الاشتراط لا التقييد، أي اشتراط المالك على العامل أن لا يشتري إلاّ الجنس الفلاني. وعليه، فإذا تخلّف عن الشرط، واشترى غير الذي أمر به، فإنّ خسر فيه كان عليه الضمان لمخالفته للمالك، ولأنّه لا محالة يرد العقد.

وإن ربح فيه، فلا محالة لا يفسخ المالك المضاربة، فيكون الربح بينهما. وبهذا يظهر أنّ النصوص المذكورة موافقة للقاعدة، وأجنبيّة عن المقام. وإن أبيت عن كون ذلك ممّا تقتضيه القاعدة، فلا مانع من الالتزام به للنصوص الخاصّة الواردة في المقام.

١. قوله: (ومن هذا القبيل الأخبار الواردة في اتّجار غير الولي في مال اليتيم).

وما أفاده المصنّف^{رحمته} في وجه إدخال المسألة في الفضولي أمران :

٢. الأوّل: أنّها تحمل على صورة إجازة الولي.

٣. الثاني: أنّ الحكم بالمضّي إجازة الهيئة لاحقة للمعاملة.

ويرد على الأوّل: أنّه ليس في النصوص ما يستفاد منه إرادة معاملة غير الولي، بل ظاهر بعضها وصريح آخر معاملة الولي، مع أنّه ليس فيها ما يشهد بإجازة الولي. ويرد على الثاني: أنّ التاجر إن كان مأذوناً من قبل الله تعالى، لا تكون معاملته فضوليّة، والحقّ اختصاصها بصورة معاملة الولي، وتكون أجنبيّة عن مسألة الفضولي.

وربما يؤيد المطلب أيضاً: برواية ابن أشيم^١ الواردة في العبد المأذون، الذي دفع إليه مالاً ليشتري به نسمةً ويعتقه، أو يحجّه عن أبيه، فاشترى أباه وأعتقه، ثم تنازع مولى المأذون ومولى الأب وورثة الدافع، وادّعى كلّ منهم أنّه اشتراه بماله، فقال أبو جعفر عليه السلام: «يردّ المملوك رقاً لمولاه، وأيّ الفريقين أقاموا البيّنة بعد ذلك على أنّه اشتراه بماله، كان رقاً له»، الخبر. بناءً على أنّه لولا كفاية الإشتراء بعين المال في تملك المبيع بعد مطالبته المتضمنة لإجازة البيع، لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال ولا إقامة البيّنة عليها، كافية في تملك المبيع.

ومما يؤيد المطلب أيضاً: صحيحة الحلبي^٢: «عن الرجل يشتري ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً، فكرهه ثمّ ردّه على صاحبه، فأبى أن يقبله إلاّ بوضيعة، قال: لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة، فإنّ جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه يردّ على صاحبه الأوّل ما زاد، فإنّ الحكم بردّ ما زاد لا ينطبق بظاهره إلاّ على صحّة بيع الفضولي لنفسه».

١. قوله: (وربما يؤيد المطلب أيضاً برواية ابن أشيم الواردة في العبد)^(١).
ما يتوهم: أن يكون مؤيداً للمطلب حكمه عليه السلام بكون العبد لورثة الميّت إذا أقاموا البيّنة، وأمّا بالنسبة إلى مولى العبد؛ فالظاهر أنّه كان مأذوناً من قبله، وأمّا بالنسبة إلى مولى الأب فالمعاملة باطلة بلا كلام، والظاهر من الرواية كون الورثة راضين بالمعاملة وآذنين إيّاه فيها، وعليه فتخرج عن محلّ الكلام.

٢. قوله: (ومما يؤيد المطلب أيضاً صحيحة الحلبي^(٢) عن الرجل يشتري ثوباً).
فإنّ الحكم بردّ ما زاد لا ينطبق بظاهره إلاّ على صحّة بيع الفضولي.
وفيه: أنّه لا ينطبق عليها، إذ الحكم بفساد الإقالة في الفرض، المستلزم لكون المعاملة الثانية فضوليّة، لازمه الاستجازه من المشتري الأوّل، لا الحكم بردّ ما زاد، وعدم الفرق بين البيع بالأزيد وبالمساوي وبالأنقص، ولا يبعد دعوى أنّ الرواية ظاهرة في كراهة الإقالة بالوضعيّة كما ذهب إليها ابن الجنيّد، واستحباب ردّ ما زاد، فتكون أجنبيّة عن المقام.

(١) الوسائل باب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان من كتاب التجارة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٧ من أبواب أحكام العقود من كتاب التجارة حديث ١.

ويمكن التأييد له أيضاً: بموثقة عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام: «عن السمسار يشتري بالأجر، فيدفع إليه الورق، فيشترط عليه أنك تأتي بما تشتري، فما شئت أخذته وما شئت تركته، فيذهب ليشتري، ثم يأتي بالمناع، فيقول خذ ما رضيت ودع ما كرهت؟ قال: لا بأس»^١ الخبر.

بناءً على أن الإشتراء من السمسار يحتمل أن يكون لنفسه، ليكون الورق عليه قرضاً، فيبيع على صاحب الورق ما رضيه من الأمتعة ويوفيه دينه، ولا ينافي هذا الاحتمال فرض السمسار في الرواية ممن يشتري بالأجر، لأن توصيفه بذلك باعتبار أصل حرفته وشغله، لا بملاحظة هذه القضية الشخصية. ويحتمل أن يكون لصاحب الورق بإذنه، مع جعل خيار له على بائع الأمتعة، فيلتزم بالبيع فيما رضي ويفسخه فيما كره. ويحتمل أن يكون فضولياً عن صاحب الورق، فيتخير ما يريد ويرد ما يكره، وليس في مورد الرواية ظهور في إذن صاحب الورق السمسار على وجه ينافي كونه فضولياً، كما لا يخفى، فإذا احتل مورد السؤال لهذه الوجوه، وحكم الإمام عليه السلام بعدم البأس من دون استتفصال عن المحتملات، أفاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات. وربما يؤيد المطلب: بالأخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن مولاه^٢، معللاً: «بأنه لم يعص الله، وإنما عصى سيده».

وحاصله: أن المانع من صحة العقد، إذا كان لا يرجي زواله، فهو الموجب لوقوع العقد باطلاً، وهو عصيان الله تعالى. وأما المانع الذي يرجي زواله كعصيان السيد، فبزواله يصح العقد، ورضا المالك من هذا القبيل، فإنه لا يرضى أولاً ويرضى ثانياً،

١. قوله: (بموثقة^(١) عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام: «عن السمسار...» بناءً على أن الإشتراء من السمسار يكون فضولياً عن صاحب الورق، فيتخير ما يريد ويرد ما يكره). ولكن الظاهر من الخبر كون الإشتراء لصاحب الورق، مع جعل خيار له على بائع الأمتعة، فيلتزم بالبيع فيما رضي ويفسخه فيما كره.
٢. وأما الأخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد، فقد مرّ الكلام فيها مفصلاً فلا تعيد.

(١) الوسائل باب ٢٠ من أبواب أحكام العقود حديث ٢ والراوي عبد الرحمن بن أبي عبدالله لا عبدالله.

بخلاف سخط الله عز وجل بفعل، فإنه يستحيل رضاه.
هذا غاية ما يمكن أن يحتج ويستشهد به للقول بالصحة، وبعضها وإن كان ممّا
يمكن الخدشة فيه، إلا أن في بعضها الآخر غنى وكفاية.
واحتج للبطلان بالأدلة الأربعة: ١

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ
تَرَاضٍ﴾ دل بمفهوم الحصر أو سياق التحديد، على أن غير التجارة عن تراض، أو
التجارة لا عن تراض غير مبيح لأكل مال الغير، وإن لحقها الرضا. ومن المعلوم أن
الفضولي غير داخل في المستثنى. وفيه أن دلالة على الحصر ممنوعة^٢، لانقطاع
الاستثناء كما هو ظاهر اللفظ، وصريح المحكي عن جماعة من المفسرين، ضرورة عدم
كون التجارة (عن تراض) فرداً من الباطل خارجاً عن حكمه. وأما سياق التحديد
الموجب لثبوت مفهوم القيد، فهو مع تسليمه مخصوص بما إذا لم يكن للقيد فائدة

أدلة بطلان بيع الفضولي والجواب عنها.

١. وقد استدلل للبطلان بالأدلة الأربعة.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ
تَرَاضٍ﴾^(١) بدعوى أنه دل بمفهوم الحصر أو سياق التحديد على أن غير التجارة
والتجارة لا عن تراض غير مبيحة لأكل مال الغير، وإن لحقها الرضا، ومن المعلوم أن
الفضولي غير داخل في المستثنى.

وقد أجابوا عن الاستدلال بأجوبة:

الأول: أنه لا مفهوم له، وقد أشبعنا الكلام في ذلك في أوّل مبحث الإكراه والمعاطاة.

٢. وعرفت أنه لا يدل على الحصر؛ لأن الاستثناء منقطع غير مفرع، وهو لا يفيد

الحصر.

الثاني: أن التجارة التي هي اسم للمسبب لا السبب، إنما تكون تجارة المالك

(١) النساء: ٢٩.

أخرى^١، لكونه وارداً مورد الغالب كما فيما نحن فيه، وفي قوله تعالى: ﴿وَرَبَّآئِبِكُمْ
الَّتَاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾، مع احتمال أن يكون (عن تراضٍ) خبراً بعد خبر، ليكون على قراءة
نصب التجارة لا قيداً لها^٢، وإن كان غلبة توصيف النكرة تؤيد التقييد، فيكون المعنى
إلا أن يكون سبب الأكل تجارة ويكون عن تراض.

ومن المعلوم أن السبب الموجب لجل الأكل في الفضولي إنما نشأ عن التراضي، مع
أن الخطاب للمالك الأموال والتجارة في الفضولي، إنما يصير تجارة المالك بعد الإجازة،
فتجارته عن تراض.

وقد حكى عن «المجمع» أن مذهب الإمامية والشافعية وغيرهم، أن معنى التراضي
بالتجارة إمضاء البيع بالتصرف أو التخاير بعد العقد، ولعله يناسب ما ذكرنا من كون
الظرف خبراً بعد خبر.

بعد الإجازة، فتكون عن تراضٍ، وقد مرّ في أول مبحث الفضولي تمامية ذلك أيضاً.

١. قوله: (مع تسليمه مخصوص بما إذا لم يكن للقيّد فائدة أخرى).

ويرد عليه: أنه لو سلّم سياق التحديد، لم يكن مناص من تسليم الدلالة على المفهوم
ولم يكن مورد لحمل القيد على الغالب.

٢. الثالث: أنه يحتمل أن يكون قوله تعالى: ﴿عَنْ تَرَاوِي﴾ خبراً بعد خبر، ليكون
على قراءة نصب (التجارة) لا قيداً لها.

وحاصله: أنه يحتمل أن يكون اسم كان مقدراً وهو سبب الأكل، ويكون له خبران:
الأول: (تجارة)، الثاني (عن تراض)، ولكن لا بنحو الاستقلال، بل بنحو الاشتراك،
كما في قولنا: (الرمّان حلو حامض) فيكون مفاده سببية التجارة والتراضي، وهي متحقّقة
في بيع الفضولي.

وفيه: أنه لا مجال لاحتماله مع الاستعانة بحرف المجاوزة، إذ السبب لو كان هو
المجموع لما كان منبعثاً عن التراضي، وإن كان خصوص التجارة لزم قيديّة التجارة
بصدورها عن التراضي، وإن كان غيرهما لزم عدم كون السبب هو التجارة والتراضي،
وهو خلف، مع أنه على فرض قراءة (التجارة) بالرفع يتعيّن التقييد، إذ احتمال كونه خبراً
والاسم هو التجارة، يدفعه أن لا يُلزمه تعريف (التجارة) فالصحيح هما الأوّلان.

وأما السنة: فهي أخبار منها النبوي المستفيض^(١)، وهو قوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»، فإنَّ عدم حضوره عنده، كناية عن عدم تسلُّطه على تسليمه، لعدم تملكه، فيكون مساوقاً للنبوي الآخر: «لا بيع إلا فيما يملك»، بعد قوله ﷺ: «لا طلاق إلا فيما يملك، ولا عتق إلا فيما يملك»، ولما ورد في توقيع العسكري عليه السلام إلى الصفار: «لا يجوز بيع ما ليس يملك».

وما عن الحميري، أنَّ مولانا عجلَّ الله فرجه، كتب في جواب بعض مسائله: (أنَّ الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا عن مالكةا أو بامرهم أو رضا منه، وما في الصحيح عن محمد بن مسلم، الوارد في: «أرض بغم النبل اشتراها رجل، وأهل الأرض يقولون هي أرضنا وأهل الاسناف يقولون هي من أرضنا؟ فقال: لا تشتريها إلا برضا أهلها».

١. وأما السنة: فهي أخبار :

منها: النبوي المستفيض، وهو قوله ﷺ لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»^(١). أقول: أمَّا من ناحية السند فلا يخفى أنَّ هذه النبويَّة المرويَّة في كتب العامَّة مجتمعة عن عبارة بعينها مرويَّة عن طرقنا برواية عقبية متفرقة على حسب تفرق الأبواب، وعليه فهذا النبوي مروي عن طرقنا وعن طرق العامَّة، فلا سبيل إلى الخدشة في سنده. مع أنَّ هذا المضمون موجود في جملة من الأخبار: كخبر سليمان بن صالح عن مولانا الصادق عليه السلام، عن النبي ﷺ^(٢)، وخبر الحسين بن زيد عنه عليه السلام عن آبائه في مناهي النبي ﷺ^(٣).

وأما من حيث الدلالة: فما قيل أو يمكن أن يُقال في الجواب عن الاستدلال به - وما يساوقه من النبوي الآخر: «لا بيع إلا فيما يملك»^(٤)، والتوقيع: «لا يجوز بيع ما ليس يملك»^(٥) - للبطان أمور :

(١) راجع سنن الترمذي ج ٣ ص ٥٣٤ باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك .

(٢) الوسائل باب ٧ من أبواب أحكام العقود من كتاب التجارة حديث ٢.(٣) نفس المصدر حديث ٥.

(٤) المستدرک باب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٣.(٥) الوسائل باب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وما في الصحيح عن محمد بن القاسم بن الفضل: «في رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم، فكتب إليها كتاباً قد قبضت المال ولم تقبضه، فيعطيها المال أم يمنعها؟ قال: قل يمنعها أشد المنع، فإنها باعت ما لم تملكه».

والجواب عن النبويّ أولاً: أنّ الظاهر من الموصول هي العين الشخصية، للإجماع والنص على جواز بيع الكلّي، ومن البيع البيع لنفسه لا عن مالك العين، وحينئذٍ فإنّما أن يراد بالبيع مجرّد الإنشاء، فيكون دليلاً على عدم جواز بيع الفضولي لنفسه، فلا يقع له ولا للمالك بعد إجازته.

وإنّما أن يراد ما عن «التذكرة»: (من أن يبيع عن نفسه، ثم يمضي ليشتره من ماله، قال: لأنّه ﷺ ذكره جواباً لحكيم بن حزام، حيث سأله عن أن يبيع الشيء فيمضي ويشتره ويسلمه، فإنّ هذا البيع غير جائز، ولا نعلم فيه خلافاً، للنهي المذكور وللغرر، لأنّ صاحبها قد لا يبيعها)، انتهى.

الأمر الأول: أنّها لمعارضتها مع النصوص الكثيرة الدالة على جواز بيع ما ليس عنده - كما في صحيحي عبدالرحمان بن الحجاج عن مولانا الصادق عليه السلام، ففي الأوّل منهما: «عن الرجل يشتري الطعام من الرجل، ليس عنده فيشتري منه حالاً؟ قال عليه السلام: ليس به بأس، قلت: إنهم يفسدون عندنا؟ قال عليه السلام: وأي شيء يقولون في السلم؟ قلت: لا يرون به بأساً، يقولون: هذا إلى أجل، فإذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح، فقال عليه السلام: فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود. ثم قال: لا بأس بأن يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه حالاً وإلى أجل» الحديث^(١)، وقريب منه الآخر^(٢) - تحمل هذه على التقيّة لتكذيبه عليه السلام فيهما للعامّة القائلين ببطلان بيع ما ليس عنده.

وفيه: أنّ الجمع بينهما يقتضي تخصيص هذه النصوص ببيع العين الشخصية، من جهة اختصاص تلك النصوص ببيع الكلّي، أو حملها على بيع كلّ ما خرج عن السلطنة وإن كان المبيع كلياً كما لو باع الكلّي في ذمّة الغير.

(١ و ٢) الوسائل باب ٧ من أبواب أحكام العقود حديث ١ و ٣.

وهذا المعنى يرجع إلى المراد من روايتي خالد ويحيى الآيتين في بيع الفضولي لنفسه، ويكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع، بمجرد انتقاله إليه بالشراء، فلا ينافي أهليته لتعقب الإجازة من المالك.

وبعبارة أخرى: نهى المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثراً في حقه، فلا يدل على الغائه بالنسبة إلى المالك، حتى لا تنفعه بإجازة المالك في وقوعه له، وهذا المعنى أظهر من الأول، ونحن نقول به كما سيجيء.

وثانياً: سلّمنا دلالة النبويّ على المنع، لكنّها بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدّم من الأدلّة الدالّة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكه إذا أجاز.

ولعلّ الثاني أظهر، وتكذيبه عنه للعامة يمكن أن يكون في تطبيق بيع ما ليس عنده على بيع الكلّي في ذمّة نفسه، لا في أصل الحديث.

١. الثاني: ما أفاده المصنّف عنه بقوله: (وثانياً سلّمنا دلالة النبوي على المنع، لكنّها بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدّم من الأدلّة الدالّة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكه إذا أجاز).

وفيه: أنّه بناءً على ما استظهره المصنّف عنه من أنّ المراد من البيع، البيع لنفسه لا عن مالك العين، تكون النسبة عموماً من وجه، لأخصيّة النبويّ من هذه الجهة، فلا وجه لتقدّم تلك.

الثالث: أنّ الظاهر البدوي من النبوي، النهي عن بيع ما ليس حاضراً عنده، سواءً أكان مملوكاً له أم لا، قدر على تسليمه أم لا، كلياً كان أم شخصياً، وحيث أنّه لا يمكن الالتزام به تعيّن حمله إمّا على النهي عن بيع ما ليس مملوكاً له، أو على النهي عن بيع ما لا يقدر على تسليمه، وإن لم يكن الثاني أقرب لا كلام في عدم أقربيّة الأول.

وأما النبوي الآخر والتوقيع: فيحتمل أن يكون (يملك) فيهما مبنياً للمفعول، فلا ربط لهما بما نحن فيه.

الرابع: أنّ المنفي هو البيع لغير المالك، فتختصّ هذه النصوص بالمسألة الآتية، وهي ما لو باع الغاصب لنفسه، ولا ربط لها بهذه المسألة وهي البيع للمالك.

وبما ذكرناه من الجوابين، يظهر الجواب عن دلالة قوله: «لا بيع إلا في ملك»، فإنّ الظاهر منه كون المنفّي هو البيع لنفسه، وأنّ النفي راجع إلى نفي الصحة في حقّه، لا في حقّ المالك، مع أنّ العموم لو سلّم وجب تخصيصه بما دلّ على وقوع البيع للمالك إذا أجاز.

وأما الروایتان: ^١ فدالتهما على ما حملنا عليه السّابقين أوضح، وليس فيهما ما يدلّ - ولو بالعموم - على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له إذا أجاز. وأما الحصر في صحيحة ابن مسلم والتّوقيع، فإنّما هو في مقابلة عدم رضا أهل الأرض ^٢ والضّيقة رأساً، على ما يقتضيه السّؤال فيهما. وتوضيحه: أنّ النّهي في مثل المقام وإن كان يقتضي الفساد، إلاّ أنّه بمعنى عدم ترتّب الأثر المقصود من المعاملة عليه.

الخامس: أنّ النّهي في هذه النصوص لم يتعلّق بإنشاء البيع، إذ البيع اسمٌ للمنشأ والمسبّب لا الإنشاء كما تقدّم، مع أنّه لا يعتبر صدور الإنشاء من المالك قطعاً، بل المتعلّق هو حقيقة البيع، وهي بالإجازة تنتسب إلى المالك، فيكون بيع ما عنده. وبعبارة أخرى: إنّ الروايات - على فرض دلالتها على عدم صحّة بيع الفضولي - تدلّ على عدم وقوع البيع للفضولي، ولا نظر لها إلى وقوعه للمالك إذا أجاز، إذ المنفي فيها وقوع البيع لنفسه، فينتفي هذا، وهو لا يلازم عدم وقوع البيع ولو للمالك، إذ سلب الأخصّ لا يستلزم سلب الأعمّ، فإذا كان وقوع البيع للمالك مع إجازته مسكوتاً عنه في هذه الأخبار، فيرجع فيه إلى الأدلّة المتقدّمة الدالّة على الوقوع.

١. ومنها: روايتنا يحيى وخالد الآتينان ^(١)، ويظهر الجواب عنهما ممّا ذكرناه في النبوي.

ومنها: صحيح محمّد بن مسلم ^(٢) والتوقيع الشريف ^(٣) المذكوران في المتن. وأجاب عنهما المصنّف رحمته الله بقوله:

٢. (وأما الحصر في صحيحة محمّد بن مسلم والتوقيع، فإنّما هو في مقابلة عدم

(١) الوسائل باب ٨ من أبواب أحكام العقود. (٢ و ٣) الوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع حديث ٣ و ٨.

ومن المعلوم أنّ عقد الفضولي لا يترتب عليه بنفسه الملك المقصود منه، ولذا يطلق عليه الباطل في عباراتهم كثيراً.

ولذا عدّ في «الشرائع» من شروط المتعاقدين - أعني شروط الصحة - كون العاقد مالكاً أو قائماً مقامه، وإن أبيت إلا عن ظهور الروايتين في لغوية عقد الفضولي رأساً، وجب تخصيصها بما تقدّم من أدلة الصحة.

وأما رواية القاسم بن فضل، فلا دلالة فيها إلا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي، لأنّه باع ما لا يملك، وهذا حق لا ينافي صحة الفضولي.

رضا أهل الأرض).

محض ما أفاده الماتن في الجواب عنهما: توضيحه أنّه لا يستفاد من الخبرين إلا النهي عن الشراء الفاقد للرضا رأساً، وهذا لا يدلّ على فساد عقد الفضولي غير الفاقد له بلحاظ الإجازة، ولا يدلّ على صحته أيضاً، فالنهي فيهما لا يدلّ إلا على بطلان العقد الفاقد للرضا، بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود وهو ما نقول به. وأمّا في البيع الملحوق بالرضا فيرجع الى العمومات الدالة على الصحة.

وبهذا البيان يظهر أنّ ما أفاده في التوضيح ليس جواباً آخر كما أفاده السيّد الفقيه.

قال المحقّق النائيني رحمته الله: إنّ دلالة خبر الحميري على صحة الفضولي أظهر، فإنّ مقابلة الرضا بالأمر ظاهرة في كفاية الإجازة اللاحقة، فإنّ الرضا المقابل للشراء عن المالك أو بأمره، هو الرضا اللاحق لا المقارن، فإنّه متحقّق حين الأمر.

وفيه: إنّهُ يمكن أن يكون المراد من الرضا ما هو ظاهره، وهي الصفة النفسانية غير المبرزة التي عرفت كفايتها في الخروج عن الفضولية، فراجع.

فالحقّ أن يقال: إنّ مقتضى إطلاق الخبرين النهي عن الاشتراء إلا بالرضا، تقدّم أو تأخّر، فبدلّان على صحة الفضولي لكونه داخلاً في المستثنى، مع أنّ المراد بالاشتراء حقيقته، وهو إنّما يكون اشتراء للمالك بعد الإجازة، فيشمله الخبر إن كان المراد بالرضا فيهما المقارن.

وأما توقيع الصّفار: ^١ فالظاهر منه نفي جواز البيع فيما لا يملك، بمعنى وقوعه للبايع على جهة الوجوب واللّزوم. ويؤيدّ تصريحه عليه السلام بعد تلك الفقرة بوجوب البيع فيما يملك، فلا دلالة على عدم وقوعه لملكه إذا أجاز. وبالجملة: فالإنصاف أنّه لا دلالة في تلك الأخبار بأسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك إذا أجاز، ولا تعرّض فيها إلّا لنفي وقوعه للعاقد.

الثالث: الإجماع على البطلان ^٢، ادّعاء الشّيخ في «الخلافة»، معترفاً بأنّ الصّحة مذهب قوم من أصحابنا، معترفاً عن ذلك بعدم الإعتداد بخلافهم، وادّعاء ابن زهرة أيضاً في «الغنية»، وادّعى الحلّي في باب المضاربة عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب.

والجواب: عدم الظنّ بالإجماع بل الظنّ بعدمه، بعد زهاب معظم القدماء - كالقديمين، والمفيد، والمرتضى، والشّيخ بنفسه في «النهاية»، التي هي آخر مصنّفاته على ما قيل - وأتباعهم على الصّحة. وأتباع المتأخّرين عليه عدا فخر الدّين، وبعض متأخّري المتأخّرين.

١. قوله: (وأما توقيع الصّفار ^(١) فالظاهر منه نفي جواز البيع فيما لا يملك).

وفيه: إنّ الجواز عبارة عن الصّحة، وعدمه عبارة عن الفساد.

فالحقّ في الجواب: - مضافاً إلى ما تقدّم - أنّ عدم الجواز لم يضاف إلى العقد من حيث هو، بل إليه من حيث أنّه ممّن لا يملك، فإذا أُضيف إلى من يملك بالإجازة، لم يكن مصداقاً لما حكم عليه بالفساد.

٢. الثالث: الإجماع، وقد ادّعاء غير واحد من الأساطين.

والجواب عنه: - مضافاً إلى معارضته بما ادّعي من الإجماع على الصّحة - : أنّه لمعلوميّة مدرك المجمعين لا مجال للاعتماد عليه.

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

الرابع: ما دلّ من العقل والنقل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه^(١)، فإنّ الرضا اللاحق لا ينفع في رفع القبح الثابت حال التصرف. ففي التوقيع المروي في الاحتجاج: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه». ولا ريب أنّ بيع مال الغير تصرف فيه عرفاً.
والجواب: أنّ العقد على مال الغير متوقفاً لإجازته، غير قاصد لترتيب الآثار عليها، ليس تصرفاً فيه.

١. الرابع: ما دلّ من العقل والنقل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه^(١). وقد أجاب المصنّف عليه السلام عن هذا الوجه بوجوه:
٢. الوجه الأول: (أنّ العقد على مال الغير متوقفاً لإجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليه ليس تصرفاً فيه).
وأورد عليه بإيرادين:
أحدهما: ما أفاده المحقق الإيرواني عليه السلام، وهو أنّه وإن فرض كون العقد علّة تامّة لحصول الآثار عرفاً، لم يكن مجرد العقد تصرفاً في العين وقبيحاً، فلا وجه للتقييد في كلامه، ومرجعه إلى عدم كون التصرف الاعتباري غير المماس بالعين تصرفاً عرفاً في العين، بل هو تصرف في لسان العاقد.
وفيه: أنّه لو فرضنا كون الإنشاء مخرجاً للمال عن ملك صاحبه قهراً عليه، كان ذلك تصرفاً فيه وقبيحاً لكونه ظلماً، بل من أقبح أفراده. نعم، مجرد العقد غير المؤثر في حصول النقل والانتقال عرفاً وشرعاً لا يعدّ تصرفاً فيه، لا خارجاً ولا اعتباراً.
ثانيهما: ما أفاده السيّد الفقيه في تعليقه، وهو أنّ الفضولي إنّما يقصد النقل والانتقال جدّاً مطلقاً، لا هزلاً معلقاً على الإجازة، وبصدق التصرف عليه عرفاً.
وفيه: إنّ العقد غير المؤثر عرفاً وشرعاً وإن قصد به الجدد، لا يعدّ تصرفاً لا خارجاً ولا اعتباراً، أمّا الأوّل فواضح، وأمّا الثاني فللغرض عدم التأثير، ومجرد تأثيره في اعتباره لا يكفي في صدق التصرف عرفاً أو شرعاً. فما أفاده المصنّف عليه السلام تام.

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب مكان المصلي.

نعم، لو فرض كون العقد علة تامّة ولو عرفاً لحصول الآثار، كما في بيع المالك أو الغاصب المستقل، كان حكم العقد جوازاً ومنعاً، حكم معلوله المترتب عليه، ثمّ لو فرض كونه تصرفاً فمما استقلّ العقل بجوازه مثل الإستضاءة والإصطلاء بنور الغير وناره^١، مع أنّه قد يفرض الكلام فيما إذا علم الأذن في هذا من المقال أو الحال بناءً على أنّ ذلك لا يخرج عن الفضولي^٢، مع أنّ تحريمه لا يدلّ على الفساد^٣، مع أنّه لو دلّ لدلّ على بطلان البيع، بمعنى عدم ترتّب الأثر عليه، وعدم استقلاله في ذلك^٤، ولا ينكره القائل بالصحة، خصوصاً إذا كانت الإجازة ناقلة، ومما ذكرنا ظهر الجواب عمّا لو وقع العقد من الفضولي، قاصداً لترتيب الأثر من دون مراجعة المشتري، بناءً على أنّ العقد المقرون في هذا القصد قبيح محرّم، لا نفس القصد المقرون بهذا العقد.

١. الوجه الثاني: (إنّه لو فرض كونه تصرفاً فمما استقلّ العقل بجوازه مثل الاستضاءة والاصطلاء بنور الغير وناره).
- وفيه: إنّ الجواز في المثاليين إنّما يكون من جهة عدم صدق التصرف عليهما أو السيرة على الجواز، وإلاّ فمع صدق التصرف لا سبيل إلى دعوى استقلال العقل بجواز التصرف.
٢. الوجه الثالث: إنّّه قد يفرض الكلام فيما لو علم الأذن في هذا من المقال أو الحال. وفيه أولاً: ما تقدّم من خروجه بذلك عن الفضوليّة. وثانياً: أنّ المستدلّ يمكن أن يكون ملتزماً بالصحة في خصوص هذا المورد، والفساد في سائر الموارد.
٣. الوجه الرابع: أنّ تحريمه لا يدلّ على الفساد. وهذا الجواب أيضاً متين، وقد مرّ في أوّل الجزء الأوّل من هذا الشرح تحقيق القول في ذلك.
٤. الوجه الخامس: أنّه لو دلّ على الفساد، لدلّ على بطلان البيع، بمعنى عدم ترتّب الأثر عليه وعدم استقلاله في ذلك، والقائل بالصحة لا ينكر ذلك. وفيه: إنّ البناء على الفساد سواء كان من جهة كون السبب تصرفاً ومبغوضاً

وقد يستدلّ للمنع بوجوه أخر ضعيفة، أقواها أنّ القدرة على التسليم معتبرة في صحة البيع، والفضولي غير قادر، وأنّ الفضولي غير قاصد حقيقة إلى مدلول اللفظ كالمكره، كما صرح في «المسالك».

ويضعف الأول: - مضافاً إلى أنّ الفضولي قد يكون قادراً على رضا المالك - بأنّ هذا الشرط غير معتبر في العاقد قطعاً، بل يكفي تحقّقه في المالك، فحينئذ يشترط في صحة العقد مع الإجازة قدرة المجيز على تسليمه، وقدرة المشتري على تسلّمه، على ما سيجيء.

ويضعف الثاني: بأنّ المعتبر في العقد، هو هذا القدر من القصد الموجود في الفضولي والمكره، لا أزيد منه، بدليل الإجماع على صحة نكاح الفضولي وبيع المكره بحق، فإنّ دعوى عدم اعتبار القصد في ذلك للإجماع كما ترى.

المسألة الثانية: أن يسبقه منع المالك^١، والمشهور أيضاً صحته، وحكي عن فخر الدين أنّ بعض المجوّزين للفضولي إعتبر عدم سبق نهي المالك، ويلوح إليه ما عن «التذكرة» في باب النكاح من حمل النبوي: «أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ» بعد تضعيف السند، على أنّه إن نكح بعد منع موله وكراهته، فإنّه يقع باطلاً.

والظاهر أنّه لا يفرق بين النكاح وغيره، ويظهر من المحقّق الثاني حيث حمل فساد بيع الغاصب - نظراً إلى القرينة الدالة - على عدم الرضا، وهي الغصب. وكيف كان،

للشارع فلا سببية له، أم كان من جهة كان المسبب منهياً عنه ومبغوضاً، ينافي مع هذا الجواب، إذ لو ألغى الشارع سببية عقد الفضولي، وكان كالعدم، كيف يحكم بالصحة مع إجازة المالك؟ كما أنّه إذا ألغى الشارع المسبب من جهة مبغوضيته، فلا شيء حتّى يجيزه المالك.

فتحصّل: أنّ الحقّ في الجواب هو الأوّل والثالث.

بيع الفضولي للمالك مع سبق المنع

١. قوله: (المسألة الثانية: أن يسبقه منع المالك).

أقول: والمشهور أيضاً صحته، وعن فخر الدين أنّ بعض المجوّزين للفضولي اعتبر

فهذا القول لا وجه له ظاهراً عدا تخيل أن المستند في عقد الفضولي هي رواية عروة، المختصة بغير المقام، وأن العقد إذا وقع منهياً عنه، فالمنع الموجود بعد العقد ولو أنا ما، كافٍ في الرد، فلا ينفع الإجازة اللاحقة^١، بناءً على أنه لا يعتبر في الرد سوى عدم الرضا الباطني بالعقد، على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه إذا حلف الموكل على نفي الإذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد، لأن الحلف عليه أمانة عدم الرضا، هذا.

عدم سبق نهى المالك، وهو الظاهر من المحقق الثاني. وملخص القول في المقام: إن صحة بيع الفضولي، إما أن تكون على القاعدة، أو تكون للأخبار الخاصة.

أما على الأول: فلا تتوقف الصحة إلا على العقد، واستناده إلى المالك الموجودين في المقام، ولا يضر النهي السابق، وذلك لأن ما قيل في وجه مضرته أمور:

١. أحدها: أن العقد إذا كان منهياً عنه، فالمنع الموجود بعد العقد ولو أنا ما كافٍ في الرد، فلا ينفع الإجازة اللاحقة.

وفيه: إن الكراهة النفسانية وإن أبرزت ليست ردّاً، لأنه عبارة عن حل العقد وفسخه، كما أن النهي - الذي هو تسبب إلى اعدام الشيء بعدم إيجاده - غير الرد. ثانيها: أن الكراهة المتخللة بين أركان العقد كالإيجاب والقبول، مانعة عن تحقق المعاهدة والمعاقدة، وحيث أن منها الإجازة، فالكراهة المتخللة بينها وبين العقد مانعة عن تحققها، والمفروض في المقام وجودها.

وفيه: أن الكراهة المتخللة لا تمنع عن ذلك، ولذا بنينا على صحة عقد المكره إذا لحقه الرضا.

ثالثها: أن المالك إذا نهى عن إيقاع المعاملة على ماله نهياً عاماً شاملاً لزمان العقد، كان ذلك في قوة أن يقول: (لا أرضى أن توقع العقد على مالي، ولو أوقعته كان مردوداً وباطلاً)، فيكون ذلك إنشاءً للرد، غاية الأمر الإنشاء متقدّم على العقد، والمنشأ متأخراً عنه، فلا تنفع الإجازة بعد ذلك.

ولكن الأقوى عدم الفرق، لعدم انحصار المستند، حينئذ في رواية العروة، وكفاية العمومات، مضافاً إلى ترك الاستفصال في صحيحة محمد بن قيس^١، وجريان فحوى أدلة نكاح العبد بدون إذن مولاه، مع ظهور المنع فيها ولو بشاهد الحال بين الموالي والعبيد، مع أن رواية إجازته صريحة في عدم قدح معصية السيد^٢ حينئذ، مع جريان

وفيه أولاً: إن النهي ليس إلا التسبب إلى عدم إيجاد العقد، وأما إنشاء الردّ بعد وجوده، فليس ذلك مربوطاً بالنهي.

وثانياً: إن ذلك من قبيل إيجاب ما لم يجب، وسيأتي عدم العبرة به. وثالثاً: إن وجه عدم نفعيّة الإجازة بعد الردّ هو الإجماع، والتميقن منه ما إذا كان إنشائه بعد العقد.

فتحصّل: أن الأظهر هي الصحّة على القول بصحّة الفضولي على القاعدة. وأما على الثاني: فالنصوص التي سلّمنا دلالتها على صحّة الفضولي، إنما هي صحيحة محمد بن قيس^(١)، ونصوص نكاح العبد المتضمنة للتعلل للصحّة بآئه: «لم يعص الله وإنما عصى سيّده»^(٢).

١. أمّا صحيح قيس، فقد أفاد المصنّف رحمته في وجه شموله للمقام: (إنه بترك الاستفصال يشملها).

وفيه: إن ظهور قوله في مقام المخاصمة: «وليدتي باعها ابني بغير إذني» في صورة عدم النهي لا ينكر، وإلا كان له أن يقول: (باعها مع نهبي) فهو لا يشمل المقام.

وأما نصوص النكاح: فقد وردت في المكاسب.

٢. رواية إجازة صريحة في عدم قدح معصية السيد.

وفيه: إن عصيان العبد لا يتوقّف على العمل مع النهي عنه، بل بما أن العبد لا بدّ وأن تكون أعماله بإذن مولاه، فإذا فعل بلا إذن منه كان خارجاً عن طريقة العبوديّة، ويعدّ

(١) الوسائل باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

المؤيّدات المتقدّمة له، من بيع مال اليتيم والمغصوب^١، ومخالفة العامل لما اشترط عليه ربّ المال، الصّريح في منعه عمّا عداه. وأمّا ما ذكره من المنع الباقي بعد العقد ولو آنأماً، فلم يدلّ دليل على كونه فسخاً لا ينفع بعده الإجازة. وما ذكره في حلف الموكل غير مسلم، ولو سلّم فمن جهة ظهور الإقدام على الحلف^٢ على ما أنكره في ردّ البيع، وعدم تسليمه له، ومما ذكرنا يظهر وجه صحّة عقد المكره بعد الرّضا، وأنّ كراهة المالك حال العقد وبعد العقد لا يقدر في صحّته إذا لحقه الإجازة.

المسألة الثالثة: إنّ يبيع الفضولي لنفسه^٣، وهذا غالباً يكون في بيع الغاصب، وقد يتفق من غيره بزعم ملكيّة المبيع، كما في مورد صحيحة الحلبيّ المتقدّمة في الإقالة بوضيعة.

عاصياً بذلك، فالمراد من معصية السيّد، إيجاد العقد بلا إذن منه، كما هو صريح الرواية. ودعوى: أنّ إطلاقها يشمل المقام.

مندفعة: بأنّها إنّما وردت لبيان أنّ عصيان السيّد من حيث هو، لا يمنع عن صحّة العقد بالإجازة، وأمّا أنّ نهيّه هل يمنع عن تلك أم لا؟ فالنصوص ساكتة عنه.

فالأظهر أنّه على القول بالصحّة في المسألة السابقة بواسطة الأخبار الخاصّة، لا سبيل إلى البناء عليها في المقام.

١. قوله: (من بيع مال اليتيم والمغصوب).

أمّا في بيع مال اليتيم، فالمنع غير موجود سابقاً لو سلّم شمول نصوصه لبيع غير الوليّ.

وأمّا المغصوب فلم ينقل سابقاً دليلاً يدلّ على صحّة بيعه.

٢. قوله: (فمن جهة ظهور الإقدام على الحلف).

هذا اجتهاد في مقابل نصّ الفقهاء، فإنّه نقل عنهم البناء على الانفساخ من جهة كون الحلف أمانة عدم الرضا.

بيع الفضولي لنفسه

٣. المسألة الثالثة: (أن يبيع الفضولي لنفسه، وهذا غالباً يكون في بيع الغاصب)

والأقوى فيه الصحة وفاقاً للمشهور^١، للعمومات المتقدمة بالتقريب المتقدم، وفحوى الصحة في النكاح، وأكثر ما تقدّم من المؤيدات مع ظهور صحيحه ابن قيس المتقدمة، ولا وجه للفرق بينه وبين ما تقدّم من بيع الفضولي للمالك، إلاّ وجوه تظهر من كلمات جماعة بعضها مختصّ على بيع الغاصب، وبعضها مشترك بين جميع صور المسألة.

منها: إطلاق ما تقدّم من النّبويين: «لا تبع ما ليس عندك»، و«لا بيع إلاّ في ملك»^٢ بناءً على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولي لنفسه.

وكثيراً ما يتفق في غيره، كما في البيوع المبنية على الأمارات والأصول الظاهرية من اليد وأصالة الصحة ونحوهما.

أقول: وكيف كان، ففي المسألة أقوال:

١. أحدها: الصحة، وهو المشهور، واختاره المصنّف.

ثانيها: التفصيل بين الغاصب وغيره، كما عن ابن إدريس.

ثالثها: التفصيل في الغاصب بين علم المشتري وجهله، كما عن العلامة وغيره.

فإنّ بنينا على صحة بيع الفضولي بواسطة الأخبار الخاصة، فلا وجه للبناء على الصحة في المقام، فإنّ عمدة المستند على هذا صحيح ابن قيس، ونصوص نكاح العبد، وشيء منهما لا يشمل المقام.

أمّا الأوّل: فلاّنه لو كان الابن بائعاً للوليدة لنفسه، كان التنبيه عليه أولى، لأنّه أدخل في الإنكار.

وأمّا الثانية: فلاّنه موردها وإن كان النكاح لنفسه، لكن الإجازة فيها لنفسه لا لمولاه، وأمّا إن بنينا على الصحة بواسطة العمومات، فهي تقتضي الصحة في المقام أيضاً بلا فرق، وقد ذكروا في وجه الفرق وأنّه لا يمكن الحكم بالصحة في المقام أموراً:

٢. الأمر الأوّل: نصوص بيع ما ليس عنده^(١)، بناءً على أنّ موردها بيع الفضولي لنفسه، وقد مرّ الجواب عنها.

(١) راجع الوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه وباب ٧ من أبواب أحكام العقود.

والجواب عنها: يُعرف ممّا تقدّم من أنّ مضمونها عدم وقوع بيع غير المالك لبايعه الغير المالك، بلا تعرّض فيها لوقوعه وعدمه بالنسبة إلى المالك إذا أجاز.

ومنها: بناء المسألة على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك، وهذا غالباً مفقود في المغصوب^١. وقد تقدّم عن المحقّق الكركي أنّ الغصب قرينة عدم الرضا.

وفيه أولاً: إنّ الكلام في الأعمّ من بيع الغاصب.

وثانياً: إنّ الغصب أمانة عدم الرضا بالبيع للغاصب لامطلقاً، فقد يرضي المالك ببيع الغاصب لتوقع الإجازة وتملّك الثمن. فليس في الغصب دلالة على عدم الرضا بأصل البيع، بل الغاصب وغيره من هذه الجهة سواء.

وثالثاً: قد عرفت أنّ سبق منع المالك غير مؤثّر.

ومنها: أنّ الفضولي إذا قصد إلى بيع مال الغير لنفسه، فلم يقصد حقيقة المعاوضة^٢، إذ لا يعقل دخول أحد العوضين في ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر. فالمعاوضة الحقيقية غير متصوّرة، فحقيقته يرجع إلى إعطاء المبيع وأخذ الثمن لنفسه، وهذا ليس بيعاً.

والجواب من ذلك: - مع اختصاصه ببيع الغاصب - أنّ قصد المعاوضة الحقيقية مبني على جعل الغاصب نفسه مالاً حقيقياً^٣، وإن كان هذا الجعل لا حقيقة له، لكن

-
١. الأمر الثاني: أنّه غالباً يكون منع المالك من البيع موجوداً في المغصوب، ولذلك يعتبر عدم سبق المنع.
 - وفيه: - مضافاً إلى ما عرفت من عدم اعتباره - أنّ المنع غير موجود في غير المغصوب، بل وفيه أيضاً، إذ الغصب أمانة عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقاً.
 ٢. الأمر الثالث: أنّ الفضولي إذا قصد البيع لنفسه، فهو غير قاصد لحقيقة المعاوضة التي هي عبارة عن دخول العوض في كيس من خرج المعوض عن كيسه، فقصد هذا المعنى لا يلائم مع قصد وقوع البيع لنفسه، فما يقصده هذا الفضولي ليس بيعاً.
 ٣. وأجاب عنه المصنّف رحمته: بأنّ البائع في هذا المورد يجعل نفسه مالاً حقيقياً، وهذا

المعاوضة المبنية على هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقتية، نظير المجاز الإدعائي في الأصول. نعم، لو باع لنفسه من دون بناء على ملكية المثلث ولا اعتقاد له، كان المعاملة باطلة غير واقعة له ولا للمالك، لعدم تحقق معنى المعاوضة، ولذا ذكروا أنه لو اشترى بماله لغيره شيئاً بطل ولم يقع له ولا لغيره، والمراد ما لو قصد تملك الغير للمبيع بإزاء مال نفسه، وقد تخيل بعض المحققين أن البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام، وهو ما لو باع مال غيره لنفسه لأنه عكسه، وقد عرفت أن عكسه هو ما إذا قصد تملك المثلث من دون بناء ولا اعتقاد لتمام المثلث، لأن المفروض الكلام في وقوع المعاملة للمالك إذا أجاز.

الجعل وإن كان لا حقيقة له، لكن المعاوضة المبنية على هذا الأمر الإدعائي حقيقتية نظير المجاز الادعائي في الأصول.

وأورد عليه بإيرادين:

الإيراد الأول: ما أفاده السيد في التعليقة، وهو أنه لو كان المالك ذلك، لزم البناء على الصحة فيما إذا أحرز هذا البناء، إذ مع عدمه لا وجه له، ولم ينقل التفصيل عن أحد. وفيه: أن المصنف لا يدعي أن المصحح هو التنزيل حال العقد، بل يدعي أن الغاصب يجعل نفسه مالكاً عدواناً، وإنما يبني بالسرقة والغصب على أن الإضافة الملكية منسوبة إليه باعها أم لم يبيعها، فإذا باع فهو يبيع ما يراه مالكاً له بعد سرقة الإضافة، وأما غير الغاصب فبنائه على ملكية نفسه واضح.

الإيراد الثاني: ما أفاده المحقق الإيرواني رحمته الله من أنه إن ادعى أن الغاصب يقصد المعاملة للمالك الواقعي، ثم يدعي انه هو لأجل تملك العوض، فيكون له قصدان: قصد كبروي وهو قصد وقوع المعاملة للمالك الواقعي، وقصد صغروي وهو قصد أنه المالك الواقعي.

فيرد عليه: أن الوجدان يكذب أن يكون للغاصب قصدان، وإنما له قصد واحد للمعاملة في حق نفسه كالمالك.

وإن ادعى أنه يقصد وقوع المعاوضة لنفسه، وكان مصححه دعواه الملكية. فيرد عليه: أن ادعائه كونه مالكاً لا يصحح القصد إلى المعاوضة الحقيقية، فإن

ومنها: أنّ الفضولي إذا قصد البيع لنفسه^١، فإن تعلّقت إجازة المالك بهذا الذي قصده البائع، كان منافياً لصحة العقد؛ لأنّ معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثلث بإجازته، وإن تعلّقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف، لا إمضاء لنقل الفضولي، فيكون النّقل من المنشئ غير مجاز، والمجاز غير منشيء.

المعاوضة المبنية على الإدّعاء لا تكون حقيقية، وكيف يكون حقيقةً ما أساسه الادّعاء. أقول: الظاهر أنّ مراده الثاني، ويمكن أن يدفع هذا الإيراد بأنّ المراد بالمعاوضة الحقيقية هو اعتبار البائع نفسه ملكية المشتري للمعوض بإزاء ملكيته للثمن، فطرفي القضية أمران اعتباريان. وعليه، فلا مانع من ابتناء هذه المعاوضة على الادّعاء، وبناء البائع على كونه مالكاً.

وقد أجب عن الإشكال السيد الفقيه^{عليه السلام}: بأنّ حقيقة البيع ليست إلا مبادلة مال بمال، من غير نظر إلى كونه لنفسه أو لغيره، وهذا المعنى موجود في بيع الغاصب، وقصد كونه لنفسه خارج عن حقيقته ولا ينافيه أيضاً.

وفيه: - مضافاً إلى تصريحه^{عليه السلام} في أوّل كتاب البيع بأنّ البيع ليس مبادلة، بل تملك وتملك بعوض - أنّ حقيقة المبادلة لا تتمّ إلاّ بلحاظ شيء آخر، وهو في المقام الملكية، وقصد المبادلة في الملكية التي هي صفة إضافية قائمة بالمال، وصاحبه يستدعي قصد انتقال المال عن ملك مالكه، ودخول عوضه في ملك صاحب هذا المال، وهذا ينافي مع قصد وقوع البيع لنفسه.

والحقّ ما تقدّم في أوّل هذا الجزء من أنّ البيع ليس من المعاوضة بالمعنى المتقدّم، كي يرد الإشكال المزبور، بل حقيقته إعطاء شيء لا مجاناً - فراجع ما حقّقناه - وعليه فلا يرد هذا المحذور.

١. الأمر الرابع: إنّ الفضولي إذا قصد البيع لنفسه، فإن تعلّقت إجازة المالك بهذا الذي قصده البائع، كان منافياً لصحة العقد، لأنّ معناها صيرورة الثمن لمالك المثلث بإجازته، وإن تعلّقت بغير المقصود كانت عقداً مستأنفاً، فيكون النّقل من المنشئ غير مجاز والمجاز غير منشيء.

وقد أجاب عن هذا المحقق القمي رحمته الله في بعض أجوبة مسائله، بأن الإجازة في هذه الصورة مصححة للبيع، لا بمعنى لحوق الإجازة لنفس العقد - كما في الفضولي المعهود - بل بمعنى تبديل رضى الغاصب وبيعه لنفسه برضى المالك، ووقوع البيع عنه^١، وقال نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثم ملكه، وقد صرح في موضع آخر بأن حاصل الإجازة يرجع إلى أن العقد الذي قصد إلى كونه واقعاً على المال المعين لنفس البائع الغاصب والمشتري العالم، قد بذلته بكونه على هذا الملك بعينه لنفسه، فيكون عقداً جديداً كما هو أحد الأقوال في الإجازة^٢.

وفيه: أن الإجازة على هذا تصوير - كما اعترف - معاوضة جديدة من طرف المجيز والمشتري، لأن المفروض عدم رضا المشتري ثانياً بالتبديل المذكور، لأن قصد البائع البيع لنفسه إذا فرض تأثيره في مغايرة العقد الواقع للعقد المجاز، فالمشتري إنما رضى بذلك الإيجاب المغاير لمؤدى الإجازة. فإذا التزم يكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقد بعقد، وبعد الحاجة إلى قبول المشتري ثانياً، فقد قامت الإجازة من المالك مقام إيجابه وقبول المشتري، وهذا خلاف الإجماع والعقل^٣.

وأجابوا عنه بأجوبة:

منها: ما عن المحقق القمي رحمته الله وما نقل عنه أمران:

١. أحدهما: أن مرجع الإجازة في المقام إلى تبديل رضا الغاصب بالبيع لنفسه برضا المالك بالبيع لنفسه، وظاهره التصرف في الإيجاب برضا المالك بالبيع لنفسه، وظاهره التصرف في الإيجاب فقط.

وأورد عليه: بعدم تطابقه حينئذٍ لقبول المشتري، لأن قبوله إنما تعلق بإيجاب البائع لا بمضمون الإجازة.

ولكن للتأمل في ذلك من جهة عدم الدليل على اعتبار التطابق في هذه الموارد، مجالاً واسعاً.

٢. ثانيهما: أن مرجع الإجازة في المقام إلى التصرف في طرفي العقد معاً، ومفادها: أن العقد الذي قصد إلى كونه واقعاً على المال المعين لنفس البائع الغاصب والمشتري العالم، قد بذلته بكونه على هذا الملك بعينه لنفسه، فيكون عقداً جديداً.

٣. وأورد عليه المصنف رحمته الله بأن هذا مخالف للإجماع والعقل. ولم يذكر وجه مخالفته

وأما القول بكون الإجازة عقداً مستأنفاً، فلم يعهد من أحد من العلماء وغيرهم، وإنما حكى «كاشف الرموز» عن شيخه وهو المحقق، أن الإجازة من مالك المبيع بيع مستقلّ بغير لفظ البيع، وهو قائم مقام إيجاب البائع، وينضمّ إليه القبول المقدم من المشتري، وهذا لا يجري فيما نحن فيه، لأنّه اذا قصد البائع البيع لنفسه، فقد قصد المشتري تملك الثمن للبائع، وتملك المبيع منه، فإذا بنى على كون وقوع البيع للمالك مغايراً لما وقع، فلا بدّله من قبول آخر، فالإكتفاء عنه بمجرد إجازة البائع الراجعة إلى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه، التزامٌ بكفاية رضا البائع، وإنشائه عن رضا المشتري وإنشائه، وهذا ما ذكرنا أنّه خلاف الإجماع والعقل.

للعقل، لكن ذكروا في وجهه أموراً :

الأول: إنّ تبديل قصد وقوعه لنفسه ورضاه به بقصد وقوعه لغيره، مستلزم لانقلاب ما وقع عليه عما وقع، وهو محال.
وفيه: إنّ المراد أنّ العقد الواقع المضاف الى الغاصب ملغاة هذه الخصوصية منه، بمعنى أنّها لا تؤثر، وبالإجازة يضاف إلى المالك، ويكون بذلك مؤثراً، فلا يلزم الانقلاب.

الثاني: إنّ المالك لا سلطنة له على المشتري، فكيف يبذل قبوله ؟

وفيه: إنّ عدم سلطنة المالك على المشتري شرعي لا عقلي، مع أنّ تبديل قبوله ليس من شؤون سلطنته عليه، بل على ماله، فإنّ المشتري لم يملك ماله للبائع مجاناً، بل بإزاء مال المالك، فللمالك من حيث سلطنته على ماله أن يجيز بدليّة ما له لمال المشتري، بأن يسقط خصوصيّة البائع في طرفيّةه لمال المشتري بإزاء ماله. فتدبر.

الثالث: إنّ لازم ما ذكر اتحاد الإيجاب والقبول، مع أنّه لا يعقل ذلك.

وفيه: إنّ المحقق لا يدعي كون الإجازة عقداً، وإنما ادعى كونها بمنزلة العقد الجديد، أي تكون تصرفاً في الإيجاب والقبول بإسقاط الخصوصية غير القابلتين للإجازة. فالإنصاف: أنّ ما أفاده المحقق القميّ رحمته الله غير منافٍ للعقل.

فالأولى في الجواب منع مغايرة ما وقع لما أُجيز.

وتوضيحه: إنَّ البائع الفضولي إنَّما قصد تملك المثلن للمشتري بإزاء الثمن^١، وأمَّا كون الثمن مالاً له أو لغيره، فإيجاب البيع ساكت عنه، فيرجع فيه الى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة، من دخول العوض في ملك مالك المعوض، تحقيقاً لمعنى المعاوضة والمبادلة، وحيث أنَّ البائع يملك المثلن بانياً على تملكه له وتسلّطه عليه عدواناً أو اعتقاداً، لزم من ذلك بنائه على تملك الثمن والتسلّط عليه، وهذا معنى قصد بيعه لنفسه، وحيث أنَّ المثلن ملك لمالكة واقعاً. فإذا أجاز المعاوضة انتقل عوضه إليه، فعلم من ذلك أنَّ قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الإيجاب، حتّى تردّد الأمر في هذا المقام بين المحذورين المذكورين، بل مفهوم الإيجاب هو تملك المثلن بعوض من دون تعرّض فيه لمن يرجع إليه العوض، إلا باقتضاء المعاوضة لذلك، ولكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضوليّ مشترياً لنفسه بمال الغير^٢، فقال للبائع الأصيل: (تملكت منك) أو (ملكتُ [بالتخفيف] هذا الثوب بهذه الدراهم).

فإنّ مفهوم هذا الإنشاء هو تملك الفضولي للثوب، فلا مورد لإجازة مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه، فلا بدّ من التزام كون الإجازة نقلاً مستأنفاً غير ما أنشأه الفضولي الغاصب.

١. ومنها: ما أفاده المصنّف رحمته وهو أنَّ إيجاب البائع الغاصب يتضمّن أمرين:

أحدهما: تملك المشتري المال بعوض.

الثاني: دخول العوض في ملكه.

والثاني خارج عن مضمون الإيجاب، نعم مقتضى طبع المعاوضة دخوله في ملك مالك المبيع، وحيث أنَّ المبيع ملك للمجيز واقعاً، فيدخل العوض في ملكه كذلك في فرض الإجازة، وحيث أنّه مالك ادعاءً واعتقاداً فيكون بانياً على تملكه العوض، وعليه فلا مانع من تعلّق الإجازة بما هو مضمون الإيجاب.

٢. ثمّ أورد على نفسه: بأنّه لا يتمّ فيما لو كان الفضوليّ مشترياً لنفسه بمال الغير،

وقال للبائع: (تملكت منك) أو (ملكت هذا الثوب بهذه الدراهم) إذ مفهومه شيء واحد،

وبالجملة: فنسبة المتكلم الفضولي بتملك المثلثن إلى نفسه بقوله: (ملكنت) أو (تملكنت) كإيقاع المتكلم الأصلي التملك على المخاطب الفضولي بقوله: (ملكنتك هذا الثوب بهذه الدراهم) مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك، وبهذا استشكل العلامة رحمته في «التذكرة» حيث قال: (لو باع الفضولي مع جهل الآخر، فإشكال من أن الآخر إنما قصد تملك العاقد، ولا ينتقض بما لو جهل الآخر وكالة العاقد أو ولايته، لأنه حينئذ إنما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه أصلياً أو نائباً. ولذا يجوز مخاطبته وإسناد الملك إليه مع علمه بكونه نائباً، وليس إلا بملاحظة المخاطب باعتبار كونه نائباً، فإذا صحّ اعتباره نائباً صحّ اعتباره على الوجه الأعم عن كونه نائباً أو أصلياً). أما الفضولي فهو أجنبي عن المالك، لا يمكن فيه ذلك الاعتبار، وقد تفتن بعض المعاصرين لهذا الإشكال في بعض كلماته، فالتزم تارةً ببطلان شراء الغاصب لنفسه، مع أنه لا يخفي مخالفته للفتاوى وأكثر النصوص المتقدمة في المسألة، كما اعترف به أخيراً، وأخرى بأن الإجازة إنما تتعلق بنفس مبادلة العوضين، وإن كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثلثن مأخوذة فيها، وفيه أن حقيقة العقد في العبارة التي ذكرناها في الأشكال - أعني قول المشتري الغاصب (تملكنت) أو (ملكنت هذا منك بهذه الدراهم) - ليس إلا إنشاء تملكه للمبيع، فأجازة هذا الإنشاء لا يحصل بها تملك المالك الأصلي له، بل يتوقف على نقل مستأنف، فالأنسب في التفصي أن يقال: إن نسبة الملك إلى الفضولي العاقد لنفسه في قوله: (تملكنت منك) أو قول غيره له: (ملكنتك) ليس من حيث هو، بل من حيث جعل نفسه مالكاً للمثلثن اعتقاداً أو عدواناً^١.

وهو تملك الفضولي للثوب، ولا يكون ذلك منحللاً إلى شيئين كي تتعلق الإجازة بأحدهما دون الآخر.

١. ثم تفصي عن الإشكال بأن نسبة الملك إلى الفضولي ليست بما هو هو، بل بما هو مالك، فحيثية المالكية مأخوذة فيه، ومن المعلوم أن كلّ محمول مترتب على المتحيث بحيثية في الحقيقة مترتب على تلك الحيثية، فيكون المنسوب إليه الملك هو المالك،

ولذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن، التزمنا بلغويته، ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادلة بتملك شخص المال بإزاء مال غيره، فالمبادلة الحقيقية من العاقد لنفسه، لا يكون إلا إذا كان مالكا حقيقيا أو ادعائيا، فلو لم يكن أحدهما وعقد لنفسه لم يتحقق المعاوضة والمبادلة حقيقة، فإذا قال الفضولي الغاصب المشتري لنفسه: (تملكت منك كذا بكذا)، فالمنسوب إليه التملك إنما هو المتكلم لا من حيث هو، بل من حيث عد نفسه مالكا اعتقادا أو عدوانا، وحيث أن الثابت للشيء من حيثية تقييدية، ثابت لنفس تلك الحيثية، فالمسند إليه التملك حقيقة هو المالك للثمن، إلا أن الفضولي لما بني على أنه المالك المسلط على الثمن، أسند ملك المثلث الذي هو بدل الثمن الى نفسه، فالإجازة الحاصلة من المالك متعلقة بإنشاء الفضولي، وهو التملك المسند إلى مالك الثمن، وهو حقيقة نفس المجيز، فيلزم من ذلك انتقال الثمن إليه. هذا مع أنه ربما يلتزم صحة أن يكون الإجازة لعقد الفضولي، موجبة لصيرورة العوض ملكا للفضولي، ذكره شيخ مشايخنا في شرحه على «القواعد»، وتبعه غير واحد من أجلاء تلامذته، وذكر بعضهم في ذلك وجهين:

والإجازة تتعلق بهذا المضمون، غاية الأمر أن الفضولي لما بني على أنه المالك، أسند ملك العوض إلى نفسه.

وفيه أولاً: كون هذه الحيثية حيثية تقييدية غير ثابت، بل الظاهر كونها حيثية تعليلية، إذ المالك إنما يبيع أو يشتري لنفسه لا للمالك. وثانياً: إن الحيثية التقييدية المفروضة هي كونه مالكا ادعاءً لا حقيقةً، وإيقاع العقد للمالك الادعائي غير قابل للتأثير بالإجازة، ووقوعه للمالك الحقيقي بالإجازة، موجب لكون المجاز غير منشأ، والمنشأ غير مجاز.

والحق في المقام يقتضي أن يقال: إن بيع الفضولي لنفسه على أقسام: القسم الأول: أن يكون داعيه من البيع التصرف في الثمن وألا يوقعه لمالكة، وفي هذا القسم لا كلام في أنه لو أجازه المالك صح وقوع له، ويكون المنشأ مجازاً. القسم الثاني: أن يبيع لنفسه من غير بناء على مالكيته للمبيع، ويقصد خروج

أحدهما: أنَّ قضيّة بيع مال الغير عن نفسه، والشراء بمال الغير لنفسه، جَعَلَ ذلك المال له ضمناً، حتّى أنّه على فرض صحّة ذلك البيع والشراء، تملّكه قبل انتقاله إلى غيره، ليكون انتقاله إليه عن ملكه، نظير ما إذا قال: (اعتق عبدك عنّي)، أو قال: (بع مالي عنك) أو: (اشتر لك بمالي كذا)، فهو تملك ضمّنيّ حاصل ببيعه أو الشراء، ونقول في المقام أيضاً، إذا أجاز المالك صحّ البيع والشراء، وصحّته تتضمّن انتقاله إليه حين البيع أو الشراء، فكما أنّ الإجازة المذكورة تصحّح البيع أو الشراء، كذلك تقضي بحصول الانتقال الذي يتضمّنه البيع الصحيح، فتلك الإجازة اللاحقة قائمة مقام الإذن السابق، قاضية بتمليكه المبيع، ليقع البيع في ملكه ولا مانع منه.

الثاني: أنّه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكاً للعاقِد في انتقال بدله إليه، بل يكفي أن يكون مأذوناً في بيعه لنفسه أو الشراء به، فلو قال: (بع هذا لنفسك) أو: (اشتر لك بهذا)، ملك الثمن في الصورة الأولى بانتقال المبيع عن مالكه إلى المشتري، وكذا ملك المثل في الصورة الثّانية، ويتفرّع عليه أنّه لو اتّفق بعد ذلك فسخ المعاوضة، رجع الملك إلى مالكه دون العاقِد.

وفي كلا الوجهين نظر:

أمّا الأوّل: فلأنّ صحّة الإذن في بيع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعة، كما تقدّم في بعض فروع المعاوضة، مع أنّ قياس الإجازة على الإذن قياس مع الفارق، لأنّ الأذن

المعوض عن ملك مالكه ودخول عوضه في ملكه، وهذا القسم على مسلك المصنّف رحمته وموافقه من أنّ البيع هو المعاوضة يكون باطلاً وغير قابل للتأثير بالإجازة، ولكن على المسلك الحقّ من كون البيع هو الإعطاء لا مجاناً، قابل للصحة بالإجازة، فإن أجازته على ما وقع وقع للبائع، وإن أجازته لنفسه صحّ، ويكون قصد وقوعه لنفسه لاغياً.

القسم الثالث: أن يكون البيع لنفسه بعد البناء على مالكيّة نفسه، وهذا القسم هو الذي يكون مورداً لكلام المصنّف، وقد عرفت ما في تصحيحه ووقوعه للمالك مع الإجازة، ولكن يمكن تصحيح ذلك بوجه آخر، وهو أن يُقال إنّ إنشاء العاصب على هذا النحو

في البيع يحتمل فيه أن يوجب من باب الإقتضاء تقدير الملك آنأ ما قبل البيع، بخلاف الإجازة، فإنها لا يتعلّق إلا بما وقع سابقاً، والمفروض أنه لم يقع إلا مبادلة مال الغير بمال آخر، نعم لما بنى هو على ملكية ذلك المال عدواناً أو اعتقاداً، قصد بالمعاوضة رجوع البديل إليه، فالإجازة من المالك إن رجعت الى نفس المبادلة أفادت دخول البديل في ملك المجيز، وإن رجعت الى المبادلة منضمّة إلى بناء العاقد على تملك المال، فهي وإن أفادت دخول البديل في ملك العاقد، إلا أنّ مرجع هذا الى إجازة ما بنى عليه العاقد من التملك وإمضائه له، إذ بعد إمضائه يقع البيع في ملك العاقد، فيملك البديل، إلا أنّ من المعلوم عدم الدليل على تأثير الإجازة في تأثير ذلك البناء في تحقّق متعلّقه شرعاً بل الدليل على عدمه^١، لأنّ هذا ممّا لا يؤثر فيه الإذن، لأنّ الإذن في التملك، لا يؤثر التملك فكيف إجازته.

بالمطابقة يدلّ على تملكه لل عوض، وبالادلة الالتزامية يدلّ على المبادلة بالمعنى المذكور، أي دخول العوض في كيس من خرج عن كيسة المعوض، فيصحّ للمالك إجازة هذا المدلول الالتزامي فيقع له، كما له إجازة المدلول المطابقي فيقع للغاصب.

القسم الرابع: أن يكون البيع لنفسه مع قصده إنشاء التملك بنفس إنشاء البيع، بمعنى أنّه بإنشاء البيع ينشأ أمرين مترتبين: أحدهما التملك، ثانيهما إنشاء البيع لنفسه.

وبعبارة أخرى: ينشأ البيع لنفسه مترتباً عليه، وفي هذا القسم لو أجاز المالك التملك يقع البيع للمالك، كما لو إذن المالك البيع لنفسه بهذا النحو، ولعلّ هذا هو مراد كاشف الغطاء^٢ ممّا نقله عنه المصنّف^٣.

وعليه فلا يرد عليه ما أفاده المصنّف^٤.

١. بأنّ الإجازة لا دليل على تأثيرها في بناء الغاصب على الملكية في تحقّق متعلّقه شرعاً، بل الدليل على عدمه، لأنّ هذا ممّا لا يؤثر فيه الإذن، إذ الإذن في التملك لا يؤثر التملك فكيف بإجازته، لأنّ إيراده مبتن على أنّ يكون التملك بالبناء المجرد على الملكية من دون إنشاء للتمليك، وقد عرفت أنّه يمكن أن يكون مراده التملك بنفس البيع ولحوق الإجازة له لا بأس به.

وأما الثاني: فلما عرفت من منافاته لحقيقة البيع التي هي المبادلة، ولذا صرح العلامة رحمته في غير موضع من كتبه: تارة بأنه لا يتصور، وأخرى بأنه لا يعقل أن يشتري الإنسان لنفسه بمال غيره شيئاً.

بل ادعى بعضهم في مسألة قبض المبيع، عدم الخلاف في بطلان قول مالك الثمن: (اشتر لنفسك به طعاماً)، وقد صرح به الشيخ والمحقق وغيرهما.

نعم، سيأتي في مسألة جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري بالغصب، أن ظاهر جماعة -كقطب الدين والشهيد وغيرهما- أن الغاصب مسلط على الثمن، وإن لم يملكه، فإذا اشترى به شيئاً ملكه، وظاهر هذا إمكان أن لا يملك الثمن ويملك المثلث المشتري، إلا أن يحمل ذلك منهم على التزام تملك البائع الغاصب للمثلث مطلقاً، كما نسبه الفخر رحمته إلى الأصحاب، أو أننا ما قبل أن يشتري به شيئاً تصحيحاً للشراء. وكيف كان، فالأولى في التفصي عن الإشكال المذكور في البيع لنفسه ما ذكرنا، ثم إن ما ذكرنا من أن نسبة ملك العوض حقيقة، إنما هو إلى مالك المعوض، لكنه بحسب بناء الطرفين على مالكية الغاصب للعوض منسوب إليه، يظهر اندفاع إشكال آخر^١ في صحة البيع لنفسه مختص بصورة علم المشتري، وهو أن المشتري الأصيل إذا كان عالماً بكون البائع لنفسه غاصباً، فقد حكم الأصحاب -على ما حكى عنهم- بأن المالك

١. قوله: (يظهر اندفاع إشكال آخر في صحة البيع لنفسه).

في صحة بيع الفضولي لنفسه إشكال آخر، وهو إنما يكون من جهتين: الجهة الأولى: أن المشتري العالم بكون البائع غاصباً، كيف يملكه الثمن بإزاء تملكه مال الغير؟!

الجهة الثانية: أنه لو سلط المشتري العالم الفضولي على الثمن، ليس له الرجوع على البائع بالثمن، لو رد المالك البيع، على ما حكم به الأصحاب، وهذا يكشف عن اختصاص الغاصب بالثمن، فلا يكون البيع المزبور قابلاً للإجازة لكونه بيعاً بلا ثمن، إذ لو كان هذا ثمنه كان اللازم أن يرد إلى المشتري برد البيع.

أما الإشكال من الجهة الأولى: فالجواب عنه هو الجواب الآنف عن الإشكال، من أن

لو ردّ، فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن. وهذا كاشف عن عدم تحقّق المعاوضة الحقيقيّة، وإلا كان ردّها موجباً لرجوع كلّ عوض إلى مالكه، وحينئذ فإذا أجاز المالك لم يملك الثمن لسبق اختصاص الغاصب به، فيكون البيع بلا ثمن، ولعلّ هذا هو الوجه في إشكال العلامة في «التذكرة» حيث قال بعد الإشكال في صحّة بيع الفضولي مع جهل المشتري: (إنّ الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل)، انتهى. أقول: هذا الأشكال - بناءً على تسليم ما نقل عن الأصحاب من أنّه ليس للمشتري استرداد الثمن مع ردّ المالك وبقائه، وبعد تسليم أنّ الوجه في حكمهم ذلك هو مطلق التسليط على تقديري الرّد والإجازة، لا التسليط المراعى بعدم إجازة البيع^١ - إنّما يتوجّه على القول بالنقل، حيث أنّ تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة. وأمّا على القول بالكشف فلا يتوجّه^٢

الغاصب كيف له أن يقصد المعاوضة؟!

وبه يظهر أنّ ما ذكره المصنّف رحمته من أنّه: (بما ذكرناه اندفع هذا الإشكال) متين. ولا يرد عليه ما أفاده المحقّق الإيرواني رحمته بقوله: (لم أعرف وجه ارتباط لما ذكره بهذا الإشكال)، كي يحصل به الجواب عنه.

وأما الإشكال من الجهة الثانية: فيمكن الجواب عنه بأنّ هذا الحكم لم يفت الأصحاب جميعاً به. بل في المسألة قولان آخران: أحدهما الضمان مطلقاً كما أفتوا به جميعاً في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد، ثانيهما الضمان مع بقاء العين.

وأجاب عنه المصنّف رحمته بجوابين آخرين:

١. أحدهما: أنّ التسليط المذكور إنّما يكون تسليطاً مجّاناً في صورة الرّد خاصّة لا مطلقاً.

وفيه: إنّ هذا يكون تمليكاً معلقاً، وهو غير نافذ.

٢. ثانيهما: إنّ هذا الإشكال لو تمّ، فإنّما هو على القول بالنقل، ولا يتمّ على القول بالكشف، فإنّه على هذا المسلك تكشف الإجازة عن كونه تسليطاً على مال الغير.

وفيه: إنّ الكشف الذي يمكن الالتزام به، هو الكشف الحكمي لا الحقيقي، فقبل الإجازة لا يكون المال منتقلاً عنه.

إشكالاً أصلاً؛ لأنّ الرّد كاشف عن كون تسليط المشتري تسليطاً له على مال نفسه، والإجازة كاشفة عن كونه تسليطاً له على ما يملكه غيره بالعقد السّابق على التسليط الحاصل بالإقباض، ولذا لو لم يقبضه الثمن حتّى أجاز المالك أو رده، لم يكن للغاصب انتزاعه من يد المشتري أو المالك، وسيأتي في مسألة جواز تتبّع العقود للمالك تنمّة لذلك، فانتظر.

ثمّ اعلم أنّ الكلام في صحّة بيع الفضولي لنفسه - غاصباً كان أو غيره - إنّما هو في وقوعه للمالك إذا أجاز، وهو الذي لم يفرق المشهور بينه وبين الفضولي البائع للمالك لا لنفسه.

وأما الكلام في صحّة بيع الفضولي ووقوعه لنفسه إذا صار مالكاً للمبيع وأجاز، سواءً باع لنفسه أو المالك، فلا دخل له بما نحن فيه، لأنّ الكلام هنا في وقوع البيع للمالك، وهناك في وقوعه للعاقداً إذا ملك.

ومن هنا يعلم أنّ ما ذكره في «الرياض»: (من أنّ بيع الفضولي لنفسه باطلٌ) ^١، ونسب إلى «التذكرة» نفي الخلاف فيه، في غير محله، إلّا أنّ يريد ما ذكرناه، وهو خلاف ظاهر كلامه، بقي هنا أمران :

١. قوله: (ومن هنا يعلم أنّ ما ذكره في «الرياض» من أنّ بيع الفضولي لنفسه باطلٌ).

مراده من صمّ فتوى المشهور في بيع الفضولي لنفسه بالصحة بعد الإجازة، إلى نسبة نفي الخلاف في البطلان إلى العلامة، يستنتج تمامية ما اخترناه من وقوعه للعاقداً الفضولي إذا ملك وأجاز، لكنّه خلاف ظاهر كلماتهم. وكيف كان، فهناك مسألتان :

إحدهما: أنّ العاقداً الفضولي لنفسه إذا صار مالكاً وأجاز، وهي هذه المسألة. ثانيتهما: إذا باع الفضولي مال الغير لنفسه فأجازه المالك، والثانية محلّ الكلام.

الأول: أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي، بين كون مال الغير^١ عيناً أو ديناً في ذمة الغير ومنه جعل العوض ثمناً أو مئتماً في ذمة الغير، ثم إن تشخيص ما في الذمة الذي يعقد عليه الفضولي^٢، إما بإضافة الذمة إلى الغير، بأن يقول: (بعثت كراً من طعام في ذمة فلان بكذا)، أو: (بعثت هذا بكذا في ذمة فلان)، وحكمه أنه لو أجاز فلان يقع العقد له وان ردّ بطل رأساً.

وأما بقصد العقد له، فإنه إذا قصد في العقد، تعيين كونه صاحب الذمة، لما عرفت من استحالة دخول أحد العوضين في ملك غير من خرج عنه الآخر، إلا على احتمال ضعيف تقدّم عن بعض، فكما أنّ تعيين العوض في الخارج يُغني عن قصد من وقع له العقد، فكذا قصد من وقع له العقد يُغني عن تعيين الثمن الكلي بإضافته إلى ذمة شخص خاص، وحينئذ فإن أجاز من قصد مالكيته وقع العقد، وإن ردّ فمقتضى القاعدة

لو كان مال الغير في ذمته لا عيناً

١. قوله: (لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي، بين كون مال الغير عيناً أو ديناً). بعدما لا كلام في عدم الفرق في الفضولي، بين كون مال الغير عيناً أو في ذمة الغير في الجملة، وقع الكلام في جهات:

الجهة الأولى: فيما به يتشخص ما في الذمة.

٢. أفاد المصنّف رحمته أنّ تشخصه إنما يكون بإضافة الذمة إلى الغير، ومقتضى إطلاق كلامه - كصريح المحقق النائيني رحمته - عدم الفرق بين الإضافة إليه لفظاً أو قصداً، أو بقصد العقد له لفظاً أو قصداً، وذكر في وجه كفاية الثاني: أنّ تعيين من يقع له العقد بعد استحالة دخول أحد العوضين في كيس من خرج عنه الآخر، يكون تعييناً لمن في ذمته الثمن. ولكن يرد عليه: أنه بما أنّ الكلي ما لم يصف إلى ذمة شخص، لا يقبل اعتبار الملكية له عند العقلاء، فمجرد قصد من يقع له العقد، مع عدم قصد من في ذمته الثمن، لا يكفي ولا يُغني عن إضافة الكلي إليه، فلا بدّ من الإضافة المزبورة، فالتشخيص إنما يكون بالإضافة خاصة.

بطلان العقد واقعاً، لأن مقتضى ردّ العقد بقاء كلّ عوض على ملك صاحبه، إذ المال مردّد في باب الفضولي بين مالكة الاصل، ومن وقع له العقد، فلا معنى لخروجه عن ملك مالكة وتردّه بين الفضولي ومن وقع له العقد، إذ لو صحّ وقوعه للفضولي لم يحتجّ إلى إجازة، ووقع له، إلا أنّ الطرف الآخر لو لم يصدّقه على هذا القصد، وحلف على نفي العلم^١، حكم له على الفضولي، لوقوع العقد له ظاهراً، كما عن المحقّق وفخر الإسلام والمحقّق الكركي والسيّوري والشّهيد الثاني.

وقد يظهر من إطلاق بعض الكلمات - كالقواعد، و«المبسوط» - وقوع العقد له واقعاً، وقد نسب ذلك إلى جماعة في بعض فروع المضاربة، وحيث عرفت أنّ قصد البيع للغير أو إضافته إليه في اللفظ يوجب صرف الكلّي إلى ذمّة ذلك الغير، كما أنّ إضافة الكلّي

١. الجهة الثانية: إنّه لم يصدق الطرف الآخر قصد الفضولي البيع أو الشراء لغيره، ففي المسألة أقوال:

الأول: ما عن جمع من الأساطين، وهو الحكم بوقوع العقد للفضولي ظاهراً.

الثاني: الحكم بوقوعه له واقعاً.

الثالث: الحكم بعدم الوقوع.

ومجمل القول في المقام: إنّه تارةً يكذب كلّ منهما الآخر، كما لو ادّعى البائع أنّ المشتري قصد الشراء لنفسه في ذمته، وهو أيضاً قصد ذلك، وادّعى المشتري أنّه قصد الشراء لغيره، والبائع أيضاً قصد ذلك .

وأخرى: يدّعي مدّعي الفضوليّة أنّه قصد غير ما قصده طرفه، وتخيّل أنّه أيضاً قاصد لذلك، والأصيل ينكر ذلك، ويدّعي أنّه قصد عين ما قصده، وهو الشراء مثلاً لنفسه.

أمّا الصورة الأولى: فهي من قبيل التداعي، فلا بدّ من إعمال قواعد ذلك الباب.

وأمّا الصورة الثانية: فحيث أنّ المدّعي هو من يدّعي الفضوليّة لمخالفة قوله لظاهر العقد وأصالة الصحّة، إذ على ما يدّعيه يكون العقد باطلاً، وعلى قول طرفه يكون

إليه يوجب صرف البيع أو الشراء إليه ، وإن لم يقصده، أو لم يصفه إليه ، ظهر من ذلك التنافي بين إضافة البيع إلى غيره، وإضافة الكلي إلى نفسه، أو قصده من غير إضافة، وكذا بين إضافة البيع إلى نفسه، وإضافة الكلي إلى غيره، فلو جمع بين المتنافيين^١ بأن قال: (اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمتي) أو: (اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمة فلان):

ففي الأول: يحتمل البطلان^٢، لأنه في حكم شراء شيء للغير بعين ماله، ويحتمل إلغاء أحد القيدتين وتصحيح المعاملة لنفسه أو للغير.

وفي الثاني: يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير، فيقع للغير بعد إجازته. لكن بعد تصحيح المعاوضة بالبناء على التملك في ذمة الغير اعتقاداً، ويحتمل الصحة بإلغاء قيد ذمة الغير، لأنّ تقييد الشراء أولاً بكونه لنفسه يوجب إلغاء ما ينافيه من إضافة الذمة إلى الغير، والمسألة تحتاج إلى تأمل.

ثمّ إنّه قال في «التذكرة»: (لو اشترى فضولياً فإن كان بعين مال الغير، فالخلاف في

صحيحاً، فمقتضى القاعدة هو إقامة البيّنة، وإذا لم يتمكّن منها يحلف المنكر، فإن حلف برأو حكم ببطلان العقد، وإن لم يحلف وردّ الحلف، فإن تمكّن المدعي من الحلف على العلم بالقصد وحلف، فيحكم له، وإن لم يتمكّن من الحلف على العلم حكم له أيضاً. وتمام الكلام في كتاب القضاء.

١. الجهة الثالثة: لو جمع بين المتنافيين، بأن قال: (اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمتي) أو: (اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمة فلان) وأجاز من أضيف إليه .

٢. ففي الأول احتتمل المصنّف رحمته البطلان، لأنه في حكم شراء شيء للغير بعين ماله، واحتمل إلغاء أحد القيدتين.

وجزم المحقق النائيني رحمته بالصحة وإلغاء قيد (فلان)، لأنّ وقوع العقد للغير إنّما يكون لو أضاف إليه، ولم يلحقه بما ينافيه، وإلا فيقع لنفسه كما هو مقتضى إطلاق العقد.

وجزم السيّد رحمته بالبطلان على مسلك المصنّف رحمته، من كون البيع هو المعاوضة. وحقّ القول فيه: - بنحو يظهر الحقّ وما في سائر الأقوال - إنّه بناءً على المختار من

البطلان والوقف على الإجازة، إلا أن أبا حنيفة قال يقع للمشتري لكل حال. وإن كان في الذمة لغيره، وأطلق اللفظ، قال علماؤنا يقف على الإجازة فإن أجاز صحّ ولزمه أداء الثمن، وإن ردّ نفذ عن المباشر^(١)، وبه قال الشافعي في القديم وأحمد، وإنما يصحّ الشراء لأنه تصرف في ذمته لا في مال غيره، وإنما وقف على الإجازة، لأنه عقد الشراء له، فإن أجاز له لزمه، وإن ردّه لزم من اشتراه، ولا فرق بين أن ينقد من مال الغير أو لا، وقال أبو حنيفة يقع عن المباشر وهو جديد للشافعي، انتهى.

وظاهره الاتفاق على وقوع الشراء مع الردّ للمشتري واقعاً، كما يشعر به تعليقه بقوله: (لأنه تصرف في ذمته لا في مال الغير)، لكن أشرنا سابقاً إجمالاً إلى أنّ تطبيق هذا على القواعد مشكل.

كون البيع هو الإعطاء لا مجاناً، يصحّ البيع المذكور، ويقع للغير، وتشغل ذمته نفسه بالدرهم. نعم، تعتبر إجازة ذلك الغير، إذ دخول شيء في ملكه بلا رضاه منافٍ لتسلط الناس على أنفسهم.

وأما بناءً على كونه هو المعاوضة - كما اختاره المصنّف^(٢) وغيره - فيمكن تصحيحه بالنحو الذي صحّ البيع لنفسه بمال الغير، بدعوى البناء على مالكيته له، فإذا أجاز المالك وقع له، فإنه يقال في المقام إنه يشتري لغيره بدرهم في ذمته نفسه، بعد البناء على مالكيته لما في ذمته، وتسلطه عليه، ففي الحقيقة يشتري لمن هو مسلط على ما في ذمته، وهو نفسه، فيصحّ البيع ويلغى قيد وقوع البيع للغير، وبذلك يظهر ما في كلمات الأساطين، هذا كله في الأوّل.

وبه يظهر الحال في الثاني، إذ على المختار يقع لنفسه إذا أجاز ذلك الغير البيع على ما وقع، وإن أجاز له نفسه صحّ له، ويلغى قيد وقوعه لنفسه، وعلى مسلك المصنّف^(٣) يقع للمجيز بالتقريب المتقدم، ولا وجه لما احتمله من الصحة بإلغاء قيد (ذمة الغير)، فإنه يلزم منه وقوع ما لم يقصد كما هو واضح.

الجهة الرابعة: لو جمع بين المتنافيين وردّ العقد من أضيف إليه، بطل العقد، وعن العلامة^(٤) في «التذكرة»: :

١. (وإن كان في الذمة لغيره، وأطلق...) إلى آخر ما نقله المصنّف^(٥).

لأنه إن جعل المال في ذمته بالأصالة، فيكون ما في مثل هذا: إما البطلان لو عمل بالنية، بناءً على أنه لا يعقل في المعاوضة دخول عوض مال الغير قهراً. وإما صحته ووقوعه لنفسه لو ألغى النية، بناءً على انصراف المعاملة إلى مالك العين قهراً، وإن نوى خلافه. وإن جعل المال في ذمته لا من حيث الأصالة، بل من حيث جعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً، ففيه مع الإشكال في صحة هذا، لو لم يرجع إلى الشراء في ذمة الغير، أن اللازم من هذا أن الغير إذا رد هذه المعاملة وهذه النيابة، يقع فاسدة من أصلها، إلا أنها تقع للمباشر، نعم إذا عجز المباشر من إثبات ذلك على البائع، لزمه ذلك في ظاهر الشريعة، كما مرددة بين المباشر والمنوي، ودون التزامه خرط القتاد. ويمكن تنزيل العبارة على الوقوع للمباشر ظاهراً، لكنه بعيد.

وهذا الكلام حيث أنه بظاهره لا ينطبق على القواعد، تصدّى القوم لتصحيحه. وقد ذكر المحقق النائيني رحمته له توجيهين:

أحدهما: أن يكون مراده شراء العاقد لنفسه، مع كون المال في ذمته، ويكون قصده للغير من باب جعل تولية العقد للغير، وحينئذٍ فإن أجاز الغير التولية، يكون العقد له، وتكون إجازته من قبيل القبول، وإن ردّ وقع للعاقد. وفيه: إن ظاهر كلامه أنه لو أجاز ينتقل المال من مالكة إلى المجيز لا منه إلى العاقد ومنه إلى المجيز.

ثانيهما: أن يكون مراده وقوع البيع للغير في ذمته، ويكون جعل المال في ذمته نظير الضمان عن الغير، بناءً على مذهب الجمهور من عدم انتقال الضمان من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، فيكون كلّ منها ضامناً بنحو الطوليّة، ففي المقام يكون المباشر هو المتعهد للمال وهو الملزم به أولاً، ولكن إذا أجاز من قصد العقد له ينصرف عن المباشر إليه، وإذا ردّ يبقى في ذمته.

وفيه أولاً: إن الغير إذا لم يجز لا معنى لكون الضامن ملزماً ولا لوقوع البيع له.

الثاني: الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولي، بين البيع العقدي والمعاطاة^١، بناءً على إفادتها للملك، إذ لا فارق بينها وبين العقد، فإنَّ التَّقَابُضَ بين الفضوليين أو فضولي وأصيل إذا وقع بنية التملك فأجازهُ المالك، فلا مانع من وقوع المجاز من حينه أو من حين الإجازة، فعموم مثل قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ شامل له، ويؤيده رواية عروة البارقي، حيث أنَّ الظاهر وقوع المعاملة بالمعاطاة.

وثانياً: يلزم أنه لو لم يؤدَّ الغير المال بعد إجازة البيع، أن يجب على العاقد أن يؤدِّبه، وهو كما ترى.

فالصحيح في توجيه كلام العلامة^٢ أن يقال: إنَّ مراده أن يشتري شيئاً بمنَّ من الحنطة مثلاً، ويلتزم هو بأدائه، إمَّا من مال زيد فيكون الشراء له، أو من ماله فيكون الشراء لنفسه، وينحلَّ هذا الشراء إلى شرَّائين طوليين، فإنَّ أجاز الغير وقع له، وإن رُدَّ وقع للعاقد.

ومثل هذا التعليق لا يوجب البطلان، لأنَّ المتيقن من معقد الإجماع غير هذا المورد الذي ينشأ شراءه.

الفضولي في المعاطاة

١. الثاني: قال المصنّف^٣ (الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام البيع الفضولي بين البيع العقدي والمعاطاة).

أقول: في المسألة وجوه وبعضها أقوال.

ثالثها: التفصيل بين القول بالإباحة، فلا يجري الفضولي في المعاطاة، والقول بالملك فيجري.

رابعها: التفصيل بين كون الفضولي على خلاف القاعدة فلا تجري مطلقاً، وكونه على طبقها فتجري.

خامسها: التفصيل بين كون المعاطاة على خلاف القاعدة فلا تجري، وبين كونها على طبقها فيجري.

وتوهم الإشكال فيه من حيث أنّ الإقباض الذي يحصل به التملك محرّم، لكونه تصرفاً في مال الغير، فلا يترتب عليه أثر^١، في غير محلّه، إذ قد لا يحتاج إلى إقباض مال الغير، كما لو اشترى الفضولي لغيره في الذمة، مع أنّه قد يقع الإقباض مقروناً برضا المالك^٢، بناءً على ظاهر كلامهم من أنّ العلم بالرضا لا يخرج المعاملة عن معاملة الفضولي، مع أنّ النهي لا يدلّ على الفساد، مع أنّه لو دلّ لدلّ على عدم ترتب الأثر

وبالجملة: فحقّ القول في المقام يقتضي البحث في مقامين:

الأول: بناءً على القول بإفادة المعاطاة الملك.

الثاني: بناءً على القول بإفادتها الإباحة.

أمّا الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:

المورد الأول: بناءً على كون الفضولي على طبق القاعدة.

المورد الثاني: بناءً على استفادته من النصوص الخاصّة.

أمّا المورد الأول: فإن قلنا بأنّ إفادة المعاطاة الملك إنّما تكون على خلاف القاعدة

تعيّن البناء على عدم جريان الفضولي فيها، إذ المتيقّن منه تعاطي المالكيّن.

وإن قلنا بأنّ إفادتها الملك إنّما تكون على القاعدة فمقتضى العمومات هو البناء على

الجريان.

وقد استدللّ لعدم الجريان بوجوه:

١. الوجه الأول: أنّ الإقباض الذي يحصل به التملك محرّم، لكونه تصرفاً في مال

الغير فلا يترتب عليه أثر.

وفيه أولاً: إنّ النهي النفسي عن المعاملة لا يدلّ على فسادها، كما حقّقناه في أوّل

الجزء الأوّل من هذا الشرح.

وثانياً: أنّه قد لا يحتاج إلى إقباض مال الغير، لما تقدّم في مبحث المعاطاة من كفاية

العطاء من جانب واحد والأخذ من الآخر.

وأجاب عنه المصنّف بجوابين آخرين:

٢. أحدهما: أنّه قد يقع الإقباض مقروناً برضا المالك.

وفيه: ما تقدّم منّا - تبعاً له عليه السلام - من خروج المعاملة بذلك عن الفضوليّة.

المقصود، وهو استقلال الإقباض في السببية، فلا ينافي كونه جزء سبب^١.
وربما يستدل على ذلك: بأن المعاطاة منوطة بالتراضي، وقصد الإباحة أو التمليك و
هما من وظائف المالك، ولا يتصور صدورهما من غيره، ولذا ذكر الشهيد الثاني أن
المكره والفضولي قاصدان للفظ دون المدلول، وذكر أن قصد المدلول لا يتحقق من غير
المالك، ومشروطة أيضاً بالقبض والإقباض من الطرفين، أو من أحدهما مقارناً للأمرين،
ولا أثر له إلا إذا صدر من المالك أو بإذنه.

وفيه: إن اعتبار الإقباض والقبض في المعاطاة عند من اعتبره فيها، إنما هو لحصول
إنشاء التمليك أو الإباحة، فهو عندهم من الأسباب الفعلية، كما صرح الشهيد في
قواعده، والمعاطاة عندهم عقد فعلي، ولذا ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها أن
البيع ينعقد بالإيجاب والقبول وبالتعاطي، وحينئذ فلا مانع من أن يقصد الفضولي
بإقباضه المعنى القائم بنفسه المقصود من قوله: (ملكتك).

اللهم إلا أن يقال: إن جواز التصرف منوط برضا المالك بالتصرف بالقبض والإقباض،
والرضا المخرج للمعاملة عن الفضولية، هو الرضا بانتقال ماله عن ملكه وأحدهما غير
الآخر.

١. ثانيهما: إنه لو دلّ النهي على الفساد، لدلّ على عدم ترتب الأثر المقصود، وهو
استقلال الإقباض في السببية، فلا ينافي كونه جزء السبب.
وفيه: إنه لو دلّ النهي على الفساد، لزم منه إلغاء المنهية عنه في نظر الشارع الأقدس،
وكانه لم يتحقق، فلا محالة لا يصلح لكونه جزء السبب.

وإن شئت قلت: إن تأثير إعطاء مال الغير وإقباضه إنما يكون على سبيل جزء المؤثر
لا العلية التامة، فلو دلّ النهي على الفساد لاقتضى إلغاء هذا الأثر، لا ما ليس له في
نفسه، فالصحيح هما الوجهان الأولان.

الوجه الثاني: ما أفاده صاحب المقاييس، وهو أن المعاطاة منوطة بالتراضي مع قصد
التمليك أو الإباحة، وهما من وظائف المالك.

وفيه أولاً: إن هذا الوجه لو تم لاقتضى عدم جريان الفضولي في غيرها أيضاً،
والكلام في المقام بعد جريانه فيه.

واعتبار مقارنة الرضا من المالك للإنشاء الفعلي دون القول، مع اتحاد أدلة اعتبار الرضا وطيب النفس في حل مال الغير، لا يخلو عن تحكم، وما ذكره الشهيد الثاني لا يجدي فيما نحن فيه، لأننا لا نعتبر في فعل الفضولي أزيد من القصد الموجود في قوله لعدم الدليل، ولو ثبت لثبت منه اعتبار المقارنة في العقد القولى أيضاً. إلا أن يقال إن مقتضى الدليل ذلك، خرج عنه بالدليل معاملة الفضولي إذا وقعت بالقول.

لكنك قد عرفت أن العقد الفضولي ليس على خلاف القاعدة. نعم، لو قلنا إن المعاطاة لا يعتبر فيها قبض ولو اتفق معها، بل السبب المستقل هو تراضي المالكين بملكية كل منها لمال صاحبه مطلقاً، أو مع وصولهما، أو وصول أحدهما، لم يعقل وقوعها من الفضولي. نعم، الواقع منه إيصال المال، والمفروض أنه لا مدخل له في المعاملة، فإذا رضي المالك بملكية من وصل إليه المال تحققت المعاطاة من حين الرضا، ولم يكن إجازة لمعاطاة سابقة. لكن الإنصاف أن هذا المعنى غير مقصود للعلماء في عنوان المعاطاة، وإنما قصدهم إلى العقد الفعلي، هذا كله على القول بالملك.

وثانياً: إن التمليك الإنشائي ليس من وظائف المالك خاصة، والأثر وإن كان مترتباً على رضا المالك، إلا أن المفروض في المقام تحققه بالإجازة. الثالث: ما أفاده المحقق النائيني رحمته، وحاصله أن الإجازة لا بد وأن تتعلق بأمر مستمر باق كي ينتسب بها إلى المالك، وهذا في العقد القولى موجود، إذ حاصل المصدر ينفك عن الإنشاء القولى ويستمر بعده، فيستند بالإجازة إلى المالك، وأما في العقد الفعلي - أي الإعطاء - فليس حاصل مصدره أمراً مستمراً باقياً، بل هو العطاء، وهو لا ينفك عن الإعطاء، وبإجازة المالك لا ينقلب الفعل عمّا وقع عليه. وقبه: ما تقدم في مبحث المعاطاة من أن الفعل كالقول مصداق للبيع حقيقة، بلا فرق بينهما، وعليه فينفك حاصل المصدر فيه عن المصدر كما في الإنشاء القولى، وتعلق

وأما على القول بالإباحة، فيمكن القول ببطلان الفضولي، لأنّ إفادة المعاملة المقصود بها الملك للإباحة خلاف القاعدة^١، فيقتصر فيها على صورة تعاطي المالكين، مع أنّ حصول الإباحة قبل الإجازة غير ممكن^٢، والآثار الأخر مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف، إذا وقعت في غير زمان الإباحة الفعلية، لم تؤثّر أثراً، فإذا أجاز حدث الإباحة من حين الإجازة.

اللّهّم إلا أن يقال: بكفاية وقوعها مع الإباحة الواقعية، إذا كشف عنها الإجازة، فافهم.

الإجازة به. فالأظهر جريان الفضولي فيها.

وأما المورد الثاني: فإن كان مدرك صحّة الفضولي، عموم التعليل في نصوص النكاح، فهو يقتضي جريانه في المعاطاة لعموم العلة، وإن كان غيره فهو مختصّ بغير المعاطاة لعدم الإطلاق له، وترك الاستفصال في صحيح^(١) محمد بن قيس، لا يفيد بعد عدم كونه في مقام البيان من هذه الجهة، وقوله صلى الله عليه وآله: «بارك الله في صفقة يمينك» في رواية البارقي^(٢) لا ظهور له في وقوع المعاملة معاطاةً، فإنّ صفقة اليمين كناية عن البيع من دون رعاية أن يكون الإنشاء بصفقة اليمين.

وأما المقام الثاني: فقد استدللّ المصنّف عليه السلام لعدم جريان الفضولي فيها على القول بالإباحة بوجهين:

١. أحدهما: أنّ إفادة المعاطاة المقصود بها الملك للإباحة خلاف القاعدة، فيقتصر فيها على صورة تعاطي المالكين.

٢. الثاني: أنّ حصول الإباحة قبل الإجازة غير ممكن.

والحقّ: أنّه لو قلنا بالإباحة من باب أنّ المعاطاة مفيدة للملك، غاية الأمر يشترط فيه التصرف أو التلف، وقبله يحكم بالإباحة الشرعية لدليل خاصّ، فالفضولي يجري في المعاطاة لما تقدّم، نعم لا يحكم بالإباحة ما لم يجز.

وأما لو قلنا بأنّها مفيدة للإباحة، وتكون الإباحة شرعية، فدليله الأوّل متين.

(١) الوسائل باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.

(٢) المستدرک باب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

القول في الإجازة والرد

أما الكلام في الإجازة: فيقع تارة في حكمها وشروطها، وأخرى في المجيز، وثالثة في المجاز.

أما حكمها: فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي - بعد اتّفاقهم على توقّفها على الإجازة^١ - في كونها كاشفة، بمعنى أنه يحكم بعد الإجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه، حتّى كأنّ الإجازة وقعت مقارنة للعقد.

أو ناقلة، بمعنى ترتّب آثار العقد من حينها، حتّى كأنّ العقد وقع حال الإجازة. على قولين، فالأكثر على الأول، واستدلّ عليه كما عن «جامع المقاصد» و«الروضة»:

ولا يتمّ الثاني، إذ نسبة الإباحة إلى ما قبل الإجازة وما بعدها على حدّ سواء، بعد فرض أنّ المالك قاصد للملك، فحصولها قبلها لا مانع منه. وأما إذا قلنا بالإباحة المالكية المنشأة بالفعل، فيمكن الاستدلال بأدلة نفوذ المعاطاة من قبيل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لجريان الفضولي فيها، لاستناد العقد إلى المالك بعد الإجازة.

القول في الإجازة

أما الكلام في الإجازة: فكما في المتن يقع تارة في حكمها وشروطها، وأخرى في المجيز، وثالثة في المجاز.

١. أما حكمها: فالمنسوب إلى المشهور، هو القول بالكشف، بل قيل إنّه لم ينقل القول بالنقل عن أحد إلى زمان المحقّق آقا جمال^٢.

وأما المتأخرون عنه، فالمشهور بينهم هو النقل، وعن جماعة التوقّف في المسألة.

ثمّ إنّ الكشف يتصوّر له معان:

أحدها: الكشف الحقيقي الصرف، وهو الظاهر من «جامع المقاصد» و«الجواهر». ثانيها: الكشف عن أمر مقارن للعقد، وهو إمّا الرضا التقديري - كما عن المحقّق الرشتي^٣ - أو تعقّب العقد بالرضا، فإنّه وصف مقارن للعقد كما عن جماعة من الأعلام، وأما أمر مجهول عندنا بأن يكون الشرط لتأثير العقد أمراً واقعياً مقارناً له لا عرفه، إلّا أنّه يكون ذلك الأمر ملازماً للإجازة الإستقباليّة.

بأنّ العقد سبب تامٌّ في الملك^١ لعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وتماهه في الفضولي إنّما يعلم بالإجازة، فإذا أجاز تبين كونه تاماً، فوجب ترتب الملك عليه، وإلاّ لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصّة. بل به مع شيء آخر، وبأنّ الإجازة متعلّقة بالعقد فهي رضا بمضمونه، وليس إلاّ نقل العوضين من حينه.

ثالثها: الكشف عن الأثر، لكون الإجازة من قبيل الشرط المتأخّر، وهو الظاهر من كلّ من يقول بالشرط المتأخّر، ونسب ذلك إلى المشهور.
 رابعها: الكشف الإنقلابي، بأن تكون الإجازة المتأخّرة موجبة لحدوث التأثير في العقد، وجاعلة إياه سبباً تاماً، وهو الذي احتمله المصنّف رحمته في آخر كلامه.
 خامسها: الكشف الحكمي، بمعنى ترتيب آثار الملكية من قبل، لا حصول نفس الملكية، وهو المنسوب إلى المحقّق شريف العلماء أستاذ الشيخ رحمته.
 سادسها: الكشف بأن تكون الإجازة بوجودها الدهري المجتمع مع شروطها في وعاء الدهر، إذ الطوليّات الزماتيّة عرضيات في عالم الدهر شرطاً.
 أقول: وفي المقام قولٌ آخر اختاره المحقّق الإيرواني رحمته والأستاذ الأعظم، ونسب إلى المحقّق الخراساني، وهو النقل في الملكية والكشف في المملوك، بان يكون اعتبار الملكية بعد الإجازة، والمعتبر قبلها، وستعرف توضيحه. هذه هي الأقوال في المسألة.
 وأمّا الأدلّة: فقد استدلّوا للكشف بوجوه، وكلّ واحد منها استدلّ به للقول بنحو من الكشف:

١. الوجه الأوّل: ما عن «جامع المقاصد» وهو أنّ العقد سبب تامٌّ، إذ المأخوذ موضوعاً لوجوب الوفاء هو العقد، قال الله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، ولا يكون شيء آخر دخيلاً فيه، وإلاّ لأخذ في الموضوع، غاية الأمر خرج عن هذا العموم العقد الصادر من غير المالك إذا لم يجزه المالك، فالعقد الذي أجازه المالك يكون باقياً تحت العموم، فلا مناص عن الإلتزام بتأثيره خاصّة من دون توقّف على شيء آخر.
 نعم، الكاشف عن ثبوت الموضوع هو الإجازة، إذ ما لم يجز حيث يمكن عدم الإجازة فيحتمل عدم تحقّق الموضوع. هذا هو مدرك المعنى الأوّل من الكشف.

وعن فخر الدين في «الإيضاح» الاحتجاج لهم: (بأنها لو لم تكن كاشفة، لزم تأثير المعدوم في الموجود)، لأنَّ العقد حالها عدم) انتهى .
ويرد على الوجه الأوّل: أنّه إن أُريد بكون العقد سبباً تامّاً، كونه علّة تامّة للنقل إذا صدر عن رضا المالك، فهو مسلّم، إلّا أنّ بالإجازة لا يعلم تمام ذلك السبب، ولا يتبيّن كونه تامّاً، إذ الإجازة لا تكشف عن مقارنة الرضا، غاية الأمر أنّ لازم صحّة عقد الفضولي كونها قائمة مقام الرضاء المقارن، فيكون لها مدخل في تماميّة السبب كالرضا المقارن، فلا معنى لحصول الأثر قبلها . ومنه يظهر فساد تقرير الدليل بأنّ

وفيه أولاً: ما تقدّم من أنّ خطاب ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ متوجّه إلى المالكين، ومفاده وجوب وفاء كلّ مالك بعقده، والعقد الصادر من الفضولي إنّما يكون عقد للمالك بالإجازة، فالموضوع يتحقّق من حين الإجازة.
وثانياً: إنّهُ قد دلّ الدليل من الإجماع والنصّ على اعتبار رضا المالك ودخله في ترتّب الأثر، وهو يفيد العموم فتأمل.

١. الثاني: ما عن فخر الدين في «الإيضاح»، وهو أنّه إذا لم تكن الإجازة كاشفة، لزم تأثير المعدوم في الموجود، إذ العقد حالها عدم.
وحيث أنّ هذا الوجه بظاهره بيّن الفساد من جهة أنّ القائل بالنقل يرى أنّ العقد جزء العلّة لا تمامها، ومعلوم أنّ بعض أجزاء العلّة كثيراً ما يتقدّم على المعلول زماناً كما في التدريجيّات - أي الأجزاء المتدرّجة في الوجود - فقد تصدّى المحقّق النائيني رحمته الله لتوجيهه قائلاً: بأنّ مراده أنّ المنشأ لا يتخلّف عن الإنشاء، واسم المصدر لا يعقل انفكاكه عن المصدر.

ولكن يرد عليه: أنّ المنشأ هو الملكيّة في اعتبار المتبايعين، والذي يكون محلّ الكلام هو الملكيّة في اعتبار الشارع الأقدس.
الثالث: ما عن المحقّق الرشتي رحمته الله، وهو أنّ الشرط لتأثير العقد هو الرضا التقديري من المالك، والإجازة تكشف عنه ككاشفيّة شاهد الحال. هذا هو مدرك الوجه الأوّل من المعنى الثاني له.

وفيه أولاً: إنّ الرضا التقديري لا يكفي في تأثير العقد، لعدم انتسابه إليه بذلك.

العقد الواقع جامع لجميع الشُّروط، وكلُّها حاصلة إلا رضا المالك، فإذا حصل بالإجازة عمل السَّبب عمله، فإنَّه إذا اعترف أنَّ رضا المالك من جملة الشُّروط، فكيف يكون كاشفاً عن وجود المشروط قبله؟

ودعوى أنَّ الشُّروط الشرعيَّة ليست كالعقليَّة، بل هي بحسب ما يقتضيه جعل الشُّارع، فقد يجعل الشُّارع ما يشبه تقديم المسبَّب على السَّبب - كغسل الجمعة يوم الخميس، وإعطاء الفطرة قبل وقته - فضلاً عن تقدُّم المشروط على الشُّرط كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصَّائمة، وكغسل العشائين لصوم اليوم الماضي على القول به .

مدفوعة، بأنَّه لا فرق فيما فرض شرطاً أو سبباً بين الشُّرعي وغيره، وتكثير الأمثلة لا يوجب وقوع المحال العقلي، فهي كدعوى أنَّ التناقض الشُّرعي بين الشَّيئين لا يمنع عن اجتماعهما، لأنَّ النقيض الشُّرعي غير العقلي، فجميع ما ورد ممَّا يوهم ذلك أنَّه لا بدَّ فيه من التزام أنَّ المتأخَّر ليس سبباً أو شرطاً، بل السَّبب والشُّرط الأمر المنتزع من ذلك، لكن ذلك لا يمكن فيما نحن فيه، بأنَّ يقال إنَّ الشُّرط تعقب الإجازة ولحوقها بالعقد. وهذا امر مقارن على تقدير الإجازة لمخالفته الأدلَّة.

اللَّهُمَّ إلا أن يكون مراده بالشُّرط، ما يتوقَّف تأثير السَّبب المتقدِّم في زمانه على لحوقه، وهذا مع أنَّه لا يستحقُّ إطلاق الشُّرط عليه غير صادق على الرِّضا، لأنَّ المستفاد من العقل والنقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله، لأنَّه لا يحلُّ لغيره بدون طيب النَّفس، وأنَّه لا ينفع لحوقه في حلِّ تصرّف الغير وانقطاع سلطنة المالك.

وممَّا ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله في المقام بعض الأعلام، بل التزم به غير واحد من المعاصرين، من أنَّ معنى شرطيَّة الإجازة^١، مع كونها كاشفة، شرطيَّة الوصف المنتزع منها، وهو كونها لاحقة للعقد في المستقبل، فالعلة التامة العقد الملحوق

وثانياً: إنَّ الإجازة لا تكشف عن ذلك، كيف والحالات الموجبة لاختلاف المالك من حيث الرضا والكراهة مختلفة، فيمكن أن لا يكون حين العقد راضياً، ويصير كذلك بعده.
١. الرابع: ما عن صاحب «الفضول» وأخيه المحقِّق، وهو أنَّه حيث لا يمكن أن

بالإجازة وهذه صفة مقارنة للعقد، وإن كان نفس الإجازة متأخرة عنه، وقد التزم بعضهم مما يتفرع على هذا، من أنه إذا علم المشتري أن المالك للمبيع سيجيز العقد، حلّ له التصرف فيه بمجرد العقد.

وفيه ما لا يخفى، من المخالفة للأدلة.

ويرد على الوجه الثاني أولاً: أن الإجازة وإن كانت رضا بمضمون العقد،

تكون الإجازة المتأخرة شرطاً لإمتناع تأخر الشرط، الذي هو من أجزاء العلة التامة، التي يمتنع تأخرها عن المعلول، فلا مناص عن الإلتزام بأن الشرط ليس إلا الوصف الإتنزاعي منه كالتعقب. هذا هو مدرك الوجه الثاني من المعنى الثاني.

وفيه أولاً: إن لازم الوجه المذكور لو تم، ليس هو البناء على كون الشرط هو الوصف

الإتنزاعي، بل تحقق المعلول بعد الإجازة كما هو ظاهر الأدلة.

وثانياً: إنه لا يكون العقد بذاته منشأً لإتنزاعه، وإن أبيت عن ذلك وقلت بأن عنوان

التعقب كعنواني السابق والملحوق ينتزع من نفس العقد - كما أنهما ينتزعا منه - لكن لا كلام في أن هذا العنوان مع عنوان لاحقية الإجازة متضائفان، والمتضائفان متكافئان في القوة والفعلية، فمع عدم فعلية الثاني - لعدم تحقق منشأه - لا يصير الأول فعلياً.

وأما الوجه الثالث من المعنى الثاني: فلم أر ما استدلل به عليه.

ويردّه: أنه خلاف ظاهر الأدلة ورجم بالغيب، مع أن ذلك الأمر حيث أنه ليس من

الأمر المتأصلة إذ الصادر من الفضولي ليس إلا العقد، فلا مناص عن الإلتزام بكونه أمراً

انتزاعياً، وعليه فإن كان منشأه نفس العقد، لزم ترتيب آثاره ولو لم تتحقق الإجازة، وإن

كان المنشأ هو الإجازة، عاد المحذور المتقدم في سابقه.

الخامس: ما استدلل به على الكشف الإنقلابي، وهو كون الإجازة من المالك محدثة

للتأثير في العقد وجاعلة إياه سبباً تاماً.

وحاصله: أنه فرق بين الإجازة وغيرها من الشروط كالقبض، فإن الإجازة إنما تكون

إنفاذاً للعقد السابق، فهي ليست دخيلة في حصول الملكية، بل متممة للعقد الذي

هو السبب للملكية، نظير إنفاذ الحاكم حكم مجتهد آخر، فالعقد إلى حين الإجازة لم يكن سبباً، وبها انقلب وصار سبباً تاماً، ولازمه تأثيره في الملك بعدما لم يكن بنحو الانقلاب.

وفيه أولاً: إنه لا يعقل انقلاب الشيء عمّا وقع عليه.

وثانياً: إن الإجازة بهذا المعنى لم يدلّ دليل على نفوذها شرعاً، إذ اعتبار الإجازة في سببية العقد، إما أن يكون لأجل اعتبار استناد العقد إلى المالك، أو يكون لأجل اعتبار رضا المالك في نقل ماله عن ملكه. وعلى الأول: لا يستند العقد إلى المالك إلى حين الإجازة، لا أنها توجب استناد ما وقع من أوّل وقوعه إليه، بل من حين الإجازة كما تقدّم، فمن حين الإجازة يتمّ السبب للملكية، فكيف يحكم بحصول الملك قبل تمامية السبب؟، وكذلك الأمر على الثاني، إذ الرضا إنما يوجد حين الإجازة لا قبلها، فلا حلية للتصرّف قبلها ولا ملك.

السادس: ما استدلّ به على الكشف الحكمي، وهو وجهان:

أحدهما: ما استدلّ به على الانقلاب، بضميمة أنه حيث لا يعقل الانقلاب فبدلالة الاقتضاء يبنى على إرادة معاملة العقد الملحق بالإجازة، معاملة العقد الواقع مؤثراً من حيث ترتب الآثار المملّكة، فإذا أجاز المالك حكماً بانتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشتري، وإن كان أصل الملك قبل الإجازة للمالك ووقع النماء في ملكه. ويرد عليه ما تقدّم.

ثانيهما: أن الكشف الحكمي سارٍ في أغلب أبواب الفقه كباب الخمس والزكاة ونحوهما.

وحاصله: أن كلّ ما يكون موضوعاً لحكم بواسطة الأمر المتأخّر - بحيث كان الأمر السابق بمنزلة المادة، وذلك الأمر بمنزلة الصورة - فمقتضى القاعدة ترتيب آثار الموضوع من أوّل تحقّقه، لأنّه ينكشف تحقّق الموضوع من الأوّل الأمر، مثلاً عنوان

(فاضل المؤونة) موضوع لوجوب الخمس، وذاته يتحقق من أول أزمنة ظهور الربح، ولكن اتصافه بهذا العنوان إنما يكون بعد انقضاء السنة، وحينذاك ينكشف تعلق الخمس من بداية السنة. وفي المقام العقد إنما يكون موضوعاً لوجوب الوفاء بواسطة الإجازة المتأخّرة، فلا بدّ من البناء على ترتيب الآثار مهما أمكن.

وفيه: أنه إذا كان الأمر المتأخّر بمنزلة الصورة، فلا بدّ من الالتزام بالنقل، إذ حقيقة الشيء إنما تكون بصورته.

وأما كون الإجازة شرطاً بوجودها الدهري، فهو مندفع بأن شرط الزماني لا بدّ وأن يكون زمانيّاً.

أقول: ظهر ممّا ذكرنا أنه لم يبق من معاني الكشف إلا المعنى الثالث، وهو الكشف عن الأثر.

فقد استدللّ له: بأنّ الإجازة متعلّقة بالعقد، وهي رضا بمضمونه، وليس إلا النقل من حينه، وهذا الوجه قد استدللّ به للقول الأخير الذي هو برزخ بين النقل والكشف.

وتنقيح القول في المقام يقتضي البحث في موارد:

الأول: في إمكان كلّ من القولين؛ أي المعنى الثالث والقول الأخير.

الثاني: في تماميّة هذا الوجه.

الثالث: في أنه على فرض التماميّة، هل يثبت به الأوّل، أو الثاني؟

أمّا المورد الأوّل: فغاية ما قيل في وجه امتناع الأوّل أنه يستلزم القول بالشرط المتأخّر، ولا يخفى أنّ الشرط لا يتأخّر، وإلا لزم تأثير المعدوم في الموجود أو عدم التأثير، والأوّل محال، والثاني خلف والجواب عن ذلك في الأصول، حيث أشبعنا الكلام فيه في «زبدة الأصول».

وإجماله: أنّ الشرط بنفسه ليس دخيلاً في المصلحة والحكم، بل التقيد به دخيل فيهما، وهو بوجوده الخارجي طرف لما يكون دخيلاً في الموضوع وهو التقيد به، والتقيد عبارة عن إضافة خاصّة حاصلّة للشيء إذا لوحظ مع غيره، وتلك الإضافة

تحصل إذا لوحظ مع المتأخر، كما تحصل إذا لوحظ مع المقارن، وعلى التقديرين هو مقارن له، مثلاً في العرفيات فإن الحمّامي إنّما يرضى بالتصرّف في الحمام واستعمال الماء لمن يعطيه الأجر بعد خروجه، فمن علم من حاله أنّه يعطيه بعد الخروج - بما أنّه بالفعل مقيّد بهذا ويتّصف به - يجوز له الاستعمال.

وبالجملة: حصول أمر اعتباري إضافي من جهة تحقّق المتأخر في ظرفه واضح، ودخل العناوين الاعتبارية الإضافية في المصالح والأحكام في غاية الوضوح، فلا محذور في الشرط المتأخر أصلاً.

وأما القول الثاني: وهو كون اعتبار الملكية بعد الإجازة والمعتبر سابقاً.

توضيحه: إنّ اعتبار الملكية وحصول الملكية، كما يمكن اجتماعهما بحسب الزمان، كذلك يمكن افتراقهما، بأن يكون الاعتبار فعلاً والمعتبر في زمان لاحق، أو في زمان سابق. إذ الاعتبار خفيف المؤونة، ويكون نظير التصوّر واللحاظ، ويصحّ تعلّقه بأمر متأخر أو متقدّم إذا كان هناك مصحّح له، ولم يترتب عليه محذور، ولذا بنينا على صحّة اعتبار ملك المعدوم والملك للمعدوم، ولا يتوقّف الاعتبار إلّا على أثر مصحّح له، ففي المقام تعتبر الملكية بعد تحقّق الإجازة لمن انتقل عنه، وبعد الإجازة لمن انتقلت إليه. هذا، وقد قيل في وجه عدم إمكانه أمور:

الأول: أنّه يلزم كون المال ملكاً للمالكين في زمان واحد، وهذا غير معقول.

وفيه: أنّه حيث يكون زمان الاعتبار متعدّداً، فلا محذور في اجتماع ملكيتين في

زمان واحد.

وإن شئت قلت: إنّ الاعتبار خفيف المؤونة، فيمكن اعتبار شيء واحد لشخصين مع

تعدّد زمان الاعتبار.

الثاني: أنّه بناءً على مسلك العدالة من تبعيّة الأحكام للمصالح والمفاسد، فإنّ اعتبار

كون العين لمن انتقلت عنه إلى حين الإجازة لا محالة، يكون لمصلحة داعية إلى ذلك

إلا أنّ مضمون العقد ليس هو النّقل من حينه، حتّى يتعلّق الإجازة والرّضا بذلك النّقل المقيد بكونه في ذلك الحال، بل هو نفس النّقل^١ مجرداً عن ملاحظة وقوعه في زمان، وإنّما الزّمان من ضروريّات إنشائه، فإنّ قول العاقد: (بعث) ليس نقلت من هذا الحين، وإن كان النّقل المنشيء به واقعاً في ذلك الحين، فالزمان ظرف للنّقل لا قيد له، فكما أنّ

ومعه كيف يمكن اعتبار ملكيّتها لمن انتقلت إليه في ذلك الزمان، بعد كون المصلحة من الأمور الواقعيّة؟!

وفيه: إنّ الأحكام الوضعيّة تابعة لمصالح في الاعتبارات لا في الاعتبار، فلا يلزم الاجتماع.

الثالث: أنّه يلزم التعارض بين الآثار، مثلاً إذا كان للعين منافع واستوفائها الغير، فإنّ مقتضى الاعتبار الأوّل كون عوضها لمن انتقلت عنه، فيكون ضامناً له، ومقتضى الاعتبار الثاني كونه لمن انتقلت إليه وكونه ضامناً، وهكذا.

وفيه: إنّ الآثار غير الباقية لا كلام فيها، وأمّا الباقية فمرتبة على الاعتبار الثاني وهو الميزان، وفي المثال يحكم بكونه ضامناً للثاني. فتحصّل: أنّ الأظهر معقوليّتهما معاً.

وأما المورد الثاني: فمحصّل الدليل المشار إليه هو أنّ العاقد الفضولي كغيره من العاقدين، يقصد النّقل من زمان العقد وينشأ ذلك، والإجازة من المالك تتعلّق بتمام ما أنشأه الفضولي لا بعضه، ودليل صحّة بيع الفضولي إنّما يدلّ على صحّة عقد الفضولي الذي أجازة المالك ووقوعه، فتكون النتيجة هو الكشف. وأورد عليه المصنّف رحمته بإيرادات:

١. الإيراد الأوّل: أنّ مضمون العقد ليس هو النّقل من حينه بل أصل النّقل، وإنّما يحكم بوقوعه من ذلك الحين، فيما إذا كان العاقد هو المالك، من جهة وقوع الإنشاء الذي هو العلة في ذلك الحين، والمعلول لا يتخلّف عن علته. وبعبارة أخرى: مضمون العقد هو النّقل غير المقيد بالزمان، وإنّما الزمان ظرف

إنشاء مجرد النقل - الذي هو مضمون العقد في زمان - يوجب وقوعه من المنشيء في ذلك الزمان^١، فكذلك إجازة ذلك النقل في زمان يوجب وقوعه من المجيز في زمان الإجازة، وكما أن الشارع إذا أمضى نفس العقد وقع النقل من زمانه، فكذلك إذا أمضى إجازة المالك وقع النقل من زمان الإجازة، ولأجل ما ذكرنا لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الإيجاب، مع أنه ليس إلا رضا بمضمون الإيجاب، فلو كان مضمون الإيجاب النقل من حينه، وكان القبول رضا بذلك كان معنى إمضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الأثر من حين الإيجاب، لأنَّ الموجب ينقل من حينه، والقابل يتقبل ذلك ويرضى به.

ودعوى: أنَّ العقد سبب للملك، فلا يتقدم عليه، مدفوعة بأنَّ سببيته للملك ليست إلا بمعنى إمضاء الشارع لمقتضاه، فإذا فرض مقتضاه مركباً من نقل في زمان، ورضا بذلك النقل، كان مقتضى العقد الملك بعد الإيجاب .
ولأجل ما ذكرنا أيضاً لا يكون فسخ العقد إلا انحلاله من زمانه^٢ لا من زمان العقد، فإنَّ الفسخ نظير الإجازة، والرّد لا يتعلّق إلا بمضمون العقد، وهو النقل من حينه، فلو

له لا قيده، واستشهد لذلك بأمرين :

١. أحدهما: إنَّ القبول حاله حال الإجازة في كونه رضا بمضمون الإيجاب، مع أنه لم يقل أحد بالكشف فيه.
 ٢. ثانيهما: إنَّ الفسخ للعقد إنما يكون نظير الإجازة متعلّقاً بمضمون العقد، فلو كان زمان وقوع العقد مأخوذاً في العقد على وجه القيدية، لكان فسخه موجباً للحكم بعدم ترتب الآثار من حين العقد، مع أنه لم يقل به أحد.
- ولكن يرد عليه عليه السلام: أنَّ العاقد الملتفت بحسب الطبع إذا لم ينشأ النقل في زمان متأخّر، يكون قاصداً النقل من حين العقد لا محالة، وإنَّما لا يذكره في الإنشاء اعتماداً على ما يقتضيه إطلاق العقد، كيف ولو كان قاصداً لمجرد النقل المهمل من حيث الزمان، لم يكن وجه لوقوعه من حين العقد، ومجرد وقوع الإنشاء في زمان، لا يكفي في وقوع المنشأ من ذلك الحين، فإنَّ الإنشاء سبب لوقوع مضمونه، والمفروض أنه النقل على سبيل

كان زمان وقوع النقل مأخوذاً في العقد على وجه القيدية، لكان رده وحله موجباً للحكم بعدم الآثار من حين العقد، والسّر في جميع ما ذكرنا من عدم كون زمان النقل إلّا ظرفاً، فجميع ما يتعلّق بالعقد من الإمضاء والردّ والفسخ إنّما يتعلّق بنفس المضمون دون المقيّد بذلك الزّمان.

والحاصل: أنّه لا إشكال في حصول الإجازة بقول المالك: ^١ (رضيت، بكون مالي لزيد بإزاء ماله) أو (رضيت بانتقال مالي إلى زيد) وغير ذلك من الألفاظ التي لا تعرّض فيها لإنشاء الفضولي، فضلاً عن زمانه، كيف وقد جعلوا تمكين الزوجة بالدخول عليها إجازةً منها ونحو ذلك.

ومن المعلوم أنّ الرضا يتعلّق بنفس نتيجة العقد، من غير ملاحظة زمان نقل الفضولي، وبتقرير آخر أنّ الإجازة من المالك قائمة مقام رضاه وإذنه المقرون بإنشاء الفضولي، أو مقام نفس إنشائه، فلا يصير المالك بمنزلة العاقد إلّا بعد الإجازة، فهي إمّا شرط أو جزء سبب للملك.

عبارة أخرى: المؤثر هو العقد المرضي به والمقيّد من حيث أنّه مقيّد لا يوجد إلّا بعد القيد، ولا يكفي في التأثير وجود ذات المقيّد المجردة عن القيد.

الإهمال لا من حينه، فيتوقّف وقوعه من حينه على مرجّح يقتضيه، مع أنّه يفرض الكلام فيما إذا أنشأ النقل من حين العقد.

وأما الشاهد الأوّل فيرد عليه: أنّه إن قلنا بأنّ القبول إنشاء للتملك، فالفرق بينه وبين الإجازة واضح، وإن قلنا إنّ رضاه بمضمون الإيجاب، فلا محذور في الإيجاب، إلّا أنّه بناءً على اعتبار الموالاتة بين الإيجاب والقبول قليل الفائدة، أي لا فرق بين وقوعه من حين الإيجاب أو من حين القبول غالباً.

وأما الشاهد الثاني فيرد عليه: أنّ الفسخ هو حلّ العقد بقاءً لا من حين تحقّق العقد. ١. قوله: (والحاصل أنّه لا إشكال في حصول الإجازة بقول المالك رضيت)، وهذا ليس حاصلًا لما تقدّم بل هو جواب آخر، ومحصله:

وثانياً: إنّ لو سلّمنا عدم كون الإجازة شرطاً اصطلاحياً ليؤخذ فيه تقدّمه على المشروط، ولا جزء سبب، وإنّما هي من المالك محدثة للتأثير في العقد السابق وجاعلة له سبباً تاماً، حتّى كأنّه وقع مؤثراً، فيتفرّع عليه أنّ مجرد رضا المالك بنتيجة العقد - أعني محض الملكية - من غير التفات إلى وقوع عقد سابق ليس بإجازة، لأنّ معنى إجازة العقد جعله جائزاً نافذاً ماضياً.

لكن نقول لم يدلّ دليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على هذا الوجه^(١)، لأنّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف بتوجّه إلى العاقدين، كوجوب الوفاء بالعهد والنذر. ومن المعلوم أنّ المالك لا يصير عاقداً أو بمنزلته إلا بعد الإجازة، فلا يجب الوفاء إلا بعدها. ومن المعلوم أنّ الملك الشرعي يتبع الحكم الشرعي، فما لم يجب الوفاء فلا ملك. وممّا ذكرنا يعلم عدم صحّة الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقود، بدعوى أنّ الوفاء بالعقد والعمل بمقتضاه هو الإلتزام بالنقل من حين العقد، وقس على ذلك ما لو كان دليل الملك عموم «أحلّ الله البيع»، فإنّ الملك ملزوم لحليّة التصرف، فقبل الإجازة لا يحلّ التصرف، خصوصاً إذا علم عدم رضا المالك باطناً أو تردده في الفسخ والإمضاء.

أنّه لو سلّم كون إنشاء الفضولي متعلّقاً بالنقل من حينه، إلا أنّ الإجازة ليست متعلّقة لإنشاء الفضولي، وإنّما هي عبارة عن الرضا بالنقل والمبادلة، فتكون مؤثّرة في النقل من حينها.

وفيه: أنّ الرضا بالمبادلة ما لم يكن رضا بما أنشأه الفضولي، لا يكون كافياً، وإنّما يبنى على كفاية الكاشف عن الرضا، من قبيل: (رضيت بكون مالي لزيد بإزاء ماله)، من جهة كونه رضا بما أنشأه الفضول بالإلتزام، وإلا لم يكن كافياً.

١. الإيراد الثاني: أنّه لو سلّم كون العقد إنشاءً للنقل من حينه، والإجازة متعلّقة به، إلا أنّه لا دليل على صحّة هذا العقد المجاز بهذا النحو، فإنّ خطابات الإمضاء من قبيل «أوفوا بالعقود»^(١) و «أحلّ الله البيع»^(٢) إنّما تتوجّه إلى العاقدين، والمالك إنّما يصير

(١) المائدة، آية ٢، (٢) البقرة، ٢٧٥.

وثالثاً: سلّمنا دلالة الدليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على طبق مفهومها اللغوي والعرفي، أعني جعل العقد السابق جائزاً ماضياً، بتقريب أن يقال إن معنى الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه ومؤداه العرفي، فإذا صار العقد بالإجازة كأنه وقع مؤثراً ماضياً، كان مقتضى العقد المجاز عرفاً ترتب الآثار من حينه، فيجب شرعاً العمل به على هذا الوجه، لكن نقول بعد الإغماض عن أن مجرد كون الإجازة بمعنى جعل العقد السابق جائزاً نافذاً، لا يوجب كون مقتضى العقد ومؤداه العرفي ترتب الأثر من حين العقد، كما أن كون مفهوم القبول رضا بمفهوم الإيجاب، وإمضاء له، لا يوجب ذلك حتى يكون مقتضى الوفاء بالعقد ترتيب الآثار من حين الإيجاب، فتأمل. إذ هذا المعنى على حقيقته غير معقول؛ لأنّ العقد الموجود على صفة عدم التأثير^١ يستحيل لحوق صفة

عاقداً من حين الإجازة، فتلك الخطابات تتوجّه إليه من حين الإجازة، فالأحكام التكليفيّة إنّما تكون ثابتة من حينها، وقبلها لا يجب الوفاء بالعقد، ولا يحلّ التصرف له، والملكيّة إنّما تكون منترعة منها، فكيف يمكن الحكم بتحققها من قبل الإجازة؟! فإنّ الأمر الانتزاعي لا يتقدّم على منشأ انتزاعه.

وفيه: إنّ هذا الوجه يصلح ردّاً للكشف عن الأثر، ولا يصلح جواباً عمّن يلتزم بكون اعتبار الملكيّة إنّما يكون من حين الإجازة، إلّا أنّ المعتبر هو أمر من حين العقد، إلّا على مسلكه^٢ من انتزاعيّة الأحكام الوضعيّة عن الأحكام التكليفيّة. وأمّا بناءً على كونها مجعولات بالاستقلال - كما حقّقناه في محلّه - فلا يتمّ هذا الجواب، فإنّ الحكم التكليفي وإن كان من حين الإجازة، إلّا أنّه لا مانع من الإلتزام بثبوت الحكم الوضعي بالنحو المتقدّم من حين العقد. فتدبّر.

١. الإيراد الثالث: أنّه لو سلّم جميع الأمور المشار إليها - من كون العقد إنشاءً للنقل من حينه، ومن أنّ الإجازة إنفاذ لذلك، والأدلة تدلّ على صحّة هذا لعقد المجاز، إلّا أنّه لعدم معقوليّة ذلك، فإنّه يستلزم انقلاب العقد عمّا وقع عليه من عدم التأثير إلى التأثير، وهو محال - فلا بدّ من صرف الدليل عن ظاهره وحمله على الكشف الحكمي.

التأثير له، لاستحالة خروج الشيء عما وقع عليه، فإذا دلّ الدليل الشرعي على إمضاء الإجازة على هذا الوجه الغير المعقول، فلا بدّ من صرفه بدلالة الاقتضاء إلى إرادة معاملة العقد بعد الإجازة، معاملة العقد الواقع مؤثراً من حيث ترتب الآثار الممكنة، فإذا أجاز المالك حكماً بانتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشتري، وإن كان أصل الملك قبل الإجازة للمالك ووقع النماء في ملكه.

والحاصل: أنّه يعامل بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حينه بالنسبة إلى ما أمكن من الآثار، وهذا نقلٌ حقيقي في حكم الكشف من بعض الجهات، وسيأتي الثمرة بينه وبين الكشف الحقيقي، ولم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلا الأستاذ شريف العلماء فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته، وإلا فظاهر كلام القائلين بالكشف أنّ الانتقال في زمان العقد، ولذا عنون العلامة رحمته في «القواعد» مسألة الكشف والنقل بقوله: (وفي زمان الانتقال إشكال)، فجعل النزاع في هذه المسألة نزاعاً في زمان الانتقال.

وقد تحصّل ممّا ذكرنا: أنّ كاشفية الإجازة على وجوه ثلاثة، قال بكلّ منها قائل: أحدها: وهو المشهور، الكشف الحقيقي، والتزام كون الإجازة فيها شرطاً متأخراً. ولذا اعترضهم جمال المحققين في حاشيته على «الروضة» بأنّ الشرط لا يتأخّر.

وفيه: إنّ انقلاب العقد عن كونه غير مؤثّر إلى صيرورته مؤثراً أمر لا بدّ منه حتّى على القول بالنقل، فان ذلك من لوازم دخل الإجازة في تأثيره، وإنّما الخلاف في أنّ أثر هذا العقد المجاز، هل هو النقل من حين الإجازة - كما يقول به القائل بالنقل - أو من حين العقد، على نحو كون الاعتبار لاحقاً والمعتبر سابقاً. فتحصّل ممّا ذكرناه تامة هذا الوجه.

وبما ذكرناه ظهر الكلام في المورد الثالث، وأنّه إنّما يدلّ على الكشف بالمعنى الذي اختاره المحقق الخراساني وتبعه جمع من الأساطين.

وخلاصة الكلام: إنّ أدلة الإمضاء إنّما تدلّ على إمضاء العقد المجاز بما له من المدلول، وهو ما ذكرناه. هذا كلّ فيما تقتضيه القواعد.

والثاني: الكشف الحقيقي، والتزام كون الشرط تعقب العقد بالإجازة لانفس الإجازة، فراراً عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط، والتزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازة لو علم تحققها فيما بعد.

الثالث: الكشف الحكمي، وهو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان، مع عدم تحقق الملك في الواقع إلا بعد الإجازة. وقد تبين من تضاعيف كلماتنا أن الأنسب بالقواعد والعمومات هو النقل، ثم بعده الكشف الحكمي.

وأما الكشف الحقيقي مع كون نفس الإجازة من الشروط، فإتمامه بالقواعد في غاية الإشكال، ولذا استشكل فيه العلامة في «القواعد»، ولم يرجح المحقق الثاني في «حاشية الإرشاد»، بل عن «الإيضاح» اختيار خلافه تبعاً للمحكي عن «كاشف الرموز»، وقواه في «مجمع البرهان» وتبعهم «كاشف اللثام» في النكاح، هذا بحسب القواعد والعمومات.

وأما الأخبار فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس الكشف^١، كما صرح به في «الدروس». وكذا الأخبار التي بعدها، لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور^٢.

١. قوله: (أما الأخبار فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس الكشف).

لاحظ صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قضى في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب، فاشتره رجل فولدت منه غلاماً، ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير، فقال عليه السلام: خذ وليدتك وابنها، فناشده المشتري؟ فقال: خذ ابنه - يعني الذي باع الوليدة - حتى ينقذ لك ما باعك، فلما أخذ الوليدة الابن، قال أبوه: ارسل ابني، فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيده الوليدة الأول أجاز بيع ابنه»^(١).

ودلالة هذا الخبر على الكشف واضحة، من جهة الحكم بعدم ضمان قيمة الولد في صورة الإجازة، مع أنه على النقل كان اللازم الحكم بالضمان، إلا أن المصنف قال:

٢. (لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور).

ولكن يمكن أن يقال: إنه بضميمة قاعدة (من أتلف) ظاهر في الكشف الحقيقي، فإنه

(١) الوسائل باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.

فيحتمل الكشف الحكمي. نعم، صحيحة أبي عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين فضولاً، الأمرة بعزل الميراث من الزوج المدرك، الذي أجاز فمات، للزوجة الغير المدركة حتى تدرك وتحلف، ظاهرٌ في قول الكشف، إذ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجة باقية على ملك سائر الورثة، كان العزل مخالفاً لقاعدة تسلط الناس على أموالهم^(١)، فإطلاق الحكم بالعزل، منضماً إلى عموم «الناس مسلطون على أموالهم» يفيد أن العزل لاحتمال كون الزوجة الغير المدركة وارثة في الواقع، فكأنه احتياط في الأموال، قد غلبه الشارع على أصالة عدم الإجازة كعزل نصيب الحمل، وجعله أكثر ما يحتمل.

لو كانت الوليدة إلى حين الإجازة باقية على ملك مالکها، كان الحكم بالضمان منافياً لتلك القاعدة، فبعين البرهان الذي ذكره لاستفادة الكشف من خبر أبي عبيدة، يستفاد الكشف الحقيقي من هذا الصحيح، وحيث عرفت أن المعقول من الكشف هو الكشف في المعتبر، والصحيح قابل للحمل عليه، فيحمل عليه.

ويشهد له أيضاً: خبر أبي عبيدة^(١) الوارد في تزويج الصغيرين فضولاً، الأمر بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي أجاز فمات، للزوجة غير المدركة حتى تحلف بعد الإدراك، فقد أفاد المصنف^(٢) في وجه دلالاته على الكشف بقوله:

١. إن مال الميت لو كان قبل الإجازة باقياً على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفاً للقاعدة تسلط الناس على أموالهم^(٢)، فهو بضميمة قاعدة السلطنة يدل على الكشف.

وأورد عليه السيد وتبعه المحقق الإيرواني^(٣): بأنه لا محيص عن مخالفة إحدى القاعدتين، إما قاعدة السلطنة إن قلنا بالنقل، أو عموم دليل الإستصحاب إن قلنا بالكشف، فترجيح إحدى القاعدتين على الأخرى بلا مرجح.

وفيه: إن مخالفة عموم دليل الإستصحاب لا محيص عنها على القولين، إذ لو قلنا بالنقل وأنها تراث بعد الإجازة، كان العزل منافياً لأصالة عدم الإجازة.

ويمكن أن يذكر وجه آخر لدلالتة على الكشف، وهو: أنه لو قلنا بالنقل، فإن بنينا على انتقال المال كلاً إلى الورثة، وأن الزوجة تتلقى نصيبها من سائر الورثة، لزم مخالفة

(١) الوسائل، باب ١١، من أبواب ميراث الأزواج حديث (٢).١ (٢) البحار ج ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته والنقل^١، فنقول:

قاعدة الإرث المقتضية لتلقي النصيب من الميِّت، وإن بنينا على بقاء مقدار نصيبها على ملك الميِّت، لزم مخالفة قاعدة: (ما تركه الميِّت فلوارثه)^(١) وهذا بخلاف ما لو بنينا على الكشف، كما هو واضح.
فتحصّل: أنّ القول بالكشف في المعتبر هو الذي تقتضيه القواعد والأدلة الخاصة، فعليه الفتوى.

الثمرّة على القول بالكشف أو النقل

١. بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته والنقل، وتنقيح القول في المقام بالبحث في مقامات:

الأوّل: في تصرّف كلّ منهما في ما انتقل إليه .

الثاني: في تصرّف كلّ منهما فيما انتقل عنه.

الثالث: في سائر الآثار من النماء وغيره.

أمّا المقام الأوّل: فالكلام فيه يقع في موارد :

١- في الحكم التكليفي.

٢- في الحكم الوضعي.

٣- في الآثار المترتبة على الملك.

وليعلم أنّ الكلام في المقام يقع في تصرّف الأصيل، وأمّا تصرّف المالك الذي وقع العقد على ماله فضولاً، فسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

أمّا المورد الأوّل: فعلى القول بالكشف الحقيقي باحتمالاته - من شرطية التعقّب، أو شرطية اللّحاظ، أو شرطية الإجازة نفسها بنحو الشرط المتأخّر، أو الكشف المحض - يجوز التصرّف إن أجاز المالك لفرض وقوعه في ملكه.

(١) أصول الكافي ج ١ ص ٤٠٦.

أما الثمرة على الكشف الحقيقي بين كون نفس الإجازة شرطاً، وكون الشرط تعقب العقد بها ولحوقها له، فقد يظهر في جواز تصرف كل منهما فيما انتقل إليه بإنشاء الفضولي، إذا علم إجازة المالك فيما بعد^١.

وأما الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي، مع كون نفس الإجازة شرطاً، يظهر في مثل ما إذا وطى المشتري الجارية قبل إجازة مالكها فأجاز، فإن الوطي على الكشف الحقيقي حرام ظاهراً، لأصالة عدم الإجازة، حلال واقعاً لكشف الإجازة عن وقوعه في ملكه^٢.

١. وما أفاده المصنف رحمته من الفرق في جواز التصرف بين كون نفس الإجازة شرطاً، وكون الشرط تعقب العقد بها والحكم بجواز التصرف على الثاني دون الأول، إن أراد شرطيتها على سبيل الانقلاب، فهو حق كما ستعرف، إلا أنه لا يلائم مع ما أفاده بعد سطرين،

٢. من جواز الوطي واقعاً على الكشف الحقيقي مطلقاً كما لا يخفى. وإن أراد شرطيتها على نحو الشرط المتأخر، فهو غير صحيح، إذ جواز التصرف من آثار الملك، والمفروض حصوله من حين العقد على هذا المسلك أيضاً. وعلى القول بالنقل، والكشف الانقلابي، والكشف الذي اخترناه، والكشف الحكمي لا يجوز، لفرض عدم حصول الملك قبل الإجازة، وتحقق الملك بعد الإجازة ولو من حين العقد بنحو الانقلاب أو النحو المعقول، لا يوجب انقلاب التصرف الذي وقع غير جائز عن ما وقع عليه هذا في الحكم الواقعي.

وأما في الظاهر، فإن علم بالإجازة جاز التصرف ظاهراً - على فرض جوازه واقعاً - وإن لم يعلم به لم يجز، لأصالة عدم تحقق الإجازة، بناءً على ما هو الحق من جريان الإستصحاب في الأمور الإستقبالية.

وأما المورد الثاني: فعلى القول بالكشف بالنحو الذي اخترناه، فبيعه يكون من قبيل من باع شيئاً ثم ملك، وكذلك ما شابهه، وأما الطلاق فلا ينبغي الإشكال في فساده لعدم علقه الزوجية حينه، وكذلك الكلام على الكشف بمعنى الانقلاب.

ولو أولدها صارت أمٌ ولد على الكشف الحقيقي والحكمي، لأن مقتضى جعل العقد الواقع ماضياً، ترتب حكم وقوع الوطي في الملك، ويحتمل عدم تحقق الاستيلاء على الحكمي، لعدم تحقق حدوث الولد في الملك، وإن حكم بملكيتته للمشتري بعد ذلك. ولو

وأما على الكشف الحكمي، فلا بد من البناء على نفوذ تصرفاته بعد الإجازة، وإن وقعت غير نافذة حين وقوعها، وأما على سائر وجوه الكشف، فلا ريب في نفوذها، كما لا ريب في عدم النفوذ على القول بالنقل.

وأما المورد الثالث: فلو أولد المشتري الجارية قبل إجازة مالكةا:

فعلى القول بالكشف الحقيقي بنحو الكشف المحض، أو الكشف عن مقارنة الشرط، أو الكشف عن الأثر، صارت أمٌ ولد، لوقوع الوطي في ملكه. وعلى القول بالنقل لا يتحقق الاستيلاء بلا كلام.

وأما على الكشف الانقلابي، والكشف الذي اخترناه فالأظهر عدم تحقق الاستيلاء، إذ الإجازة على القولين توجب الملكية حقيقة في الزمان الذي لم يكن الملك موجوداً، وهذا لا يوجب انقلاب الوطي - وعليه فلا يتحقق الاستيلاء.

وأما على الكشف الحكمي، فالظاهر هو البناء على تحقق الاستيلاء، فإن الوطي وإن وقع في ملك الغير، إلا أنه حيث دلّ الدليل على ترتيب جميع آثار الملك، ومن جملتها الآثار المترتبة على وقوع الوطي في الملك، من عدم جواز بيع الأم وحرمة الولد، فيجب ترتيبها، وعلى هذا فلا وجه لاحتمال عدم تحقق الاستيلاء على الكشف الحكمي كما في المتن.

وأوضح إشكالاً من ذلك البناء على تحقق الاستيلاء على الكشف الحقيقي بوجهه لما عرفت.

وأما المقام الثاني: وهو تصرف كل منهما فيما انتقل عنه، فالكلام فيه يقع في موردين:

الأول: في تصرف المجيز.

الثاني: في تصرف الأصيل.

ومحلّ الكلام في التصرف المخرج عن الملك، فنقول:

نقل المالك أم الولد عن ملكه قبل الإجازة فأجاز، بطل النقل على الكشف الحقيقي^١، لانكشاف وقوعه في ملك الغير^٢، مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد، وبقي صحيحاً على الكشف الحكمي، وعلى المجيز قيمتها، لأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضياً من حين وقوعه. ومقتضى صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، كما في الفسخ بالخيار، مع انتقال متعلقه بنقل لازم. وضابط الكشف الحكمي الحكم بعد الإجازة بترتيب آثار ملكية المشتري من حين العقد، فإن ترتب شيء من آثار ملكية المالك قبل إجازته - كإتلاف النماء ونقله - إن لم يناف الإجازة، جمع بينه وبين مقتضى الإجازة بالرجوع إلى البدل، وإن نافي الإجازة كإتلاف العين عقلاً أو شرعاً كالعتق، فات محلها مع احتمال الرجوع إلى البدل، وسيجيء.

أما المورد الأول: فمن حيث الحكم التكليفي لا كلام في الجواز على جميع الأقوال - وستعرف وجهه - وأما من حيث الحكم الوضعي - فالأقوال فيه أربعة:
الأول: النفوذ مطلقاً، اختاره جمع منهم السيد والمحقق النائيني عليه السلام.
الثاني: عدم النفوذ على الكشف مطلقاً، ذهب إليه جمع منهم المحقق الإيرواني.
الثالث: النفوذ مع بقاء قابلية عقد الفضولي لأن يجاز فيجمع بينهما بأن على المجيز القيمة.

١. الرابع: ما في «المكاسب»، وهو بطلان النقل على الكشف الحقيقي، وصحته على الكشف الحكمي، مع البناء على عدم قابليته للإجازة إذا كان التصرف من قبيل إتلاف العين عقلاً أو شرعاً كالعتق، وبقاء القابلية والحكم بصحة الإجازة إن كان بنحو لا ينافيها كإتلاف النماء ونقله.

وقد أفاد في وجه بطلان النقل على الكشف الحقيقي:

٢. إنه بالإجازة ينكشف وقوع النقل في ملك الغير، وفي وجه صحته على الكشف الحكمي، ونفوذ الإجازة مع رجوع المشتري إلى المجيز بالقيمة إن لم يكن التصرف بالإتلاف، بأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضياً من حين وقوعه، وصحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، وفي وجه عدم كونه ماضياً من حين وقوعه، وصحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، وفي وجه عدم صحة الإجازة على الكشف

الحكمي إن كان التصرف بالإتلاف بأنه يفوت محلّ الإجازة.

أقول: وفي كلامه عليه السلام مواقع للنظر:

أما ما أفاده أولاً: فلأنّ العقد الصادر من الفضولي لا يكون مؤثراً وحده في لزوم التزام المالك بمفاده، فهو بعد في سعة من ذلك، فلو نقله بعقد لازم شمله أدلة ذلك العقد ووجب الوفاء به، وبعده لا يبقى مورد للإجازة لخروجه عن ملكه، وتلك الإجازة الواقعة في غير ملكه، لا تصلح أن تؤثر في نقل المال قبل ذلك النقل عن ملكه، كي يصير نقلاً لمال الغير.

وبالجملة: الإجازة المؤثرة هي التي تكون صادرة ممن بيده زمام المال، فإذا فرض خروجه عن ملكه بعقد لازم قبلها، فلا يبقى لها محلّ، ومعه لما أثرت شيئاً.

وأما ما أفاده ثانياً: فلأنه إذا فرضنا صحّة الإجازة، كان اللازم ترتيب جميع آثار ملك الأصيل من حين العقد، ومن جملتها فساد العقد الواقع عليه من المجيز قبل الإجازة، فالفرق حينئذ بين الكشف الحقيقي والحكمي في غير محلّه.

وأما ما أفاده ثالثاً: فلأنه لم يظهر لنا الفرق بين العتق الذي هو إتلاف للمال شرعاً، وبين النقل وإخراجه عن ملكه، حيث حكم في الأوّل بفوات محلّ الإجازة دون الثاني.

وبالجملة: فوات محلّ الإجازة إنّما يدور مدار الخروج عن الملك المشترك بين

الموردين، وخروجه عن المائيّة غير دخيل في ذلك.

فتحصّل: أنّ الاظهر هو نفوذ النقل مع فوات محلّ الإجازة، ثمّ عدم النفوذ على القول

بالكشف الحقيقي والحكمي.

ولا يخفى أنّه بحسب ما رتبنا المطالب وعناوينها فإنّ الأمر يقتضي البحث في

المورد الثاني، ولكن لما قدّم المصنّف المباحث المتعلقة بالمقام الثالث فإنّه تسهيلاً

للمطالب تقدّم البحث عنه، وبعده نعود إلى المبحث عن المورد الثاني.

وأما المقام الثالث: فمحلّ الكلام في أمرين:

ثم إنهم ذكروا للثمرة بين الكشف والنقل مواضع:
 منها: النماء، فإنه على الكشف بقول مطلق لمن انتقل إليه العين، وعلى النقل لمن
 انتقلت عنه^١، وللشَّهيد الثاني في «الرَّوضه» عبارة^٢ توجيه المراد منها، كما فعله
 بعضُ أولى من توجيه حكم ظاهرها كما تكلفه آخر.

الأول: النماء.

الثاني: فسخ الأصيل

١. أما الأمر الأول: ففي «المكاسب»: (فإنه على الكشف بقول مطلق لمن انتقلت
 إليه العين، وعلى النقل لمن انتقلت عنه).

وفيه: ما أفاده يتم على النقل، لأنَّ النماء تجدد في ملك من انتقلت عنه، وكذا يتم
 على الكشف غير الكشف الانقلابي، والكشف الذي بنينا عليه لتجدده في ملك من
 انتقلت إليه، ولا يتم على هذين المسلكين، لأنَّ العين باقية على ملك من انتقلت عنه
 إلى حين الإجازة، فالنماء تتجدد في ملكه، والإجازة توجب انقلاب العقد، الموجب
 لانقلاب الملكية أو اعتبار الملكية السابقة، وهذا لا يوجب انقلاب وقوع النماء، لأنَّ
 اعتبار الملكية وارد على وقوع النماء لا أنَّ النماء وارد عليه.

٢. قوله: (وللشَّهيد الثاني رحمته في «الرَّوضه» عبارة) وهي:

(وتظهر الفائدة في النماء، فإن جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد
 والإجازة الحاصل من البيع للمشتري، ونماء الثمن المعين للبائع، ولو جعلناها ناقلة فهما
 للمالك المجيز).

قيل في توجيهها: بأنَّ مفروض كلامه هو الفضولي من الطرفين، ومراده من المالك
 المجيز هو الجنس.

وقيل أيضاً: حكمه بكون النماءين للمالك المجيز، بأنَّ نماء ماله له لتجدده في ملكه،
 ونماء المال الذي انتقل إليه إنما يكون له، لأنَّ صاحبه سلَّطه عليه. والمصنَّف استحسَن
 التوجيه الأول.

ومنها: أن فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطلٌ له على القول بالنقل دون الكشف^١، بمعنى أنه لو جعلناها ناقلة. كان فسخ الأصيل كفسخ الموجب قبل قبول القابل، في كونه ملغياً لإنشائه السابق، بخلاف ما لو جعلت كاشفة، فإنَّ العقد تامٌّ من طرف الأصيل^٢، غاية الأمر تسلط الآخر على فسحه، وهذا مبنيٌّ على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء صاحبه، بل قبل تحقق شرط صحة العقد، كالقبض في الهبة والوقف والصدقة، فلا يرد ما اعترضه بعضٌ من منع جواز الإبطال على القول بالنقل^٣، معللاً بأنَّ ترتب الأثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر من أحكام الوضع، لا مدخل لاختيار المشتري فيه. وفيه أنَّ عدم تخلُّل الفسخ بين جزئي السبب شرطٌ فانضمام الجزء الآخر من دون تحقق الشرط غير مجدٍ في وجود

١. وأما الفسخ: فقد يقال إنَّ فسخ الأصيل قبل الإجازة مبطلٌ له على القول بالنقل دون الكشف.

٢. واستدلَّ له بأنَّ الفسخ على الأوَّل، يكون كفسخ الموجب قبل قبول القابل في كونه ملغياً لإنشائه؛ وعلى الثاني يكون فسخاً بعد تمامية العقد من ناحيته. وأورد عليه بإيرادين:

أحدهما: ما نقله المصنَّف رحمته عن بعض، وتبعه جمع من المحشِّين، وهو: ٣. إنَّه لا دليل على جواز الرجوع عن الإنشاء قبل استكمال أجزاء ما هو مؤثِّر في حصول النقل، وإنَّما الدليل - وهو الإجماع - مختصٌّ بالرجوع المتخلَّل بين أجزاء العقد التي هي الإيجاب والقبول.

وفيه: إنَّه يمكن أن يستدلَّ له بدليل السلطنة^(١)، بعد فرض كونه باقياً على ملكه. ودعوى: إنَّه تصرف في العقد لا المال، فلا يشمل دليل السلطنة. مندفعة: بأنَّ نتيجة عدم ثبوت هذا الحقِّ له بما أنَّها خروج المال عن ملكه، مع عدم رضاه، فهو ينافي السلطنة المطلقة الثابتة للمالك. وبالجملة: مقتضى عموم دليل السلطنة، كما يكون جواز نقله عن ملكه، كذلك يكون جواز رفع اليد عن التزامه، ما دام لم يخرج عن ملكه.

(١) البحارج ٢ ص ٢٧٢ الطبع القديم.

وجود المسبب، فالأولى في سند المنع، دفع احتمال اشتراط عدم تخلل الفسخ بإطلاقات صحّة العقود ولزومها، ولا يخلو عن إشكال^١.
ومنها: جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناء على النقل^٢، وإن قلنا بأنّ فسخه غير مبطل لإنشائه، فلو باع جاريةً من فضولي جاز له وطأها، وإن استولدها صارت أمّ ولد لأنّها ملكه .

وهذا البيان يجري على القول بالكشف الانقلابي والكشف المختار، كما هو واضح، ولا يجري على سائر وجوه الكشف.
ثانيهما: أنّ مقتضى عموم دليل وجوب الوفاء بالعقود^(١)، عدم جواز رفع اليد عنه.
١. قال المصنّف رحمته: (ولا يخلو عن إشكال).
والظاهر أنّ منشأ إشكاله ما سيذكره بعد أسطر، من عدم تماميّة موضوع وجوب الوفاء على القول بالنقل قبل الإجازة.
فالحقّ: أنّه على القول بشمول أدلّة لزوم العقد لإنشاء الأصيل ليس له فسخه، وعلى القول بعدم الشمول - كما اخترناه - فعلى القول بالنقل والكشف الانقلابي والكشف المختار، يكون فسخه نافذاً لعموم دليل السلطنة، وعلى سائر وجوه الكشف لا يكون كذلك، لعدم الموضوع لدليل السلطنة، وعدم الدليل على جواز الفسخ، ومقتضى الإستصحاب بقاء ما التزم به بعد الفسخ.

وأما المورد الثاني: فالكلام فيه يقع من جهتين:

الأولى: في أنّ العقد من قبله هل يكون لازماً أم لا؟

الثانية: في حكم تصرفاته على كلّ من القولين؟

أما الجهة الأولى: ففيها أقوال:

القول الأوّل: اللزوم مطلقاً.

القول الثاني: عدمه كذلك، ذهب إليه جمع من الأساطين.

٢. القول الثالث: ما في «المكاسب»، وهو اللزوم على القول بالكشف، وعدمه على

وكذا لو زوّجت نفسها من فضوليّ، جاز لها التزويج من الغير، فلو حصل الإجازة في المثاليين لَعَت، لعدم بقاء المحلّ قابلاً.

والحاصل: أنّ الفسخ القولي وإن قلنا إنّه غير مبطل لإنشاء الأصيل، إلا أنّ له فعل ما ينافي انتقال المال عنه، على وجه يفوّت محلّ الإجازة، فيفسخ العقد بنفسه بذلك، وربّما احتتمل عدم جواز التصرف على هذا القول أيضاً، لعلّه لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد في حقّ الأصيل، وإن لم يجب في الطرف الآخر، وهو الذي يظهر من المحقّق الثاني في مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب حيث قال: (لا يجوز للبائع ولا للغاصب التصرف في العين، لإمكان الإجازة سيّما على القول بالكشف)، انتهى.

وفيه: إنّ الإجازة على القول بالنقل له مدخل في العقد شرطاً أو شرطاً، فما لم يتحقّق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد المتعاقدين، لأنّ المأمور بالوفاء هو العقد المقيد الذي لا يوجد إلا بعد القيد، وهذا كلّ على النقل.

وأما على القول بالكشف: فلا يجوز التصرف فيه على ما يستفاد من كلمات جماعة كالعلامة والسيد العميدي والمحقّق الثاني، وظاهر غيرهم، وربّما اعترض عليه بعدم المانع له من التصرف، لأنّ مجرد احتمال انتقال المال عنه في الواقع، لا يقدر في

القول بالنقل.

وليعلم أنّ كلامه في هذه المسألة مبنيٌّ على الكشف الإنقلابي.

وملخص ما أفاده في مقام الفرق بينهما: أنّه على القول بالنقل، تكون الإجازة دخيلة شرطاً أو شرطاً في تأثير العقد، ويكون الموضوع لوجوب الوفاء العقد المقيد بالإجازة، فقبل الإجازة لا يكون موضوع وجوب الوفاء متحقّقاً لعدم تحقّق شرطه وقيده.

وأما على القول بالكشف: فالإجازة وإن كانت مؤثّرة في الملكية، وتكون سبباً لصيرورة العقد سبباً تامّاً للملك بنفسه، إلا أنّ موضوع وجوب الوفاء هو العقد بلا ضمّ شيء آخر إليه.

وبعبارة أخرى: تكون الإجازة على هذا المسلك دخيلة في حصول الملك، إلا أنّه حيث تكون هي بعنوان الإمضاء والإنفاذ، فلا تكون دخيلة في موضوعيّة لوجوب

السُّلْطَنَةُ الثَّابِتَةُ لَهُ، وَلِذَا صَرَّحَ بَعْضُ الْمَعَاصِرِينَ بِجَوَازِ التَّصَرُّفِ مُطْلَقًا. نَعَمْ، إِذَا حَصَلَ الْإِجَازَةُ كَشِفَتْ عَنِ بَطْلَانِ كُلِّ تَصَرُّفٍ مَنَافٍ لِانْتِقَالِ الْمَالِ إِلَى الْمَجِيزِ، فَيَأْخُذُ الْمَالُ مَعَ بَقَائِهِ وَبَدَلِهِ مَعَ تَلْفِهِ، قَالَ: (نَعَمْ لَوْ عَلِمَ بِإِجَازَةِ الْمَالِكِ لَمْ يَجْزِ لَهُ التَّصَرُّفُ)، انْتَهَى^١.
أَقُولُ: مَقْتَضَى عَمُومِ وَجُوبِ الْوَفَاءِ، وَجُوبِهِ عَلَى الْأَصِيلِ، وَلِزُومِ الْعَقْدِ وَحَرَمَةِ نَقْضِهِ مِنْ جَانِبِهِ، وَوَجُوبِ الْوَفَاءِ عَلَيْهِ لَيْسَ مِرَاعِيًا بِإِجَازَةِ الْمَالِكِ، بَلْ مَقْتَضَى الْعَمُومِ وَجُوبِهِ حَتَّى مَعَ الْعِلْمِ بِعَدَمِ إِجَازَةِ الْمَالِكِ.

الوفاء، وعلى هذا بُني التفكيك بين الآثار المترتبة على الملك ووجوب الوفاء بالعقد، بمعنى لزومه عليه، وبهذا البيان يظهر اندفاع ما أورده السيّد رحمته وتبعه غيره.
ولكن يرد عليه رحمته: أَنَّ الْإِجَازَةَ حَتَّى عَلَى الْإِنْقِلَابِ إِنَّمَا تَوْجِبُ انْتِسَابَ الْعَقْدِ إِلَى الْمَالِكِ، وَقَبْلَهَا لَا يَكُونُ هُنَاكَ التَّزَامُ مِنَ الْمَالِكِ بَلْ مِنَ الْفُضُولِيِّ، وَعَلَى ذَلِكَ فَبِمَا أَنَّ حَقِيقَةَ الْعَقْدِ رِبْطُ أَحَدِ الْإِلْتِمَامِينَ بِالْآخَرِ، وَمِنَ الْمَعْلُومِ أَنَّ الْأَصِيلَ إِنَّمَا يَرِبُطُ التَّزَامَهُ بِالْتَّزَامِ الْمَالِكِ لَا بِالْفُضُولِيِّ، فِقَبْلَ الْإِجَازَةِ لَا يَكُونُ هُنَاكَ عَقْدٌ كِي يَجِبُ الْوَفَاءُ بِهِ عَلَى الْأَصِيلِ.

وبعبارة أخرى: إِنَّ الْفُضُولِيَّ إِنْ اشْتَرَى لِلْمَالِكِ، فَالْبَائِعُ الْأَصِيلُ يَرِبُطُ التَّزَامَهُ بِالْتَّزَامِ الْمَالِكِ، فَمَعَ عَدَمِ الْإِجَازَةِ وَعَدَمِ تَحَقُّقِ الْإِلْتِمَامِ مِنْهُ، لَا يَكُونُ الْعَقْدُ مُتَحَقِّقًا، وَإِنْ اشْتَرَى لِنَفْسِهِ فَالْبَائِعُ وَإِنْ رِبْطُ التَّزَامِهِ بِالْتَّزَامِهِ إِلَّا أَنَّهُ يَرِبُطُ بِمَا أَنَّهُ مَالِكٌ، فَفِي الْحَقِيقَةِ يَرِبُطُ التَّزَامَهُ بِالْتَّزَامِ الْمَالِكِ، فَمَا لَمْ يَلْتَزِمِ الْمَالِكُ لَا يَكُونُ الْعَقْدُ مُتَحَقِّقًا، وَمَعَهُ لَا مَعْنَى لَوْجُوبِ الْوَفَاءِ بِهِ.

مع أنه لو تنزلنا عن ذلك وسلّمنا صدق العقد على التزام كل منهما، وإن لم يكن مرتبطاً بالآخر، إلا أن التزام الأصيل بكون ماله لغيره ليس مطلقاً، بل يكون على تقدير خاص، وهو التزام طرفه بكون ماله له، فالإلتزام فعلي إلا أن الملتزم به معلق، وعليه فإذا علم بعدم الإجازة أو شك فيها وأجرى استصحاب العدم، لما وجب عليه الوفاء بالتزامه.
١. فما نقله المصنّف رحمته من بعض معاصريه من التفصيل بين صورة العلم بالإجازة وغيرها، هو الصحيح على هذا المسلك، ولا يرد عليه ما أفاده المصنّف رحمته، مع أنه

ومن هنا يظهر أنّه لا فائدة في أصالة عدم الإجازة، لكن ما ذكره البعض المعاصر صحيحٌ على مذهبه في الكشف، من كون العقد مشروطاً بتعقبه بالإجازة، لعدم إحراز الشرط مع الشكّ، فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين، وأمّا على المشهور في معنى الكشف، من كون نفس الإجازة المتأخّرة شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً، فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد. وقد تحقّق، فيجب على الأصيل الالتزام به، وعدم نقضه إلى أن ينقض، فإنّ ردّ المالك فسخ العقد من طرف الأصيل، كما أنّ إجازته إمضاء له من طرف الفضولي.

والحاصل: أنّه إذا تحقّق العقد، فمقتضى العموم على القول بالكشف، المبني على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضميمة شيء شرطاً أو شرطاً، حرمة نقضه على الأصيل مطلقاً، فكّل تصرف يعدّ نقضاً لعقد المبادلة - بمعنى عدم اجتماعه مع صحة العقد - فهو غير جائز.

لو أغمض عن ذلك كلّ، وسلم ما أفاده لما كان وجه الفرق بين النقل والكشف، إذ الإجازة على النقل حينئذ دخيلة في حصول الملك، لا في وجوب الوفاء، كما لا يخفى. أقول: وبما ذكرناه ظهر أنّ ما أفاده المحقّق النائيني رحمته من وجوب الوفاء مطلقاً - من جهة أنّ وجوب الوفاء متفرّع على العقد لا الملك، والمفروض في باب الفضولي أنّ العقد تامّ ولو لم يكن مؤثراً، ولا ينافي وجوب الإلتزام على شخص عدم وجوبه على الآخر، فإنّ التزام أحدهما غير منوط بالتزام الآخر، لأنّ مقتضى مقابلة الجمع بالجمع في الآية الشريفة التوزيع، فكّل واحد ملتزم بالوفاء بالعقد من طرفه - غير تامّ، للإيرادين الأوّلين اللذين أوردناهما على الشيخ رحمته.

فتحصّل: أنّ الأظهر عدم لزوم العقد على الأصيل، بل له فسخ العقد قبل الإجازة. ثمّ إنّ المنسوب إلى بعض الأعلام من تلامذة الشيخ رحمته الإيراد عليه: بأنّ تمسّكه بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) في المقام، تمسّك بالعام في الشبهة المصدّقية.

(١) المائدة: ٢.

ومن هنا تبين فساد توهم أنّ العمل بمقتضى العقد، كما يوجب حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه، كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل إليه، لأنّ مقتضى العقد مبادلة المالكين، فحرمة التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه، ينافي مقتضى العقد، أعني المبادلة.

توضيح الفساد: إنّ الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم على نفسه من المبادلة، حرمة نقضه والتخطي عنه، وهذا لا يدلّ إلا على حرمة التصرف في ماله، حيث التزم بخروجه عن ملكه ولو بالبدل. وأمّا دخول البدل في ملكه، فليس ممّا التزمه على نفسه، بل ممّا جعله لنفسه، ومقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد عمّا التزم على نفسه. وأمّا قيد كونه بإزاء مال، فهو خارج عن الإلتزام على نفسه، وإن كان داخلاً في مفهوم المبادلة فعلاً وتركاً إلى ما يقتضيه الأصل، وهي أصالة عدم الانتقال.

ودعوى: أنّ الإلتزام المذكور إنّما هو على تقدير الإجازة، ودخول البدل في ملكه، فالإلتزام معلق على تقدير لم يعلم تحققه، فهو كالنذر المعلق على شرط، حيث حكم جماعة بجواز التصرف في المال المنذور قبل تحقق الشرط إذا لم يعلم بتحقيقه

ويمكن توجيهه: بأنّه لو سلّم عموم العقد للإلتزام الأصيل، لكن لا يجب الوفاء به لو فرضنا عدم الإجازة إلى الأبد إجماعاً، فهو خارج عن العموم، فلو شكّ في الإجازة وعدمها، يكون التمسك به تمسكاً بالعام في الشبهة المصداقيّة.

فلا يرد عليه ما أفاده المحقق الإصفهاني كما يظهر لمن راجعه.

وأما الجهة الثانية: فعلى القول باللزوم لا تكون تصرفاته المخرجة للمال عن ملكه نافذة، لأنّه مقتضى لزوم العقد عليه، وأمّا التصرفات غير المخرجة فحكمها حكم التصرفات المخرجة على المختار. أمّا بناءً على المختار من عدم اللزوم عليه:

فعلى القول بالنقل والكشف الانقلابي، والكشف الذي اخترناه، تكون تصرفاته بأجمعها جائزة تكليفاً ووضعاً، لكونها واقعة في ملكه، والمفروض عدم المنع عنها من قبل لزوم العقد، والإجازة المتأخّرة حتّى على الكشف الصحيح، لا توجب وقوعها في غير ملكه، لورود الاعتبار عليها.

فكما أنّ التصرف حينئذ لا يعدّ حثّاً، فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقق الإجازة لا يعدّ نقضاً لما التزمه، إذ لم يلتزمه في الحقيقة إلا معلقاً .
مدفوعة: - بعد تسليم جواز التصرف في مسألة النذر المشهورة بالإشكال - أنّ الفرق بينهما أنّ الإلتزام هنا غير معلق على الإجازة، وإنّما التزم بالمبادلة متوقعاً للإجازة، فيجب عليه الوفاء به، ويحرم عليه نقضه إلى أن يحصل ما يتوقعه من الإجازة، أو ينقض التزامه بردّ المالك.

ولأجل ما ذكرنا من اختصاص حرمة النقض بما يعدّ من التصرفات منافياً لما التزمه الأصل على نفسه دون غيرها، قال في «القواعد» في باب النكاح: (ولو تولى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة، فإن كان زوجاً حرمت عليه الخامسة والأخت والأُمّ والبنت، إلا إذا فسخت على إشكال في الأُمّ. وفي الطلاق نظر لترتبته على عقد لازم، فلا يبيح المصاهرة، وإن كانت زوجة لم يحل لها نكاح غيره، إلا إذا فسح، والطلاق هنا معتبر)، انتهى.

وعن «كشف اللثام» نفي الإشكال، وقد صرح أيضاً جماعة بلزوم النكاح المذكور من طرف الأصل، وفرّغوا عليه تحريم المصاهرة. وأمّا مثل النظر إلى المزوجة فضولاً وإلى أمّها مثلاً وغيره ممّا لا يعدّ تركه نقضاً لما التزم العاقد على نفسه، فهو باق تحت الأصول، لأنّ ذلك من لوازم علاقة الزوجية الغير الثابتة، بل المنفّية بالأصل، فحرمة نقض العاقد لما عقد على نفسه، لا يتوقّف على ثبوت نتيجة العقد، أعني علاقة الملك أو الزوجية، بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النقض من الطرفين.

وهذا لا إشكال فيه، فلا يبقى محل للإجازة في التصرفات المخرجة عن الملك.
وأما على سائر وجوه الكشف: فجواز التصرف واقعاً وعدمه يدوران مدار الإجازة وعدمها، إذ على فرض الإجازة يكشف ذلك عن وقوعها في ملك الغير، فلا يكون جائزاً تكليفاً ووضعاً، وعلى فرض عدمها يجوز هذا في الحكم الواقعي.
وأما الظاهري فالجواز وعدمه يدوران مدار العلم بالإجازة وعدمه، إذ على الأوّل لا يجوز، وعلى الثاني يجوز لأصالة عدمها.

ثم إنَّ بعض متأخري المتأخريين ذكر ثمرات أخر لا بأس بذكرها للنتبته بها، وبما يمكن أن يقال عليها:
 منها: ^١ ما لو انسلخت قابليّة الملك عن أحد المتبايعين بموته قبل إجازة الآخر أو بعروض كفر بارتداد فطري أو غيره، مع كون المبيع عبداً مسلماً أو مصحفاً، فيصح حينئذ على الكشف دون النقل.

ثمرات ذكرها بعض متأخري المتأخريين

قال رحمته الله: (وقد ذكر بعض متأخري المتأخريين ثمرات أخر لا بأس بذكرها للنتبته بها وبما يمكن أن يُقال عليها:
 ١. منها: ما لو انسلخت قابليّة الملك عن أحد المتعاملين بموته قبل إجازة الآخر) وما شاكل، فيصح حينئذ على الكشف دون النقل، وكذا لو انسلخت قابليّة المنقول بتلف مثلاً، وفي مقابله ما لو تجددت القابليّة قبل الإجازة.
 أقول: إنَّ شرائط المعاملة على أقسام:
 الأوّل: شرائط معروضها المتعاملان كالحياة والإسلام في بعض الموارد.
 الثاني: شرائط معروضها العوضان، كالملكيّة.
 الثالث: شرائط العقد.
 فالكلام يقع في مواضع:
 الأوّل: فيما لو انسلخت قابليّة الملك عن أحد المتبايعين أو تجددت بعد العقد قبل الإجازة.

الثاني: فيما لو انسلخت قابليّة المنقول بتلف ونحوه أو تجددت.
 الثالث: فيما لو ارتفعت شرائط العقد قبل الإجازة أو تجددت.
 أمّا الموضوع الأوّل: فالكلام فيه يقع في موردين :
 المورد الأوّل: في الإنسلاخ، فقد يُقال إنّه على الكشف يصحّ العقد، لعدم المانع والعمومات تشمله، وعلى النقل لا يصحّ لا متناع ترتّب الأثر.

واعترض عليه بإيرادين :

الإيراد الأول: ما أفاده صاحب «الجواهر» من أنه على الكشف أيضاً يمكن أن يقال بالبطلان، نظراً إلى اعتبار استمرار القابلية، لكنه لم ينقل في وجه هذا الاعتبار شيئاً، ولذا ردّه الشيخ بعدم الدليل عليه.
وقد ذكر السيّد في وجهه: أنّ أدلّة صحّة عقد الفضولي قاصرة عن شمول هذه الصورة.

ولكن ما أفاده يتمّ على القول بكون صحّة الفضولي على خلاف القاعدة، ولا يتمّ على القول بكونها على القاعدة كما هو المختار، إذ الدليل حينئذ هو العمومات.
الإيراد الثاني: ما أفاده المحقّق النائيني رحمته، وهو أنه على النقل أيضاً يصحّ، إذ المال ينتقل إلى الوارث على نحو كان للمورث، فسواء مات الأصيل أو من له الإجازة، يبقى العقد على حاله.

وفيه: إنه بناءً على النقل يكون المال لورثه الأصيل، وانتقاله منهم إلى المالك المجيز يحتاج إلى الدليل، وبقاء التزام المورث الذي هو سبب النقل ممّا لم يدلّ عليه دليل. أمّا على الكشف فالإجازة تكشف عن النقل في حال حياته ولا محذور فيه.
هذا في الموت، وأمّا في الكفر فثبوت الثمرة أوضح، فإنه إذا فرضنا المبيع مصحفاً والمشتري كان مسلماً فكفر على النقل، بما أنه يلزم انتقال المصحف إلى الكافر لا يصحّ، وعلى الكشف يصير مالاً له حينما كان مسلماً ولا محذور فيه.

المورد الثاني: في تجدد القابلية بعد العقد، وهذا ينحصر مورده بالكفر، كما لو كان المشتري للمصحف حين العقد كافراً فأسلم، وأجاز مالك المصحف بيعه، فعلى الكشف لا يصحّ لعدم قابليته للملكية له في ذلك الزمان، وعلى النقل من جهة الأثر - أي الملكية - لا مانع من صحّة العقد، وسيأتي تمام الكلام فيه عند تعرّض المصنّف رحمته للمسألة بنحو الكلية، وهي أنه هل يعتبر واجدية العقد لجميع شروط الصحّة أم لا ؟

وكذا لو انسلخت قابليّة المنقول بتلف أو عروض نجاسة له مع ميعانه، إلى غير ذلك^١، وفي مقابله ما لو تجددت القابليّة قبل الإجازة بعد انعدامها حال العقد، كما لو تجددت الثمرة وبدا صلاحها بعد العقد قبل الإجازة، وفيما قارن العقد فقد الشروط ثمّ حصلت وبالعكس.

وربّما يعترض على الأوّل: بإمكان دعوى ظهور الأدلّة في اعتبار استمرار القابليّة إلى حين الإجازة على الكشف، فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمراً إلى حين الإجازة.

وفيه: إنّه لا وجه لاعتبار استمرار القابليّة^٢، ولا استمرار التملّك المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها، كما لو وقعت بيوع متعدّدة على ماله، فإنّهم صرّحوا بأنّ إجازة الأوّل توجب صحّة الجميع، مع عدم بقاء مالكيّة الأوّل مستمراً، وكما يُشعر بعض أخبار المسألة المتقدّمة، حيث أنّ ظاهر بعضها وصريح الآخر عدم اعتبار حياة المتعاقدين

١. الموضوع الثاني: في ما لو انسلخت قابليّة المنقول أو تجددت، فالكلام فيه أيضاً

يقع في موردين:

المورد الأوّل: في الانسلاخ، فقد يقال إنّه على الكشف يصحّ، وعلى النقل لا يصحّ، إذ على الكشف يكون الانتقال في زمان قابل له، وعلى النقل في زمان لا يكون قابلاً لذلك.

وأورد عليه صاحب الجواهر^٣: بأنّه على الكشف أيضاً يعتبر رضا المالك، والفرض انتفاء مالكيّته بانتفاء قابليّة العين لها.

وأجاب عنه لمصنف^٤ بأجوبة:

٢. الجواب الأوّل: إنّه لا وجه لاستمرار التملّك المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها، كما لو وقعت بيوع متعدّدة على ماله، فإنّهم صرّحوا بأنّ إجازة الأوّل توجب صحّة الجميع مع عدم بقاء مالكيّة الأوّل مستمراً.

وفيه: إنّ صاحب الجواهر يمكن له أن يدّعي بالفرق بين المقام والمثال، إذ في المثال عدم بقاء التملّك للبدل إنّما يكون للتصرّف، وهو يؤكّد القابليّة، وهذا بخلاف المقام.

حال الإجازة، مضافاً إلى فحوى خبر^١ تزويج الصغيرين الذي يصلح ردّاً لما ذكر في الثمرة الثانية، أعني خروج المنقول عن قابلية تعلق إنشاء عقد أو إجازة به، لتلف وشبهه، فإنّ موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد، مضافاً إلى إطلاق رواية عروة^٢، حيث لم يستفصل النبي ﷺ عن موت الشاة أو ذبحه وإتلافه. نعم، ما ذكره أخيراً من تجدد القابلية بعد العقد حال الإجازة، لا يصلح ثمرة للمسألة، لبطلان العقد ظاهراً على القولين، وكذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط. وبالجملة: فباب المناقشة وإن كان واسعاً، إلا أنّ الأرجح في النظر ما ذكرناه.

ولا يخفى أنّ جواب المصتف ﷺ إنّما يكون بالنظر إلى إيراده، من حيث عدم استمرار تملكه للبدل، لا بالنظر إلى عدم استمرار ملكيته لماله لولا الإجازة. فإيراد السيد ﷺ عليه بأنّه في المثال يكون المال باقياً على ملكه لولا الإجازة فالقياس مع الفارق، غير مربوط بكلام المصتف ﷺ كما هو واضح. فتدبر فإنّه دقيق.

١. الجواب الثاني: فحوى خبر تزويج الصغيرين^(١)، فإنّ موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد.

وفيه: أنّ المفروض موت الزوج، فليس هناك وطى ولا ولد، بل غاية ما هناك انتقال المال بعنوان الإرث، فلا أولوية.

٢. الجواب الثالث: إطلاق رواية عروة^(٢)، حيث لم يستفصل عن موت الشاة أو ذبحها وإتلافها.

وفيه أولاً: ما تقدّم من عدم تماميته سنداً. وثانياً: إنّ عدم الاستفصال يمكن أن يكون لعلمه ﷺ ببقاء الشاة. بل الحقّ في الجواب عن «الجواهر»: دفع احتمال اعتبار الاستمرار بالعمومات. وعن المحقّق النائيني ﷺ الإيراد على هذه الثمرة: بأنّه على الكشف أيضاً بما أنّه يكون من تلف المبيع قبل القبض وهو من مال بائعه، يكون العقد منفسخاً.

(١) الوسائل - باب ١١ - من أبواب ميراث الأزواج حديث (٢).١ المستدرک باب ١٨ من أبواب عقد البيع.

وربما يقال بظهور الثمرة في تعلق الخيارات، وحق الشفعة، واحتساب مبدأ الخيارات^١، ومعرفة مجلس الصرف والسلم والأيمان والنذور المتعلقة بمال البائع أو المشتري، وتظهر الثمرة أيضاً في العقود المترتبة على الثمن أو المثمن، وسيأتي إن شاء الله تعالى.

وفيه أولاً: إن هذه القاعدة إنما تخصيص بالبيع، وفيه أيضاً يختص بالمبيع، فلا يجري هذا الكلام في الفضولي في غير البيع، وفي البيع إذا كان التالف هو الثمن. وثانياً: إنه يمكن فرض القبض بأن يكون المشتري عالماً برضا المالك بقبض ماله فأقبضه الفضولي، فعلى الكشف يكون القبض قبض المالك، فلا يكون التلف قبل القبض. وأما الكلام في تجدد القابلية، كما لو صار الخمر خللاً فسيأتي عند تعرض المصنّف له.

الموضع الثالث: في شرائط العقد، وحيث أن المدار على ثبوتها حال الإنشاء خاصة - بل لا معنى لبقائها بعده - فلا فرق بين القول بالنقل أو الكشف.

ثمرات أخرى

١. قوله: (وربما يُقال بظهور الثمرة في تعلق الخيارات وحق الشفعة واحتساب مبدأ الخيارات).

أقول: وتنقيح القول بالبحث في مواضع:

الموضع الأول: في تعلق الخيارات، كما إذا كان المبيع صحيحاً حين العقد وصار معيباً حين الإجازة أو انعكس، وكذا إذا اختلفت القيمة بحسب الزمانين، وكذا بالنسبة إلى خيار المجلس.

ومخلص القول فيه: أن الخيارات على قسمين:

أحدهما: ما يكون ثابتاً بدليل خاص.

ثانيهما: ما يكون ثابتاً على القاعدة ومن باب الشرط الضمني.

أما القسم الأول: فلا بد من ملاحظة الدليل، فإن كان المأخوذ فيه تحقّق النقل والانتقال كان على الكشف ثابتاً من حين العقد، وعلى النقل من حين الإجازة، وإن كان

موضوعه البيع والعقد، فحيث أنه يتم العقد بالإجازة، فلا يكون ثابتاً من حين العقد على القولين، وإن كان موضوعه إنشاء البيع كان ثابتاً من حين العقد على المسلكين. وأما القسم الثاني: فالظاهر ثبوت الثمرة، وأنه على الكشف يكون الميزان هو لحاظ العقد، وعلى النقل يكون المدار على زمان الإجازة، وذلك كما في خيار الغبن، إذ ثبوته إنما يكون من باب الشرط الضمني، أي التساوي بين البديلين من حيث القيمة، ولا ريب في أن ما عليه بناء العقلاء إنما هو التساوي في زمان حصول النقل والانتقال لا قبله ولا بعده كما لا يخفى. وتام الكلام عنه في مبحث الخيارات.

الموضع الثاني: في حق الشفعة، كما إذا باع الفضولي حصّة أحد الشريكين، ثم باع الشريك الآخر حصّته بنفسه، ثم بعد ذلك أجاز الشريك بيع الفضولي.

والحق في المقام ثبوت الثمرة، إذ موضوع هذا الحق إنما هو الشريك، فعلى القول بالكشف يكون هذا الحق ثابتاً للأصيل الذي باع حصّته، لأنّه حين البيع كان هو المالك، وعلى النقل يكون ثابتاً للمشتري من الأصيل، لأنّه حين النقل مالك وشريك.

الموضع الثالث: في احتساب مبدأ الخيار الذي يكون موضوعه النقل والانتقال كخيار الحيوان، فإنّه على النقل يكون مبدأ الاحتساب من حين الإجازة، وعلى الكشف يكون مبدأ العقد. ولكن فيه كلاماً سيأتي في الخيارات.

الموضع الرابع: في معرفة مجلس الصرف والسلم الذي يعتبر أن يكون القبض فيه، فقد يقال إنه على الكشف يكون مجلس البيع حال صدور العقد، وعلى النقل يكون حال الإجازة، لتماميّة البيع حالها دون الأوّل.

ولكن يمكن أن يقال: إن الميزان هو العقد مطلقاً، إذ متعلّق هذا الحكم القبض قبل التفرّق - أي قبل زوال الاجتماع على المعاملة - ومعلوم أن الاجتماع على المعاملة إنما هو حال العقد، كان العاقدان أصيلين أو فضوليين، أو أحدهما فضولياً والآخر أصيلاً.

وينبغي التنبيه على أمور:

الأول: إنَّ الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة، ليس في مفهومها اللغوي^١، ومعنى الإجازة وضعاً أو انصرافاً، بل في حكمها الشرعي بحسب ملاحظة اعتبار رضا المالك، وأدلة وجوب الوفاء بالعقود، وغيرهما من الأدلة الخارجية، فلو قصد المجيز الإمضاء من حين الإجازة على القول بالكشف، أو الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل. ففي صحتها وجهان:

وعلى كلِّ حال، تلك الحال هي المناط سواءً قلنا بالنقل أو الكشف، إذ لا ربط للنقل والانتقال فيه كي يختلف على المسلكين. وتام الكلام في محلّه.

الموضع الخامس: في اليمين والنذر، كما لو نذر التصدّق بدراهم إن كان مالكاً يوم الجمعة لكذا، وثبوت الثمرة حينئذ واضح لا يحتاج إلى بيان.

ثمَّ إنّه تظهر الثمرة في باب الخمس والزكاة، كما لو اشترى شيئاً من غير مالكة قبل انتهاء السنة، فأجاز مالكة بعده، إذ على النقل يكون الربح من السنة الثانية، وعلى الكشف يكون من الأولى.

أو اشترى زرعاً قبل انعقاد الحب، فأجاز مالكة بعده، إذ على النقل تجب الزكاة على مالكة المجيز، وعلى الكشف تجب على المشتري.

تنبيهات الإجازة

التنبيه الأول: وينبغي فيها التنبيه على أمور:

١. الأمر الأول: قوله: (الأول: أنَّ الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوي).

إن كان النزاع في مفهومها اللغوي، بأن ادّعى جمع أنَّ الإجازة بمعنى الإنفاذ ومقتضاه نفوذ العقد من حينه، وادّعى آخرون أنّها بمعنى الرضا بمضمون العقد ومقتضاه حصول النقل من حينها، كان لازم الإجازة على خلاف مقتضاها بطلان العقد وعدم صحّته، لأنّه

حينئذٍ لم يقصد معنى الإجازة، بل قصد شيئاً آخر.
وإن كان في معنى الإجازة إطلاقاً أو انصرافاً، بأن ادعى جمع أن إطلاقها أو انصرافها يقتضي أحد الأمرين، كان اللازم صحة العقد على نحو ما قصد، إذ اقتضاء إطلاق الإجازة أو انصرافه شيئاً، كإقتضاء إطلاق العقد شيئاً لا ينافي تقييدها بما ينافي مقتضى إرسالها أو انصرافها.

وإن كان النزاع في حكمها الشرعي بحسب ملاحظة الأدلة، يقع البحث في أنه هل يصح قصد الإلتزام بمضمون العقد من حين الإجازة على القول بالكشف، أو قصد الإلتزام به من حين العقد على القول بالنقل، أم لا ؟

أقول: لا إشكال في عدم صحتها على نحو ما قصد، إذ اقتضاءها لأحد الأمرين حسب الفرض إنما يكون بحسب الجعل الشرعي، وعليه فلا وجه للقول بالصحة على نحو ما قصد، لأن قصد المكلف لا يغيّر الحكم الشرعي.
إنما الكلام في صحتها وعدم افتقار العقد إلى إجازة أخرى على طبق ما اعتقده المجيز من أحد القولين.

وملخص القول فيها، أنه تارة: يجيز العقد على ما هو عليه ولكن يعتقد أن الحكم الشرعي هو الكشف، بحيث يكون الداعي والمحرك له هو هذا الاعتقاد، ولولاه لما كان يجيز، وكان في الواقع هو النقل أو بالعكس، فإنه لا إشكال في الصحة في هذا الفرض، لأنه من باب تخلف الداعي.

وأخرى: يجيز بهذا النحو، وهو على قسمين:

القسم الأول: أن يجيز العقد ويشترط النقل من حين الإجازة على القول بالكشف، ومن حين العقد على القول بالنقل.

القسم الثاني: أن يجيز العقد هكذا، لا أنه يجيزه على ما هو عليه ويشترط ذلك. أمّا في الأول: فالصحة والفساد مبنيان على أن الشرط الفاسد هل يكون مفسداً أم لا؟ فعلى الأول تبطل، وعلى الثاني تصح.

الثاني: إنّه يشترط في الإجازة أن يكون باللفظ الذال عليه على وجه الصراحة العرفية، كقوله: (أمضيت) و (أجزت) و (أنفذت) و (رضيت) وشبه ذلك. وظاهر رواية البارقي وقوعها بالكناية، وليس ببعيد إذا اتكل عليه عرفاً. والظاهر أنّ الفعل الكاشف عرفاً عن الرضا بالعقد كافٍ كالتصرّف في الثمن، ومنه إجازة البيع الواقع عليه كما سيجيء، وكتمكين الزوجة من الدخول بها إذا زوّجت فضولاً كما صرح به العلامة رحمته الله. وربّما يحكى عن بعض اعتبار اللفظ، بل نسب إلى صريح جماعة. وظاهر آخرين، وفي النسبة نظر، واستدلّ عليه بعضهم من أنّه كالبيع في استقرار الملك وهو يشبه المصادر. ويمكن أن يوجّه بأنّ الاستقراء في النواقل الاختيارية اللازمة كالبيع وشبهه يقتضي اعتبار اللفظ. ومن المعلوم أنّ النقل الحقيقي العرفي من المالك يحصل بتأثير الإجازة، وفيه نظر، بل لولا شبهة الإجماع الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرين، تعيّن القول بكفاية نفس الرضا إذا علم حصوله من أيّ طريق، كما يستظهر من كثير من الفتاوى والنصوص. فقد علل جماعة عدم كفاية السكوت في الإجازة بكونه أعمّ من الرضا، فلا يدلّ عليه، فالعدول عن التعليل بعدم اللفظ إلى عدم الدلالة كالصريح فيما ذكرنا، وحكى عن آخرين أنّه إذا أنكر الموكل الإذن فيما أوقعه الوكيل من المعاملة، فحلف انفسخت، لأنّ الحلف يدلّ على كراهتها، وذكر بعض أنّه يكفي في إجازة البكر للعقد الواقع عليها فضولاً سكوتها.

ومن المعلوم أن ليس المراد من ذلك أنّه لا يحتاج إلى إجازتها، بل المراد كفاية السكوت الظاهر في الرضا، وإن لم يفد القطع دفعاً للرجح عليها وعلينا.

ثمّ إنّ الظاهر أنّ كلّ من قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا - كأكل الثمن وتمكين الزوجة - اكتفي به من جهة الرضا المدلول عليه به، لا من جهة سببية الفعل تبعداً. وقد صرح غير واحد بأنّه لو رضى المكره بما فعله صحّ، ولم يعبروا بالإجازة. وقد ورد فيمن زوّجت نفسها في حال السكر أنّها إذا أقامت معه بعدما أفأقت، فذلك رضاء منها، وعرفت أيضاً استدلالهم على كون الإجازة كاشفة، بأنّ العقد مستجمع للشرائط عدا رضا المالك، فإذا حصل عمل السبب التامّ عمله.

وبالجملة: فدعوى الإجماع في المسألة دونها خرط القتاد، وحينئذٍ فالعمومات

المتمسك بها لصحة الفضولي السالمة عن ورود مخصص عليها^١، عدا ما دل على اعتبار رضا المالك في حلّ ماله وانتقاله إلى الغير ورفع سلطنته عنه، أقوى حجة في المقام.

وأما في الثاني: فقد يتوهم الصحة من جهة أنّ المجاز مضمون العقد لا حكمه، والمفروض إجازته، ويكون قصد ترتب حكم آخر على العقد، غير ما ترتب عليه شرعاً لغواً لا أثر له، ويكون نظير ما لو تزوج وقصد عدم الإنفاق عليها، فإنه تتحقق الزوجية ويترتب عليها وجوب الإنفاق.

لكنه فاسد، فإنّ حكم العقد إن كان غير ما هو مضمونه كما في المثال تمّ ما ذكر، فإنّ مضمون العقد لا يختلف من ناحية حكمه، فقصد ترتب حكم آخر يكون لغواً، وإن كان من أنحاء تعين مضمون العقد كما في المقام، فلا محالة يكون قصد الخلاف موجباً لعدم تحقّقه، فالأظهر هو البطلان، فإنّ ما يمكن تحقّقه لم يقصد ولم ينشأ، وما أنشأ وقصد لا يمكن أن يتحقّق.

كفاية الرضا الباطني في الإجازة

الأمر الثاني: في أنّه هل يكفي الرضا الباطني في الإجازة، أم يعتبر الإنشاء، أم يعتبر كون الإنشاء باللفظ الصريح؟ وجوه وأقوال.

أقول: وتنقيح القول في المقام يقتضي البحث في جهات:

الأولى: في أنّه هل يكفي في الإجازة مجرد الرضا الباطني أم لا؟

الثانية: في أنّه على فرض عدم الكفاية، هل يكفي الإنشاء القلبي كما عن المحقق

الخراساني رحمته الله، أم لا؟

الثالثة: في أنّه على فرض عدم كفاية ذلك هل يكفي الفعل أم يعتبر القول؟

الرابعة: في أنّه على فرض اعتبار القول، هل يكفي الكناية أم يعتبر أن يكون على

وجه الصراحة؟

أما الجهة الأولى: فقد استدللّ المصنّف رحمته الله لكفاية الرضا الباطني بوجوه:

١. الوجه الأوّل: العمومات المتقدّمة المتمسك بها لصحة عقد الفضولي، السالمة عن

مضافاً إلى ما ورد في عدّة أخبار، من أنّ سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقراراً منه له عليه^١، وما دلّ على أنّ قول المولى لعبده المتزوج بغير إذنه: (طَلَّق) يدلّ على الرضا بالنكاح، فيصير إجازة^٢، وعلى أنّ المانع من لزوم نكاح العبد بدون إذن مولاه معصية المولى^٣ التي يرتفع بالرضا.

ورود مخصّص عليها، عدا ما دلّ على اعتبار رضا المالك في ماله، وانتقاله إلى الغير، ورفع سلطنته عنه^(١).

وأورد عليه جمع من المحققين: بأنّ العمومات إنّما تدلّ على وجوب وفاء كلّ مكلف بعقده، وعقد الفضولي لا يكون عقداً للمالك بمجرد رضاه، بل يحتاج إلى إنشاء الإجازة. ولكن قد عرفت في أوّل مبحث الفضولي أنّ الاستناد المعتبر إنّما هو الاستناد بمعنى أنّه عقده وبيعه، وهذا المعنى كما يتحقّق بالإمضاء والإنفاذ وإظهار الرضا، يتحقّق بالرضا به، فراجع ما ذكرناه.

١. الوجه الثاني: ما ورد في عدّة من الأخبار من أنّ سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقراراً منه عليه^(٢).

والجواب عن ذلك: بأنّ السكوت في أمثال المقام إمضاء عرفي قد تقدّم ما فيه. نعم، الإيراد عليه بأنّ في نكاح العبد خصوصيّة - حيث أنّ العقد لنفسه وإنّما المفقود إذن المولى ورضاه فيكفي مجرد الرضا بخلاف سائر أقسام عقد الفضولي - تامّ. وبذلك يظهر الجواب عن الوجه الثالث:

٢. وهو ما دلّ على قول المولى لعبده: (طَلَّق) يدلّ على الرضا بالنكاح^(٣)، فيصير إجازةً.

٣. وما دلّ على أنّ المانع من لزوم نكاح العبد معصية السيّد^(٤) التي ترتفع بالرضا.

(١) سورة النساء آية ٢٩ - الوسائل - باب ٣ - من أبواب مكان المصلّي حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٢٦ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.

(٣) الوسائل - باب ٢٧ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.

(٤) الوسائل - باب ٢٤ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.

وما دلّ على أنّ التصرف من ذي الخيار رضاً منه^١، وغير ذلك. بقي في المقام أنّه إذا قلنا بعدم اعتبار إنشاء الإجازة باللفظ، وكفاية مطلق الرضا أو الفعل الدالّ عليه، فينبغي أن يقال بكفاية وقوع مثل ذلك مقارناً للعقد أو سابقاً، فإذا فرضنا أنّه علم رضا المالك بقول أو فعل يدلّ على رضاه ببيع ماله، كفي في اللزوم، لأنّ ما يؤثّر بلحوقه يؤثّر بمقارنته بطريق أولى. والظاهر أنّ الأصحاب لا يلتزمون بذلك، فمقتضى ذلك أن لا يصحّ الإجازة إلا بما لو وقع قبل العقد كان إذناً مخرجاً للبيع عن بيع الفضولي. ويؤيد ذلك: أنّه لو كان مجرد الرضا ملزماً، كان مجرد الكراهة فسخاً، فيلزم عدم وقوع بيع الفضولي مع نهي المالك، لأنّ الكراهة الحاصلة حينه وبعده - ولو أنا ما - يكفي في الفسخ، بل يلزم عدم وقوع بيع المكره أصلاً، إلا أن يلتزم بعدم كون مجرد الكراهة فسخاً، وإن كان مجرد الرضا إجازة.

١. الوجه الرابع: ما دلّ على أنّ التصرف من ذي الخيار رضاً منه^(١). وفيه: إن ذلك قابل للحمل على التعبد، أو على أنّ هذا الفعل كاشف عن الرضا وإسقاط الحق. وعلى كلّ حال يكون أجنبياً عن المقام، فالعمدة هي العمومات. وأمّا الجهة الثانية: فعلى القول بعدم كفاية الرضا الباطني، الأظهر ما عن المحقق الخراساني^(٢) من كفاية الإنشاء القلبي، إذ به يحصل الاستناد والانتساب، وما دلّ على أنّ الحالات النفسانية غير البارزة ساقطة عن درجة الاعتبار في باب العقود والإيقاعات إنّما هو في المؤثّر وهو العقد دون الشروط، ولا ريب في أنّ الرضا الباطني شرط كما عرفت. وأمّا الجهة الثالثة: فالأظهر كفاية الفعل في الإنشاء، إذ لو سلّم أنّه يتوقّف الاستناد على الإنشاء وإبرازه، لا دليل على اعتبار اللفظ فيه. ودعوى: أنّ الاستقراء في النواقل الاختيارية اللازمة كالبيع يقتضي اعتبار اللفظ، والإجازة منها. مندفعة: بأنّه في تلك النواقل أيضاً بنينا على كفاية الفعل، راجع مبحث المعاطة.

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب الخيار.

الثالث: من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد^١، إذ مع الردّ ينفسخ العقد، فلا يبقى ما يلحقه الإجازة. والدليل عليه - بعد ظهور الإجماع^٢، بل التصريح به في كلام بعض مشايخنا - أن الإجازة إنما تجعل المجيز أحد طرفي العقد^٣، وإلا لم يكن مكلفاً بالوفاء بالعقد، لما عرفت من أن وجوب الوفاء إنما هو في حقّ العاقدين أو من قام مقامهما. وقد تقرّر أن من شروط الصيغة أن لا يحصل بين طرفي العقد ما يسقطهما عن صدق العقد الذي هو في معنى المعاهدة.

وأما الجهة الرابعة: فلو أغمضنا عن جميع ذلك، فالأظهر كفاية الكناية، وأنه لا يعتبر أن يكون الإنشاء باللفظ الصريح. ودعوى: أن إنشاء اللّازم وإيجاده في الإنشاء القولي ليس إيجاباً للملزم عرفاً، وكون الملزوم مقصوداً وداعياً من إيجاب اللّازم. لا أثر له، لأنّ الدواعي لا أثر لها في باب المعاملات التي استند إليها المحقق النابيني^٤ في عدم وقوع العقد بالكنايات قد عرفت ما فيها في مبحث خصوصيات ألفاظ العقد، فراجع ما ذكرناه هناك.

اعتبار عدم سبق الرد

١. قوله: (الثالث: من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد).

وقد استدللّ لاعتبار هذا الشرط بوجوه:

٢. الأول: الإجماع.

وفيه أولاً: إن الإجماع المنقول - سيما مع معلومية مدرك المجمعين - ليس بحجّة.

وثانياً: أنه لا وجه لدعواه بعد إفتاء جمع من الفقهاء ببطلان عقد الفضولي رأساً.

٣. الثاني: إن الإجازة إنما تجعل المجيز أحد طرفي العقد، وبها يصير مكلفاً بوجوب

الوفاء بالعقد، فالردّ المتخلّل بينها وبين العقد الصادر من الأصيل والفضولي يكون ردّاً

متخلّلاً بين أجزاء العقد، وقد تقرّر في محلّه أنه يعتبر أن لا يحصل بين طرفي العقد ما

يسقطهما عن صدق العقد.

وفيه أولاً: أن ما هو المسلم في تلك المسألة إنما هو مضرّية ردّ من صدر منه

هذا، مع أنّ مقتضى سلطنة الناس على أموالهم^١ تأثير الردّ في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه، فلا يبقى ما يلحقه الإجازة، فتأمل.

الإلتزام والتعهد قبل تحقّق الإلتزام من صاحبه، كما لو ردّ الموجب بعد الإيجاب قبل قبول القابل. وأمّا لو ردّ صاحبه ذلك، كما لو ردّ القابل قبل أن يقبل ثمّ قبل، فليس الحكم مسلماً بينهم، والمقام من قبيل الثاني لا الأوّل، فإنّ المجيز إنّما يرد قبل أن يصدر الإلتزام منه، والملتزم إنّما هو غيره كما هو واضح. وثانياً: إنّ فرق بين الردّ المتخلّل بين الإيجاب والقبول، والردّ المتخلّل بين العقد والإجازة.

وبعبارة أخرى: ليست الإجازة في جميع الأحكام كالقبول أو الإيجاب، ولذا ترى أنّ الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول يضرّ، والفصل بينهما وبين الإجازة لا يضرّ، كما هو واضح.

١. الثالث: إنّ مقتضى ما دلّ على سلطنة الناس على أموالهم^(١)، تأثير الردّ في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه، فلا يبقى ما تلحقه الإجازة.

وفيه: إنّ العلاقة المتصورة بالإضافة إلى المال، لا تخلو من الملكيّة والحقيّة، وشيء منهما لا يكون في المقام.

أمّا الأولى فواضح، وأمّا الثانية فلأنّ العقد قبل الإجازة لا يوجب كون الأصيل ذي حقّ، ولذا بنينا على عدم حرمة بيع الفضولي.

وبالجملة: لا يحدث بواسطة عقد الفضولي أدنى مرتبة من الملك والحقّ، وعليه فلا وجه للتمسك بقاعدة السلطنة.

وما أفاده المحقّق النائيني^{رحمته}: من أنّه وإن لم تحصل العلاقة شرعاً، لكنّها تحصل له عرفاً، فالردّ يبطل هذه العلقة.

ممنوع: لأنّ العلقة التي عرفت أنّها إمّا الملكيّة أو الحقيّة لا تحصل ولو عرفاً. وأجاب السيّد الفقيه^{رحمته} عن هذا الوجه بجوابين آخرين:

(١) البحار ج ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

نعم، الصحيحة الواردة في بيع الوليدة، ظاهرة في صحة الإجازة بعد الرد^١.
 اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُقَالَ: إِنَّ الرَّدَّ الفَعْلِيَّ كَأَخْذِ المَبِيعِ مِثْلًا غَيْرِ كَافٍ، بَلْ لَابَدٌ مِنْ إِنْشَاءِ
 الفسخ .
 ودعوى: أَنَّ الفسخ هنا ليس بأولى من الفسخ في العقود اللازمة، وقد صرَّحوا
 بحصوله بالفعل.
 يدفعا: أَنَّ الفعل الذي يحصل به الفسخ، هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطني والعنق
 ونحوهما، لا مثل أخذ المبيع.
 وبالجملة: فالظاهر هنا وفي جميع الالتزامات، عدم الاعتبار بالإجازة الواقعة عقيب
 الفسخ، فإن سلم ظهور الرواية في خلافه، فليطرح أو يأول.

أحدهما: أَنَّ قاعدة السلطنة متعارضة، لأن مقتضاها جواز أن يجيز بعد الرد، لأنه
 مقتضى سلطنته على ماله.
 وفيه: إنه بعد تسليم تأثير الرد في حل العقد، لا يبقى موضوع للإجازة كي تؤثر فيه.
 ثانيهما: إنه قد مر من المصنَّف رحمته أَنَّ قاعدة السلطنة إنما تثبت نفوذ التصرفات الثابتة
 بالشرع كالبيع والهبة ونحوهما، لا جميع ما أَرَادَهُ المالك، إذ ليست مشرعة، فلا تصلح
 لإثبات مؤثرية الرد في حل العقد.
 وفيه: أنه لو سلم حصول العلقة للأصيل بالإضافة إلى المال، لا إشكال في صلاحية
 قاعدة السلطنة للدلالة على جواز رفعها، فان ذلك من مصاديق تسلط الإنسان على رفع
 مزاحمة الغير، ولا يحتاج الى دليل آخر. فتدبر - فالصحيح ما ذكرناه - فالأظهر صحة
 الإجازة بعد الرد.

١. قوله: (نعم الصحيحة الواردة^(١) في بيع الوليدة ظاهرة في صحة الإجازة).
 وقد تقدّم في أوّل هذا البحث، عند ذكر أدلة صحة عقد الفضولي - التي منها هذه
 الصحيحة - أنه لا ظهور لها في ذلك، بل هي ثلاثم مع عدم الرد فراجع، فإنه ليس فيها
 سوى أخذ المبيع، وهو يمكن أن يكون استحصالاً للثمن لا لغرض ردّ البيع، والظاهر أنه
 إلى ذلك نظر المصنَّف رحمته، حيث قال:
٢. (اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُقَالَ: إِنَّ الرَّدَّ الفَعْلِيَّ كَأَخْذِ المَبِيعِ مِثْلًا غَيْرِ كَافٍ).

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.

الرابع: الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله^١، فموضوعها المالك، فقولنا: (له أن يجيز) مثل قولنا: (له أن يبيع)، والكل راجع إلى أن له أن يتصرف، فلو مات المالك لم يورث الإجازة، وإنما يورث المال الذي عقد عليها الفضولي، فله الإجازة بناءً على ما سيجيء، من جواز مغايرة المجيز والمالك حال العقد، فيمن باع مال أبيه فبان ميتاً، والفرق بين إرث الإجازة وإرث المال يظهر بالتأمل.

الإجازة لا تورث

١. قوله: (الرابع: الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله).

أقول: يقع الكلام في موردين:

(١). في أصل المطلب.

(٢). في الفرق بين إرث الإجازة وإرث المال.

أما الأول: فما أفاده الذي حاصله أن ثبوت الإجازة للمالك وتأثيرها منه، ليس من قبيل الحقوق القابلة للنقل والإسقاط كحق الخيار، بل هو من قبيل الحكم الشرعي تام، لأن الإجازة من التصرفات التي ثبت جوازها للمالك، وهو من الأحكام الشرعية، ويترتب على ذلك أنه لا تورث الإجازة، لعدم كونها ممّا تركه الميت. نعم، لمن انتقل إليه المال إجازة بيع الفضولي بناءً على جواز المغايرة بين المالك حال العقد، والمالك حال الإجازة، إلا أن ما ذكره من أنها من آثار سلطنة المالك لا يخلو عن مسامحة لأنها من آثار الملك.

وأما السلطنة: التي هي عبارة عن القدرة على التصرفات، فهي متقومة بجواز التصرفات لا أنه من آثارها.

وأما الثاني: فالفرق بين إرث الإجازة وإرث المال يظهر في موارد:

منها: ما إذا كان المبيع ممّا يحرم منه الزوجة، كالعقار على أشهر القولين، فإنه على القول بإرث الإجازة ترثها الزوجة، وعلى القول بالعدم لا ترث، وليس لها الإجازة، والمفروض عدم كونها مالكة للمبيع، فلا حق لها فيه.

الخامس: إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن، ولا لإقباض المبيع^١، ولو أجازهما صريحاً أو فهم إجازتهما من إجازة البيع، مضت الإجازة، لأن مرجع إجازة القبض إلى

ومنها: أنه على القول بأنها ممّا ترثه الورثة، يأتي فيها النزاع الموجود في حقّ الخيار الموروث مع تعداد الورثة من أنه هل يرث كلّ من الورثة الإجازة في مقدار ماله من العين، أو يرث كلّ منهم الإجازة في تمام العين بنحو العام الاستغراقي - بمعنى نفوذ إجازة كلّ واحد منهم - أو يرث المجموع الإجازة - بمعنى أنها شيء واحد يرثه الجميع - فلا بدّ في الصحّة من إمضاء الجميع؟

ومنها: ما لو أوصى بمالٍ معيّن للفقراء مثلاً بنحو يكون ملكاً لهم بالموت، ثمّ وقع عقد الفضولي على هذا المال، ومات المالك قبل الإجازة، فعلى القول بإرث الإجازة ينتقل هذا الحقّ، فلهم الإجازة بخلافه على القول بالعدم. فتأمّل.

إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن

١. قوله: (الخامس: إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المبيع).

أقول: الكلام في هذا التنبيه يقع في جهات:

الجهة الأولى: في قابليّة القبض والإقباض للإجازة وعدمها، وفيها وجوه وأقوال: ثالثها: ما في المكاسب، وهو جريان الفضوليّة في قبض الثمن المعيّن دون الكلّي.

رابعها: عكس ذلك، اختاره السيّد^٢.

وقد استدللّ لعدم الجريان مطلقاً بوجهين.

الوجه الأوّل: أنّ حقيقة الإجازة إنفاذ الشيء، ولا مورد للنفوذ إلاّ التصرفات المعاملية، فالأفعال والأقوال الأخر لا تكون مورداً لها ومنها القبض والإقباض.

وفيها: إنّ حقيقة الإجازة إظهار الرضا بما وقع، وهي توجب انتسابه إلى المجيز، وهذا

لا فرق فيه بين المعاملات وغيرها.

إسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري، ومرجع إجازة الإقباض إلى حصول المبيع في يد المشتري برضا البائع، فيترتب عليه جميع الآثار المترتبة على قبض المبيع، لكن ما ذكرنا إنّما يصح في قبض الثمن المعين، وأمّا قبض الكلّي وتشخصه به، فوقعه من الفضولي على وجه تصحّحه الإجازة، يحتاج إلى دليل معمم لحكم عقد الفضولي لمثل القبض والإقباض، وإتمام الدليل على ذلك لا يخلو عن صعوبة^١.

الوجه الثاني: ما نسب إلى المحقّق الخراساني، وأوضحه المحقّق الإصفهاني رحمتهما، وهو أنّ الإجازة لا بدّ وأن تتعلّق بماله بقاء واستمرار، كالأمر الاعتبارية الإنتزاعية من أسباب خاصّة، وأمّا الأفعال الخارجيّة فليس لها بقاء كي تنسب بالإجازة إلى المالك، وهي لا تصلح لأن توجب انتسابها في زمانها إلى المجيز، لعدم معقولية الإنتساب، مع عدم ما به الإنتساب، وصورته منتسبة من حين الإجازة بعدما لم تكن كذلك، يستلزم انقلاب الشيء عمّا وقع عليه.

وفيه: إنّ الإجازة - كما عرفت - عبارة عن إظهار الرضا بما صدر، والرضا كما يتعلّق بالأمر الاعتباري، يتعلّق بالفعل الخارجي. وكما يتعلّق بالأمر المقارن والمتأخّر كذلك يتعلّق بالأمر المتقدّم، وهي توجب صيرورة الفعل المتقدّم مرضياً به من حين الإجازة، وهذا غير انقلاب الشيء عمّا وقع عليه، مع أنّ المراد بالقبض ليس إلاّ كون الشيء تحت الإستيلاء والسلطنة، وهذا أمر له البقاء والاستمرار.

فظهر بما ذكرناه مدرك القول الثاني.

١. واستدلّ المصنّف لما اختاره وأوضحه: بأنّ قبض الثمن الشخصي قابل لتحمل الإجازة، من جهة أنّ مرجع إجازته إلى إسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري، ففي الحقيقة لا يكون القبض عنده قابلاً للإجازة، وإنّما تكون الإجازة والرضا به رضاً بأثره، وهو إسقاط الضمان. وكذلك الإقباض، فإنّ مرجع إجازته إلى حصول المبيع في يد المشتري برضا البائع، وأمّا قبض الثمن الكلّي وتشخصه به، فهو لا يكون قابلاً للإجازة، فإنّه حيث لم يتعيّن الكلّي في المقبوض بيد الفضولي، فليس هناك ضمان المعاوضة

على المشتري، بل الثمن باقٍ على كليته، والمفروض أنّ القبض من حيث هو غير قابل لتعلق الإجازة به، فلا وجه لجريان الفضوليّة فيه وتصحيحه بالإجازة.

وفيه: - مضافاً إلى ما عرفت من ضعف المبني - يرد على ما أفاد في قبض الثمن الشخصي، أنّ ضمان المشتري للثمن قبل القبض إنّما يكون حكماً شرعياً ثابتاً على خلاف القاعدة، وهو الحكم بانفساخ المعاملة بالتلف، لا حقاً مالياً كي يكون قابلاً للإسقاط.

وما أفاده المحقق النائيني رحمته من أنّ ذلك إنّما يكون من جهة الشرط الضمني، إذ كلّ من البائع والمشتري يشترط بارتكازه على صاحبه قبض الثمن أو المثمن، وليس مقصودهم مجرد التبديل لو تمّ، وإن لزم منه كون ذلك من الحقوق، إلاّ أنّه لا يتمّ، فإنّ لازم ذلك ثبوت الخيار لا انفساخ العقد كما هو ظاهر الخبر ^(١).

واستدلّ السيد لما ذهب إليه: بأنّ الفضوليّة إنّما تجري في التصرفات المعاملية لا في الأفعال الخارجية، والقبض في المعين من الأفعال الخارجية، وفي الكلّي من التصرفات المعاملية، فإنّ ذلك يكون من باب الوفاء، وهو في اللب مبادلة بين الكلّي والفرد المتشخص - وقد عرفت ما فيه - فالأظهر قابليتهما للإجازة.

الجهة الثانية: أنّه هل يأتي في القبض نزاع الكشف والنقل أم لا؟ وجهان:

أظهرهما الثاني، لأنّ ذلك النزاع في العقد إنّما يكون من جهة أنّ وراء العقد شيء وهو الملكيّة، ويمكن البناء على تحقّقها من الأوّل، وهذا بخلاف القبض، إذ ليس وراءه شيء، فالقبض كالعقد نفسه، فكما أنّه يعدّ عقد المالك من حين الإجازة على المسلكين كذلك القبض، فأثار قبض المالك تترتب عليه من حين الإجازة، فلو تلف بعدها لا يكون من تلف المبيع قبل القبض، فلا يكون البائع ضامناً، بخلاف ما لو كان تالفاً

(١) الوسائل - باب ١٠ - من أبواب الخيار.

وعن «المختلف» أنه حُكي عن الشيخ: أنه لو أجاز المالك بيع الغاصب لم يطالب المشتري بالثمن. ثم ضعفه بعدم استلزم إجازة العقد لإجازة القبض، وعلى أي حال فلو كان إجازة العقد دون القبض لغواً - كما في الصرف والسلم بعد قبض الفضولي والتفرق - كان إجازة العقد إجازة للقبض صوتاً للإجازة عن اللغوية^١.

قبلها، فإنه حينئذ لا موضوع للإجازة، إذ بالتلف يفسخ العقد، فلا يكون شيء باقياً كي تلحقه الإجازة.

الجهة الثالثة: لو كانت إجازة العقد دون القبض لغواً، كما في الصرف والسلم بعد قبض الفضولي والتفرق، ففي «المكاسب».

١. (كانت إجازة العقد إجازة للقبض صوتاً للإجازة عن اللغوية).

وأورد عليه بإيرادات:

الإيراد الأول: ما عن جمع من المحشيين، منهم السيد^٢، وهو أن ذلك - أي الذي ذكره - راجع إلى مقام الإثبات، وثبوت الدلالة على إجازة القبض، وهذا إنما يكون بعد الفراغ عن مقام الثبوت، وقابلية القبض للفضولية وأن يصح بالإجازة، والمصنف^٣ يرى عدم قابليته لها في الكلّي.

وفيه أولاً: أن المصنف يلتزم بعدم قابليته لها، وإنما لم يقدّم دليل على صحة القبض بنفسه بالإجازة، وعليه فالدليل الدالّ على صحة عقد بيع الصرف المشروط بالقبض، يكفي في صحة مثل هذا القبض بالإجازة، بخلاف القبض الذي لا تكون صحة العقد منوطة به.

وثانياً: إن عدم قابلية القبض للإجازة إما أن يكون من جهة أنه لا يكون من التصرفات المعاملية - كما أفاده السيد^٤ - أو يكون من جهة عدم قابليته للانتساب إلى المجيز - كما عن المحقق الخراساني^٥ - وشيء منهما لا مورد له في هذا القبض:

أما الأول: فلأنه دخيل في صحة العقد، وفي ترتب الآثار الوضعية والأمر الاعتباري، فهو من التصرفات المعاملية.

ولو قال: (أجزتُ العقد) دون القبض، ففي بطلان العقد أو بطلان ردّ القبض وجهان^١.

وأما الثاني: فلعدم اعتبار الانتساب فيه، إذ الشرط إنّما هو قبض المتعاملين بالمعاملة الصحيحة، فإذا صحّت المعاملة بالإجازة، كفي قبض الفضولي في الصحة، ولا يخفى أنّ مرجع هذا إلى عدم الاحتياج إلى إجازة القبض، وأنّ الإجازة محقّقة لموضوع القبض لا موجبة لصحّته ونفوذه.

الإيراد الثاني: أنّ إجازة القبض إنّما توجب انتساب القبض إلى المجيز من حين الإجازة بعد التفرّق، وهو لا يكفي في صحّة المعاملة، فإنّ الشرط هو القبض قبل التفرّق.

والجواب عنه: هو الجواب الثاني عن الإيراد الأوّل.

الإيراد الثالث: ما أفاده جمع - منهم السيّد والمحقّق النائيني رحمهما - وهو أنّه إنّما يتمّ إذا كان المجيز عالماً بأنّ البيع بدون القبض باطل، وإلا فلا يحمل على كونه إجازة للقبض. وفيه: أنّه إذا كان بصدد إجازة العقد بجميع ما تتوقّف صحّة العقد عليه، كفي في كونه إجازة له، مضافاً إلى ما عرفت من كفاية إجازة العقد في صحّة القبض، فراجع. فتحصل: أنّ الأظهر الاكتفاء بإجازة العقد في مثل هذه العقود المتوقّفة صحّتها على القبض.

الجهة الرابعة: لو قال: (أجزت العقد) دون القبض، ففي المكاسب :

١. (ففي بطلان العقد أو بطلان ردّ القبض وجهان) :

والحقّ أنّ يقال: بناءً على أنّ العبرة بقبض المتبايعين، وأنّه لا يلزم انتسابه إلى المالكين، يتعيّن البناء على الصحة، لفرض إجازة العقد، وعدم كون قبضه موضوع الأثر كي يلزم إجازته ويضّرّ رده.

وأما بناءً على لزوم إجازة القبض، فالظاهر أنّ إجازة العقد إجازة للقبض، للغويّة إجازته دونه، وردّ القبض ردّ للعقد، إذ لا ينفكّ الشرط عن المشروط.

وعليه فإذا تقدّمت الإجازة لغى الردّ؛ لكونه ردّاً بعد الإجازة، وإذا تقدّم الردّ لم يفد

السادس: الإجازة ليست على الفور، للعمومات، ولصحيحة محمد بن قيس^١، وأكثر المؤيّدات المذكورة بعدها. ولو لم يجز المالك ولم يرد حتّى لزم تضرّر الأصيل بعدم تصرّفه فيما انتقل عنه وإليه على القول بالكشف، فالأقوى^٢ تداركه بالخيار، أو إجبار المالك على أحد الآخرين .

الإجازة، بناءً على اعتبار أن لا تكون مسبقة بالردّ، وإلاّ صحّت.

الإجازة ليست على الفور

١. السادس: هل الإجازة على الفور، فمع التأخير تسقط أم لا ؟ فيه وجهان: أقواهما الثاني: لإطلاق الأدلّة، وصحيح محمد بن قيس المتقدّم^(١).
وعليه، فلو لم يجز المالك ولا ردّ.

فهل يتعيّن إجبار المالك بأحد الأمرين، كما اختاره السيّد^(٢).
أم يتعيّن ثبوت الخيار كما ذهب إليه جمع .

٢. أم يثبت الأمران بنحو التخيير، كما اختاره المصنّف^(٣)، وجوه ؟

أقول: وليعلم أنّ محلّ الكلام إنّما هو فيما إذا لم يجز للأصيل التصرف فيما انتقل عنه وفيما انتقل إليه ، وأمّا إذا جاز له التصرف فيما انتقل عنه إمّا لعدم لزوم العقد عليه أو لجوازه، حتّى بناءً على لزوم العقد، لا مورد لشيء من هذه الوجوه، إذ لا يلزم ضرر عليه من عدم الإجازة والردّ.

وأيضاً: الظاهر أنّ محلّ الكلام، ما لو لم يكن الأصيل عالماً بكون طرفه فضولياً، أو كان مطمئناً بأنّه يجيز المالك أو يردّ، وأمّا إذا كان عالماً به ولم يكن مطمئناً بشيء منهما، فمن حيث أنّه مُقدّمٌ على الضرر لا يجري شيء من الوجوه.

وكيف كان، فالأظهر من تلك الوجوه هو الثاني، إذ الإجبار إنّما يكون لأحد أمرين: إمّا الإمتناع عن الحقّ من جهة أنّ السلطان وليّ الممتنع، أو للإمتناع عن امتثال

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.

السابع: هل يعتبر في صحّة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو خصوصاً، أم لا؟ وجهان: ^١ 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.

التكليف اللزومي من جهة لزوم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ^(١).
ولا دليل عليه في غير الموردين.

ومن الواضح أنّ عقد الفضولي لا يوجب حدوث حقّ للأصيل على المالك - كما تقدّم - ولا وجوب الإجازة أو الردّ عليه، فالإجبار لا مورد له، وقاعدة ^(٢) نفي الضرر لا تصلح لإثبات جوازه، لكونها نافية للحكم لا مثبتة، فهي توجب نفي لزوم العقد على الأصيل، فالمتعين هو ثبوت الخيار للأصيل.

اعتبار مطابقة الإجازة للعقد

١. السابع: هل يعتبر في صحّة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو خصوصاً، أم يفضّل بين المطابقة من حيث الجزء، والمطابقة من حيث الشرط؟ أقوال.
وتنقيح القول يتحقّق بالبحث في مقامين:
الأول: في عدم المطابقة من حيث الجزء، بأن يكون الشيء المحذوف أو المضاف جزء.

الثاني: في عدم المطابقة من حيث الشرط، وأمّا في صورة الاختلاف من حيث المباينة، كما لو وقع العقد على فرس فأجاز في الحمار، فلا إشكال في عدم الصحّة.
أمّا المقام الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:
المورد الأول: فيما إذا كان محذوفاً.

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب الأمر والنهي وما يناسبهما وغيره من الأبواب.

(٢) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار - حديث ٣ - ٤ - ٥.

وملخص القول فيه: إنَّ المعقود عليه إن كان مركباً من أجزاء، يكون كلُّ جزء منه موضوعاً مستقلاً بنظر أهل العرف في البيع والشراء - بنحو لا يلاحظون المعاملة على المجموع إلا معاملة على كل واحد مستقلاً، كما لو عقد على عشرة أذرع فأجاز بيع بعضها - فلا ينبغي التأمل في الصحة، لأنَّ المجاز ممَّا عقد عليه، ولا سبيل إلى إجراء خيار تبعض الصفقة هنا، لأنَّ مورده ما إذا كان بيع كلِّ جزء مشروطاً بانضمام الجزء الآخر ضمناً وارتكازاً كي يوجب التبعض تخلف الشرط، فيثبت خياره لعدم الدليل عليه بالخصوص.

وإن لم يكن كلُّ جزء موضوعاً مستقلاً، كما إذا وقع العقد على حيوان خاص فاجاز نصفه:

فعن المحقق النائيني صحّة المجاز، مستدلاً بأنَّ حكم الإجازة حكم البيع ابتداءً، فكما يجوز للمالك بيع بعض ماله ابتداءً، فكذلك يجوز له إجازة بعضه.

وفيه: إنَّ الفرق بين الإجازة والبيع واضح، فإنَّ الإجازة إنّما تحتاج إلى عقد واقع والتزام معاملي قبلها بخلاف البيع، وعليه فإن كان الإلتزام العقدي منحللاً إلى التزامات عديدة حسب تعدد أجزاء المبيع، صحَّ البيع فيما أُجيز، لكون المجاز معقوداً عليه، وإلا فلا. فالميزان هو ذلك.

وبه يظهر أنَّ قياس المقام بمسألة التبعض في باب الخيارات - كما عن السيّد - في غير محلّه، ولكن الظاهر هو الإنحلال في جميع الموارد، غاية الأمر إلى التزامات ضمنيّة لا استقلاليّة، وعليه فيصحَّ البيع فيما أُجيز. نعم، يثبت للأصيل خيار تبعض الصفقة.

المورد الثاني: ما إذا كان الجزء مضافاً، والضابطة فيه أنّه إن انحلت الإجازة إلى إجازات متعدّدة والتزامات عديدة، فيكون أحد الإلتزامين متعلّقاً بالعقد والآخر بالزائد، صحَّ العقد المجاز لكونه عقداً أُجيز، وإلا فلا، فإنَّ المجاز حينئذٍ غير معقود عليه،

ولو أوقع العقد على شرط فأجازته المالك مجرداً عن الشرط، فالأقوى عدم الجواز، بناءً على عدم قابلية العقد للتبويض من حيث الشرط^١، وإن كان قابلاً للتبويض من حيث الجزء^٢. ولذا لا يؤثر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط.

ولو انعكس الأمر، بأن عقد الفضولي مجرداً عن الشرط وأجاز المالك مشروطاً

وما عقد عليه لم تتعلّق به الإجازة، والظاهر هو الإنحلال في جميع الموارد، إلا إذا كانت من قبيل إجازة الحصّة الخاصّة، كأن يجيز العقد الواقع على المجموع خاصّة بهذا القيد، فإنّه حينئذ ما تعلّقت الإجازة به لا يكون معقوداً عليه، كما لا يخفى.

وأما المقام الثاني: فالكلام فيه تارة: في الشرط المحذوف، وأخرى: في المضاف. أمّا الجهة الأولى: فلا ينبغي الإشكال في الصحّة، بناءً على ما هو الثابت في محلّه من أنّ الشرط إنّما هو التزام في التزام، لا أنّ الإلتزام العقدي معلق عليه بحيث لا التزام بدونه، فإنّ الإجازة حينئذ تكون متعلّقة بالإلتزام العقدي، فما أفاده المصنّف^{رحمته} في وجه عدم الصحّة:

١. من (عدم قابلية العقد للتبويض من حيث الشرط) ضعيفٌ، لما عرفت من أنّ الشرط التزامٌ مستقلٌّ في ضمن الإلتزام العقدي.

٢. وأضعف منه تفصيله^{رحمته} بين الشرط والجزء بالإلتزام بالتبويض من حيث الجزء دون الشرط، لما عرفت من أنّ قبول العقد للتبويض من حيث الشرط أولى من قبوله التبويض من حيث الجزء، مضافاً إلى أنّ كلّ جزء شرط لاعتبار وصف الاجتماع فيه. وهل يثبت الخيار للأصيل أم لا؟ وجهان.

والحقّ أن يقال: إنّ الشرط إن كان للمالك على الأصيل - كما لو أوقع الفضولي العقد مع اشتراط أن يخيط الأصيل ثوب المالك، فأجاز المالك العقد بدون الشرط - فلا خيار له، لأنّ مرجع ذلك إلى إسقاط المالك حقّه، ولا إشكال في ذلك، وكذلك إن كان للأصيل على المالك مع رضا الأصيل بذلك بعد الإجازة، وأمّا إن كان للأصيل على المالك ولم يرض الأصيل بذلك، فالظاهر ثبوت خيار تخلف الشرط له، وهو واضح.

ففي صحّة الإجازة مع الشرط إذا رضي به الأصيل، فيكون نظير الشرط الواقع في ضمن القبول^١ 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 عليه أيضاً، أو بطلانها لأنّه إذا لغى الشرط لغى المشروط، لكون المجموع إلزاماً واحداً؛ وجوه أقواها الأخير^٢.

وأما القول في المجيز، فاستقصاؤه يتمّ ببيان أمور^٣ :
الأول: يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف^٤ بالبلوغ والعقل

١. وأما الجهة الثانية: فالشرط المضاف لا يجب الوفاء به، لكونه من قبيل الشرط الابتدائي، وكون الإجازة بمنزلة الإيجاب أو القبول لا يوجب إسراء أحكامهما إليها، مضافاً إلى أنّ الشرط المذكور في ضمن أحدهما وحده لا يفيد، وأما المشروط فإن كانت الإجازة مع الشرط التزاماً بالعقد منضمّاً إلى الالتزام الشرطي صحّ، لكون العقد مجازاً، وضمّ اللغو إليها لا يمنع عن تأثيرها في صحّة العقد، وإن كانت التزاماً واحداً متعلقاً بالمشروط لم يصحّ.

والظاهر هو الأول، لأنّ الواقع إنّما هو العقد المجرد، والمجيز يريد ضمّ الشرط إليه، فلا محالة يجيز المالك ذلك الواقع بضمّ الشرط إليه، فالتقييد إنّما يكون للإجازة بالشرط، وحيث أنّ الشرط - كما تقدّم - إنّما يكون هو الالتزام في ضمن الالتزام، وفي المقام يكون هو الالتزام المقرون بالإجازة، فلغوئته لا تلازم لغوية الإجازة. فما ورد في «المكاسب» :

٢. من تقوية البطلان في غير محله.

اعتبار كون المجيز جائز التصرف حال الإجازة

٣. وأما القول في المجيز: فاستقصائه يتمّ ببيان أمور:

٤. الأمر الأول: يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف بالبلوغ والعقل والرشد بلا إشكال، فإنّ الإجازة تصرف معاملي في المال، فإذا كان المجيز غير

والرشد، ولو أجاز المريض بنى نفوذها على نفوذ منجزات المريض^١، ولا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف والنقل.

الثاني: هل يشترط في صحة عقد الفضولي وجود مجيز حين^٢ العقد، فلا يجوز بيع

جائز التصرف لم يجز له ذلك، من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف، إذ على الكشف إنما يكون الأثر من قبل، وإلا فالإجازة هي التي تؤثر في ذلك.

ودعوى: أنه على القول بأن المؤثر في النقل ليس هو وجود الإجازة، بل العنوان المنتزع من وجودها المقارن مع العقد كعنوان التعقيب، يشكل اعتبار ما عدا ما يوجب سلب العبارة فيها، لعدم كونها تصرفاً مالياً حينئذ.

مندفعة: بأنه على هذا المسلك أيضاً لا يكون التعقيب بمطلق الإجازة شرطاً، بل الشرط هو التعقيب بالإجازة المستجمعة لسائر شرائط تأثير العقد، لأنه المتيقن من نفوذ عقد الفضولي الملحق بالإجازة.

١. قوله: (ولو أجاز المريض بنى نفوذها على نفوذ منجزات المريض...).

وربما يورد عليه: بأن منجزات المريض مختصة بالتصرفات المعاملية دون شرائط تأثيرها، فلو كان عقد الصرف في حال الصحة، وكان القبض في حال المرض، لا تكون هذه المعاملة من المنجزات، والإجازة شرط لتأثير عقد الفضولي، فلا يضر وقوعها في حال المرض ولا يوجب دخولها في المنجزات.

ولكن يدفعه أن للإجازة حيثيتين: إحداها حيثية الرضا، والثانية حيثية الإنتساب إلى المالك. وهي من حيثية الثانية بنفسها تصرف معاملي، وموجبة لصيرورة التصرف تصرف المالك، فالحق أن الإجازة في حال المرض من المنجزات لا من قبيل شرائط تأثير العقد.

عدم اشتراط كون العقد له مجيز في الحال

٢. الأمر الثاني: اختلفوا في أنه هل يشترط في صحة عقد الفضولي، وجود مجيز

حين العقد أم لا؟

وما يحتمل أن يكون محل الكلام بين الأعلام في بادئ النظر أمور:

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 العقد والحال هذه ممتنعة، فإذا امتنع في زمان امتنع دائماً^١.

أحدها: إنه هل يعتبر وجود ذات المجيز حين العقد أم لا يعتبر ذلك، وإلى هذا نظر البيضاوي في إيرادته على العلامة رحمته: بأنه لا يتم على مذهب الخاصة من وجود الإمام عليه السلام في كل عصر.

ولكن يمكن دفع إيرادته أولاً: بالنقض بأنه لا يتم على مذهبيهم أيضاً من وجود الخليفة في كل عصر.

وثانياً: إنه في نكاح الصغار يكون الولي منحصراً بالأب والجدّ والوصي على خلاف فيه. هكذا قيل.

ثانيها: إنه هل يعتبر أن يكون مجيزاً فعلي حين العقد، بأن يكون متمكناً من الإجازة أم لا يعتبر؟

ثالثها: إنه هل يعتبر أن يكون المجيز جائز التصرف حين العقد شرعاً أم لا يعتبر ذلك؟ فلو فرضنا أن بيع مال الصغير لم تكن فيه مصلحة حين البيع، ثم حدثت المصلحة فيه لاحقاً، هل للولي أن يجيزه من جهة أنه وإن لم يكن التصرف جائزاً له حين البيع لعدم المصلحة، إلا أنه يجوز له حين الإجازة، أم لا؟
والظاهر أن محلّ النزاع هو الأخير دون الأولين.

أما الثاني منهما: فلو ضوح عدم اعتبار مجيز فعلي، ولذا لو كان المالك نائماً أو غائباً لم يتوهم أحد من القائلين بصحة الفضولي، فساده وعدم جواز الإجازة بعد الحضور واليقظة.

وأما الأول: فلعدم ملائمته مع ما مثلوا له ببيع مال اليتيم، فمورد النزاع هو الثالث.

وكيف كان، فقد استدلّ لاعتباره بوجهين:

١. الوجه الأول: إن صحة العقد والحال هذه ممتنعة، فإذا امتنعت في زمان امتنعت

دائماً، وقد ذكروا في توضيح هذا الوجه أمرين:

أحدهما: ما أفاده المحقق الإيرواني رحمته الله، وهو أنّ بناء هذا على أمرين:

أحدهما: القول بالكشف في الإجازة، الثاني: إنّ العام إذا خصّص بخروج فرد منه في زمان، لم يرجع إليه في ذلك الفرد فيما عدا ذلك الزمان، فيقال حينئذٍ إنّ العقد إذا لم يكن له من يصحّ بإجازته حال العقد، امتنع دخوله تحت خطاب ﴿أَوْفُوا﴾، فإذا امتنع شمول ﴿أَوْفُوا﴾ له في هذه الحال، لم يؤثّر من مبدأ وقوعه، فإذا لم يؤثّر من مبدأ وقوعه لم يؤثّر أبداً، لأنّ الفرد إذا خرج عن العام في زمان خرج عنه رأساً، ولم يرجع إليه ثانياً بعد خروجه عنه أولاً.

وفيه: إنّ الكبرى الكلية المشار إليها إنّما هو فيما إذا خرج فرد عن تحت العام في الأثناء، لا فيما إذا خرج عنه من الأوّل كما في المقام. وتام الكلام في محله.

الثاني: ما أفاده المحقق الإصفهاني رحمته الله، وحاصله أنّ عقد الفضولي إنّما يفترق عن العقود الفاسدة بكونه قابلاً للتأثير بالإجازة، فلا بدّ وأن يكون جامعاً لجميع مراتب الإمكان الإستعدادي، بحيث لا يستند عدم فعليّة التأثير إلّا إلى عدم الإجازة، فإذا لم يمكن الإجازة حال العقد، يكون العقد غير واجدٍ لجميع مراتب الإمكان الإستعدادي، لأنّ منها الإمكان من ناحية إمكان الإجازة، فإذا امتنعت الإجازة فعلاً، امتنعت الصحّة التأهليّة فعلاً، وإذا امتنعت الصحّة التأهليّة في زمان امتنعت دائماً، لأنّ ما به يتفاوت حاله بتفاوت الزمان، هي الصحّة الفعليّة التابعة لوجود شرط الصحّة الفعليّة لا الصحّة التأهليّة.

وفيه: إنّ المراد من الإمتناع إن كان هو الإمتناع الذاتي، فالصغرى ممنوعة، وإن كان المراد الإمتناع العرّضي - أي الامتناع لعدم وجود أجزاء المؤثّر - فالكبرى ممنوعة، فإنّ الامتناع حينئذٍ يدور مدار فقدّ بعض ما يعتبر فيه.

وبلزوم الضرر على المشتري^١، لامتناع تصرّفه في العين، لإمكان عدم الإجازة، ولعدم تحقّق المقتضى و لا في الثمن، لإمكان تحقّق الإجازة، فيكون قد خرج عن ملكه. ويضعّف الأوّل - مضافاً إلى ما قيل من انتقاضه بما إذا كان المجيز بعيداً، امتنع الوصول إليه عادةً - منع ما ذكره من أنّ امتناع صحّة العقد في زمان يقتضي امتناعه دائماً، سواء قلنا بالنقل أم بالكشف.

وأما الضرر، فيتدارك بما يتدارك به صورة النقص المذكورة، هذا كلّه مضافاً إلى الأخبار الواردة في تزويج الصغار فضولاً، الشاملة لصورة وجود وليّ النكاح، وإهماله الإجازة إلى بلوغهم، وصورة عدم وجود الوليّ بناءً على عدم ولاية الحاكم على الصّغير في النكاح، وانحصار الوليّ في الأب والجّد والوصي على خلاف فيه. وكيف كان، فالأقوى عدم الاشتراط وفاقاً للمحكيّ عن ابن المتوّجّ البحراني والشّهيد والمحقّق الثاني وغيرهم، بل لم يرجّحه غير العلامة رحمته.

وإن شئت قلت: إنّ عقد الفضولي الذي تمتنع إجازته حين العقد، ويمكن تلك فيما بعد، يكون صحيحاً بالصحة التأهليّة، لأنّه يمكن تأثيره فيما بعد بلحوق الإجازة، وليس معنى الصحة التأهليّة إلاّ ذلك.

١. الوجه الثاني: لزوم الضرر على المشتري لإمتناع تصرّفه في العين، لإمكان عدم الإجازة، هذا على الكشف، ولعدم تحقّق المقتضى على النقل، و لا في الثمن لإمكان تحقّق الإجازة فيكون قد خرج عن ملكه. وفيه: - مضافاً إلى النقص بجميع موارد عقد الفضولي كما تقدّم - تقريبه في التنبيه السادس من تنبيهات الإجازة.

والجواب عنه: هو ما ذكرناه في ذلك التنبيه، وهو تدارك الضرر بعدم لزوم الوفاء على الأصيل.

وعليه، فالحقّ عدم اعتبار هذا الشرط.

ثمّ اعلم أنّ العلامة في «القواعد» مثّل لعدم وجود المجيز ببيع مال اليتيم، وحكى عن بعض العامة - وهو البيضاوي على ما قيل - الإيراد عليه بأنّه لا يتمّ على مذهب الإمامية من وجود الإمام عليه السلام في كلّ عصر، وعن المصنّف رحمته الله أنّه أجاب بأنّ الإمام غير متمكّن من الوصول إليه، وانتصر للمورد بأنّ نائب الإمام وهو المجتهد الجامع للشرائط موجود، بل لو فرض عدم المجتهد، فالعدل موجود، بل للفسق الولاية على الطّفّل في مصالحه مع عدم العدول.

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

فالأولى ما فعله فخر الدّين والمحقّق 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، فإنّه فرض غير واقع في الأموال.

الثالث: لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف حال العقد^١، سواءً كان عدم التصرف لأجل عدم المقتضى أو للمانع، وعدم المقتضى قد يكون لأجل عدم كونه مالاً ولا مأذوناً حال العقد. وقد يكون لأجل كونه محجوراً عليه لسفه أو جنون أو غيرهما، والمانع كما لو باع الرّاهن بدن إذن المرتهن، ثمّ فكّ الرّهن. فالكلام يقع في مسائل:

عدم اشتراط كون المجيز جائز التصرف حين العقد

١. الثالث: هل يشترط في المجيز كون المجيز الفعلي نافذ التصرف حين العقد، أم لا يعتبر ذلك، أم هناك تفصيل؟ وجوه:

أقول: وقبل الشروع في المطلب ينبغي تقديم أمور:

الأول: إنّ بناءً على كون البحث في الأمر السابق في اعتبار وجود المجيز، الفرق بينه وبين هذا واضح، وأمّا بناءً على كون البحث فيه في أنّه هل يعتبر وجود مجيز

جائز التصرف شرعاً حين العقد أم لا، فالفرق بين الأمرين أنّ البحث هناك كان في اعتبار وجود مجيز جائز التصرف حين العقد وعدمه، وفي المقام في أنّه هل يعتبر كون المجيز الفعلي نافذ التصرف حال العقد أم لا ؟

وبعبارة أخرى: البحث في أنّه لو فرضنا اعتبار وجود مجيز جائز التصرف حال العقد، وكان موجوداً حينه ولم يجز، وكان المجيز الفعلي غيره، كما لو بيع مال الصغير مع وجود المصلحة وأهمل الولي ولم يجز حتّى بلغ فأجاز نفسه، فإنّ المجيز الفعلي لا يكون نافذ التصرف حين العقد، برغم وجود مجيز نافذ التصرف حينه، فهل يكفي ذلك أم لا ؟

الثاني: إنّّه ربما يورد على المصنّف عليه السلام حيث جعل الصغر والسفه والجنون من باب عدم المقتضى، مع أنّها إمّا موانع، أو أنّ البلوغ والرشد والعقل شرائط التأثير، فإنّ المقتضى للسلطنة على التصرف في المال إضافته إلى المتصرف، أو إذن من له الإضافة، فهذه الأمور أجنبيّة عن المقتضى.

ولكن يمكن دفعه: بأنّ نظره الشريف إلى أنّ عدم نفوذ التصرف:

تارة: يكون لقصور من ناحية المتصرف، وأخرى: يكون من جهة سلطنة الغير أيضاً على المال، وعبر عن الأوّل بعدم المقتضى، وعن الثاني بوجود المانع، وعليه فيصح أن يقال إنّ عدم المقتضى إمّا لعدم الملك أو لجنون المالك أو سفاهته أو صغره، وبه يظهر الفرق بين هذه الأمور وبين حقّ الرهن المتعلّق بالمال.

الثالث: أنّ السيّد عليه السلام وغيره أوردوا على المصنّف عليه السلام في جعله المسألة الثالثة - وهي ما لو باع معتقداً كونه غير جائز التصرف، فبان كونه كذلك - من مسائل هذا العنوان، مع أنّها أجنبيّة عنه.

ويمكن دفعه: بأنّ المراد من عدم الجواز في العنوان، عدم الجواز الفعلي لا عدم الجواز الواقعي، فالمجيز ربما لا يكون جائز التصرف واقعاً كما في الأولى والثانية،

الأولى: أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة، لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر^١.
والأقوى صحة الإجازة بل عدم الحاجة إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير، كما لو باع الرهن ففك الرهن قبل مراجعة المرتهن، فإنه لا حاجة إلى الإجازة كما صرح به في «التذكرة».

وأخرى لا يكون جائز التصرف فعلاً كما في الثالثة.
الرابع: أن المصنف رحمته الله جعل المسألة الأولى أعم مما كان عدم الجواز لمانع كالرهن، أو لعدم المقتضي بالتفسير الثاني من جهة وحدة ملاك البحث، كما أنه جعل المسألة الثانية - وهي عدم الملك حال العقد - مسألتين لتعدد الجهة من حيث الإجازة وعدمها. إذا عرفت هذه الأمور تعرف أن ما سلكه المصنف رحمته الله في عنوان هذا البحث وتشقيقه الشقوق هو الصحيح.
وكيف كان، فالكلام عنها يقع من خلال مسائل:

لو كان المالك حين العقد غير جائز التصرف

١. المسألة الأولى: أن يكون المالك حال العقد، هو المالك حال الإجازة، لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر، فهل يصح البيع بالإجازة أم لا؟ والكلام في هذه المسألة يقع في جهات:
الأولى: في صحة بيع ما هو متعلق بحق الغير.
الثانية: في عتقه.
الثالثة: في احتياج صحة البيع إلى الإجازة بعد ارتفاع الحجر وعدمه.
الرابعة: في جريان نزاع الكشف والنقل في رافع الحجر وعدمه.
الخامسة: في بيع الصبي والمجنون والسفيه.

أما الجهة الأولى: فقد استدلّ على فساد البيع، بأنّ البيع تصرف في ما هو متعلّق حقّ الغير فلا يجوز، والنهي عن المعاملة يدلّ على الفساد.
وفيه: إنّ البيع ليس تصرفاً في العين، مع أنّه لو كان حراماً لم يكن وجه لفساده، إذّ النهي عن المعاملة لا يدلّ على الفساد، وقد تقدّم تقريب كلا الجوابين.
وأما الجهة الثانية: فقد ذهب المحقّق النائيني رحمته إلى أنّه ملزم على العتق، فلا بدّ إمّا من لزوم أداء الدّين وفكّ الرهانة على الراهن، وإمّا من سعي العبد في فكّ رقبته بفكّ الرهانة، واستدلّ له:

أولاً: بأنّ الإجازة إنّما تؤثر فيما يؤثّر الردّ فيه، وردّ الحرّ إلى الرّق غير ممكن.
وثانياً: وبأنّ تأثير العتق من الراهن - حيث أنّه مالك للعين - لا إشكال فيه، خصوصاً مع كون العتق مبنياً على التغليب.
ويرد على الأوّل: أنّ الردّ المقابل للإجازة ردّ للعقد لا ردّ لنتيجته، فعدم إمكان ردّ الحرّ إلى الرّق غير عدم إمكان ردّ العتق نفسه.
وبعبارة أخرى: إذا كان العتق مراعى بالإجازة، فلو أجازته يتحقّق وتترتب عليه الحرّية، ولو ردّه لا يصير حرّاً كي يلزم منه رجوعه إلى الرّق.
ويرد على الوجه الثاني: أنّ كون العتق مبنياً على التغليب، معناه أنّه لو انعتق مقداراً من العبد يتعيّن عتق الباقي، لا أنّه لو تعلّق العتق المراعي به يكون ملزماً عليه. فتدبرّ.

فالأظهر عدم الفرق بين العتق والبيع في ذلك.
أما الجهة الثالثة: فالأظهر عدم الإحتياج الى الإجازة، إذ الإحتياج إليها إنّما هو لتحقيق الإستناد المتحقّق في المقام بدونها.
وأما الجهة الرابعة: فقد يُقال إنّّه لا يجري نزاع الكشف والنقل في مثل فكّ

الرهانة وإسقاط المرتهن ونحوهما، من جهة أنّ حقّ المرتهن إذا كان مانعاً عن تأشير العقد، فحكم الفكّ والإسقاط حكم القبض في باب الصرف والسلم، لأنّ عدم المانع من أجزاء العلة، فملكيّة المشتري كما تتوقّف على القبض في البابين، كذلك تتوقّف ملكيّة مشتري العين المرهونة على خروج العين عن كونها مخرجاً للدين، فلا تتحقّق الملكيّة قبل ذلك.

وفيه: إنّ الكشف بالمعنى الذي ذكرنا في الإجازة أنّه غير معقول، لا يكون في الفكّ والإسقاط لما ذكرناه.

مضافاً إلى أنّ لازمه خروج العين عن كونها وثيقة، وأمّا بالمعنى المعقول في الإجازة، فيمكن البناء عليه في المقام أيضاً، والدليل عليه حينئذٍ هو العمومات بالتقريب المتقدّم هناك.

ويؤيد ذلك بل يدلّ عليه، أنّه لو باع العين المرهونة غير المالك، ثمّ بعد فكّ الرهن أجاز المالك ذلك العقد، فإنّه لا شبهة في أنّه يلتزم بالكشف فيها من يلتزم بالكشف في الإجازة مطلقاً.

وأما الجهة الخامسة: فلو باع المالك فأجازه الوليّ لا كلام، ولو صار بنفسه جائز التصرف فأجاز، عدّ من صغريات ما تقدّم في الأمر الأوّل.

والكلام في المقام إنّما هو فيما لو باع بنفسه، فإنّ بنينا على أنّه مسلوب العبارة لا كلام في البطلان، وإلاّ فلو صار كذلك فأجاز صحّ البيع لكونه عقداً أجازه المالك.

ولا يتوهم في المقام عدم الاحتياج الى الإجازة - كما ذكرناه في بيع المرهون فإنّه يدفعه أنّ العقد في حال الإنشاء وإن كان مستنداً إلى المالك تكويناً، إلاّ أنّ الشارع الأقدس ألغى هذا الاستناد، فيحتاج إلى الإجازة تحقيقاً للاستناد.

الثانية: أن يتجدد الملك بعد العقد، فيجيز المالك الجديد سواءً كان هو البائع أو غيره^١، لكن عنوان المسألة في كلمات القوم هو الأول، وهو ما لو باع شيئاً ثم ملكه، وهذه تتصوّر على صور، لأنّ غير المالك :

إمّا أن يبيع لنفسه أو للمالك، والملك إمّا أن ينتقل إليه باختياره كالشراء، أو بغير اختياره كالإرث .

ثمّ البائع الذي يشتري الملك: إمّا أن يجيز العقد الأول، وإمّا أن لا يجيزه. فيقع الكلام في وقوعه للمشتري الأول بمجرد شراء البائع له. والمهم هنا التعرّض لبيان ما لو باع لنفسه، ثمّ اشتراه من المالك وأجاز، وما لو باع واشترى ولم يجز، ويعلم حكم غيرهما منهما.

أمّا المسألة الأولى: فقد اختلفوا فيها^٢، فظاهر المحقّق في باب الزكاة من «المعتبر»: (فيما إذا باع المالك النّصاب قبل إخراج الزّكاة أو رهنه، أنّه صحّ البيع والرّهن فيما عدا الزّكاة، فإن اغترم حصّه الفقراء، قال الشّيخ صحّ البيع والرّهن. وفيه إشكال، لأنّ العين مملوكة وإذا أدّى العوض ملكها ملكاً مستأنفاً، فافتقر بيعها إلى إجازة مستأنفة، كما لو باع مال غيره، ثمّ اشتراه) انتهى.

بل يظهر ممّا حكاه عن الشّيخ، عدم الحاجة إلى الإجازة، إلّا أن يقول الشّيخ بتعلّق الزّكاة بالعين كتعلّق الدّين بالرّهن، فإنّ الرّاهن إذا باع فكفّ الرهن قبل مراجعة المرتهن لزم، ولم يحتج إلى إجازة مستأنفة. وبهذا القول صرح الشّهيد^٣ في «الدروس»، وهو ظاهر المحكي عن الصيمري والمحكي عن المحقّق الثاني في تعليق «الإرشاد»، وهو

من باع شيئاً ثمّ ملك

١. قوله: (الثانية : أن يتجدد الملك بعد العقد، فيجيز المالك الجديد، سواءً كان هو البائع أو غيره).

لكن المعنون في كلمات الأصحاب المسألة الأولى، وهي ما لو باع شيئاً ثمّ ملكه، وهذه تتصوّر على صور، إلّا أنّ المهمّ منها اثنتان.

٢. الصورة الأولى: ما لو باع لنفسه ثمّ اشتراه وأجاز، والأقوال فيها ثلاثة:

القول الأوّل: البطلان اختاره صاحب «المقاييس»^٤.

القول الثاني: الصّحة مع الإجازة، اختاره المحقّق والشّيخ^٥ وجمع آخرون.

البطلان، ومال إليه بعض المعاصرين تبعاً لبعض معاصريه، والأقوى هو الأول للأصل^١ والعمومات السليمة عما يرد عليه، ما عدا أمور لفقها بعض من قارب عصرنا مما يرجع أكثرها إلى ما ذكر في «الإيضاح» و«جامع المقاصد».

الأول: إنّه قد باع مال الغير لنفسه، وقد مرّ الإشكال فيه^٢، وربما لا يجري فيه بعض ما ذكر هناك.

وفيه: إنّه قد سبق أنّ الأقوى صحته^٣، وربما يسلم هنا عن بعض الإشكالات الجارية هناك، مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان^٤.

القول الثالث: الصحة بدون التوقّف على الإجازة، نسب ذلك إلى المصنّف^٥، وفي النسبة ما لا يخفى، فإنّ منشأها إفتاؤه بصحة بيع النصاب في الزكاة أيضاً إن اغترم حصّة الفقراء، مع أنّه يمكن أن يكون ذلك من جهة التزامه^٦ بأنّ تعلق الزكاة بالعين - مثل حقّ الرهانة أو الجناية - ويمكن أن يكون للنصّ الخاص^(١).

١. وكيف كان، فقد استدللّ المصنّف للصحة - مضافاً إلى العمومات - بالأصل.

وفيه: إنّه إن أراد بالأصل أصالة البراءة، فيرد عليه أنّ الأصل في المعاملات هو الفساد.

وإن أراد به أصالة البراءة، فيرد عليه أنّه^٧ بنى على عدم الرجوع إليها عند الشكّ في جزئية شيء أو شرطيته للأسباب في باب المعاملات - كما تقدّم منه في مقدّمة الكتاب - فلا محالة يكون مراده به القاعدة المستفادة من العمومات، ولكن على المختار لا بأس بالاستدلال به أيضاً.

فمقتضى العمومات والأصل هي الصحة.

وقد استدللّ للبطلان بأمور:

٢. الأول: أنّه قد باع مال الغير لنفسه، وقد مرّ الإشكال فيه، وربما لا يجري فيه بعض ما ذكر هناك من الأجوبة عن ذلك الإشكال.
٣. وأجاب عنه المصنّف^٨: بأنّ الأقوى صحته.
٤. قال: (وربما يسلم هنا عن بعض الإشكالات الجارية هناك مثل مخالفة

(١) الوسائل - باب ١٥ - من أبواب ما تحب فيه الزكاة.

الإجازة لما قصده المتعاوضان).

توضيح المقام: إنَّ عمدة الإشكال في تلك المسألة إنّما هي أمران: أحدهما: أنّه بناءً على اعتبار دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوض وبالعكس، فإنَّ الفضولي البائع مال الغير لنفسه، غير قاصد لحقيقة المعاوضة والبيع. الثاني: مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.

أمّا الإشكال الأوّل: فلو تمّ ما ذكره جواباً عنه في تلك المسألة من أنّ الفضولي إنّما يبيع للمالك، ويبنى على أنّه هو المالك، جرى ذلك في المقام. وما أفاده المحقّق النائيني رحمته في المقام من أنّ هذا الجواب مبنيٌّ على أنّ الغاصب سارق الإضافة ويرى نفسه المالك، وهذا لا يجري في المقام، لأنّه لم يسرق الإضافة، ولم يغصب المال، وعليه فليس له قصد المعاوضة، ثمّ قال: إلّا أن يُقال إن قصد البيع لنفسه حيث يقع ممّن يطمئنّ بتملّك المبيع، فكأنّه يرى نفسه صاحب المال بالمشاركة، فيبيع ما يملكه فعلاً بلحاظ ملكه فيما بعد. فإنّه يرد عليه:

أوّلاً: إنّ الجواب المذكور لا يختصّ ببيع الغاصب، بل جارٍ في كلّ من يبيع مال الغير لنفسه، ولا فرق فيه بين أن يملكه فيما بعد وعدمه. وثانياً: إنّ لو لم يكن قاصداً لذلك، لم يفد ما أفاده أخيراً، فإنّ من يطمئنّ بأنّه سيملك لا يرى نفسه مالكاً بالفعل، فلا يقدر على قصد المعاوضة إلّا بالبناء على المالكيّة، فيرجع إلى ما تقدّم.

وأما الإشكال الثاني: فأجابوا عنه هناك بأنّه بعد فرض كون البائع قاصداً البيع للمالك، وبانياً على أنّه المالك، فإنّ الإجازة من المالك تتعلّق بالأوّل دون الثاني، فلا يلزم مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان، وهذا الجواب لا يجري في المقام، فإنّ البائع إنّما يبيعه للمالك، وحين الإجازة يجيز وقوع العقد لنفسه غير المالك حين العقد، فمن وقع له العقد غير من يجيز المجيز وقوع العقد له.

الثاني: إنّ حيث جَوَزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك، ورضى المالك، والقدرة على التسليم، اكتفينا بحصول ذلك للمالك المجيز^١، لأنّه البائع حقيقة. والفرض هنا عدم إجازته، وعدم وقوع البيع عنه.

وفيه: أنّ الثّابت هو اعتبار رضا من هو المالك حال الرّضا، سواءً ملك حال العقد أم لا، لأنّ الدّاعي على اعتبار الرّضا سلطنة النّاس على أموالهم، وعدم حلّها لغير مآلها بغير طيب أنفسهم، و قبح التصرف فيها بغير رضاهم. وهذا المعنى لا يقتضي أزيد ممّا ذكرنا. وأمّا القدرة على التسليم فلا نضائق من اعتبارها في المالك حين العقد، ولا يكتفي بحصولها فيمن هو مالك حين الإجازة، وهذا كلام آخر لا يقدح التزامه في صحّة البيع المذكور، لأنّ الكلام بعد استجماعه للشّروط المفروغ عنها.

فتحصّل: أنّ ما أفاده المحقّق صاحب «المقاييس» هو الصحيح على هذا المسلك، ولكن ما ذكرناه هناك في وجه التصحيح و دفع هذا الإشكال - من أنّه لو باع لنفسه مع عدم البناء على المالكية، فأجازته المالك صحّ ووقع للغاصب، ولو باع لنفسه مع البناء عليها، فحيث أنّ إنشاءه بالمطابقة يدلّ على تملك المعوض، وبالإلتزام يدلّ على المبادلة المذكورة، فيصحّ للمالك إجازة هذا المدلول الإلتزامي فيقع له، كما له إجازة المدلول المطابقي فيقع للغاصب - يجري في المقام كما لا يخفى. فالأظهر عدم تماميّة هذا الوجه.

١. الصورة الثانية: إنّ بيع الفضولي لا بدّ وأن يكون واجداً لجميع ما يعتبر في صحّة البيع سوى الإجازة، بحيث لو لحقته الإجازة صحّ فعلاً، وحيث أنّ من جملة شرائط صحّة البيع - التي باجتماعها يصير البيع صحيحاً بالصحة التأهليّة، ولا ينتظر في ترتّب الأثر عليه سوى الإجازة - كون من يراد وقوع البيع له قادراً على التسليم وإمكان الرضا منه، كما في عقد الفضولي في سائر المقامات، والمقام ليس كذلك، فإنّ من يراد وقوع البيع له هو الفضولي، وهو حين العقد غير واجد للقدرة المؤثّرة في النقل، أي قدرة من بيده أمر المال وكذلك رضاه، فهذا البيع الفضولي غير صحيح بالصحة التأهليّة، فلا يمكن تصحيحه بالإجازة. هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه هذا الأمر.

الثالث: أنّ الإجازة حيث صحّت، كاشفة^١ على الأصحّ مطلقاً، لعموم الدليل الدالّ عليه، ويلزم حينئذٍ خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه. وفيه: منع كون الإجازة كاشفة مطلقاً عن خروج الملك عن ملك المجيز من حين العقد^٢، حتّى فيما لو كان المجيز غير المالك حين العقد، فإنّ مقدار كشف الإجازة تابع لصحة البيع، فإذا ثبت بمقتضى العمومات أنّ العقد الذي أوقعه البائع لنفسه عقدٌ صدر من أهل العقد في المحلّ القابل للعقد عليه، ولا مانع من وقوعه إلاّ عدم رضا مالكة، فكما أنّ مالكة الأوّل إذا رضي يقع البيع له، فكذلك مالكة الثاني إذا رضي

والجواب عنه: أنّ المراد من اعتبار الرضا في المالك، إن كان هو اعتبار رضا من يلتزم بالمعاملة، وبصير مخاطباً بخطاب «أوفُوا»، ففي المقام موجود، فإنّ حال الإجازة هو حال إنفاذ المعاملة.

وإن كان المراد منه اعتبار رضا المالك في حال العقد. فيرد عليه: أنّه غير معتبر قطعاً، لأنّه في أغلب موارد بيع الفضولي لا يكون ذلك موجوداً إمّا للكراهة أو للغفلة أو لغيرهما، ولم يتوهم أحد فساد المعاملة من هذه الناحية. وعلى أيّ تقدير لا دليل عليه. وإن كان المراد منه اعتبار رضا من هو مالك حال العقد، فهو أوّل الدعوى، ولا دليل عليه.

وأما القدرة على التسليم، فظاهر كلام المصنّف^{رحمته} تسليم اعتبار قدرة المالك حال العقد، وهو أيضاً لا دليل عليه، بل الدليل من القاعدة وغيرها إنّما يقتضي اعتبار قدرة من هو ملتزم بالمعاملة، و تنتسب هي اليه. وحيث أنّ حال الإجازة حال الإلتزام بها وإنفاذها، والمفروض وجودها حينها، فلا حالة منتظرة لصحة البيع. ولو سلّم اعتبار قدرة المالك حال العقد، فيردّه ما أفاده الشيخ^{رحمته} من أنّ الكلام بعد فرض استجماع العقد لجميع الشرائط.

١. الثالث: أنّ الإجازة كاشفة في موارد صحّتها، والإلتزام به في المقام مستلزم لخروج المال عن ملك بائعه قبل الدخول في ملكه.
٢. وأجاب عنه المصنّف^{رحمته} بما حاصله: إنّنا نلتزم في المقام بخروج المال عن ملك

يقع البيع له، ولا دليل على اعتبار كون الرضا المتأخر ممّن هو مالك حال العقد، وحينئذ إذا ثبت بالدليل، فلا محيص عن القول بأنّ الإجازة كاشفة عن خروج المال عن ملك المجيز في أول أزمّة قابليّته، إذ لا يمكن الكشف فيه على وجه آخر، فلا يلزم من التزام هذا المعنى على الكشف محال عقليّ ولا شرعيّ حتّى يرفع اليد من أجله عن العمومات المقتضية للصحة. فإن كان لابدّ من الكلام، فينبغي في المقتضى للصحة، أو في القول بأنّ الواجب في الكشف عقلاً أو شرعاً أن يكون عن خروج المال عن ملك المجيز وقت العقد. وقد عرفت أن لا كلام في مقتضى الصحة، ولذا لم يصدر من المستدلّ على البطلان، وأنّه لا مانع عقلاً ولا شرعاً من كون الإجازة كاشفة من زمان قابليّة تأثيرها، ولا يتوهم أنّ هذا نظير ما لو خصّص المالك الإجازة بزمان متأخر عن العقد، إذ

المجيز من أول أزمّة قابليّته، لأنّه لا مانع عقلاً ولا شرعاً من كون الإجازة كاشفة من زمان قابليّة تأثيرها، وعليه فإذا صدر العقد ورضي المالك الفعلي به وأجازته، وقع البيع له، ولازمه خروج المال عن ملكه من أول أزمّة قابليّته للتأثير.

الذي يلوح من صدر كلامه، ويصرّح به في آخره أنّه ﷺ ظنّ أنّ صاحب «المقاييس» سلّم وجود المقتضى للصحة، وإنّما ناقش في وجود المانع، فأجاب عنه بأنّ المانع إنّما يمنع عن التأثير في الملكيّة من حين العقد، ولا يمنع عن التأثير في الملكيّة من بعد حصول الملك للبائع.

ولكن الظاهر من كلامه ﷺ أنّه لا مقتضى للصحة، وحاصل ما أفاده أنّ دليل صحة بيع الفضولي والقول بالكشف دليل واحد، وهو أنّ العقد إنّما هو نقل من حينه، والإجازة تتعلّق بهذا، والإمضاء الشرعي متعلّق بذلك أيضاً، وحينئذ في المقام لا يمكن شمول العمومات وأدلة الإمضاء للعقد، فلا مقتضى للصحة، وذلك لأنّه إن التزمنا بشمولها له وصيرورته ملكاً للمشتري من حين العقد، لزم خروج الملك عن ملكه قبل دخوله فيه، وإن التزمنا بشمولها له والانتقال إليه من بعد صيرورته مالاً، لزم الإلتزام بالتبويض في مضمون العقد، مع أنّه أمرٌ واحد والتزامٌ فارد، متعلّق بنقل المال من حينه إلى الأبد

التخصيص إنَّما يُقدح مع القابليَّة، كما أنَّ تعميم الإجازة لما قبل ملك المجيز، بناءً على ما سبق في دليل الكشف من أنَّ معنى الإجازة إمضاء العقد من حين الوقوع، أو إمضاء العقد الذي مقتضاه النقل من حين الوقوع، غير قادح مع عدم قابليَّة تأثيرها، إلا من زمان ملك المجيز للمبيع.

الرَّابع: أنَّ العقد الأوَّل، إنَّما صحَّ وترتَّب عليه أثره بإجازة الفضولي، وهي متوقَّفة على صحَّة العقد الثاني المتوقَّفة على بقاء ملك مالكة الأصلي، فيكون صحَّة الأوَّل مستلزماً لكون المال المعين ملكاً للمالك والمشتري معاً في زمان واحد، وهو محال لتضادِّهما، فوجود الثاني يقتضى عدم الأوَّل وهو موجب لعدم الثاني أيضاً،

ولا يتعدَّد بتعدُّد الزمان كي يقال بتعلق الإمضاء ببعضه دون بعض، بل هو أمر واحد إمَّا يمضيه الشارع من الأوَّل أو لا يمضيه، فلا يقع إلى الأبد. وفي باب الصرف والسلم دلَّ الدليل الخاصَّ على حصول النقل والانتقال من بعد القبض، وهو في المقام مفقود، فعلى هذا المسلك في الكشف لا مناص عن البناء على البطلان في المقام.

نعم، بناءً على ما سلَّكه المصنَّف رحمته من أنَّ العقد لا يكون مفاده سوى التملك، والإجازة متعلِّقة بذلك، والإمضاء متعلِّق به أيضاً، ولم يؤخذ الزمان فيه أبداً وإنَّما يبنى على الكشف للنصوص الخاصَّة، صحَّ البناء على الصحَّة في المقام للعمومات.

كما أنَّه بناءً على ما اخترناه في الكشف من الإلتزام بالكشف الانقلابي بالنحو المعقول كما تقدَّم لا يلزم ذلك، إذ المال من حين العقد إلى شراء البائع وانتقاله إليه ملك لمالكة الأوَّل، ومن ذاك الوقت إلى زمان الإجازة ملك للمجيز، وبعد الإجازة يصبح ملكية المشتري الأوَّل من حين العقد، فالخروج إنَّما يكون من حين الإجازة، فلا يلزم الخروج قبل الدخول، وأمَّا الخارج فهي القطعة ما بعد الدخول، لأنَّها مقتضى شمول العمومات وخطاب ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

١. الرابع: إنَّ صحَّة العقد الأوَّل تتوقَّف على صحَّة الثاني، كي يصبح المال ملكاً

للمجيز فيجيز، وصحَّة الثاني تستلزم ملكية المالك الأصلي إلى حين العقد الثاني، فعلى

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، والمستلزمة لملك المشتري كذلك، فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك والمشتري معاً في آن واحد، فيلزم إما 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 أن القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر المترتب على العقد الأول بعد إجازة العاقد له، هو تملك المشتري له من حين ملك العاقد، لا من حين العقد. وحينئذ فتوقف إجازة العقد الأول على صحة العقد الثاني مسلّم، وتوقف صحة العقد الثاني على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي إلى زمان العقد مسلّم أيضاً، فقله: (صحة الأول يستلزم كون المال ملكاً للمالك والمشتري في زمان) ممنوع، بل صحته تستلزم خروج العين عن ملكية المالك الأصلي. نعم، إنما يلزم ما ذكره من المحال، إذا ادعى وجوب كون الإجازة كاشفة عن الملك حين العقد، ولكن هذا أمر تقدم دعواه في الوجه الثالث. وقد تقدم منعه، فلا وجه لإعادته بتقرير آخر، كما لا يخفى. نعم، يبقى في المقام^١ الإشكال

الكشف يلزم اجتماع المالين - أي المشتري الأول والمالك الأصلي - قبل العقد الثاني وبعد الأول على مال واحد في زمان واحد، وهو من اجتماع الضدين، ويلزمه اجتماع النقيضين، إذ لازم وجود أحد الضدين عدم الآخر.

والجواب عن ذلك: بعد الإلتزام بالكشف من حين العقد الثاني واضح.

١. إنما الكلام في المقام في الإشكال العام الذي أوردوه على القول بالكشف - ويذكر ذلك في المقام لمناسبة غير خفية - وهو أن صحة الإجازة تتوقف على كون المجيز مالاً، لأن إجازة غير المالك كعدمه، والمفروض أنها توجب ملكية المشتري قبلها، فيلزم بعد العقد وقبل الإجازة اجتماع مالين على مال واحد، والمصنّف رحمته يسلم الإشكال على القول بالكشف بنحو الشرط المتأخر.

الوارد في مطلق الفضولي على القول بالكشف، وهو كون الملك حال الإجازة للمجيز والمشتري معاً، وهذا إشكال آخر تعرّض لاندفاعه أخيراً، غير الإشكال الذي استنتجه من المقدمات المذكورة، وهو لزوم كون الملك للمالك الأصلي وللمشتري. نعم، يلزم من ضمّ هذا الإشكال العامّ الى ما يلزم في المسألة - على القول بالكشف من حين العقد - اجتماع ملاك ثلاثة على ملك واحد قبل العقد الثاني، لوجوب التزام ملكية المالك الأصلي حتى يصحّ العقد الثاني، و ملكية المشتري له، لأنّ الإجازة تكشف عن ذلك، و ملكية العاقد له، لأنّ ملك المشتري لا بدّ أن يكون عن ملكه، وإلا لم ينفع إجازته في ملكه من حين العقد، لأنّ إجازة غير المالك لا يُخرج ملك الغير إلى غيره.

ثمّ إنّ ما أجاب به عن الإشكال الوارد في مطلق الفضولي لا يُسمن ولا يُغني، لأنّ الإجازة إذا وقعت، فإن كشفت عن ملك المشتري قبلها كشفت عما يبطلها، لأنّ الإجازة لا تكون إلا من المالك الواقعي، والمالك الظاهري إنّما يجدي إجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكاً حين الإجازة^١، ولذا لو تبين في مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع إجازته، لأنّ المالكية من الشرائط الواقعية دون العلمية.

والحقّ أن يُقال في الجواب عن ذلك: إنّ لم يدلّ دليل على لزوم اتّصال ملك المجيز بزمان الإجازة بما هي إجازة، بل اللّازم اتّصال الملك بزمان التصرف الناقل مع كون زمام ذلك بيد المجيز، كي يكون النقل عن ملكه بإجازته وإمضائه، وعليه ففي المقام بما أنّ زمان التصرف الناقل هو زمان العقد على الكشف، فالمعتبر اعتبار اتّصال ملكيته بذلك الزمان، وهو متحقّق على الفرض. هذا على الكشف بالمعنى المشهور.

وأما على الكشف المختار، فالإشكال غير وارد أصلاً، لفرض اتّصال ملكيته بالإجازة، كما لا يخفى، مع أنّه يمكن أن يقال بكفاية كونه ملكاً له إن لم يجز، وإن لم يجر من الإجازة كونه ملكاً لغيره، ونظيرها في ذلك الإقرار على ما في اليد بأنّه للغير، فإنّه لولا الإقرار على أنّ ما في يده للغير يكون له، وإن كان بالإقرار يكون لغيره، فايراد المصنّف على صاحب «المقاييس» بقوله:

١. (المالك الظاهري إنّما يجدي إجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكاً حين

ثم إن ما ذكره في الفرق بين الإجازة والعقد الثاني، من كفاية الملك الظاهري في الأول دون الثاني، تحكّم صرف، خصوصاً مع تعليقه بأن الإجازة رفع لليد وإسقاط للحق، فليت شعري إن إسقاط الحق كيف يجدي وينفع مع عدم الحق واقعاً، مع أن الإجازة رفع لليد من الملك أيضاً بالبديهة.

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

الخامس: إن الإجازة المتأخرة لما كشفت عن صحة العقد الأول^١، وعن كون المال ملك المشتري الأول، فقد وقع العقد الثاني على ماله، فلا بد من إجازته، كما لو بيع المبيع من شخص آخر فأجاز المالك البيع الأول، فلا بد من إجازة المشتري البيع الثاني، حتى يصح و يلزم، فعلى هذا يلزم توقّف إجازة كلّ من الشخصين على إجازة الآخر، وتوقّف صحة كلّ من العقدين على إجازة المشتري الغير الفضولي، وهو من الأعاجيب، بل من المستحيل، لاستلزام ذلك عدم تملك المالك الأصيل شيئاً من الثمن والمثمن،

الإجازة) غير وارد، إذ الظاهر أن ما ذكرناه مراد صاحب «المقاييس» من قوله: (يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهراً)، فلا يرد عليه ما أفاده المصنّف رحمه الله:

١. الخامس: إن الإجازة لما كشفت عن صحة العقد الأول، لزم منه كون المال حين العقد الثاني ملكاً للمشتري الأول، فصحة الثاني تتوقّف على إجازته، وهي تتوقّف على صحة الأول، المتوقّفة على إجازة المشتري الأول، فيلزم توقّف إجازة كلّ من الشخصين على إجازة الآخر، وأيضاً يلزم توقّف صحة كلّ من العقدين على إجازة المشتري غير الفضولي، وهو محال، فإن لازمه عدم تملك المالك الأصيل شيئاً من الثمن والمثمن، وتملك المشتري الأول المبيع بلا عوض، أمّا عدم تملكه المثمن فلفرض انتقاله عنه بالبيع، وأمّا عدم تملكه الثمن، فلأن العقد الأول ينتقل ثمنه إلى المالك الثاني، والثمن في العقد الثاني ينتقل إلى المشتري الأول لوقوعه في ملكه، فيلزم انتقال المثمن والثمن

وتملك المشتري الأول المبيع بلا عوض إن اتحد 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 تقدم في سابقه من ابتناؤه على وجوب كون الإجازة كاشفة عن الملك من حين العقد وهو ممنوع^١.
والحاصل: أن منشأ الوجوه الأخيرة شيء واحد، والمحال على تقديره مسلم بتقريرات مختلفة، قد نبه عليه في «الإيضاح» و«جامع المقاصد».

في العقد الثاني إلى المشتري الأول.

أما كون اللازم الأول محالاً، فلأن حقيقة البيع هي المعاوضة، ومقتضاها تملك الثمن على تقدير البيع، وتملك المثلث على تقدير عدم البيع، فعدم تملك شيء منهما مستلزم لإرتفاع النقيضين.

وأما كون الثاني محالاً، فلأن مقتضى المعاوضة أن يتملك المشتري بعوض بعينه، ولا يعقل تحققها وتخلّف مقتضاها عنها.

١. وأجاب المصنّف رحمته عن هذا الإيراد: بأنه يرد على القول بالكشف من حين العقد، ولو التزمنا بالكشف من حين العقد الثاني، فلا يلزم محذور أصلاً.
وأجاب السيد المحشي رحمته: عن لزوم توقّف كلّ من الإجازاتين على الأخرى، وصحة العقد الثاني على إجازة المشتري الأول، بأنّ بيع مال الغير إنّما يكون موقوفاً على إجازته إذا كان ذلك المال ماله، مع قطع النظر عن هذا البيع، وفي المقام إنّما تحدث الملكية من الأول بشرط هذا البيع والإجازة، ومثل هذا لا يعقل أن يكون موقوفاً على الإجازة، فصحة العقد الثاني وإجازة المشتري الثاني لا تتوقّفان على إجازة المشتري الأول.

وفيه: إنّ جميع ما ذكر دليلاً على توقّف صحة البيع الواقع على مال الغير على إجازته، يدلّ على توقّفها عليها في المقام.

فالحق أن يقال: إنّ هذا المحذور إنّما يلزم على القول بالكشف المشهور، وأما على الكشف المختار فإن بنينا على الكشف من حين العقد الثاني كما مرّ، فالأمر واضح.

السادس: إن من المعلوم أنه يكفي في إجازة المالك وفسخه فعل ما هو من لوازمها، ولو باع المالك ماله من الفضولي بالعقد الثاني، فقد نقل المال عن نفسه و تملك الثمن، وهو لا يجمع صحة العقد الأول^١، فإنها تقتضي تملك المالك للثمن الأول، وحيث وقع الثاني يكون فسخاً له، وإن لم يعلم بوقوعه فلا يجدي الإجازة المتأخرة. وبالجملة: حكم عقد الفضولي قبل الإجازة، كسائر العقود الجائزة، بل أولى منها، فكما أن التصرف المنافي مبطل لها، كذلك عقد الفضولي. والجواب: إن فسخ عقد الفضولي هو إنشاء رده، وأما الفعل المنافي لمضيه كتزويج المعقودة^٢ فضولاً نفسها من آخر، وبيع المالك ماله المبيع فضولاً من آخر، فليس فسخاً له، خصوصاً مع عدم التفاته إلى وقوع عقد الفضولي.

وأما إن قلنا بكشفها عن الملكية من حين العقد الأول، فحيث أن العقد الثاني واقع في ملك المالك الأصلي، فيصح بلا توقف على شيء، وينتقل ثمنه إليه، فإذا أجاز المشتري العقد الأول الذي أوقعه فضولاً، لزم منه اعتبار الملكية من حين العقد الأول بنحو النقل في الملكية، والكشف في المملوك، وهذا لا يلزم الكشف عن وقوع العقد الثاني في ملك المالك بالفعل، فإن هذا الاعتبار وارد على العقد. فتدبر فإنه دقيق.

١. السادس: إن العقد الأول إنما يصح بالإجازة، ومن شرائطها عدم مسبقيتها بالرد، والعقد الثاني يستلزم الرد، فإنه لا يجمع العقد الثاني صحة الأول المقتضية لتملك المالك للثمن الأول، فلا محالة يكون الثاني فسخاً للأول، وإن لم يعلم بوقوعه، فلا تجدي الإجازة المتأخرة.

٢. وأجاب عنه المصنف رحمته: بأن الرد والفسخ تارة يكون بإنشائه قولاً أو فعلاً، وأخرى يكون بفعل ما يفوت محل الإجازة.

والثاني على قسمين:

أحدهما: ما يفوت محلها، فيترتب عليه انحلال العقد رأساً.

ثانيهما: ما يفوت محلها بالنسبة إلى الفاعل، فلا مانع من بقاء العقد بالإضافة إلى

غيره.

غاية ما في الباب أنّ الفعل المنافي لمضيّ العقد مفوّت لمحلّ الإجازة، فإذا فرض وقوعه صحيحاً فات محلّ الإجازة، ويخرج العقد عن قابليّة الإجازة، إمّا مطلقاً كما في مثال التّزويج، أو بالنسبة إلى من فات محلّ الإجازة بالنسبة إليه كما في مثال البيع، فإنّ محلّ الإجازة إنّما فات بالنسبة إلى الأوّل، فللمالك الثاني أن يجيز، نعم لو فسخ المالك الأوّل نفس العقد بإنشاء الفسخ، بطل العقد من حينه إجماعاً، ولعموم تسلّط النّاس على أموالهم بقطع علاقة الغير عنها.

فالحاصل: إنّّه إن أريد من كون البيع الثاني فسخاً، إنّّه إبطال لأثر العقد في الجملة فهو مسلّم، ولا يمنع ذلك من بقاء العقد متزلزلاً بالنسبة إلى المالك الثاني، فيكون له الإجازة، وإن أريد أنّه إبطال العقد رأساً فهو ممنوع، إذ لا دليل على كونه كذلك، وتسمية مثل ذلك الفعل ردّاً في بعض الأحيان، من حيث أنّه مسقط للعقد عن التّأثير 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، لكنّ الالتزام بذلك

وفي المقام بما أنّه لم ينشأ الردّ كما هو المفروض، والبيع ليس كالتعق موجباً لعدم بقاء المحلّ رأساً كي ينحلّ العقد رأساً، بل هو موجب لفوت محلّها بالإضافة إلى المالك لخروج المال عن ملكه، وأمّا الفضولي الذي اشتراه فمحلّ الإجازة بالإضافة إليه باق، فلا مانع من شمول أدلّة النفوذ له، ولا يقاس ذلك بتصرّف ذي الخيار من جهة أنّه ينحلّ هناك العقد بمجرد فعل ما ينافيه، فإنّه هناك لو لم ينحلّ لم يجز التصرّف لعدم كونه ملكه، وهذا بخلاف المقام كما هو واضح.

وما أفاده المحقّق النائيني رحمته الله: من أنّه إذا كان فعلٌ مفوّتاً لمحلّ الإجازة بالإضافة إلى المتصرّف، كان مفوّتاً لمحلّها بالإضافة إلى غيره أيضاً، إذ البيع عبارة عن تبديل طرفي الإضافة، مع اعتبار تعلق الإضافة بشخص خاصّ، فمن كان مالكاً حين العقد من جهة فوت محلّ الإجازة بالإضافة إليه، ليس له الإجازة، والفضولي الذي اشترى المال لم يكن أحد طرفي الإجازة، فليس له ذلك أيضاً كما ليس له الردّ.

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. وأما الالتزام في مثل الهبة والبيع في زمان الخيار بانفساخ العقد من ذي الخيار، بمجرد الفعل المنافي، فلأنّ صحّة التصرف المنافي تتوقّف على فسخ العقد، وإلا وقع في ملك الغير^١، 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 الأولويّة، وسيجيء مزيد بيان لذلك في بيان ما يتحقّق به الردّ.

يرد عليه: أنّ مآل هذا إلى أنّه لا تطابق بين ما وقع عليه العقد، وما تعلّقت به الإجازة، وهذا هو الإشكال الثاني، والجواب عنه قد تقدّم، والكلام في المقام في هذا المحذور المذكور من حيث هو.

وما أورده المحقّق الإيرواني رحمته عليه: بأنّ البيع لشيء إنشاء لردّ كلّ عقد وقع عليه على سبيل الإجمال، وإن لم يلتفت إلى العقد ولم يعلم به، فكُلّ فعل للمنافي فهو إنشاء للردّ، فلا وجه للتفصيل بين إنشاء الردّ وفعل ما ينافيه.

يمكن دفعه: بأنّ إنشاء الردّ إنّما هو كسائر الإنشآت متقوم بالقصد، وبدونه لا يتحقّق، فما أفاده الشيخ رحمته متين.

١. نعم، ما ذكره أخيراً في وجه كون الفعل المنافي موجباً لإنفساخ العقد في البيع الخياري، يمكن أن يورد عليه بأنّه إذا لم يكن الفعل في نفسه مستلزماً لإنشاء الردّ، لم يرد إلاّ بذلك، لأنّه لا محذور في الإلتزام بوقوعه في ملك الغير، وأصالة الصحّة في الفعل لا تصلح لإثبات تحقّق قصد الردّ، فتدبرّ.

مضافاً إلى أنّه قد تقدّم عدم قدح الردّ في تأثير الإجازة.

السابع: الأخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبي ﷺ عن بيع ما ليس عندك^١، فإنّ النهي فيها إمّا لفساد البيع المذكور مطلقاً، بالنسبة إلى المخاطب وإلى المالك، فيكون دليلاً على فساد العقد الفضولي، وأمّا 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 وقوعه له قبل تملكه ممّا لا يحتاج إلى البيان.

السابع: النصوص الخاصة، وهي طائفتان:

١. الطائفة الأولى: الأخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبي ﷺ عن بيع ما ليس عندك، وقد تقدّم في أوائل بيع الفضولي أنّها بحسب السند لا كلام فيها. وتقريب دلالتها: أنّها تدلّ على فساد البيع المذكور مطلقاً، بالنسبة إلى المالك والمخاطب، أو بالنسبة إلى خصوص المخاطب. وبإطلاقها تدلّ على عدم وقوع البيع للبائع، ولو صار مالكاً وأجاز. بل الظاهر منها إرادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع، وإلا فعدم وقوعه له قبل تملكه لا يحتاج إلى البيان.

وأجاب عنها المصنف^٢: - بعد نقل الروايات الخاصة - بأنّها تدلّ على عدم ترتّب الأثر المقصود من البيع على هذا البيع، وهذا لا ينافي ترتّب الأثر عليه إذا لحقه الإجازة. وفيه: إنّ مقتضى إطلاقها عدم ترتّب الأثر عليه، وإن أجاز وأجابوا عنها بأجوبة أخر أحسنها جوابان، وقد تقدّما :

أحدهما: أنّ الظاهر البدوي من النبوي، النهي عن بيع ما ليس حاضراً عنده، سواءً كان مملوكاً له أم لا، قدر على تسليمه أم لا، كلياً أم شخصياً، وحيث أنّه لا يمكن الالتزام به، تعيّن حمله إمّا على النهي عن بيع ما ليس مملوكاً له. أو على النهي عن بيع ما لا يقدر على تسليمه، وإن لم يكن الثاني أقرب، لا كلام في عدم أقربيّة الأوّل.

وخصوص رواية يحيى بن الحجّاج المصحّح إليه، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرّجل يقول لي: اشتر لي هذا الثوب وهذه الدّابة وبعنيها أربحك كذا وكذا؟ قال: لا بأس بذلك، اشترها ولا تواجهه قبل أن تستوجبها أو تشتريها».

ورواية خالد بن الحجّاج، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرّجل يجيئني، ويقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا؟ قال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به، إنّما يحلّ الكلام ويحرّم الكلام».

بناءً على أنّ المراد بالكلام عقد البيع، فيحلّ نفيّاً ويحرّم إثباتاً، كما فممه في «الوافي»، أو يحلّ إذا وقع بعد الاشتراء، ويحرّم إذا وقع قبله، أو أنّ الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرم إذا كان بعنوان العقد الملزم. ويحلّ إذا كان على وجه المساومة والمراضاة.

وصحيحة ابن مسلم، قال: «سألته عن رجل أتاه رجل، فقال له: ابتع لي متاعاً لعلّي أشتره منك بنقد أو نسيئة، فابتاعه الرّجل من أجله، قال: ليس به بأس، إنّما يشتره منه بعدما يملكه».

وصحيحة منصور بن حازم، عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل أمر رجلاً ليشتري له متاعاً فيشتريه منه؟ قال: لا بأس بذلك، إنّما البيع بعدما يشتره».

وصحيحة معاوية بن عمّار، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام يجيئني الرّجل فيطلب منّي بيع الحرير، وليس عندي شيء، فيقاولني وأقاوله في الرّبح والأجل، حتّى يجتمع على شيء، ثمّ أذهب لأشتره الحرير فادعوه إليه؟ فقال: رأيت إن وجد مبيعاً هو أحبّ إليه ممّا عندك أتستطيع أن تصرف إليه عنه وتدعه؟ قلت: نعم، قال: لا بأس».

وغيرها من الروايات.

الطائفة الثانية: النصوص الخاصّة، كصحيح يحيى بن الحجّاج ^(١)، وخبر خالد بن الحجّاج ^(٢)، وصحيح محمد بن مسلم ^(٣)، وصحيح منصور ^(٤)، وصحيح معاوية ^(٥) المذكورة جميعاً في الكتاب.

ولا يخفى ظهور هذه الأخبار - من حيث المورد في بعضها، ومن حيث التعليل في بعضها الآخر - في عدم صحة البيع قبل الاشتراء، وإنه يشترط في البيع الثاني تملك البائع له واستقلاله فيه، ولا يكون قد سبق منه ومن المشتري إلزام والتزام سابق لذلك 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 يطالب البائع بتسليم المبيع، ومنه يظهر الجواب عن الأخبار^١ فإنها لا تدلّ - خصوصاً بملاحظة قوله (عليه السلام): (ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها - إلا على أن 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 أن الأقوى فيها البطلان.

وما قيل: من أن تسليم البائع للمبيع، بعد اشتراؤه من المشتري الأول، مفروض في مورد الروايات، وهي إجازة فعلية.

مدفوع: بأن التسليم إذا وقع باعتقاد البيع السابق، وكونه من مقتضيات لزوم العقد، وأنه مما لا اختيار للبائع فيه، بل يجبر عليه إذا امتنع، فهذا لا يعدّ إجازة، ولا يترتب عليه أحكام الإجازة في باب الفضولي، لأنّ المعتبر في الإجازة قولاً وفعلاً ما يكون عن سلطنة واستقلال، لأنّ ما يدلّ على اعتبار طيب النفس في صيرورة مال الغير

١. والمصنّف (عليه السلام) أجاب عنها أولاً بما حصلت: إنها تدلّ على المنع عن الإلزام والالتزام من المتبايعين بآثار البيع قبل الاشتراء، فكذا بعده من دون حاجة إلى الإجازة، وهذا لا ينافي الصحة مع الإجازة. ثمّ رجع عن ذلك والتزم بدلالته على الفساد من جهة أنّ عدم ترتب الأثر المقصود على عقد إلا مع انضمام بعض الأمور اللاحقة كالقبض والإجازة، لا يقتضي النهي عنه بقول مطلق، بل لابدّ من النهي عنه مقيداً بتجرده عن ذلك القيد. فإطلاق النهي يقتضي الفساد حتى مع الإجازة.

والحقّ في المقام أن يقال: إنّ الصحاح الثلاثة الأخيرة ظاهرة في إرادة بيع الكلّي، وتدلّ على أنه لا يجوز بيع الكلّي في الذمّة، ثمّ اشتراء بعض أفرادها وتسليمه إلى

حالاً لغيره، يدلّ على عدم كفاية ذلك.

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

والحاصل: أنّ دلالة الروايات عموماً وخصوصاً على النهي عن البيع قبل الملك ممّا لا مساغ لإنكاره، ودلالة النهي على الفساد أيضاً ممّا لم يقع فيها المناقشة في هذه المسألة، إلّا أنّنا نقول إنّ المراد بفساد البيع، عدم ترتّب ما يقصد منه عرفاً من الآثار، في مقابل الصحة 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 يترتّب عليه بعد البيع النقل والانتقال، وجواز تصرف البائع في الثمن، وجواز مطالبة المشتري البائع بتحصيل المبيع من مالكة وتسليمه، و عدم جواز امتناع البائع بعد تحصيله على تسليمه، ففساد البيع بمعنى عدم ترتّب جميع ذلك عليه، وهو لا ينافي

المشتري الأوّل، و قد اتّفق النصّ والفتوى - خلافاً للعامة - على جواز ذلك، فيتعيّن حملها على التقيّة - كما يظهر من بعض النصوص المجوزة - أو الكراهة.

أقول: وما ذكره بعض الأساطين، وأمضاه المصنّف في آخر هذا الفرع، من الحكم في موردها وإن كان يحمل على التقيّة، إلّا أنّ ذلك لا ينافي الأخذ بمقتضى عموم مفهوم التعليل، وهو يقتضي البطلان في بيع الشخصي.

يرد عليه: أنّ عموم التعليل لا يقبل التبويض، بأن يحمل على التقيّة أو الكراهة في بعض موارد وهو الكلّي، والأخذ بظاهره في مورده الآخر، لا سيما وأنّ مورد وروده الكلّي، إذ بقاءه في غير مورد الأخبار وإلقائه في موردها بعيد جداً، وعليه فهذه النصوص ساقطة.

وأما خبر خالد بن الحجّاج؛ فقد مرّ الكلام فيه في مبحث المعاطاة، وعرفت أنّه قاصر سنداً ودلالةً.

أمّا الأوّل: فلدوران الراوي بسين ابن بختج وابن الحجّاج، والأوّل مجهول

قابليّة العقد للحقوق الإجازة من مالكة حين العقد أو ممّن يملكه بعد العقد، ولا يجب على القول بدلالة النهي على الفساد وقوع المنهيّ عنه لغواً غير مؤثّر أصلاً، كما يستفاد من وجه دلالة النهي على الفساد، فإنّ حاصله دعوى دلالة النهي على إرشاد المخاطب، وبيان أنّ مقصوده من الفعل المنهيّ عنه - وهو الملك والسّلطنة من الطرفين - لا يترتّب عليه، فهو غير مؤثّر في مقصود المتبايعين، لأنّه لغو من جميع الجهات، فافهم.

اللّهمّ إنّ أن يقال: أنّ ترتّب جميع مقاصد المتعاقدين على عقد بمجرد إنشائه، مع وقوع مدلول ذلك العقد في نظر الشارع، مقتيداً بانضمام بعض الأمور اللاحقة، كالقبض في الهبة ونحوها، والإجازة في الفضولي، لا يقتضي النهي عنها بقول مطلق، إذ معنى صحّة المعاملة شرعاً أن يترتّب عليها المدلول المقصود من إنشائه ولو مع شرط لاحق، وعدم بناء المتعاملين على مراعاة ذلك الشرط لا يوجب النهي عنه إلا مقتيداً بتجرّده عن لحوق ذلك الشرط، فقصدتهم ترتّب الملك المنجز على البيع قبل التملك، بحيث يسلمون الثمن ويطالبون المبيع لا يوجب الحكم عليه بالفساد. فالإنصاف أنّ

وأما الثاني: فلأنّ الظاهر منه ثبوت البأس في صورة إلزام المواعيد بقبول السلعة، ووجه عدم تحقّق البيع في مفروض السؤال، ويكون قوله **عَلَيْهِ**: (إنّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام) بياناً لذلك، لأنّ المراد بالكلام الإلتزام البيعي، والمراد بالمحلّية والمحرّمية المنسوبة إليه، محلّية الإيجاب للمبيع على المشتري والثمن على البائع، ومحرّمية المبيع على البائع والثمن على المشتري. وتمام الكلام في محله.

وأما صحيح يحيى: فالظاهر منه عدم لزوم البيع قبل الإشتراء.

توضيح ذلك: إنّ إيجاب البيع عبارة عن إقراره وإثباته على الوجه الذي لا يبقى مجال لحله وفسخه من الطرفين، بنحو يكون الإشتراء مقدّمة للوفاء لا لتتميم المعاملة قبل استيجابها - أي جعل البيع لازماً على نفسه - أو الإشتراء - أي التملك المجامع مع الخيار - والنهي عنه إرشاد الى عدم تحقّقه، فيدلّ على عدم لزوم البيع قبل أن يملك. وهذا ممّا لا كلام فيه.

فتحصّل: أنّ شيئاً ممّا استدلّ به على الفساد لا يدلّ عليه.

ظاهر النهي في تلك الروايات، هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع، وعدم ترتب أثر الإنشاء المقصود منه عليه مطلقاً حتى مع الإجازة. وأمّا صحته بالنسبة إلى المالك إذا أجاز، فلأنّ النهي راجع إلى وقوع البيع المذكور للبائع، فلا تعرّض فيه لحال المالك إذا أجاز، فيرجع فيه إلى مسألة الفضولي. نعم قد يخدم فيها أنّ ظاهر كثير من الأخبار المتقدمة ورودها في بيع الكلّي، وأنّه لا يجوز بيع الكلّي في الذمّة، ثمّ اشتراء بعض أفراده وتسليمه إلى المشتري الأوّل، والمذهب جواز ذلك وإن نسب الخلاف فيه إلى بعض العبائر، فيقوى في النفس أنّها - وما ورد في سياقها في بيع الشخصي أيضاً - كروايتي يحيى وخالد المتقدمتين - أريد بها الكراهة، أو وردت في مقام التقيّة، لأنّ المنع عن بيع الكلّي حالاً مع عدم وجوده عند البائع حال البيع مذهب جماعة من العامة، كما صرح به في بعض الأخبار، مستندين في ذلك إلى النهي عن بيع ما ليس عندك. لكن الاعتماد على هذا التّوهين - في رفع اليد عن الروايتين المتقدمتين الواردتين في بيع الشخصي، وعموم مفهوم التعليل في الأخبار الواردة في بيع الكلّي - خلاف الإنصاف، إذ غاية الأمر حمل الحكم في مورد تلك الأخبار - وهو بيع الكلّي قبل التملك - على التقيّة، وهو لا يوجب طرح مفهوم التعليل رأساً، فتدبر.

١. قوله: (نعم قد يخدم فيها أنّ ظاهر كثير من الأخبار المتقدمة ورودها في بيع الكلّي).

أقول: هذا استدراك عمّا ذكره بقوله: (فالإنصاف أنّ ظاهر النهي في تلك الروايات)، والفرض أنّه ربما يخدم في تلك الروايات، وحاصلها أنّ دلالتها على المنع متوقّف على أمور - كشمولها للبيع الشخصي، ودلالتها على التحريم، والإرشاد إلى الفساد، وظهورها في كونها في مقام بيان الحكم الواقعي - وحيث أنّ أكثر الروايات واردة في بيع الكلّي، وأنّه لا يجوز بيع الكلّي في ذمته، ثمّ اشتراء بعض أفراده وتسليمه إلى المشتري، فهي لا تشمل ما هو موضوع البحث.

وخبر يحيى وخالد وإن كانا واردين في بيع الشخصي لما فيهما من: (اشتر لي هذا الثوب)، لكن من جهة وحدة سياقهما مع الروايات الخاصّة الأخرى، يحتمل أن على التقيّة أو الكراهة، وقد تقدّم ما هو الحقّ عندنا، فلا نعيد.

فالأقوى العمل بالروايات والفتوى بالمنع عن البيع المذكور، ومما يؤيد المنع -مضافاً إلى ما سيأتي عن «التذكرة» و«المختلف» من دعوى الإتفاق -رواية الحسن بن زياد الطائفي الواردة في نكاح العبد بغير إذن مولاه، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنني كنت رجلاً مملوكاً فتزوجت بغير إذن مولاي، ثم أعتقني بعد، فأجدد النكاح؟ فقال: علموا أنك تزوجت؟ قلت: نعم قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لي شيئاً، قال: ذلك إقرارٌ منهم، أنت على نكاحك»، الخبر.

فإنها ظاهرة بل صريحة في أنّ علة 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 على كل تقدير.

١. قوله: (ومما يؤيد المنع -مضافاً إلى... رواية الحسن ^(١) بن زياد الطائفي الواردة في نكاح العبد).

أقول: هذا الخبر من حيث السند لا كلام لنا فيه، فإنه وإن كان الحسن مجهول الحال، إلا أنّ الراوي عنه أبان الذي هو من أصحاب الإجماع. وأما من حيث الدلالة: فقد أفيد في وجهها أنها صريحة في أنّ علة البقاء، هو إقرار المولى المستفاد من سكوته، فلو كان الانعتاق وحده أو مع الإجازة بعده مسوغاً للبقاء، لم يكن هناك حاجة إلى الاستفصال المذكور، للزوم العقد على كل تقدير. وفيه أولاً: إنّ في أعمال العبد خصوصية ليست في غيره، وهي عدم استقلاله في التصرف، واندكك سلطانه في سلطان مولاه، ولذا لو باع مال غيره توقّف صحته على إجازة مولاه أو إذنه، فعدم الصحة في المقام بمجرد الانعتاق أو مع الإجازة، لا يلازم عدم الصحة في البيع. وثانياً: إنه يمكن أن يكون نظره عليه السلام و غرضه تصحيح الزواج من الأول، لأعمية نفعه وأتمية فائدته، أو يقال إنّ المعلول يستند إلى أسبق العلل، فاستفصل عن وجود علة سابقة.

(١) الوسائل باب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٣.

ثم إن الواجب على كل تقدير، هو الإقتصار على مورد الروايات،^١ وهو ما لو باع البائع لنفسه واشترى المشتري غير مترقب لإجازة المالك ولا لإجازة البائع إذا صار مالكاً، وهذا هو الذي ذكره العلامة رحمه الله في «التذكرة»، نافياً للخلاف في فساده، قال: (لا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها ويمضي ليشتريها ويسلمها. وبه قال الشافعي وأحمد، ولا نعلم فيه خلافاً، لقول النبي ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»، ولا يشتالها 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، واستدلله بالغرر وعدم القدرة على التسليم، ظاهر بل صريح في وقوع الاشتراء غير مترقب لإجازة مجيز، بل وقع على وجه يلزم على البائع بعد البيع تحصيل المبيع وتسليمه، فحينئذ لو تبايعا 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 تبايعا 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 نُهي عنه)، انتهى.

لكن الإنصاف ظهورها في الصورة الأولى، وهي ما لو تبايعا قاصدين لتنجز النقل

صور بيع من باع شيئاً ثم ملك

١. قال المصنف: (إن الواجب على كل تقدير هو الإقتصار على مورد الروايات). وتنقيح القول في المقام: إن البائع ربما يبيع لنفسه، وربما لمالكة، وثالثة: يبيع للأجنبي. أما الصورة الأولى: فتارة: يبيع منجزاً بحيث يرى نفسه ملزماً في ذلك، فيشتري المبيع من مالكة مقدّمة لوفاء بعقده.

وأخرى: يبيع على أن يكون العقد موقوفاً على الإجازة.

والانتقال وعدم الوقوف على شيء^١، 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. فالظاهر أيضاً الصحة لخروجه عن مورد الأخبار.

نعم، قد يشكل فيه من حيث أن الإجازة لا متعلق لها، لأن العقد السابق كان أنشأاً 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 .

وثالثة يبيع على أن يكون اللزوم موقوفاً على التملك.

١. والمصنّف ادّعى أن المتيقّن من النصوص هو الفرض الأوّل، وأنّ الأخيرين باقياّن تحت العمومات المقتضية للصحة. واستظهر من تعليل العلامة رحمته للفساد - بالغرر وعدم القدرة على التسليم - أنّ المفتي به عند الأصحاب هو هذا الفرض. وأورد عليه المحقّق النائيني رحمته: بما حاصله يرجع إلى أمرين: أحدهما: إنّ الأخبار مطلقة، والمراد من التعليق إن كان هو التعليق البنائي، فقد تقدّم أنّ البناء القلبي لا يؤثّر في الصحة والفساد في باب المعاملات، وإن كان هو التعليق في المنشأ فقد أجمعوا على بطلانه.

ثانيهما: إنّ ليس لتعليق اللزوم على التملك معنى محصل في المقام، لأنّه عبارة عن جعل الخيار، وهو إنّما يكون مقابلاً للإلتزام العقدي من المالك، وليس العقد منسوباً إلى البائع في المقام. والإسم المصدري غير الحاصل لا معنى لجعل الخيار فيه. ولكن ظاهر المصنّف رحمته اختيار الشقّ الأوّل، وادّعائه أنّ مقتضى العمومات هي الصحة مع الإجازة في جميع الفروض، غاية الأمر في الفرض الأوّل، وهو البيع المنجز، والملزم عرفاً ورد النهي عنه بالخصوص، وحيث أنّه إرشاد إلى الفساد فيدلّ على فساده. ووجه استظهاره: أنّ متعلّق النهي في بعضها مواجبة البيع وإقراره، المساوق لكونه

منجزاً، وقوله عليه السلام: «إنما البيع بعدما يملكه» في بعضها الآخر، ظاهر في ذلك، فإن البيع ظاهر في التمليك بالحمل الشائع المساوق للمنجز، إذ مع الملكية لا تمليك بالفعل، لا اتحاد الوجود والإيجاد.

أقول: وبهذا يندفع كلا الإيرادين: أما الأول فواضح، وأما الثاني فلأن المراد باللزوم المعلق على التمليك، ليس هو لزوم العقد شرعاً، بل لزومه عرفاً. وله عليه السلام اختيار الشق الثاني.

ودعوى الإجماع على مبطلية التعليق، مندفة بأنها تتم في غير القيود التي تكون صحة العقد متوقفة عليها. فراجع ما ذكرناه.

وأورد المحقق الإيرواني عليه السلام: على ما استظهره من تعليل العلامة عليه السلام، بأن الشراء مترقباً أو غير مترقب لا أثر له في رفع الغرر وحصوله، ولا في القدرة وعدمها، فإن توطين النفس على رفع اليد عن البيع عند الإجازة، كتوطين النفس على الإلتزام بالمبيع المجهول على أي وجه كان، في عدم رفعه للغرر.

وفيه: إن البيع مترقباً للإجازة يوجب القطع بعدم الانتقال عن ملكه ما لم يدخل بدله في ملكه، بخلاف ما إذا كان البيع منجزاً فلا غرر في الأول، كما أن البائع بعد تملكه يكون شرعاً قادراً على تسليمه.

فتحصّل: أن ما ذكره المصنّف عليه السلام تام، وإن كان ما أفاده من الفساد في الفرض الأول حتى مع الإجازة بعد التملك غير تام، كما تقدّم.

وأما الصورة الثانية: قد ذهب المصنّف عليه السلام إلى أنها غير مشمولة لنصوص المنع، وهو كذلك.

ثم أورد على الحكم بالصحة فيها، من جهة أن الإجازة لا متعلق لها، لأن العقد كان إنشاءً للبيع عن المالك الأصلي، ولا معنى لإجازة هذا بعد خروجه عن ملكه.

فأجاب عنه: بأنه يمكن دفعه بما اندفع به سابقاً الإشكال في عكس المسألة، بأن يكون البيع للمالك بما أنه مالك، بنحو تكون الحيثية تقييدية لا تعليلية.

ولكنه يمكن أن يورد عليه: بأنه في عكس المسألة على مبني المصنّف عليه السلام - من

ولو باع لثالث معتقداً لتملكه أو بانياً عليه عدواناً، فإن أجاز المالك فلا كلام في الصحة، بناءً على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع عن المالك، وإن ملكه الثالث وأجازه أو ملكه البائع فأجازه، فالظاهر أنه داخل في المسألة السابقة.

أن حقيقة البيع هي المعاوضة - لا يتصور بيع الغاصب لنفسه إلا بإيقاع البيع للمالك بما أنه مالك، وادعاء أنه المالك، فلذا التزموا بذلك، وأما في المسألة فيمكن قصد كل من شخص المالك وذاته وعنوان المالك، وكل منهما يجتمع مع قصد المبادلة، فوقع البيع للمالك بعد الشراء، وإجازته يتوقف على إثبات كون البيع لعنوان المالك، وحيث لا سبيل إليه فلا وجه للحكم بالصحة.

وأما بناءً على ما ذكرناه من أن البيع ليس معاوضة بل حقيقته الإعطاء لا مجاناً، فيمكن تصحيح هذه المعاملة للمالك الأول بإجازة المالك الثاني، وتصحيحها للثاني بالتقريب الذي ذكرناه في عكسها. فراجع.

١. وأما الصورة الثالثة: ففيها فرضان:

الأول: أن يكون ذلك الغير موكلاً إياه في هذا البيع أو تحت ولايته.

الثاني: أن يكون أجنبياً عنه.

أما الفرض الأول: فقد قيل إن الظاهر اتحاده مع الصورة الأولى من حيث الحكم والمدرك، إذ البيع لنفس ثم الإشتراء أعم من البيع بالمباشرة أو التسبيب.

ولكن الإنصاف أن دعوى اختصاص نصوص المنع بالأولى، وعدم شمولها لهذا المورد قريبة جداً، فحكم الفرضين واحد، وهو أنه لو باع بانياً على مالكه على تقدير كون البيع معاوضة حقيقة أو بدونه - على تقدير عدمه - فإن أجاز المالك صح للمالك على الأول، ولذلك الغير على الثاني.

وإن ملكه الثالث فأجاز صح له، وإن ملكه البائع فأجاز صح له على التقدير الأول،

وللبائع على الثاني.

ثم إنّه قد ظهر ممّا ذكرنا في المسألة المذكورة حال المسألة الأخرى، وهي ما لو لم يجز البائع بعد تملكه، فإنّ الظاهر بطلان البيع الأوّل^١، لدخوله تحت الأخبار المذكورة يقيناً^٢، مضافاً إلى قاعدة تسلّط النّاس على أموالهم، وعدم صيرورتها حلالاً من دون طيب النّفس^٣، فإنّ المفروض أنّ البائع بعدما صار مالكاً لم يطب نفسه بكون ماله للمشتري الأوّل، والتزامه قبل تملكه بكون هذا المال المعين للمشتري، ليس التزاماً إلاّ بكون مال غيره له.

حكم ما إذا لم يجز البائع بعد تملكه

الثانية: ما لو لم يجز المالك على تقدير تملكه، قال المصنّف :

١. (الظاهر بطلان البيع الأوّل).

٢. وقد استدللّ له بالأخبار المتقدّمة^(١)، بدعوى شمولها لهذه المسألة يقيناً.

٣. إذ المفروض أنّ المالك بعدما صار مالكاً لم يرض بكون ماله للمشتري الأوّل، والتزامه السابق لم يكن إلاّ التزاماً بكون مال غيره له.

ولكن يرد عليه: أنّ ما ذكره من شمول الأخبار لهذه المسألة يقيناً، من غير أن يفصل بين كون البيع منجزاً أم معلّقاً على تملك البائع أو إجازته، ينافي ما ذكره قبل أسطر من دعوى اختصاصها بالفرض الأوّل.

اللّهمّ إلاّ أن يُقال: إنّ مفروض كلامه في المقام هو البيع منجزاً.

والصحيح أن يستدلّ له: بأنّه مع عدم الإجازة لا دليل على صحّته، لأنّ العمومات مختصّة بالبيع المستند إلى المالك، وفي المقام لا يكون مستنداً إليه، إذ المراد من الاستناد إلى المالك ليس قيام الإنشاء به، بل المراد إضافة البيع إلى المالك بما هو مالك، وهذا العقد قبل التملك لم يكن مضافاً إليه لعدم التملك، وبعده لا يستند إليه لعدم الإجازة.

(١) النساء آية ٣٠، الوسائل - باب ٣ من أبواب مكان المصليّ حديث ١ - ٣.

اللَّهْمَّ إِلَّا أَنْ يُقَالَ: إِنَّ مَقْتَضَى عَمُومِ وَجُوبِ الْوَفَاءِ بِالْعُقُودِ وَالشَّرْطِ عَلَى كُلِّ عَاقِدٍ وَشَارِطٍ، هُوَ اللَّزُومُ عَلَى الْبَائِعِ بِمَجْرَدِ انْتِقَالِ إِلَيْهِ^١، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ ذَلِكَ أَجْنَبِيًّا لَا حُكْمَ لُوفَائِهِ وَنَقْضِهِ، وَلَعَلَّهُ لِأَجْلِ مَا ذَكَرْنَا رَجَّحَ فَخْرُ الدِّينِ فِي «الْإِيضَاحِ» - بِنَاءً عَلَى صِحَّةِ الْفُضُولِيِّ - صِحَّةَ الْعَقْدِ الْمَذْكُورِ بِمَجْرَدِ الْإِنْتِقَالِ، مِنْ دُونِ تَوَقُّفٍ عَلَى الْإِجَازَةِ.

قِيلَ: وَيُلَوِّحُ هَذَا مِنَ الشَّهِيدِ الثَّانِي فِي هِبَةِ «الْمَسَالِكِ». وَقَدْ سَبَقَ اسْتِظْهَارُهُ مِنْ عِبَارَةِ الشَّيْخِ الْمُحْكِيَّةِ فِي «الْمُعْتَبَرِ»، لَكِنْ يَضَعُفُهُ أَنَّ الْبَائِعَ غَيْرَ مَأْمُورٍ بِالْوَفَاءِ قَبْلَ الْمَلِكِ فَيَسْتَصْحَبُ^٢، وَالْمَقَامَ مَقَامِ اسْتِصْحَابِ حُكْمِ الْخَاصِّ لَا مَقَامِ الرَّجُوعِ إِلَى حُكْمِ الْعَامِّ، فَتَأَمَّلْ.

وبعبارة أخرى: الإضافة إلى المالك أمرٌ قصدي لا قهري، فكيف يلتزم بها بمجرد التملك.

١. وقد استدلل لعدم الحاجة إلى الإجازة: بما دلّ على وجوب الوفاء بالعقود^(١).
بتقريب: أنّ العقد صادر من هذا الشخص، والمانع عن لزوم الوفاء به قبل التملك هو كون المبيع مال الغير، إذ لا معنى للوفاء بالالتزام بمال الغير، وبعد زوال المانع وصيرورته ملكاً له، لا مانع من توجّه الأمر بالوفاء إليه .
وأجاب عنه المصنّف رحمته الله بجوابين:

٢. أحدهما: أنّ دليل الوفاء قبل الملك لم يكن شاملاً له، فيستصحب بعده، والمقام مقام استصحاب حكم الخاصّ لا مقام الرجوع إلى حكم العام.

وفيه: إنّ عدم شمول العام له بالتقريب الذي ذكرناه، لم يكن من جهة خروج بعض الأفراد في بعض الأزمان، بل كان من جهة عدم تمامية موضوع العام في نفسه، إذ لا وفاء للالتزام بمال الغير، فالبائع قبل التملك غير داخل في موضوع العام، فيكون نظير من لم يكن مشمولاً لدليل وجوب إكرام العالم لعدم كونه عالماً، ثم صار كذلك،

(١) المائة آية ٢.

مضافاً إلى معارضة العموم المذكور بعموم سلطنة الناس على أموالهم، وعدم حلّها لغيرهم إلا عن طيب النفس^(١)، وفحوى الحكم المذكور في رواية الحسن بن زياد المتقدمة في نكاح العبد بدون إذن مولاه، وأنّ عتقه لا يجدي في لزوم النكاح لولا سكوت المولى الذي هو بمنزلة الإجازة.

ثمّ لو سلّم عدم التوقف على الإجازة، فإنّما هو فيما إذا باع الفضولي لنفسه. أمّا لو باع فضولاً للمالك أو لثالث ثمّ ملك هو، فجريان عموم الوفاء بالعقود والشروط

فهل يتوهم فيه كونه مورداً لاستصحاب عدم وجوب الإكرام؟!

مع أنّه لو سلّم كونه مشمولاً لدليل العام في نفسه، وخروجه بدليل مخصّص، فيما أنّه يكون خارجاً عنه من الأوّل لا من الوسط، لا يكون مورداً لاستصحاب حكم الخاصّ.

مضافاً إلى ذلك كلّ، ما حقّقناه في محلّه من كون المرجع عموم العام في جميع الموارد، لا استصحاب حكم الخاصّ. وتمام الكلام في محلّه.

١. الثاني: معارضة العموم المذكور، بعموم ما دلّ على^(١) سلطنة الناس على أموالهم، و^(٢) عدم حلّها لغيرهم إلا عن طيب النفس.

وقد يورد عليه: بأنّ هذا يتمّ لو قلنا بدخوله في ملكه وخروجه عن ملكه من دون رضاه، وأمّا إذا قلنا بدخوله في ملك المشتري الأوّل بمجرد اشتراء البائع - من جهة أنّ البيع الأوّل مقتضى لدخول المال في ملك المشتري، وكونه ملكاً للغير مانعاً، فإذا زال المانع أثر المقتضى أثره - فلا يدخل في ملكه بخروجه عن ملك مالك الأصلي.

فالصحيح أن يُجاب عنه: بأنّ العقد قبل التملك غير مستند إلى المالك الفعلي، وبعده لا إجازة منه كي يستند إليه، ومع عدم الاستناد لا يكون مشمولاً للعمومات. فالأظهر عدم الصحّة ما لم يجز.

(١) البحار ج ١ - ص ١٥٤ الطبع القديم - وج ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) الوسائل - باب ٣ - من باب أبواب مكان المصلّي حديث ١ - ٣.

بالنسبة إلى البائع أشكل^١.

ولو باع وكالة عن المالك، فبان انعزاله بموت الموكل، فلا إشكال في عدم وقوع البيع له بدون الإجازة ولا معها، نعم يقع للوارث مع إجازته.

المسألة الثالثة: ما لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف، فبان كونه جائز التصرف وعدم جواز التصرف المنكشف خلافه أما لعدم الولاية، فانكشف كونه ولياً، وأما لعدم الملك فانكشف كونه مالكاً، وعلى كل منهما، فأما أن يبيع عن المالك، وأما أن يبيع لنفسه، فالصور أربع:

الأولى: أن يبيع عن المالك فانكشف كونه ولياً على البيع، فلا ينبغي الإشكال في اللزوم حتى على القول ببطلان الفضولي^٢.

١. قوله: (فجريان عموم الوفاء بالعقود والشرط بالنسبة إلى البائع أشكل).

وجه الأشكالية: عدم الإضافة إليه، من جهة عدم قصد البيع لنفسه.

وفيه: إنه لا يتم مسلكه ﷺ من كون البائع لغير المالك إنما يبيع لعنوان المالك، فإنه إذا

باع لهذا العنوان ثم انطبق عليه ذلك العنوان، كان بعينه من باع لنفسه ثم ملك.

لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف

المسألة الثالثة: (ما لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف، وعدم جواز التصرف المنكشف خلافه إما لعدم الولاية، أو لعدم الملك، وعلى كل منهما إما أن يبيع عن المالك أو عن نفسه، فالصور أربع):

الصورة الأولى: أن يبيع عن المالك فانكشف كونه ولياً:

٢. واختار المصنف ﷺ في هذه الصورة صحة البيع، وعدم توقفها على الإجازة، وتبعه

غيره.

والوجه في ذلك: أن المفروض كونه ولياً فلا يكون فضولياً، وسائر الشرائط - من

قبيل المصلحة - موجودة، فالعقد صادر من أهله واقع في محله، فتشمله أدلة النفوذ، وإن

لم يكن البائع عالماً به.

ودعوى: أن العلم بالولاية جزء الموضوع.

لكن الظاهر من المحكي عن القاضي: (أنه إذا إذن السيد لعبده^١ 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 جازماً 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» الإيراد عليه: (بأنه لو إذن المولى ولا يعلم العبد، ثم باع العبد صح، لأنه صادف الإذن، ولا يؤثر فيه إعلام المولى بعض المعاملين)، انتهى. وهو حسن.

مندفعة: يكون ذلك خلاف ظاهر الأدلة، من جهة أن الأحكام تدور مدار موضوعاتها واقعاً، وإناطتها بالعلم تحتاج إلى دليل مفقود.

١. قوله: (لكن الظاهر من المحكي عن القاضي أنه إذا إذن السيد العبد...).
أقول: يحتمل أن يكون نظر القاضي رحمته إلى أن حقيقة الإذن - الذي هو الإعلام وإظهار الرضا والرخصة - إنما تكون إذا كان بحضرة من يظهر له، وإلا فلا يعقل الإظهار والإراته، فمع عدم اطلاع الغير لا يكون إذن، وعليه فما ذكر من خصوص المعاملين في كلامه من باب المثال، ويشهد له قوله في ذيل كلامه: (فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم وباع جاز)، وعلى هذا فلا مورد لإيراد «المختلف» عليه كما لا يخفى.
نعم، يرد عليه ما ذكرناه في أوائل عقد الفضولي من كفاية الرضا وطيب النفس الواقعي في الخروج عن الفضولية.

وأورد السيد رحمته على ما اختاره المصنف: بأن العقد وإن صدر عمّن كان نافذ التصرف، إلا أن المفروض عدم علمه بذلك، فلعله لو كان عالماً بأنه ولي ما كان راضياً بهذا البيع الخاص، ومجرد موافقته للمصلحة لا يوجب لزومه على الولي، إذ يمكن أن يكون هناك فرد آخر من البيع مثله في الصلاح، فيكون الاختيار في التعيين إليه، فلا فرق بين هذه الصورة وبين ما لو بان كونه مالكاً.

الثانية: أن يبيع لنفسه وانكشف كونه ولياً^١، فالظاهر أيضاً صحة العقد، لما عرفت من أن قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفع ولا يقدر. وفي توقّفه على إجازته للموئى عليه وجه، لأنّ قصد كونه لنفسه، يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون^٢، فتأمل.

وبالجملة: يعتبر القصد إلى النقل والرضا بعنوان أنه مال الموئى عليه، والمفروض عدمه في الفرض.

وفيه: إنّ الدليل^(١) إنّما دلّ على نفوذ تصرّفات الولي في مال الموئى عليه بما فيه صلاحه، ولم يدلّ دليل على لزوم قصد عنوان الموئى عليه بهذا العنوان، والقطع بعدم رضاه بالمعاملة لو التفت إلى الولاية لا يضرّ إذا كان راضياً بالفعل - فضلاً عن احتمال - فإنّه من قبيل تخلف الداعي. فالأظهر هي الصحة وعدم التوقّف على الإجازة.

لو باع لنفسه وانكشف كونه ولياً

١. الصورة الثانية: أن يبيع لنفسه وينكشف كونه ولياً. وملخص القول فيها: إنه بناءً على ما أفاده المصنّف رحمته الله في بيع الغاصب لنفسه، من أنه إنّما يبيع للمالك بما هو مالك تحقيقاً للمعاوضة، لا بدّ من البناء على الصحة وعدم الوقوف على الإجازة، أمّا الصحة فلأنّ البيع واقع للمالك، وأمّا عدم الوقوف على الإجازة فلصدوره عن رضا من له الولاية على مثل هذا البيع، فلا حاجة إلى الإجازة.
 ٢. وما ذكره رحمته الله في وجه الاحتياج إليها، من عدم الوقوع، على الوجه المأذون فيه. يردّ عليه: إنّ غرضه إن كان عدم كونه مأذوناً فيه تكليفاً، فيردّه ما تقدّم من عدم كون بيع الفضولي لنفسه أو لغيره حراماً. وإن كان غرضه عدم كونه مأذوناً فيه وصفاً، فيردّه أنّ المفروض كونه ولياً، ولعلّه إلى هذا أشار بقوله: (فتأمل).
- وأما بناءً على ما ذكرناه من الالتزام بها في الموضوعات الشخصية، لأنّ الفرد

(١) الوسائل - باب ١٥ - من أبواب عقد البيع وشروطه - و باب ٨٨ - من أبواب أحكام الوصايا.

الثالثة: أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا^١، وقد مثله الأكثر بما لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميّتا. والمشهور الصحة، بل ربّما استُفيد من كلام العلامة في «القواعد» و«الإرشاد» في باب الهبة الإجماع، ولم نعثر على مخالف صريح، إلا أن الشهيد^٢ ذكر في قواعده أنه لو قيل بالبطلان أمكن، وقد سبقه في احتمال ذلك العلامة وولده في «النهاية» و«الإيضاح»، لأنه: (إنما قصد نقل المال عن الأب لا عنه^٣، ولأنه وإن كان منجزاً في الصورة، إلا أنه معلق، والتقدير إن مات مورثي فقد بعته، فلأنه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاد أن المبيع لغيره)، انتهى.

الخارجي غير قابل للتعدّد، فتقييده ممتنع، فالأب إذا كان هو الذي يبيع عنه، فهو ملحوظ بخصوصيته، وتوصيفه بأنه المالك حيثية تعليلية غير صحيح، لأنّ حيثية لا أثر لها لإتحاد المنشأ والمجاز.

لو باع عن المالك فانكشف كونه مالكا

١. الصورة الثالثة: أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا.

والكلام فيها يقع في جهتين:

الأولى: في أنه هل يصحّ أم لا؟

الثانية: في أنه على فرض الصحة هل يتوقّف على الإجازة أم لا؟

أما الجهة الأولى: فعن العلامة وولده والشهيد وغيرهم القول بالبطلان فيما لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميّتا.

واستدلّ له بأمرين:

٢. الأمر الأوّل: ما توضّحه أن البيع للأب بظن حياته بحسب الطبع إنّما يكون بيعاً

للأب، وحيثية الملكية تكون تعليلية لا تقييدية، فمن قصد البيع له لم يكن مالكا ليقع له ولو بإجازته.

وبهذا البيان يظهر عدم ورود ما أورده المصنّف^٤ عليه بقوله:

أقول: أمّا قصد نقل الملك عن الأب، فلا يقدح في وقوعه، لأنّه إنّما قصد نقل الملك عن الأب من حيث أنّه مالك باعتقاده، ففي الحقيقة إنّما قصد النقل عن المالك^١ لكن أخطأ في اعتقاده أنّ المالك أبوه، وقد تقدّم توضيح ذلك في عكس المسألة، أي ما لو باع ملك

١. الأمر الأوّل: (ففي الحقيقة إنّما قصد النقل عن المالك).

وبعبارة أخرى: أنّ بيعه عن الأب إنّما يكون عنه من حيث أنّه مالك باعتقاده، ففي الحقيقة إنّما قصد البيع عن المالك كما ذكره فيما لو باع ملك غيره باعتقاده أنّه ملكه. قال المحقّق النائيني رحمته في معرض إيراد علي المصنّف رحمته: بأنّ الحيثيّة لا يمكن الإلتزام بها في الموضوعات الشخصيّة، لأنّ الفرد الخارجي غير قابل للتعدّد، فتقييده ممنوع، فالأب إذا كان هو الذي يبيع عنه، فهو ملحوظ بخصوصيّته، وتوصيفه بأنّه المالك حيثيّة تعليليّة، والحيثيّة التعليليّة لا أثر لها لاتّحاد المنشأ والمجاز.

وفيه: إنّ الأفعال الخارجيّة المتعلّقة بالموضوعات الشخصيّة على قسمين:

الأوّل: الأفعال الحقيقيّة غير المتقوّمه بالقصد كالأكل.

الثاني: الأفعال الاعتباريّة المتقوّمه به كالبيع والإتّمام.

والقسم الأوّل: يتمّ فيه ما ذكره من جهة أنّ تلك الأفعال لا تتعلّق بالعناوين، مثلاً الضرب لا يتعلّق بالعنوان، بل هو إمّا أن يقع وإمّا لا يقع، ولا يعقل وقوعه على تقدير دون تقدير.

كما لا يتمّ في القسم الثاني، لأنّ الأفعال التي تكون من هذا القبيل تتعلّق بالعناوين الكلّيّة.

ففي المقام يتصوّر وقوع البيع عن الأب على وجهين:

الأوّل: وقوعه عن المالك، بحيث تكون الحيثيّة تقييديّة.

الثاني: وقوعه عنه بنحو تكون الحيثيّة تعليليّة.

فما أفاده المصنّف رحمته لا يرد عليه ذلك، فالصحيح أن يورد عليه بما ذكرناه.

نعم، هذا الإيراد وارد عليه على مسلكه رحمته، حيث إنّّه في كتاب الصلاة في مبحث

غيره باعتقاد أنه ملكه. 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^١ - 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 تعليق للنقل بكونه منتقلاً إليه بالارث 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، لكن فيه حينئذ أن هذا القصد الصوري كاف، ولذا قلنا بصحة عقد الفضولي. ومن ذلك يظهر ضعف ما ذكره أخيراً من كونه كالعابث عند مباشرة العقد، معللاً بعلمه بكون المبيع لغيره.

الجماعة في مسألة من اقتدى بشخص فبان غيره ذهب إلى هذا المبنى، ونحن أوردنا عليه بعين هذا الإيراد - راجع الجزء السادس من «فقه الصادق».

الأمر الثاني: إنه لو تنزلنا عن ذلك وسلمنا أن البيع يكون عن المالك بما هو مالك بحيث يعم نفسه، فحيث أنه يعتقد انطباقه على أبيه، فقصد الإطلاق في حكم التعليق، أي عن والدي أو عني إن مات هو، وحيث أنه يعتقد كونه حياً، فقصد الإطلاق في عقده يعد عبثاً ومنافياً للقصد الجدّي في المعاملة.

١. وبهذا البيان ظهر اندفاع ما ذكره المصنف رحمته - وتبعه المحقق النائيني رحمته وغيره - من أن هذا الدليل لا يجتمع مع الدليل الأول، من جهة أن أساس الأول وقوع البيع عن الأب، وأساس هذا وقوعه عن نفسه.

والحق في الجواب عن هذا الوجه: أن هذا النحو من التعليق - أي المعنوي منه - لا يضر بصحة العقد، كما أن عدم القصد الجدّي بهذه الكيفية غير مضر - كما تقدم

وكيف كان، فلا ينبغي الإشكال في صحّة العقد، إلا أن ظاهر المحكي من غير واحد لزوم العقد وعدم الحاجة إلى إجازة مستأنفة، لأنّ المالك هو المباشر للعقد، فلا وجه لإجازة فعل نفسه، ولأنّ 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، لكنّ الأقوى وفاقاً للمحقّق والشهيد الثانيين وقوفه على الإجازة، لا لما ذكره في «جامع المقاصد»: من أنّه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك^١ الآن، بل مع إجازة المالك، لاندفاعه بما ذكره بقوله: (إلا أن يقال إنّ قصده إلى أصل البيع كاف).

في أوّل مسألة بيع الفضولي - فالصحيح هو الوجه الأوّل.
فالمتحصّل: أنّه إن كان البيع عن المالك - أي عن الأب بما أنّه مالك بحيث يكون المقصود هو المالك بحيث يعمّ نفسه - صحّ البيع، وإن كان عن الأب كما هو كذلك بحسب الطبع، فالبيع باطل لا يمكن تصحيحه.
وأما الجهة الثانية: فالمحكي عن غير واحد لزوم العقد، وعدم الحاجة إلى إجازة مستأنفة، وعن المحقّق والشهيد الثانيين وقوفه على الإجازة.
وقد استدللّ للتوقّف على الإجازة بوجهين:
١. الوجه الأوّل: ما عن «جامع المقاصد» من أنّه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن، بل مع إجازة المالك.

توضيحه: إنّ العاقل الملتفت إلى كون المال للغير وأنّه لا ينتقل عن ملكه قهراً، لا محالة يكون قصده للنقل مقيداً بالإجازة، وحيث أنّ العقود تابعة للقصود، فلا بدّ وأن تقع الإجازة حتّى يقع النقل على الوجه المقصود.
وفيه أوّلاً: إنّ محلّ الكلام هو قصد البيع عن المالك لا عن شخص الغير، وإلا بطل البيع كما تقدّم، وعليه وإن سلّم كون النقل موقوفاً على الإجازة، إلا أنّه من جهة انطباق عنوان المالك على نفسه واقعاً يقع النقل عنه بقصده فلا حاجة إلى إجازته.

وتوضيحه: أنّ انتقال المبيع شرعاً بمجرد العقد أو بعد إجازة المالك، ليس من مدلول لفظ العقد، حتّى يعتبر قصده أو يقدر قصد خلافه، وإنّما هو من الأحكام الشرعيّة العارضة للعقود بحسب اختلافها، في التّوقف على الأمور المتأخّرة وعدمه، مع أنّ عدم القصد المذكور لا يقدر بناءً على الكشف^١، بل قصد النقل بعد الإجازة ربّما يحتمل قدحه.

فالدليل على اشتراط تعقب الإجازة في اللّزوم، هو عموم تسلّط النّاس على أموالهم، وعدم حلّها لغيرهم إلّا بطيب أنفسهم، وحرمة أكل المال إلّا بالتّجارة عن تراض.

وبعبارة أخرى: بما أنّه يبيع عن المالك عن قصدٍ إليه، والمفروض أنّه هو المالك، فلا حاجة إلى الإجازة.

ولعلّه إليه يرجع ما ذكره المحقّق الثاني بقوله: (إلّا أن يُقال إنّ قصده إلى أصل البيع كاف).

وثانياً: إنّ حقيقة البيع وهي النقل في نظر الناقل لا النقل في نظر الشارع، فالإلتفات إلى أنّه لا ينتقل عن ملك الغير ماله قهراً، غير مناف لقصد النقل الذي به قوام البيع. وبالجملة: الانتقال شرعاً من آثار البيع، ولا يلزم قصده حتّى يقال إنّّه يكون موقوفاً على الإجازة.

وإلى هذا نظر الشيخ رحمته الله فيما ذكره في مقام الجواب.

وأما ما ذكره المصنّف رحمته الله بقوله:

١. (مع أنّ عدم القصد المذكور لا يقدر بناءً على الكشف).

الذي حاصله: أنّ عدم إمكان قصد النقل فعلاً يناسب القول بالنقل، فإنّ الانتقال إنّما يكون من حين الإجازة، بخلاف القول بالكشف، فإنّ الانتقال فعلي، فيمكن قصده حال النقل.

فيرد عليه: أنّ المدعى هو وقوف النقل على الإجازة لا تأخّره عنها، وهذا لا فرق فيه بين القول بالنقل والكشف، فإنّه على الكشف أيضاً يكون النقل موقوفاً على الإجازة.

وبالجملة: فأكثر أدلة اشتراط الإجازة في الفضولي جارية هنا^١.
وأما ما ذكرناه من أن قصد نقل ملك نفسه إن حصل أغنى عن الإجازة وإلا فسد العقد.
ففيه: أنه يكفي في تحقق صورة العقد القابلة للحقوق اللزوم، القصد إلى نقل المال
المعين، وقصد كونه ماله أو مال غيره مع خطئه في قصده أو صوابه في الواقع، لا يقدر
ولا ينفع. ولذا بنينا على صحة العقد بقصد مال نفسه، مع كونه مالا لغيره.
وأما أدلة اعتبار التراضي وطيب النفس، فهي دالة على اعتبار رضا المالك بنقل
خصوص ماله بعنوان أنه ماله^٢، لا بنقل مال معين يتفق كونه ملكاً له في الواقع، فإن
حكم طيب النفس والرضا لا يترتب على ذلك، فلو إذن في التصرف في مال معتقداً أنه
لغيره، والمأذون يعلم أنه له، لم يجز له التصرف بذلك الإذن. ولو فرضنا أنه أعتق
عبداً عن غيره فبان أنه له لم ينعقد. وكذا لو طلق امرأة وكالة عن غيره فبان زوجته،
لأن القصد المقارن إلى طلاق زوجته وعتق مملوكة معتبر فيهما، فلا تنفع الإجازة. ولو
غره الغاصب، فقال: (هذا عبدي اعتقه عنك) فأعتقه عن نفسه فبان كونه له، فالأقوى
أيضاً عدم النفوذ، وفاقاً للمحكي عن «التحرير» وحواشي الشهيد و«جامع المقاصد»،
مع حكمه بصحة البيع هنا، ووقوفه على الإجازة، لأن العتق لا يقبل الوقوف، فإذا لم
يحصل القصد إلى فك ماله مقارناً للصيغة وقعت باطلة بخلاف البيع. فلا تناقض بين
حكمه ببطلان العتق وصحة البيع مع الإجازة كما يتوهم.

١. الوجه الثاني: ما أفاده المصنف رحمته وهو أن أكثر أدلة اشتراط الإجازة في بيع
الفضولي جارية هنا، ومراده بها أدلة اعتبار التراضي وطيب النفس^(١) كما يصرح به بعد
ذلك بقوله:

٢. (وأما أدلة اعتبار التراضي وطيب النفس، فهي دالة على اعتبار رضا المالك).
وتقريب ما أفاده: أنها تدل على اعتبار رضا المالك في التصرف في ماله بما هو ماله،
لا ذات ما هو ماله، ولذا لو قدم إلى غيره طعاماً بتخييل أنه لغيره لم يجز له التصرف فيه لو
علم بأنه له، وفي المقام بما أن البائع إنما رضي بنقل مال معين اتفق كونه ملكاً له في
الواقع، ولم يرض بنقله بما هو ماله، فيحتاج إلى الإجازة لذلك.

(١) النساء آية ٣٠. الوسائل باب ٣ - من أبواب مكان المصلي حديث ١ - ٣.

نعم، ينبغي إيراد التناقض على من حكم هناك بعدم النفوذ، وحكم في البيع باللزام وعدم الحاجة إلى الإجازة، فإنَّ القصد إلى إنشاء يتعلّق بمعيّن، هو مال المنشئ في الواقع، من غير علمه به إن كان يكفي في طيب النَّفس والرّضا المعتبر في جميع إنشاءات النَّاس المتعلّق بأموالهم، وجب الحكم بوقوع العتق، وإن اعتبر في طيب النَّفس المتعلّق بإخراج الأموال عن الملك العلم بكونه مالاً له، ولم يكف مجرد مصادفة الواقع وجب الحكم بعدم لزوم البيع.

فالحق أنّ القصد إلى إنشاء المتعلّق بمال معيّن، مصحّح للعقد، بمعنى قابليّته 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 الرّضا كفت الإجازة كما في العقود وإلا وقع الإنشاء باطلاً كما في الإيقاعات.

وفيه: إنّه إن كان البيع عن شخص من يتخيّل كونه مالكاً لزم بطلان البيع، وعدم إمكان تصحيحه ولو بالإجازة.

وإن كان عن المالك بنحو يعمّ نفسه، فالرضا بنقل ماله بعنوان أنّه ماله موجود، فإنّما يكون باطلاً أو يكون لازماً غير متوقّف على الإجازة.

وبعبارة أخرى: إنّه لا ريب في كونه راضياً ببيع مال نفسه.

فإن كان البيع بيعاً عن الأب بشخصه، بطل البيع لعدم المورد للإجازة.

وإن كان بيعاً عن المالك الواقعي وإن كان منطبقاً على نفسه، ومعه لا حاجة إلى الإجازة لصدور العقد عنه مباشرة وعن الرضا، وهو أولى من إذنه وإجازته.

ولعلّه إلى هذا يرجع ما استدللّ به، لعدم الإحتياج إلى الإجازة بما نقله المصنّف في ما قبل أسطر بقوله:

(ولأنّ قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا بمجرد القصد...).

فلا يرد عليه ما ذكره المصنّف.

ثم إنّه ظهر ممّا ذكرنا في وجه الوقوف على الإجازة أنّ هذا الحقّ للمالك من باب الإجازة لا من باب خيار الفسخ، فعقده متزلزل من حيث الحدوث لا البقاء، كما قوّة بعض من قارب عصرنا، وتبعه بعض من عاصرناه معللاً بقاعدة نفي الضرر^(١)، 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 والمعوض، وإنّما هو لانتقال الملك عن مالكة من دون علمه ورضاه^٢، إذ لا فرق في الجهل بانتقال ماله بين أن يجهل أصل الانتقال - كما يتّفق في الفضولي - أو يعلمه ويجهل تعلّقه بماله.

ومن المعلوم أنّ هذا الضرر هو المثبت لتوقّف عقد الفضولي على الإجازة، إذ لا يلزم من لزومه بدونها سوى هذا الضرر^٣.

١. وقد يقال: إنّ هذا الحقّ للمالك من باب خيار الفسخ، فعقده متزلزل من حيث البقاء لا من باب الإجازة، فيكون متزلزلاً من حيث الحدوث معللاً بقاعدة نفي الضرر^(١).
- وأجاب عن ذلك المصنّف رحمته: بما حاصله يرجع إلى أمرين :
٢. أحدهما: إنّه لا يصحّ الرجوع إلى قاعدة نفي الضرر التي هي من الأدلّة الثانويّة، بعد كون اعتبار الرضا وطيب النفس ممّا تقتضيه الأدلّة الأوّليّة.
- وبعبارة أخرى: إنّ مقتضى الأدلّة الأوّليّة توقّف الانتقال على الرضا، فمع فقدّه لا يتحقّق الانتقال، ومع عدمه كيف يحكم بثبوت الخيار الذي هو فرع الانتقال.
٣. الثاني: إنّ الضرر المترتب على المعاملة:
- تارة: يكون ضرراً مالياً كما في موارد خيار العيب والغبن.
- وأخرى: يكون ضرراً سلطوياً، أي يكون موجباً للنقص في سلطانه على ماله.
- وفي الأوّل يتدارك الضرر بالخيار، وأمّا في الثاني فالتحقّف عليه إنّما يكون بالتحقّف على سلطانه، فهذا الضرر يوجب رفع الصحّة لا اللزوم.

(١) الوسائل باب ١٧ من أبواب الخيار.

ثم إن الحكم بالصحة في هذه الصورة، غير متوقفة على القول بصحة عقد الفضولي^١، بل يجيء على القول بالبطلان، إلا أن يستند في بطلانه بما تقدم من قبح التصرف في مال الغير، فيتجه عنده حينئذ البطلان.

أقول: وبهذا البيان يظهر أن ما أورده المحقق النائيني^{عليه السلام} على المصنف، بأن الصحة ليست أمراً مجعولاً حتى ترتفع بها، بل هي منتزعة من تحقق الشرائط، فلو دل دليل على اعتبار قيد في ناحية الأسباب أو المسببات، فنفس هذا الدليل كاف لإثبات هذا القيد، وإلا فلا يمكن إثبات قيد بقاعدة الضرر ونحوها، لأنها حاكمة على الأحكام الثابتة، ولا يمكن إثبات حكم بها لولا جعله لزم منه الضرر. في غير محله، فإن دليل نفي الضرر يرفع إمضاء الشارع للعقد الذي يلزم منه هذا الضرر، ولا محذور في ذلك.

١. قوله: (ثم إن الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفة على القول بصحة الفضولي).

محصل ما ذكره: إن الأدلة الأربعة التي أقاموها على بطلان بيع الفضولي من الكتاب^(١) والسنة والإجماع والعقل، غير الأخير منها لا تشمل هذا العقد لأنه صدر ممن بيده أمر المال. نعم، لو قلنا بفساد عقد الفضولي من باب حكم العقل بقبح التصرف في مال الغير، اتجه البطلان في المقام.

وأورد عليه المحقق النائيني: بأن حكم العقل بقبح التصرف فيما هو مال الغير واقعاً بمناط واقعي، وحكمه بقبح التصرف فيما علم أنه مال الغير طريقي، فالحكم الشرعي المستكشف من الأول من باب الملازمة حكم واقعي، والحكم الشرعي المستفاد من الثاني طريقي، فإذا انكشف مخالفة الاعتقاد للواقع لا يكون إلا تجريباً.

وفيه: إن مورد استثناء المصنف^{عليه السلام} هو حكم العقل بقبح التصرف حيث قال: لو كان المدرك هو هذا الحكم من العقل، اتجه الحكم بالفساد هنا، فإن موضوع حكم العقل بالقبح ليس هو الواقع، بل ما اعتقد أنه مال الغير، وكون الحكم المستفاد من هذا الحكم

(١) النساء: ٢٩. الوسائل باب ٧ من أبواب أحكام العقود.

الرابعة: أن يبيع لنفسه باعتقاد أنه لغيره، فانكشف أنه له^١، 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^٢، ولذا قوى اللزوم هنا بعض من قال بالخيار في الثالثة.

لو باع لنفسه فانكشف أنه له

في بعض الموارد واقعياً وفي آخر طريقيّاً، أجنبي عن ما هو محلّ استثنائه.

١. الصورة الرابعة: (أن يبيع لنفسه باعتقاد أنه لغيره، فانكشف أنه له).

فتارة: يبني على أنه ماله كان في اعتبار العقلاء أيضاً كذلك، كما في ثمن الخمر، أم لم يكن كما في المال المكسوب من القمار.

وأخرى: لا يبني على ذلك، بل يبيع بأن يخرج المثلث عن ملك ذلك الغير، ويدخل ثمنه في ملكه.

أمّا في الصورة الأولى: فالأظهر الصحة، وعدم الوقوف على الإجازة، فإنّه باعه عن الرضا بعنوان أنه ماله، فالعقد تامّ من حيث الأركان حتّى الرضا بالانتقال بعنوان أنه ماله.

فما أفاده المصنّف رحمته بقوله:

٢. (وفي عدم الوقوف هنا وجه لا يجري في الثالثة) متين، بل هو وجهٌ وجيه.

وأمّا في الصورة الثانية: فدعوى اعتبار الإجازة بناءً على اعتبار رضا البائع بانتقال ماله بعنوان أنه ماله في البيع، في محلّها، لأنّه إنّما رضي بانتقال ما يعتقد أنه مال الغير، ولم يرض بانتقال ماله بهذا العنوان.

وأما القول في المجاز: فاستقصاؤه يكون ببيان أمور:
 الأوّل: يشترط فيه كونه جامعاً لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره عدا رضا
 المالك، فلا يكفي اتّصاف المتعاقدين بصحة الإنشاء وإلّا إحراز سائر الشّروط بالنسبة

القول في المُجَاز

وأما القول في المجاز: فتمام الكلام فيه ببيان أمور:

١. قوله: (الأوّل: يشترط فيه كونه جامعاً لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره عدا
 رضا المالك).

أقول: فأما الشروط المعتبرة في إنشاء العقد فلا كلام فيها.

وأما غيرها من الشروط من شرائط المتعاقدين والعوضين، فهي على أقسام:

الأوّل: ما يعتبر حال العقد، ككون العاقد ممّن يصحّ منه المعاقدة والمعاهدة، إنّنا عقلاً
 ككونه حيّاً، أو شرعاً ككونه عاقلاً.

الثاني: ما يعتبر فيمن زمام أمر العقد بيده كان هو المالك أو وليّ التصرف كالقدرة
 على التسليم، فإنّ دليل اعتبارها إنّما يدلّ على ذلك، ولذا لو كان مجري الصيغة غير
 قادر على التسليم، وكان البيع للصبّي غير القادر، ولكن كان وليّه قادراً صحّ البيع.

الثالث: ما يعتبر في المالك، ككون المالك للمصحف مسلماً.

أما القسم الأوّل: فهو يعتبر وجوده حين الإجازة، ولا يخفى وجهه.

وأما القسم الثاني: فلا يعتبر، بل يعتبر وجوده حين الإجازة حتّى على الكشف، فإنّه
 إنّما يكون في الملكيّة لا في انتساب العقد إلى المميز - وهو يعتبر وجوده حين يعتبر
 صيرورة العقد عقد من بيده زمام العقد، وهو إنّما يكون من حين الإجازة.

وأما القسم الثالث: فعلى القول بالكشف، يعتبر وجوده حين من العقد، لأنّه أوّل زمان
 حصول الملكيّة، وعلى القول بالنقل لا يعتبر ذلك.

إلى الأصيل فقط على الكشف للزومه عليه^١، بل مطلقاً لتوقّف تأثيره الثابت^٢ ولو على القول بالنقل عليها، وذلك لأنّ العقد إمّا تمام السبب أو جزئه^٣، وعلى أيّ حال فيعتبر اجتماع الشّروط عنده، ولهذا لا يجوز الإيجاب في حال جهل القابل بالعوضين، بل لو قلنا بجواز ذلك لم يلزم منه الجواز هنا، لأنّ الإجازة على القول بالنقل أشبه بالشّروط، ولو سلّم كونها جزءاً فهو جزء للمؤثّر لا للعقد، فيكون جميع ما دلّ من النصّ والإجماع على اعتبار الشّروط في البيع، ظاهرة في اعتبارها في إنشاء النقل والانتقال بالعقد.

١. قوله: (للزومه عليه) علة للمنفى.

٢. قوله: (لتوقّف تأثيره) كذلك علة له.

٣. واستدلّ المصنّف رحمته لا اعتبار الشّروط فيه بما محصله:

إنّ العقد الإنشائي إمّا تمام السبب أو جزءه، وعلى كلّ تقدير ما ثبت اعتباره في العقد يعتبر فيه، لنفس دليل الاعتبار، بل ما دلّ عليه على اعتباره في العقد التامّ دون جزئه، يعتبر فيه أيضاً، لأنّ الإجازة ليست جزء العقد، بل هي شرط تأثيره، وتامم العقد إنّما هو ما وقع بين الفضولي والأصيل، ولو سلّم كونها جزء فإنّما هي جزء السبب المملّك لاجزاء البيع الإنشائي، وظاهر الأدلّة اعتبار ذلك في البيع الإنشائي لا السبب المملّك. ولكن يرد عليه: - مضافاً إلى ما تقدّم عند بيان ما هو الحقّ عندنا - : أنّ غاية ما يثبت بذلك، اعتبار العلم بالعوضين حين العقد.

أمّا أنّه هل يعتبر كون المجري للصيغة كذلك، أم يعتبر كون المجيز كذلك، فلا يثبت بذلك، فلا بدّ من الرجوع في ذلك إلى وجه آخر.

أقول: والظاهر هو الأوّل، فإنّ المجيز إنّما ينفذ العقد الواقع الصحيح، وينسبه إلى نفسه، فلا بدّ وأن يكون العقد مع قطع النظر عن ذلك صحيحاً، ومن جملة ما يعتبر في الصحة العلم بالعوضين.

وبهذا يظهر الفرق بين الإذن والإجازة، فإنّ العقد في الأوّل من حين تحقّقه يستند إلى الآذن، فيكفي كونه عالماً بالعوضين، بخلاف صورة الإجازة.

نعم، لو دلّ دليل على اعتبار شرط في ترتّب الأثر الشرعي على العقد، من غير ظهور في اعتباره في أصل الإنشاء^١، أمكن القول بكفاية وجوده حين الإجازة. ولعلّ من هذا القبيل القدرة على التّسليم، وإسلام مشتري المصحف، والعبد المسلم.

ثمّ هل يشترط بقاء الشّرائط المعتبرة حين العقد إلى زمان الإجازة أم لا؟^٢ لا ينبغي الإشكال في عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطها، حتّى على القول بالنّقل، نعم على القول بكونها بيعاً مستأنفاً يقوي الاشتراط. وأمّا شروط العوضين، فالظّاهر اعتبارها بناءً على النّقل، وأمّا بناءً على الكشف فوجهان، واعتبارها عليه أيضاً غير بعيد.

١. قوله: (نعم لو دلّ دليل على اعتبار شرط في ترتّب الأثر الشرعي). مراده بذلك ما دلّ اعتباره شرط في المالك، وعليه فيرد عليه ما تقدّم من أنّه لا بدّ من التفصيل بين القول بالنّقل أو الكشف، فراجع.

٢. قوله: (هل يشترط بقاء الشّرائط المعتبرة حين العقد إلى زمان الإجازة أم لا؟). أقول: يقع الكلام في موردين: المورد الأوّل: في أنّه هل يعتبر وجود الشّرائط حين الإجازة أم لا؟ والحقّ أنّ شروط العقد لا معنى لإعتبارها حين الإجازة إلّا على القول بأنّها بيع مستأنف - أي إيجاب متأخّر - أو قبول. وأمّا غيرها من الشروط، فما كان منها معتبراً فيمن بيده زمام العقد يعتبر وجوده حينها، لأنّه حين الإجازة يستند العقد إلى المجيز ويصير العقد عقده. وما كان منها معتبراً في حال العقد، فلا يعتبر وجوده حين الإجازة. وما كان منها معتبراً في المالك، فإنّه لا بدّ من التفصيل بين القول بالكشف والنّقل. وعلى الأوّل لا يعتبر وعلى الثاني يعتبر كما تقدّم. المورد الثاني: في أنّه هل يعتبر استمرار وجود الشّرائط من حين العقد إلى حين الإجازة، أم لا؟ الأظهر عدم الاعتبار، ويظهر وجهه ممّا قدّمناه.

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 تعلقه بغير المعين، إلا إذا بلغ حداً لا يجوز معه التوكيل.

ومن أن الإجازة بحسب الحقيقة أحد ركني العقد، لأن المعاهدة الحقيقية إنما تحصل من المالكين بعد الإجازة، فيشبهه القبول مع عدم تعيين الإيجاب عند القابل^٢.

يعتبر كون المجاز معلوماً تفصيلاً

١. قوله: (الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوماً للمجيز بالتفصيل؟).

تنقيح القول بالبحث في مقامين:

الأول: في أنه هل يعتبر العلم التفصيلي بالمجاز من حيث العوضين ونوع العقد من البيع والهبة وغيرهما، أم لا يعتبر ذلك؟

الثاني: في أنه هل يعتبر العلم بوقوع العقد، أم يكفي احتمال وقوعه؟

أمّا المقام الأول: فقد استدلل لإعتبار العلم بوجوه:

٢. الأول: ما في المتن، وهو أن الإجازة أحد ركني العقد، إذ المعاهدة الحقيقية إنما

تحصل من المالكين بعد الإجازة، فتشبهه القبول مع عدم تعيين الإيجاب عند القابل.

وفيه: إن دليل اعتبار العلم بالعوضين ونوع العقد لو دلّ على اعتباره في البيع والعقد

وقلنا إن ظاهره اعتبار ذلك في البيع والعقد الإنشائي - الذي هو السبب للمعاهدة

الحقيقية - فلا وجه لاعتباره في الإجازة، لأن مجرد الشباهة بالقبول لا يوجب الإلحاق

في الحكم، وإلا فالإذن السابق أيضاً كذلك، مع أنه لا يعتبر فيه ذلك.

الثاني: ما أفاده المحقق النائيني رحمته، وهو أن الإجازة لا معنى لتعلقها بالعقد على نحو

الإطلاق لوقوع عقد الفضولي على شيء خاص، وهو لو كان مجهولاً عند المجيز فلا

تشملها الأدلة الدالة على نفوذ الإجازة، بل حكمها حكم تعلق الوكالة بالأمر المبهم التي لا اعتبار بها عند العقلاء.

وفيه أولاً: إنه يمكن الإطلاق في الإجازة، بمعنى تعلقها بما وقع أياً ما كان، وليس ذلك من قبيل الأمر المبهم الذي لا واقع له.

وثانياً: إنه لو سلم عدم كون تعلقها بالعقد على نحو الإطلاق، غاية الأمر كونها من قبيل إجازة المجهول، وهي كالإذن في المجهول لا إشكال فيها.

وبالجملة: أن الإذن في المبهم لعدم كون المبهم ممّا له واقع لا يصحّ، وكذلك إجازته.

وأما الإذن في المجهول، فالأظهر عدم المحذور فيه، وكذلك الإجازة المتعلقة به.

الثالث: ما أفاده المحقق النائيني رحمته الله أيضاً، وهو أن الإجازة مع عدم العلم بالمجاز

تدرج في عموم نهى النبي صلّى الله عليه وآله عن الغرر.

وفيه أولاً: إن الغرر المنفي مختصّ بالبيع^(١).

وثانياً: إنه على فرض العموم لا إشكال في عدم كون التوكيل والإذن مشمولين

للمنفي، إذ لا ريب في عدم وجوب ذكر جميع الخصوصيات والتعيين من جميع الجهات فيهما، وكذلك الإجازة.

الرابع: إن البيع إنما ينتسب إلى المجيز من حين الإجازة، ففي الحقيقة هي تكون

معاملة وبيعاً، فيعتبر أن لا تكون غررية.

وفيه: إن المنفي هو البيع الغرري، وهو ظاهر في الإنشائي منه كما تقدّم، فالأظهر أنه

لا يعتبر العلم بالمجاز.

(١) الوسائل باب ٤٠ من أبواب آداب التجارة حديث ٣. المستدرک باب ٣١ من أبواب آداب التجارة حديث ١. وسنن البيهقي ج ٥ ص ٣٣٨. وسنن الترمذي ج ٣ ص ٥٣٢. وأخرجه مسلم، وأبو داود في كتاب البيوع.

ومن هنا يظهر قوّة احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد، ولا يكفي مجرد احتمالته فيجيزه على تقدير وقوعه اذا انكشف وقوعه، لأنّ الإجازة - وإن لم تكن من العقود حتّى يشملها معاهد إجماعهم على عدم جواز التعلّيق فيها، إلّا أنّها في معناها^١، ولذا يخاطب المجيز بعدها بالوفاء بالعقد السّابق - لا يكون إلّا في حقّ العاقد، فتأمّل.

الثالث: المجاز أمّا العقد الواقع على نفس مال الغير، وأمّا العقد الواقع على عوضه^٢، 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 .

وأما المقام الثاني: فقد استدللّ لاعتبار العلم بوجهين :

١. الأوّل: ما في «المكاسب» وهو: (إنّ الإجازة، وإن لم تكن من العقود وأحد ركني العقد، إلّا أنّها في معناها، فالتعلّيق مبطل لها).

وفيه: إنّ مدرك مبطليّة التعلّيق هو الإجماع، والتميّق منه التعلّيق في البيع الإنشائي، ولا يشمل البيع الحقيقي وما في معنى البيع .

الثاني: ما أفاده المحقّق النائيني رحمته، وهو أنّ بها يتحقّق الإستناد، وهي من الإيقاعات، والإيقاع لا يقبل التعلّيق.

وفيه: إنّ الإيقاع كالعقد قابل للتعلّيق، بأن يكون المعلّق هو المنشأ لا الإنشاء، ولا دليل على بطلانه به، مع أنّه لو سلّم ذلك فإنّما هو في التعلّيق على غير القيود التي يتوقّف عليها، وإلّا فلا دليل على البطلان، والمقام من هذا القبيل لتوقّف الإجازة على صدور العقد. فالأظهر عدم اعتبار العلم به، فيكفي مجرد احتمالته، فيجيزه على تقدير وقوعه.

حكم العقود المترتبة

٢. قوله (الثالث: المجاز أمّا العقد الواقع على نفس مال الغير، وأمّا العقد الواقع على عوضه).

أقول: الأصحاب حكموا بأنّ إجازة العقد الواقع على مال الغير توجب صحّته، وصحّة ما بعده من العقود، وإجازة العقد الواقع على بدله توجب صحّته وصحّة ما قبله.

ويجمع الكلّ فيما إذا باع عبد المالك 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.

ومحلّ كلامهم إنّما هو العقود الطويلة من حيث الترتّب الإنتقالي لا الزماني، فلو باع العين شخص واحد من متعدّد فضولاً، كانت العقود عرضيّة من حيث الصحّة لا طوليّة وخارجة عمّا هو محلّ الكلام، وتعاقبها إمّا أن يكون بوقوعها من أشخاص متعدّدة، وإمّا بتعاقبها على أثمان عديدة.

والمراد من العوض في كلماتهم - على ما صرّح به المصنّف - هو الثمن الكلّي. وبعبارة أخرى: إنّ محلّ البحث هي صورة ترامي الأثمان، دون ورود العقود على العوض الشخصي.

والعقود المتعدّدة إمّا واقعة على مال الغير أو على عوضه، بأن يكون العوض في كلّ عقد معوضاً في الآخر، وعلى كلّ تقدير ربما يكون العاقد هو المشتري في كلّ طبقة أو غيره، ولا كلام في أنّ للمالك إجازة أيّ منها شاء،

إنّما الكلام في أنّه إذا أجاز عقداً هل يوجب ذلك صحّة غيره أم لا ؟

وتنقيح القول فيه: إنّ المجاز إمّا أوّل عقد واقع على مال المالك، أو آخر عقد واقع عليه، أو وسط واقع بين سابق ولاحق واقعين على مورد عقد الوسط، والمراد من المورد أعمّ من الثمن والمثمن في العقد الوسط، وأيضاً المراد من الوقوع على المورد أعمّ من كون المورد في ذلك العقد ثمناً أو مثنماً أو واردين على بدل مورده، أو كون السابق وارداً على مورده، واللاحق وارداً على بدل مورده، أو بالعكس.

فهذه ستّ صور للعقود الواردة على المعوّض .

وأما الواقعة على العوض: فهي أيضاً كذلك، لأنّ المجاز إمّا أن يكون أوّل عقد واقع عليه، أو آخر عقد، أو وسط بين سابق ولاحق واردين على مورده، أو بدل مورده، أو يكون السابق على المورد واللاحق على بدله، أو بالعكس.

فمجموع الصور اثنتا عشرة، ستّ للفرض الأوّل، وستّ للفرض الثاني.

أقول: وقد جمع المصنّف الجميع في المثال. وجامعيّة هذا المثال لجميع الصور تظهر من التصوير التالي، تأمّل تعرف.

صور العقود الواقعة على العوض

- ١ - أَوَّل عقد واقع العوض: بيع الفرس بدرهم.
- ٢ - آخر عقد واقع عليه: بيع الرغيف بعسل.
- ٣ - الوسط الواقع بين واقعين على الواقعين مورده، بيع الدرهم برغيف الواقع بين بيع الفرس بدرهم، وبيع الدرهم بحمار.
- ٤ - الوسط الواقع بين سابق واقع بدل مورده، ولاحق واقع على بيع الفرس بيع الدرهم برغيف الواقع بين بيع الأوّل بفرس، وبيع الدرهم بحمار.
- ٥ - الوسط الواقع بين واقعين على بدل بيع العبد بفرس، وبيع الرغيف بعسل.
- ٦ - الوسط الواقع بين سابق واقع

صور العقود الواقعة على المعوّض

- ١ - أَوَّل عقد واقع على المعوّض: بيع العبد بفرس
- ٢ - آخر عقد واقع عليه: بيع العبد بدينار
- ٣ - الوسط الواقع عليه - الواقع بين على مورده -: بيع العبد بكتاب الواقع بين بيعه بفرس وبيعه بدينار.
- ٤ - الوسط الواقع بين واقعين على مورده، بيع العبد بكتاب، الواقع بين على الذي هو بدل للعبد في العقد مورده بدرهم، وبين بيع الدينار الذي هو العبد البديل للعبد في العقد الآخر بجارية.
- ٥ - ٦ - وبذلك ظهر الواقع بين المختلفين.

على مورده وهو بيع الدرهم برغيف، ولا
حق واقع على بدل مورده وهو بيع
الرغيف بعسل، وهو ايضا بيع الدرهم
بحمار.

هذا كله في تطبيق المثال الذي ذكره المصنّف على جميع الصور.
أقول: ثم يقع الكلام في بيان حكم العقود المترتبة:
فالضابط أنّ الإجازة كما توجب صحّة المجاز، توجب صحّة ما قبله ممّا يتوقّف
عليه، وما بعده ممّا يكون من أحكامه.
وبعبارة أخرى: توجب صحّة ما يكون في سلسلة علله ومعلوله.
وتوضيح ذلك بنحو يظهر حكم جميع الصور، يقتضي البحث في مواضع:
الموضع الأوّل: في العقود الواقعة على شخص مال المالك، وما سبقه ولحقه من
العقود الواقعة على العوض، وبيان أنّه لو أجاز المالك العقد الواقع على ماله أيّ عقد
يصحّ بهذه الإجازة، ومثال الجامع لذلك: بيع العبد بفرس، ثمّ بيع الفرس بدرهم، ثمّ بيع
العبد بكتاب، ثمّ بيع الكتاب بالحنطة، ثمّ بيع العبد بدينار، ثمّ بيع الدينار بجارية.
الموضع الثاني: في العقود الواقعة على الثمن الشخصي، وهو الثمن الواقع عوضاً في
البيع الأوّل، وهو الفرس وما سبقه ولحقه من العقود الواقعة على عوضه.
ومثال ذلك: بيع الفرس بدرهم، ثمّ بيع الدرهم بعسل، ثمّ بيع الفرس بحمار، ثمّ بيع
الحمار بجارية، ثمّ بيع الفرس بالدار، ثمّ بيع الدار بالكتاب.
الموضع الثالث: في العقود الواقعة على الثمن الكلّي وما سبقه ولحقه من العقود.
ومثال ذلك: بيع العبد بفرس، ثمّ بيع صاحب الفرس العبد بكتاب، ثمّ بيع الفرس
بدرهم، ثمّ بيع صاحب الدرهم الفرس بدينار، ثمّ بيع الدرهم برغيف، ثمّ بيع صاحب
الرغيف الدرهم بحمار، ثمّ بيع الرغيف بعسل.

أما إجازة العقد الواقع على مال المالك - أعني العبد بالكتاب - فهي ملزمة له ولما بعده ممّا وقع على مورده^١، أعني العبد بالدينار بناء على الكشف. وأمّا بناءً على النّقل، فيبني على ما تقدّم من اعتبار ملك المجيز حين العقد وعدمه، وهي فسخ بالنسبة إلى ما قبله ممّا ورد على مورده أعني بيع العبد بالفرس بالنسبة إلى المجيز. أمّا بالنسبة إلى من ملك بالإجازة - وهو المشتري بالكتاب - فقابليّته للإجازة مبنية على مسألة اشتراط ملك المجيز حين العقد.

هذا حال العقود السابقة والألحقه على مورده أعني مال المجيز.

وفي هذه المواضع: تارة يجيز المالك أوّل العقود، وأخرى آخرها، وثالثة الوسط منها. فإذا تبين حكم إجازة الوسط، وتبين حكمه وما سبقه ولحقه يظهر حكم إجازة العقد الأوّل والآخر. فأقول مستعيناً بالله تعالى:

إنّه في الموضع الأوّل قال المصنّف:

١. (فهي ملزمة له ولما بعده ممّا وقع على مورده).

توضيحه: أنّه لو أجاز العقد الوسط منها وهو بيع العبد بكتاب، يكون ذلك فسخاً بالنسبة إلى ما قبله، سواءً أكان واقعاً على نفس مال المالك وهو بيع العبد بفرس، أو واقعاً على عوضه في ذلك العقد وهو بيع الفرس بدرهم، بمعنى أنّه يفوت بذلك محلّ الإجازة بالنسبة إلى المالك للخروج عن تحت سلطنته، وعدم توقّف صحّة المجاز عليهما.

نعم، لمن انتقل إليه العبد إجازة بيع العبد بفرس، بناءً على عدم اعتبار كون المجيز حال العقد مالاً على القول بالنقل، ومطلقاً بناءً على القول بالكشف، وله إجازة بيع الفرس بدرهم بعد ذلك لانتقال الفرس إليه، ولو أجاز أولاً بيع الفرس لزم بيع العبد بلزومه لتوقّفه عليه، ولو لم يجز من انتقل إليه المال بيعه ولا بيع عوضه، فلمالك الفرس حينئذ إجازة بيعه بدرهم.

وأما بالقياس إلى ما بعده من العقود، سواءً كان واقعاً على نفس هذا المال - وهو بيع العبد بدينار - أو عوضه في العقد اللاحق - وهو بيع الدينار بجارية - فعلى القول بالكشف لزمّت تلك العقود بهذه الإجازة لوقوعها في ملك مالكها، وأمّا بناءً على القول

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 - أعني بيع الدرهم برغيف - فهي ملزمة للعقود السابقة عليه، سواء وقعت على نفس مال المالك أعني بيع العبد بالفرس، أو على عوضه وهو بيع الفرس بالدرهم، وللعقود اللاحقة له إذا وقعت على المعوض، وهو بيع الدرهم بالحمار. أما الواقعة على هذا البديل المجاز، أعني بيع الرغيف بالعسل، فحكمها حكم العقود الواقعة على المعوض ابتداءً.

بالنقل فيبيني على المسألة المتقدمة، وهي عدم اشتراط الملكية حين العقد. وأما الواقع على عوض هذا المجاز - وهو بيع الكتاب بالحنطة - فلا يلزم بلزوم هذا العقد، لأن لزوم هذا يصير سبباً لدخول الكتاب في ملكه، فله إجازة العقد الواقع على كتابه. وعليه، فالقول بأن العقود اللاحقة تلزم بلزوم هذا العقد بإطلاقه غير تام.

١. وأما الموضوع الثاني: فالحكم فيه هو الحكم في الموضع الأول، إلا في مورد واحد.

توضيح ذلك: إنه إذا تعلقت الإجازة بالعقد الوسط - وهو بيع الفرس بحمار - فبالنسبة إلى العقود السابقة الواقعة على نفس الثمن - وهو بيع الفرس بدرهم - وعلى بده - وهو بيع الدرهم بالعسل - يكون فسحاً بالتقريب المتقدم.

وأما العقود اللاحقة الواقعة على نفس الثمن - وهو بيع الفرس بالدار - وعلى عوضه في العقد اللاحق - وهو بيع الدار بكتاب - فتصح بصحة هذا العقد على القول بالكشف، أو على القول بعدم اشتراط الملكية بناءً على النقل.

وأما ما وقع على عوضه في المجاز - وهو بيع الحمار بجارية - فلا يصح بإجازة ذلك لما تقدم.

هذا فيما يشترك فيه الموضعان.

وأما ما يختص به هذا الموضع، وهو أن الإجازة في هذا توجب صحة ما تقدمه الواقع على نفس مال المالك أولاً وهو بيع العبد بفرس، وإلا لم يصبح الفرس ملكاً له

وملخص ما ذكرناه: أنه لو ترتبت عقود متعدّدة على مال المجيز، فإن وقعت من أشخاص متعدّدة، كان إجازة وسط منها فسخاً لما قبله، وإجازة لما بعده، على الكشف. وإن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر، ولعلّ هذا هو المراد من المحكي عن «الإيضاح» و«الدروس» في حكم ترتّب العقود: من أنه إذا أجاز عقداً على المبيع صحّ وما بعده، وفي الثمن ينعكس، فإنّ العقود المترتبة على المبيع لا يكون إلا من أشخاص متعدّدة.

حتّى يجيز العقد الواقع عليه، فظهر أنّه لا وجه للقول بأنّها توجب فسخ العقود اللاحقة. وأمّا الموضوع الثالث: فلو أجاز العقد الوسط - وهو بيع الدرهم برغيف - بالنسبة إلى ما بعده من العقود يفصل بين ما وقع على ما انتقل عنه، وما وقع على ما انتقل إليه، فالبيع الواقع على ما انتقل إليه - وهو بيع الرغيف بعسل - لا يصحّ بهذه الإجازة، لأنّها أوجبت دخول المعوض في ملكه، فله إجازة العقد الواقع عليه أيضاً، وأمّا الواقع على ما انتقل عنه - وهو بيع الدرهم بحمار - فيلزم بلزوم هذا العقد على القول بالكشف، أو عدم اعتبار مال الكيّة المجيز حين العقد على القول بالنقل.

وأما بالنسبة إلى ما قبله من العقود، فهي توجب صحّة جميعها، أعمّ من الواقع على المعوض، أو على الثمن الكلّي، أو الشخصي على القول بالكشف، أو عدم اشتراط الملكيّة على النقل.

أمّا الأوّل: فلأنّه إذا صحّ بيع العبد بفرس، فصاحب الفرس باع ماله بكتاب فيصحّ. وأمّا الثاني: فلأنّ صحّة العقد المجاز تتوقّف على صيرورة المبيع ملكاً له، إذ لو لم يصبح الدرهم ملكاً له، كيف يجيز بيعه برغيف؟! وصحّة بيع الفرس بدرهم أيضاً تتوقّف على صحّة بيع العبد بفرس.

وأما الثالث: فلأنّه إذا صحّ بيع الفرس بدرهم كما عرفت، فصاحب الدرهم صار مالكاً للفرس، فيقع بيعه الفرس بدينار في ملكه.

وأما العقود المترتبة على الثمن، فليس مرادها أن يعقد على الثمن الشخصي مراراً، لأنَّ حكم ذلك حكم العقود المترتبة على المبيع على ما سمعت سابقاً من قولنا.

أما الواقعة على هذا البديل المجاز إلى آخره، بل مرادها ترامي الأثمان في العقود المتعددة كما صرح بذلك المحقق والشَّهيد الثانيان.

وقد علم من ذلك أنَّ مرادنا بما ذكرنا في المقسم من العقد المجاز على عوض مال الغير، ليس العوض الشخصي الأوَّل له، بل العوض ولو بواسطة .

ومن جميع ما ذكرناه ظهر حكم جميع الفروض حتَّى المختلفة، مثل ما لو فرض وقوع العقد على الثمن الشخصي مرّات، ثمَّ العقد على الثمن الكلِّي أو العكس، أو غير ذلك من الفروض.

كما أنَّه ظهر ما في إطلاق كلام الشهيد عليه السلام من:

(أنَّ العقود الواقعة على المبيع لو أجاز المالك الوسط منها صحَّ وما بعده، وفي الثمن ينعكس الأمر).

كما أنَّه ظهر ما في إطلاق كلام المصنّف عليه السلام من:

(أنَّه لو وقعت العقود من أشخاص متعدّدة كانت إجازة الوسط فسخاً لما قبله، وإجازة

لما بعده، وإن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر).

إذ يرد عليه: أنَّه لو فرضنا العقود المترتبة على المبيع من شخص واحد، مع ذلك تكون

إجازة الوسط فسخاً لما قبله كما عرفت، وكذلك لو فرضنا ترتب العقود في الثمن الكلِّي

من أشخاص متعدّدة، تكون إجازة لما قبله.

فالأولى في بيان الضابط ما ذكرناه، فافهم واغتنم.

ثم إن هنا إشكالاً في شمول الحكم بجواز تتبّع العقود لصورة علم المشتري بالغصب^١، أشار إليه العلامة رحمته في «القواعد»، وأوضحه قطب الدين والشهيد في الحواشي المنسوبة إليه، فقال الأول فيما حكى عنه:

(إن وجه الإشكال أن المشتري مع العلم يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، ولذا لو تلف لم يكن له الرجوع، ولو بقي ففيه الوجهان، فلا ينفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه بفعل المسلط بدفعه ثمناً عن مبيع اشتراه ومن أن الثمن عوض عن العين المملوكة، ولم يمنع من نفوذ الملك فيه إلا عدم صدوره عن المالك، فإذا جاز جرى مجرى الصادر عنه)، انتهى.

وقال في محكي الحواشي: (إن المشتري مع علمه بالغصب يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، فلا يدخل في ملك رب العين، فحينئذ إذا اشترى به البائع متاعاً

حكم تتابع العقود في صورة علم المشتري بالغصب

١. قوله: (ثم إن هنا إشكالاً في شمول الحكم بجواز تتبّع العقود لصورة علم المشتري).
- أقول: أصل الإشكال قد أشار إليه العلامة في «القواعد» وبعده الشهيد في حواشيه، وعن «الإيضاح» وجه آخر سنقف عليه.
- وحيث أن منشأ الإشكال هو فتوى الأصحاب، بأنه إذا تلف الثمن عند البائع الغاصب، لا يجوز للمشتري مع علمه بالغصب الرجوع إليه، ومطالبته بالمثل أو القيمة.
- فينبغي البحث في مقامين:
- الأول: في المنشأ.
- الثاني: فيما نشأ عنه.
- أمّا المقام الأول: ففيه مسائل:
- المسألة الأولى: في أن التسليم إليه مملّك له إياه أو مبيح للتصرفات، أم لا؟
- فقد استدللّ للأول بوجهين:
- الوجه الأول: أن الأصحاب حكموا بأنه إذا رجع المالك إلى المشتري بالمبيع، ليس

فقد اشتراه لنفسه وأتلفه عند الدّفع إلى البائع، فيتحقّق ملكيته للمبيع، فلا يتصوّر نفوذ الإجازة هنا، لصيرورته ملكاً للبائع، وإن أمكن إجازة المبيع مع احتمال عدم نفوذها أيضاً، لأنّ ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له في إتلافه، فلا يكون ثمناً، فلا يؤثّر الإجازة في جعله ثمناً، فصار الإشكال في صحّة البيع وفي التّتبّع.

ثمّ قال: (إنّه يلزم من القول ببطلان التّتبّع بطلان إجازة البيع في المبيع، لاستحالة كون المبيع بلا ثمن، فإذا قيل إنّ الإشكال في صحّة العقد كان صحيحاً أيضاً)، انتهى.

واقصر في «جامع المقاصد» على ما ذكره الشّهيد أخيراً في وجه سرّاية هذا الإشكال إلى صحّة عقد الفضولي مع علم المشتري بالغصب.

له الرجوع إلى البائع باسترداد الثمن، ولولا كونه ملكاً له، كان ذلك منافياً لتسلّط الناس على أموالهم.

وفيه: - مضافاً إلى عدم تسالم الأصحاب على ذلك، بل هناك قولان آخران: أحدهما الضمان مطلقاً، ثانيها الضمان مع بقاء العين - أنّ الأسباب المملّكة مضبوطة، وليس التسليط بعنوان العوضيّة منها، وأمّا إباحة التصرفات فلا بدّ وأن تكون إمّا بفعل المالك أو بحكم الشارع، وشيء منهما ليس في المقام.

الوجه الثاني: إنهم حكموا بعدم الضمان في صورة الإتلاف، فلو لم يكن ملكاً له كان ضامناً، لأنّ إتلاف مال الغير موجب للضمان.

وفيه: - مضافاً إلى ما تقدّم - أنّ عدم الضمان لازمٌ أعمّ للملك، ولما إذن مالكة في الإتلاف.

المسألة الثانية: في أنّه هل يجوز الرجوع في ما دفع مع بقائه أم لا ؟
الأظهر هو الأوّل، أمّا بناءً على ما عرفت في المسألة الأولى فواضح، وأمّا بناءً على القول الآخر فكذلك، بناءً على كون التسليط مبيحاً للتصرفات، وأمّا على القول بكونه مملّكاً، فلأنّه لو سلّم ذلك كان هبةً ويجوز الرجوع في الموهوب مع بقائه.

المسألة الثالثة: في أنّه هل يجوز الرجوع إلى البديل إذا أتلفه الغاصب، أم لا ؟
قد استدللّ للثاني بوجوه:

الأول: الإجماع.

وفيه: - مضافاً إلى عدم ثبوته كما تقدّم - أنه لم يثبت كونه إجماعاً تعبدياً.

الثاني: ما أفاده المحقق النائيني رحمته، وهو أنّ الضمان إمّا معاوضي أو يدي، وشيء منهما لا مورد له في المقام، أمّا الأول فلعلمه بأنّه ليس المثلن له، وأمّا الثاني فلعلم المشتري بكونه غاصباً، ولازمه التسليط المجاني، فيكون من صغريات قاعدة: (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده).

وفيه: إنّما يدفعه عوضاً عن المبيع لا مجاناً، فيكون من صغريات (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده).

الثالث: ما أفاده المحقق الإصفهاني رحمته وهو أنّ إقباض الثمن إياه ليس إقباضاً وفائياً، إذ لازم نفوذ المعاملة بإجازة المالك إقباضه للمالك، فهذا الإقباض الخارجي تسليط منه للغاصب على ماله برضاه واختياره، فوضع يده عليه بإذن المالك، وكذا تصرّفاته، فلا يكون ضامناً بإتلافه الثمن.

وفيه: إنّ الإقباض إن كان بعنوان أنّه مالك أو ليوصله إلى مالكه، لا يكون إذناً له في التصرف والإتلاف مطلقاً، فالأظهر جواز الرجوع إليه في صورة الإتلاف. وبما ذكرناه ظهر الحكم فيما نشأ من هذا المنشأ.

وأما المقام الثاني: فالكلام فيه إنّما هو على فرض التنزّل وتسليم المنشأ، وملخص القول فيه بعد التنبيه على أمر هو:

إنّ مورد الإشكال إنّما هو الثمن الشخصي لا الكلّي، إذ غاية ما يلزم على الثاني صيرورة ما يأخذه ملكاً للغاصب، ولكن الثمن يكون باقياً.

إنّه وقع الإشكال من جهات:

الجهة الأولى: من جهة البيع الأوّل الواقع على مال المالك.

وتقريب الإشكال من هذه الجهة وجهان:

الوجه الأول: أنّ المشتري العالم بغاصبيّة البائع، يكون مرجع اشترائه منه إلى هبة وتملّك للمبيع مجاناً، أو إلى هبة واستنقاذ للمبيع، لعدم إمكان قصد المعاوضة الحقيقيّة، ولازم ذلك عدم صحّة البيع الأوّل.

والجواب عنه: ما ذكرناه مفصّلاً في بيع الغاصب لنفسه.

الوجه الثاني: أنّ المشتري مع العلم بالغصبيّة إذا أقبض الثمن إيّاه، يكون ذلك مملّكاً وتسليطاً مجّانياً، فيبقى المبيع بلا ثمن.

وفيه: - مضافاً إلى ما عرفت من فساد المبنى - أنّه لو تمّ فإنّما يتمّ على القول بالنقل ولا يتمّ على القول بالكشف، إذ عليه يكون التسليط تسليطاً على مال الغير، وهو لا يكون مملّكاً، مع أنّه لا يتمّ لأنّه لو سلّم كونه تسليطاً مجّانياً، فحيث أنّه على خلاف القاعدة، فيقتصر على المتيقّن، وهو كونه مملّكاً في فرض عدم الإجازة.

الجهة الثانية: من جهة تنابع العقود.

وحاصله: أنّ ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له في إتلافه، فإذا أجاز ذلك فباع الثمن الغاصب أو اشترى به شيئاً، فقد خرج عن ملك مالكه، ودخل بدله في ملك الغاصب على ما يقضيه الإذن في التصرفات حتى الناقله، إمّا بدخوله في ملكه قبل التصرف الناقل وخروجه عن ملكه، أو بخروج الثمن عن ملك المشتري ودخول بدله في ملك الغاصب - على اختلاف المسكين في حقيقة البيع - فالبيع الثاني وكذا ما بعده من البيوع، ليس للمالك إجازته، لأنّه لا معنى لإجازة العقد الوارد على ما ملكه عاقده، ولازم ذلك عدم جواز إجازة العقد الأوّل في صورة التتابع، لأنّه يكون البيع بقاءً بلا ثمن.

وبعبارة أخرى: يكون من قبيل تلف الثمن قبل الإجازة.

وترده الإشكالات الثلاثة التي أوردناها على الإشكال من الجهة الأولى .

الجهة الثالثة: من جهة إجازة غير العقد الأوّل.

والمحكّي 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 محكّي «الإيضاح»: (إذا كان المشتري جاهلاً فللمالك تتبّع العقود، ورعاية مصلحته والرّبح في سلسلتي الثّمّن والمثمن، وأمّا إذا كان عالماً بالغصب، فعلى قول الأصحاب من أنّ المشتري إذا رجع عليه بالسّلع لا يرجع على الغاصب بالثّمّن مع وجود عينه، فيكون قد ملك الغاصب مجاناً، لأنّه بالتّسليم إلى الغاصب، ليس للمشتري استعادته من الغاصب بنصّ الأصحاب، والمالك قبل الإجازة لم يملك الثّمّن، لأنّ الحقّ أنّ الإجازة شرط أو سبب، فلو لم يكن للغاصب فيكون الملك بغير مالك وهو محال، فيكون قد سبق ملك الغاصب للثّمّن على سبب ملك المالك له أي الإجازة، فإذا نقل الغاصب الثّمّن عن ملكه لم يكن للمالك إبطاله، ويكون ما يشتري الغاصب بالثّمّن وربحه له وليس للمالك أخذه، لأنّه ملك الغاصب، وعلى القول بأنّ إجازة المالك كاشفة، فإذا أجاز العقد كان له، ويحتمل أن يقال لمالك العين حقّ تعلق بالثّمّن، فإنّ له إجازة البيع وأخذ الثّمّن، وحقّه مقدّم على حقّ الغاصب، لأنّ الغاصب يؤخذ بأخس أحواله وأشقّها عليه، والمالك مأخوذ بأجود الأحوال.

ثمّ قال: والأصحّ عندي مع وجود عين الثّمّن للمشتري العالم أخذه، ومع التّف ليس له الرجوع به)، انتهى كلامه ﷺ.

وظاهر كلامه أنّه لا وقع للإشكال على تقدير الكشف، وهذا هو المتّجه، إذ حينئذٍ يندفع بما استشكله القطب والشّهيد بأنّ تسليط المشتري للبائع على الثّمّن - على تقدير الكشف - تسليط على ما ملكه الغير بالعقد السّابق على التّسليط الحاصل بالإقباض، فإذا انكشف ذلك بالإجازة عمل مقتضاه، وإذا تحقّق الرّد انكشف كون ذلك تسليطاً من المشتري على ماله، فليس له أن يستردّه بناءً على ما نقل من الأصحاب. نعم على القول بالنقل يقع الإشكال في جواز إجازة العقد الواقع على الثّمّن، لأنّ إجازة مالك المبيع له موقوفة على تملكه للثّمّن، لأنّه قبلها أجبني عنه، والمفروض أنّ تملكه الثّمّن موقوفٌ 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، لأنّ تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله الى مالك المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة، وما ذكره في «الإيضاح» من احتمال تقديم حقّ المجيز لأنّه أسبق، وأنّه أولى من الغاصب المأخوذ بأشقّ الأحوال، فلم يعلم له وجه، بناءً على النّقل، لأنّ العقد جزءٌ سبب لتمكّن المجيز، والتسليط المتأخّر عنه علة تامّة لتمكّن الغاصب، فكيف يكون حقّ المجيز أسبق؟ نعم، يمكن أن يقال: إنّ حكم الأصحاب بعدم استرداد الثمن، لعلّه لأجل التسليط المراعى بعدم إجازة مالك المبيع، لا لأنّ نفس التسليط علة تامّة لاستحقاق الغاصب على تقديري الرّد والإجازة، وحيث أنّ حكمهم هذا مخالف للقواعد الدالّة على عدم حصول الانتقال بمجرد التسليط المتفرّع على عقد فاسد، وجب الاقتصار فيه على المتيقّن، وهو التسليط على تقدير عدم الإجازة، فافهم.

وحاصله: - على ما ذكره المصنّف رحمته في ذيل شرح عبارة «الإيضاح» - أنّ إجازة المالك البيع الثاني الواقع على عوض ماله، وتأثيرها في صحّة ذلك العقد من الفضولي، تتوقّف على أن يكون المبيع ملكاً له، وإلاّ فإجازته إياه إجازة الأجنبي، وكون ذلك المبيع ملكاً له يتوقّف على إجازته المستلزمة لإجازة العقد الأوّل الموجبة لدخول المبيع في ملكه، وهذا دور واضح.

وفيه أولاً: إنّ هذا ليس إشكالاً مختصّاً بصورة علم المشتري بالغصب. وثانياً: إنّّه لا يختص تنابع العقود بما إذا أجاز الجميع بإجازة واحدة، فله أن يجيز مترتباً.

وثالثاً: أنّه لو أجاز العقد الثاني، تنحلّ إجازته إلى إجازتين: إحداها متعلّقة بالعقد الثاني مطابقة، والأخرى متعلّقة بالأوّل التزاماً، وهما متحققتان فعلاً، ومؤثرتان بالترتيب. فإجازة العقد الثاني توجب أولاً دخول الثمن في ملك المجيز، ثمّ خروجه عن ملكه ودخوله في ملك المشتري في العقد الثاني، ولا محذور في ذلك.

مسألة: في أحكام الرد^١

لا يتحقق الرد قولاً إلا بقوله (فسخت) و (رددت) وشبه ذلك مما هو صريح في الرد، لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصيل^٢، وقابليته من طرف المجيز، وكذا يحصل بكل فعل مخرج له عن ملكه بالنقل أو بالإتلاف وشبههما، كالعنق والبيع والهبة والتزويج ونحو ذلك، والوجه في ذلك أن تصرفه بعد فرض صحته مفوت لمحل الإجازة لفرض خروجه عن ملكه .

أحكام الرد

١. قوله: (مسألة: في أحكام الرد).

والكلام فيها يقع في موضعين:

الأول: في الردّ الموجب لحلّ العقد.

الثاني: في تصرفات المالك قبل الإجازة.

أما الموضوع الأول: فبعدما عرفت من تأثير الإجازة بعد الرد، وأن الرد لا يوجب حلّ العقد، وليس مفاده إلا عدم الإمضاء، لا مورد للبحث عن تحققه بأي شيء.

وأما على المسلك الآخر، فلا ينبغي التوقف في عدم تحققه بالبناء القلبي من غير أن يظهر لكونه من الإنشائيات، كما لا توقف في تحققه بالقول في الجملة وبالفعل الذي يكون مصداقاً للرد، إنما الكلام في أنه هل يتحقق باللفظ غير الصريح أم لا ؟

٢. وقد اختار المصنّف عدم التحقق، لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصيل،

وقابليته من طرف المجيز.

فإن كان مستند عدم تأثير الإجازة بعد الرد هو الإجماع - وحيث أنه دليل لبّي لا إطلاق له - فيتعيّن الإقتصار على المتيقّن، وهو عدم تأثير الإجازة بعد الرد بالقول الصريح.

وأما لو كان المستند قاعدة السلطنة - فبناءً على كونها ناظرة إلى الأسباب - كان

المتعيّن البناء على تحققه بكلّ لفظ دالّ عليه، صريحاً كان أم لم يكن كذلك.

وأما الموضوع الثاني: فالكلام فيه يقع في مقامين:

الأول: في التصرفات المخرجة عن الملك.

الثاني: في غير المخرجة.

أما المقام الأول: فعلى النقل لا كلام في أنها توجب فوت محل الإجازة بالنسبة إلى المالك، فإن المال باق على ملكه، وتصرف المالك فيما له نافذ شرعاً، فيسقط العقد عن قابلية التأثير بالنسبة إلى المتصرف، وكذلك على الكشف الانقلابي والحكمي.

وأما على الكشف الحقيقي بنحو الشرط المتأخر، فقد يتوهم أن الإجازة تكشف عن ملكية الغير من حين العقد، فيكون التصرف المخرج واقعاً على ملك الغير.

وأوضحه المحقق الإصفهاني رحمته الله: بأن صحة العقدين معاً مستحيلة، فلا بد من رفع اليد عن أحد البيعين، وحيث أنه تؤثر الإجازة في الملكية من حين العقد، فلا يعقل اعتبار اتصال الملكية بزمان الإجازة، فلا محالة تكون الملكية إلى حال العقد كافية في تأثير الإجازة.

وعليه، فالإجازة في المقام صالحة للتأثير، ويترتب عليه عدم نفوذ العقد الثاني لوقوعه في ملك الغير.

وهذا بخلاف العقد الثاني، فإنه غير صالح للتأثير، فإن تأثيره دوري لتوقفه على بقاء المال على ملك مالكة حال البيع، وهو متوقف على عدم صحة العقد المجاز، وهو متوقف على عدم كون المال ملكاً له، مع أنه لا مخرج له عن ملكه إلا العقد الثاني فيدور.

ولكن يرد عليه: أنه يعتبر في تأثير الإجازة - حتى على الكشف - كون زمام أمر البيع بيد المجيز، وأنه إذا لم يجز يكون المال ملكاً له. وهذا مع وقوع العقد الثاني مفقود، فإنه بعد وقوعه وخروج المال عن ملكه ليس زمام أمر المال بيده حتى يجيز، فالتصرفات المخرجة عن الملك أعم من الناقلة والمتلفة، توجب تفويت محل الإجازة بالإضافة إلى المتصرف مطلقاً.

وأما التصرف الغير المخرج عن الملك، كاستيلاء الجارية، وإجارة الدابة وتزويج الأمة^١، 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^٢.

وبالجملة: كلما يكون باطلاً على تقدير حقوق الإجازة المؤثرة من حين العقد، فوقوعه صحيحاً مانع من حقوق الإجازة، لامتناع اجتماع المتنافيين، نعم لو انتفع المالك بها قبل الإجازة بالسكنى واللبس، كان عليه أجره المثل إذا أجاز، فتأمل.

وأما المقام الثاني: فالكلام فيه يقع في موردين:

الأول: في التصرف المخرج للملك عن قابلية وقوع الإجازة من زمان العقد.

وبعبارة أخرى: البحث عن التصرف المنافي لملك المشتري من حين العقد.

الثاني: في التصرف غير المخرج.

١. أما المورد الأول: فقد مثل له المصنف رحمته الله: باستيلاء الجارية، وإجارة الدابة، وتزويج

الأمة. وزاد بعضهم: جعل حق للغير في المال كالرهن.

أما استيلاء الجارية: فالحق أنه مانع عن تأثير الإجازة، من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف، أما على الأول فواضح، فإن الانتقال إنما يكون في حال كونها أم ولد، وأما على الثاني فلأنه وإن كان زمان الملكية من حين العقد وقبل الاستيلاء، إلا أن البيع إنما يصير بيعه من حين الإجازة، وإن كان أثره من قبل فيشمله ما دل على عدم جواز بيع الأمة المستولدة.

وأما إجارة الدابة: فالأقوال فيها ثلاثة:

٢. القول الأول: ما في «المكاسب» وهو: صحة الإجارة وبطلان البيع.

ومنه يعلم أنه لا فرق بين وقوع هذه مع الاطلاع على وقوع العقد، ووقوعها بدونها، لأن التنافي بينهما واقعي .
 ودعوى: أنه لا دليل على اشتراط قابلية التأثير من حين العقد في الإجازة، ولذا صح جماعة - كما تقدم - إجازة المالك الجديد فيمن باع شيئاً ثم ملكه .
 مدفوعة: بإجماع أهل الكشف على كون إجازة المالك حين العقد مؤثرة من حينه.
 نعم، لو قلنا بأن الإجازة كاشفة بالكشف الحقيقي الراجع إلى كون المؤثر التام هو العقد الملحوق بالإجازة، كانت التصرفات مبنية على الظاهر، وبالإجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك، فتبطل هي وتصح الإجازة.

القول الثاني: صحتهما معاً، والرجوع إلى البديل، بالإضافة إلى المنفعة المستوفاة بالإجازة.

القول الثالث: وقوعهما صحيحاً مع ثبوت الخيار للمشتري.
 والحق في المقام أن يقال: إنه بناءً على القول بالنقل يتعين اختيار الثالث، أما صحة الإجازة فلو وقعها من المالك الفعلي، وأما صحة البيع، فلأن مورده العين وهي لم تخرج عن ملك المجيز، فإجازته صادرة من أهلها واقعة في محلها، وأما ثبوت الخيار مع بقاء مدة الإجازة وجهل المشتري، فلائنه لم يرد إتلاف على ملكه، وإنما انتقل إليه الملك مسلوب المنفعة، ولازم ذلك ثبوت الخيار.

وأما بناءً على الكشف الانقلابي: فلا بد من اختيار الثاني، أما صحة البيع والإجازة فلما تقدم، وأما الرجوع إلى البديل فلائنه إذا انقلب العين وصارت ملكاً للمشتري بالإجازة انقلبت المنافع أيضاً، وحيث أن المالك أتلّفها من حين الإجازة بعقد صحيح، لزم الرجوع إلى البديل.

وأما على الكشف الحقيقي: فالمتعين صحة البيع وبطلان الإجازة، أما صحة البيع فلأن الإجازة صادرة من أهلها، وأما بطلان الإجازة فكشف الإجازة عن وقوع الإجازة على مال الغير.

فتحصّل: أن القول الأوّل لا دليل عليه.

بقي الكلام في التصرفات الغير المنافية لملك المشتري^١ من حين العقد، كتعريض المبيع 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. أما الأول: فهو رد فعلي للعقد^٢، والدليل على إلحاقه بالرد القولي - مضافاً

وأما تزويج الأمة: فعلى الكشف الحقيقي باطل إلا إذا أجاز مالكها، لأنه تزويج لأمة الغير المستكشف ذلك من الإجازة، وأما على النقل فالإجازة تكون كبيعها بعد التزويج. وبه يظهر حكمها على الكشف الانقلابي. وأما مسألة الرهن: فعلى القول بالنقل يكون الرهن صحيحاً وليس للمالك إجازة البيع، كما هو ظاهر، وكذلك على القول بالكشف الانقلابي، وأما على الكشف الحقيقي فيمكن البناء على تأثير الإجازة وانكشاف بطلان الرهن لكونه رهنًا لمال الغير. فتأمل.

حكم التصرفات غير المنافية لملك المشتري

١. قوله: (بقي الكلام في التصرفات الغير المنافية لملك المشتري).
وأما المورد الثاني: فالكلام فيه يقع في جهتين:
الجهة الأولى: في أنه هل يكون فعل مصداقاً للرد كي يصح إنشاء الرد به أم لا؟
وقد ذهب المحقق النائيني رحمته الله إلى الثاني.
وفيه: إن تحريك الرأس بعد سؤال السائل أنه: (هل ترد البيع) فعلٌ يكون ردّاً بالحمل الشائع، وكذلك الكتابة، فهما مصداقان للرد الفعلي.
الجهة الثانية: في أن الأفعال غير المنافية لملك المشتري، هل يتحقق بها الرد أم لا؟
وهذه الأفعال على قسمين:
الأول: ما يقع حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولي على ماله.
الثاني: ما يقع في حال عدم الالتفات.
٢. أما القسم الأول: فقد ذهب المصنف رحمته الله إلى تحقيق الرد به.

إلى صدق الرّد عليه - ^١ فيعمّه ما دلّ أنّ للمالك الرّد، مثل ما وقع في نكاح العبد والأمة بغير إذن مولاه ^٢، وما ورد في من زوجته أمّه وهو غائب ^٣ من قوله عليه السلام: «إن شاء قبل وإن شاء ترك»، إلا أن يقال إنّ الإطلاق مسوق لبيان أنّ له التّرك، فلا تعرّض فيه لكيفيّته أنّ المانع من صحّة الإجازة بعد الرّد القولي موجود في الرّد الفعلي ^٤، وهو خروج المجيز بعد الرّد عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد. مضافاً إلى فحوى الإجماع المدّعى على حصول فسخ ذي الخيار بالفعل كالوطني والبيع والعتق ^٥، فإنّ الوجه في حصول الفسخ هي دلالتها على قصد فسخ البيع، وإلا فتوقّفهما 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 المؤثّر فعلاً، صلح لرفع أثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث القابل للتأثير بطريق أولى.

١. واستدلّ به بصدق الرّد عليه، فيشمّله ما دلّ على أنّ للمالك الرّد، مثل ما ورد:
٢. في نكاح العبد والأمة بغير إذن مولاه، كموثّق زرارة عن الإمام الباقر عليه السلام: «عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده؟ فقال: ذاك إلى سيّده إن شاء أجازته وإن شاء فرّق بينهما» ^(١) ونحوه غيره.
٣. وما ورد فيمن زوجته أمّه وهو غائب، كخبر محمّد بن مسلم، عن مولانا الباقر عليه السلام: «عن رجل زوجته أمّه وهو غائب؟ قال عليه السلام: النكاح جائز إن شاء المتزوّج قبل وإن شاء ترك، فإن ترك المتزوّج تزويجه فالمهر لازم لأمّه» ^(٢).
٤. وبأنّ المانع عن صحّة الإجازة بعد الرّد القولي موجود في الرّد الفعلي، وهو خروج المجيز بعد الرّد عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد.
٥. وبفحوى الإجماع المدّعى على حصول فسخ ذي الخيار بالفعل، فإنّ الوجه في تحقّق الفسخ، هو دلالته على قصد فسخ البيع، فإذا صلح الفسخ الفعلي لرفع أثر العقد

(١) الوسائل: باب ٢٤، من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.

(٢) الوسائل: باب ٧، من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٣.

وأما الثاني: وهو ما يقع في حال عدم الالتفات، فالظاهر عدم تحقق الفسخ به، لعدم دلالته 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 وإلا لتفات إلى وقوع المردود، نظير إنكار الطلاق الذي جعلوه رجوعاً ولو مع عدم الالتفات إلى وقوع الطلاق، على ما يقتضيه إطلاق كلامهم. نعم، لو ثبت كفاية ذلك في العقود الجائزة، كفي هنا بطريق أولى كما عرفت، لكن لم يثبت ذلك هناك، فالمسألة محل إشكال.

الثابت المؤثر فعلاً، صلح لرفع أثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث القابل للتأثير بطريق أولى.

أقول: وفي الجميع نظر:

أما الأول: فلأن غاية ما تدل عليه هذه الأدلة، إنما هو عدم صحة العقد مع التارك والتفريق، ولا تدل على حصول الرد الموجب لحل العقد المانع عن تأثير الإجازة بعده الذي هو محل الكلام.

مع أنه لو سلم دلالتها على أن له الرد، يرد عليه ما ذكره عليه السلام بقوله: (إلا أن يقال إن الإطلاق مسوق... الخ). وحاصله أنه لا إطلاق لها من جهة ما يتحقق به الرد، ولعله يختص بالقول.

وأما الثاني: فلعدم تسليم خروج المجيز بمجرد الرد عن كونه أحد الطرفين، بنحو لا تؤثر إجازته في انتساب العقد إليه وصورته طرفاً للعقد.

وأما الثالث: فلأنه يمكن أن يكون نظر المجمعين أو بعضهم في هذا الحكم إلى توقف التصرفات المفروضة على الملك لا دلالتها على الفسخ، وهذا وإن كان خلاف التحقيق - كما تبين عليه السلام - إلا أن مجرد احتمال كون نظرهم إلى ذلك، يمنع عن التمسك به في الأصل، فضلاً عن الفرع.

مع أن الأولوية ممنوعة، إذ الدفع وإن كان أهون من الرفع، إلا أن الرد في المقام دفع من حيث عدم الالتزام بالعقد، لا من حيث قطع سلطنة المالك، فمن تلك الجهة بما أن فسخ ذي الخيار إرجاع للسلطنة، والرد في المقام اعدام لها، لا مورد للتشبه بالأولوية. هذا كله مضافاً إلى أن تلك الأفعال المفروضة في حال الالتفات، لا تلازم إنشاء الرد

بل الإشكال في كفاية سابقه أيضاً، فإنّ بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتّفاق على اعتبار اللفظ في الفسخ كالأجازة، ولذا استشكل في «القواعد» في بطلان الوكالة بإيقاع الفاسد على متعلّقها جاهلاً بفساده، وقزّره في «الإيضاح» و«جامع المقاصد» على الإشكال.

والحاصل: أنّ المتيقّن من الرّد هو الفسخ القولي، وفي حكمه تفويت محلّ الإجازة، بحيث لا يصحّ وقوعها على وجه يؤثّر من حين العقد. وأمّا الرّد الفعلي - وهو الفعل المنشأ به مفهوم الرّد - فقد عرفت نفي البُعد عن حصول الفسخ به. وأمّا مجرد إيقاع ما ينافي مفهومه قصد بقاء العقد، من غير تحقّق مفهوم الرّد لعدم الالتفات إلى وقوع العقد، فلاكتفاء به مخالف للأصل .

بها، بل ثلاث مع عدم الرّد، مثلاً التعريض للبيع يمكن أن يكون للتحريّ عن مشتري يدفع أكثر ممّا دفعه المشتري الأوّل، فإن حصل دفع إليه وإلاّ أجاز بيع الفضولي، وعليه فلا تكون كاشفة عن إنشاء الرّد.

فالحقّ أن يقال: ان منشأ عدم تأثير الإجازة بعد الرّد، إن كان هو الإجماع فالمتيقّن منه غير الرّد الفعلي، بل ادّعى الإجماع على اعتبار اللفظ في الرّد، فالإجازة بعده تؤثّر. وإن كان المستند دليل السلطنة^(١) وقلنا إنّ له إطلاقاً من حيث الأسباب، وأحرزنا من الخارج إنشاء الرّد بهذه الأفعال، كان الرد المانع عن تأثير الإجازة متحقّقاً بالأفعال المفروضة، وإلاّ فلا.

وأما القسم الثاني: فالظاهر أنّه لا يتحقّق به الرّد، لأنّه من الإنشائيات المتقومّة بالقصد، المفقود مع عدم الالتفات.

وما أفتوا به من أنّ إنكار الطلاق رجوعٌ، فإنّما هو للنصّ الخاصّ^(٢)، مع أنّه يمكن تطبيقه على القاعدة، بأن يقال إنّ الزوجيّة بعد الطلاق إلى انقضاء العدة ثابتة، والتشبيث بها رجوع، وإنكار الطلاق تشبيث بها. وعلى كلّ تقدير لا يكون مربوطاً بالمقام.

(١) البحار ج ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث. (٢) الوسائل باب ١٤ من أبواب أقسام الطلاق.

وفي حكم ما ذكرنا الوكالة والوصالة، ولكن الاكتفاء فيهما بالردّ الفعلي أوضح^١.
وأما الفسخ في العقود الجائزة بالذات أو الخيار، فهو منحصر باللفظ أو الردّ الفعلي.
وأما فعل ما لا يجمع صحة العقد كالوطني والعتق والبيع، فالظاهر أنّ الفسخ بها من
باب تحقّق القصد قبلها^٢، لا لمنافاتها لبقاء العقد، لأنّ مقتضى المنافاة بطلانها لا
انفساخ العقد، عكس ما نحن فيه، وتام الكلام في محله.
ثم إنّ الردّ إنّما يثمر في عدم صحّة الإجازة بعده. وأما انتزاع المال من المشتري لو
أقبضه الفضولي، فلا يتوقّف على الردّ، بل يكفي فيه عدم الإجازة. والظاهر أنّ الانتزاع
بنفسه ردّ مع القرائن الدالّة على إرادته منه، لا مطلق الأخذ، لأنّه أعمّ، ولذا ذكروا أنّ
الرجوع في الهبة لا يتحقّق به.

١. قوله: (ولكن الاكتفاء فيهما بالردّ الفعلي أوضح).
والوجه في أوصحيته: أنّ مناط صحّة تصرّف الوكيل إذن المالك ورضاه، فلو انكشف
عدم رضاه بالتصرّف، لم يجز التصرف وإن لم ينشأ.
وأما الوصيّة: فهي جزء السبب، وجزئه الآخر موت الموصى، فلو ارتفع الرضا في
الأثناء، لم يؤثر لحوق الجزء الآخر، من جهة عدم تحقّق شرط انعقاد العقد لا من تحقّق
الردّ.
٢. قوله: (وأما فعل ما لا يجمع صحّة العقد كالوطني والعتق والبيع، فالظاهر أنّ
الفسخ بها...) لما أفاد أنّ الفسخ في العقود الجائزة بالذات - غير الوكالة والوصالة -
منحصر باللفظ أو الردّ الفعلي، ولا يحصل بالتصرّف غير المجمع لصحتها.
وأراد رفع توهم أنّه كيف يحصل الفسخ بالوطني والعتق والبيع، في مثل
الفضولي.
وحاصل الدفع: أنّ الفسخ فيه إنّما يكون من جهة تحقّق الردّ الفعلي به وكونه من
مصاديقه.

مسألة: لو لم يجز المالك، فإن كان المبيع في يده فهو، وإلا فله انتزاعه ممن وجده في يده مع بقاءه^١، ويرجع بمنافعه المستوفاة وغيرها على الخلاف المتقدم في البيع الفاسد^٢، ومع التلف يرجع إلى من تلف عنده^٣ بقيمة يوم التلف، أو بأعلى القيم من زمان وقع في يده، ولو كان قبل ذلك في ضمان آخر. ولو فرض 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 فيما يغرمه للمالك زائداً على الثمن.
فهيها مسألتان:

١. مسألة: لو لم يجز المالك، فإن كان المال في يده فهو، وإلا فتارة تكون العين باقية، وأخرى تكون تالفة، فإن كانت باقية ينتزعها ممن وجدها في يده، وله الرجوع إلى غيره ممن دخلت تحت يده.

٢. وأما حكم منافعها فقد تقدم في البيع الفاسد.

٣. وإن كانت تالفة: فله الرجوع إلى كل من دخل المال تحت يده، وقرار الضمان إنما يكون على من تلفت تحت يده، فإن رجع إلى الفضولي يأتي فيه المباني الخمسة المتقدمة: قيمة يوم الغصب، أو يوم التلف، أو يوم الدفع، أو أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم الدفع، أو أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف.

وإن رجع إلى المشتري لا يبقى مورد لاحتتمال الرجوع إليه بقيمة يوم الغصب أو أعلى القيم منه، لو كانت القيمة يوم الغصب أزيد من سائر الأيام، لأن العين يوم زيادة قيمتها لم تكن تحت يد المشتري كي يكون ضامناً لتلك القيمة.

وبما ذكرناه يظهر حكم الزيادة العينية.

هذا كله حكم المالك مع المشتري.

الأولى: أنه يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلاً بكونه فضولياً^١، سواءً كان باقياً أو تالفاً، ولا يقدر في ذلك اعترافه بكون البائع مالكاً، لأنَّ اعترافه مبني على ظاهر يده. نعم، لو اعترف به على وجه يعلم عدم استناده إلى اليد، كأن يكون اعترافه بذلك بعد قيام البيئته، لم يرجع بشيء. ولو لم يعلم استناد الإقرار إلى اليد أو إلى غيره، ففي الأخذ بظاهر الحال من استناده إلى اليد أو بظاهر لفظ (الإقرار) من دلالة على الواقع وجهان.

حكم رجوع المشتري إلى الغاصب

وأما حكم المشتري مع الفضولي، سواءً كان باقياً أو تالفاً، فالكلام فيه تارة في الثمن، وأخرى فيما يغرمه زائداً على الثمن.

فالكلام في مسألتين:

الأولى: في حكم المشتري مع الفضولي في الثمن.

والكلام فيها في موردين:

المورد الأول: فيما إذا كان جاهلاً بكونه فضولياً.

المورد الثاني: فيما إذا كان عالماً به.

أما في المورد الأول: ففي المتن قوله:

١. (يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلاً بكونه فضولياً).

أقول: والحق أنه تارة ينكشف عند المشتري كذب البائع وأنه فضولي، وأخرى

ينكشف كذب الآخر ويعلم أنه مالك، وثالثة لا ينكشف شيء منهما.

لا إشكال في جواز الرجوع في الصورة الأولى، وعدم جوازه في الصورة الثانية،

وأما في الصورة الثالثة، فإن أقام المالك البيئته على ملكيته، جاز له الرجوع إليه، لأنه

يصير البيع باطلاً بحكم الشارع.

وبعبارة أخرى: تكون البيئته حجة في مثبتاتها، فيثبت بها كون البيع بيعاً لمال الغير،

وعدم كون البائع مالكاً وكونه فضولياً، ويترتب عليه جواز الرجوع. وكذلك لو أقر البائع

بذلك.

وأما إن كان أخذ المالك المبيع مستنداً إلى الحلف المردود من البائع، فغاية ما يثبت

وإن كان عالماً بالفضوليّة، فإن كان الثمن باقياً استردّه^١، وفاقاً للعلامة وولده والشّهيدين والمحقّق الثاني رحمته الله إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعاً، ومجرّد تسليطه عليه لو كان موجباً لانتقاله لزم الانتقال في البيع الفاسد^٢، لتسليط كلّ من المتبايعين صاحبه على ماله، ولأنّ الحكم بصحّة البيع الفاسد المالك هو المشهور، يستلزم تملك المالك للثمن، فإن تملكه البائع قبله يلزم فوات محلّ الإجازة، لأنّ الثمن إنّما ملكه الغير، فيمتنع تحقّق الإجازة، فتأمل^٣.

وهل يجوز للبائع التصرّف فيه؟ وجهان: بل قولان أقواهما العدم. لأنّه أكل مال بالباطل. هذا كلّه إذا كان باقياً.

به أخذ المبيع، ولا يثبت به كون البيع واقعاً على مال الغير.

وبعبارة أخرى: لا يكون الحلف طريقاً شرعياً إلى كون المال ملكاً للمدّعي، وعليه فلا وجه لرجوعه إلى البائع.

١. وأمّا المورد الثاني: فإن كان الثمن باقياً استردّه - لما تقدّم من عدم صيرورة ما دفع إلى الفضولي والغاصب بعنوان العوضيّة ملكاً له - وعلى فرض الملكيّة، فغايبته كونه هبة، ويجوز الرجوع في الموهوب.

وقد ذكر المصنّف رحمته الله وجهين آخرين لجواز الاسترداد:

٢. أحدهما: إنّ لو كان التسليط مملّكاً، لزم البناء عليه في التسليط الواقع عقيب البيع الفاسد، ولا يقولون به.

وفيه: إنّ يمكن الفرق بين البابين، فإنّ الدفع في البيع الفاسد إنّما يكون بعنوان الوفاء بالمعاملة، فلا يكون مملّكاً، وفي المقام ليس كذلك، فإنّه ليس بعنوان الوفاء، فإنّ الوفاء بالمعاملة يقتضي الدفع إلى المالك لا إلى الفضولي.

٣. ثانيهما: إنّ لو كان التسليط مملّكاً لزم عدم صحّة الإجازة من مالك المبيع، حتّى على النقل كما تقدّم، مع أنّه لم يشكّ أحد في الصحّة.

وفيه: إنّ يمكن الجواب عنه بما ذكره هو رحمته الله من أنّه يمكن أن يكون الدفع تمليكاً على تقدير عدم الإجازة.

وإن كان الثمن تالفاً، فالمعروف أنّه لا يجوز الرجوع، وعن غير واحد دعوى الإجماع عليه. وقد استدللّ لجواز الرجوع وللضمان بوجوه:

وأما لو كان تالفاً، فالمعروف عدم رجوع المشتري. بل المحكي عن العلامة وولده والمحقق والشهيد الثانيين وغيرهم الاتفاق عليه، ووجهه - كما صرح به بعضهم كالحلي والعلامة وغيرهما ويظهر من آخر أيضاً - أنه سلطه على ماله بلا عوض^١.
توضيح ذلك: أن الضمان أما لعموم على اليد ما أخذت، وأما لقاعدة الإقدام^٢ على الضمان الذي استدل به الشيخ وغيره على الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه.

١. أحدها: ما استند إليه المصنف^{عليه السلام} وهو أن إطلاق قولهم إن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده يقتضي الضمان، نظراً إلى أن البيع الصحيح يقتضي الضمان، ففاسده كذلك.

وفيه أولاً: إن هذه ليست قاعدة مستقلة تعبدية في قبيل سائر مقتضيات الضمان، بل مدرکہا عموم على اليد^(١) فلا بد من ملاحظة تلك القاعدة.
والمصنف^{عليه السلام} حيث منع من دلالة اليد على الضمان في المقام فلا مورد لتأمله، وميله إلى الضمان بل إفتائه به مستنداً إليها.

وثانياً: إن هذه القاعدة غاية ما تدل عليه هو الضمان.
وأما أن الضامن هو الغاصب البائع أو المالك، فلا تدل عليه، إن لم تدل على أن الضامن هو المالك لا المجري للصيغة.

والعلم بعدم ضمانه في المقام من جهة التخصص أو التخصيص نظراً إلى عدم كون العقد عقد المالك في المقام، لا يوجب صرف الضمان إلى البائع الغاصب.
وثالثاً: إن الفساد لا يصدق على عقد الفضولي، بل هو صحيح فاقد لشرط قابل للحوقه.

٢. ثانياً: قاعدة الإقدام، وقد تقدّم في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد أنها وغيرها من القواعد التي عددها من مقتضيات الضمان لا تكون كذلك، وانحصار موجب الضمان باليد والإتلاف، وهما في المقام يقتضيان الضمان.

(١) المبسوط كتاب الغصب - المستدرک باب ١ - من أبواب كتاب الودیعة حدیث ١٢، سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ - كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

والأول: مخصّص بفحوى مادّل 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^١، فإنّ الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان، فالتسليط على التصرّف فيه وإتلافه له ممّا لا يوجب ذلك بطريق أولى. ودعوى: أنّه إنّما سلّطه في مقابل العوض لا مجاناً^٢، حتّى يشبه الهبة الفاسدة التي تقدّم على الضمان فيها.

مندفعة: بأنّه إنّما سلّطه في مقابل ملك غيره^٣، فلم يضمّنه في الحقيقة شيئاً من كيسه، فهو يشبه الهبة الفاسدة والبيع بلا ثمن والإجارة بلا أجرّة التي قد حكم الشهيد وغير واحد بعدم الضمان فيها.

ومن ذلك يعلم عدم جريان الوجه الثاني للضمان، وهو الإقدام على الضمان هنا، لأنّ البائع لم يقدم 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^٤ كما تقدّم في صحيح بيع الغاصب لنفسه، فهو إنّما سلّطه على وجه يضمّنه بماله، إلّا أنّ كلّاً منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع بعدم ملكيّة البائع للثمن وتعاقد، معرضين عن ذلك، كما هو الشأن في

١. وقد أورد المصنّف: على الاستدلال باليد في المقام، بأنّها وإن كانت تقتضي الضمان، إلّا أنّ فحوى ما دلّ^(١) 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 عدمه، إذ الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان، فالتسليط على التصرّف فيه وإتلافه له ممّا لا يوجب ذلك بطريق أولى.

٢. ثمّ أورد على نفسه: بأنّ التسليط إنّما يكون في مقابل العوض.

٣. وأجاب عنه: بأنّه سلّطه بإزاء مال غيره، فلم يضمّنه في الحقيقة شيئاً من كيسه.

٤. ثمّ أورد على نفسه بما حاصله: أنّه إنّما سلّطه بإزاء مال الغير، بعد البناء ولو عدواناً على كونه ملكاً له، وعليه بنينا تحقّق مفهوم المعاوضة، فهو يسلّطه على وجه يضمّنه بماله، إلّا أنّ كلّاً منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع، بل بنى المشتري على

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب أحكام الوديعة - و باب ١ - من أبواب أحكام العارية و غيرها من الأبواب.

المعاوضات الواردة على أموال الناس بين السراق والظلمة، بل بنى المشتري على كون المثلن ملكاً للبائع، فالتسليط ليس مجاناً، وتضمينه البائع بمقابل الثمن من ماله حقيقي، إلا أن كون المثلن مالا له ادعائي، فهو كما لو ظهر الثمن المعين ملكاً للغير، فإن المشتري يرجع إلى البائع بالمثلن مع التلّف اتفاقاً. مع أنه إنما ضمنه الثمن بإزاء هذا الشيء الذي هو مال الغير، فكما أن التّضمين هنا حقيقي، وكون المثلن مالا له اعتقادي، لا يقدح في التّضمين. فكذاك بناء المشتري فيما نحن فيه على ملك المثلن عدواناً، لا يقدح في التّضمين بماله.

قلت: الضّمان كون الشيء في عهدة الضّامن وخسارته عليه، وإذا كان المضمون به ملكاً لغير الضّامن واقعاً، فلا يتحقّق الضّمان الحقيقي مع علمهما بذلك، وما ذكر من بناء المتعاقدين في هذا العقد على كون المثلن ملكاً للبائع الغاصب، مع كونه مال الغير، فهو إنما يصحّ وقوع عقد التمليك والتّمكّك منهما ادعاءً، مع عدم كون البائع أهلاً لذلك في الواقع، وإلا فأصل المعاوضة حقيقةً بين المالكين، والضّمان والتّضمين الحقيقي بالنسبة إليهما. ولذا ينتقل الثّمن إلى مالك المبيع ويدخل في ضمانه بمجرد الإجازة^١.

كون المثلن ملكاً للبائع، فالتسليط إنما يكون في مقابل ماله حقيقةً، إلا أن كون المثلن مال ادعائي له.

١. وأجاب عنه: بما توضّحه أن المعاملة والتّضمين ليست ابتداءً بين الشخصين، لتكون حقيقة المعاملة تضمين كلّ منهما للآخر بماله الواقعي، ويكون تعلّقها بالمالين اعتباراً ثانوياً، بل تكون المعاملة ابتداءً بين المالين، فيجعل أحد المالين بإزاء الآخر وضمانه به، ولازم ذلك ضمان المالك الواقعي، والغاصب إنما طبّق عنوان المالك الواقعي على نفسه ادعاءً، ولذلك رأى نفسه هو الضامن في المعاملة، وحيث أنه ليس بمالك فلا يكون ضامناً.

يرد عليه ﷺ أمور:

الأمر الأوّل: إن لازم ما ذكره ﷺ - من كون التسليط مجانياً - هو جواز تصرّفه تكليفاً، وقد صرح ﷺ قبل ذلك بأسطر بعدم جوازه، حيث قال: (وهل يجوز للبائع التصرف فيه؟ وجهان بل قولان أقواهما عدم، لأنه أكل للمال بالباطل).

والحاصل: إنَّه لا تضمين حقيقة في تسليط المشتري البائع على الثمن، وأمَّا رجوع المشتري مع اعتقاد المتبايعين لمالكية البائع للمثمن عند انكشاف الخطأ، مع أنَّه إنَّما ضمَّنه بمال الغير، فلعدم طيب نفسه على تصرّف البائع فيه من دون ضمان، وإن كان ما ضمَّنه به غير ملك له، ولا يتحقّق به التضمين، لأنَّه إنَّما طاب نفسه بتصرّف البائع لاعتقاد كون المثمن ملكاً له، وصيروته مباحاً له بتسليطه عليه، وهذا مفقود فيما نحن فيه، لأنَّ طيب النَّفس بالتصرّف والإتلاف من دون ضمان له بماله حاصل.

الأمر الثاني: إنَّ ما ذكره لو تمَّ فإنَّما هو في التلف، ولا يتمُّ في صورة الإتلاف، إذ الحكم الثابت في الأصل إنَّما هو في صورة التلف لا الإتلاف.

الأمر الثالث: إنَّ ما أفاده يتمُّ في التضمين المعاملي، وأمَّا في الضمان الثابت باليد المختصّ بما إذا كان وضع اليد على المال لا بإذن من المالك في التصرّف فيه مجاناً وبلا عوض، فلا يتمُّ، فإنَّ من تحت يده المال هو الغاصب، والتسليط الخارجي لا يكون مجانياً، بل إنَّما يكون جرياً على المعاوضة الواقعة بينهما، فما يدفع إلى الغاصب إنَّما يدفع إليه بعنوان كونه مال المدفوع إليه، لا بعنوان كونه مال الدافع، كما هو كذلك في موارد الإستئمان، فالفرق بين المقامين واضح.

والإيراد: بأنَّ التسليط الخارجي بما أنَّه من الأفعال الخارجية المتعلقة بالموضوعات الخاصة، ليس قابلاً للتقييد بالعنوان المذكور، فمن ضرب شخصاً باعتقاد أنَّه عدوُّ له فانكشف كونه صديقه، وقع الضرب على الصديق لا العدو، ففي المقام التسليط وإن كان بعنوان أنَّه مال المدفوع إليه، إلَّا أنَّه حيث يكون في الواقع للدافع فهو تسليط لمال الدافع.

يجاب عنه: بأنَّ المؤثّر في رفع الضمان ليس هو التسليط الخارجي بما هو كذلك، بل بما أنَّه مبرز للإذن في التصرّف فيه، وإتلافه الذي هو من المعاني الإيقاعية المتعلقة بالصور الذهنية، وتلك المعاني قابلة للتقييد.

ومما ذكرنا يظهر أيضاً فساد ما ذكرناه بالبيع مع علم المشتري بالفساد، حيث أنه 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، والتضمنين في نظر الشارع، لأن المفروض فساد، فإذا لم يمتد الشارع الضمان الخاص، صار أصل إقدام الشخص على الضمان الحقيقي، أو قاعدة إثبات اليد على مال من دون تسليط مجاني، أو استئمان عن مالكة - موجبا لضمانه، على الخلاف في مدرك الضمان من فاسد ما يضمن بصحيحه، وشيء منهما غير موجود فيما نحن فيه، كما أوضحناه بما لا مزيد عليه .

فإن قيل: إنه لا يمكن الإلتزام بضمان الغاصب بعد فرض كون الضمان المعاوضي مع المالك، إذ لازمه جعل ضمانين لمال واحد.
أجبتنا عنه: بأنه لا محذور فيه بعد فرض كونهما طوليين.
فالمحصل من مجموع ما ذكرناه: أنه لا مخصص لقاعدة اليد والإتلاف، فالأظهر هو الضمان - كما اختاره بعض الأساطين ومال إليه جمع من المحققين - وحرمة التصرف فيه، وإن حكم ذلك حكم المقبوض بالبيع الفاسد.
هذا كله في صورة الرد.
وأما في صورة إجازة العقد، فلا كلام مع عدم قبض الثمن.
وأما في صورة القبض: فقد يكون الثمن كلياً، وقد يكون شخصياً. وعلى التقديرين، تارة يكون المقبوض باقياً، وأخرى يكون تالفاً.
فإن كان الثمن كلياً وكان المقبوض باقياً، فإن لم يجز الإقباض أو أجزاه، وبنينا على عدم قابليته للإجازة، فإنه ليس للمالك - أي مالك المبيع - إلا الرجوع إلى المشتري، لأن المقبوض لا مساس له به، وإن أجاز الإقباض وبنينا على تأثير الإجازة فيه، فله الرجوع إلى البائع دون المشتري، لأن ذمة المشتري بريئة من الضمان، وماله قد دخل تحت يد البائع فيرجعه، ولا فرق في هذه الصورة بين القول بالنقل أو الكشف.

وحاصله: إنَّ دفع المال إلى الغاصب ليس إلَّا كدفعه إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع، وتسليطه على إتلافه، في أنَّ ردَّ المالك لا يوجب الرجوع إلى هذا الثالث. نعم، لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك^١ كالخمر والخنزير والحرّ، قوي أطراد ما ذكرنا فيه، من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال، كما صرح به شيخ مشايخنا في شرحه على «القواعد».

هذا، ولكن إطلاق قولهم: (إنَّ كلَّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده) يقتضي الضمان فيما نحن فيه و شبيهه، نظراً إلى أنَّ البيع الصحيح يقتضي الضمان، ففساده كذلك، إلَّا أن يفتر بما أبطلناه سابقاً من أنَّ كلَّ عقد يضمن على فرض صحته 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 الحكم بالفساد، لكنك عرفت ضعف هذا المعنى فيما ذكرناه سابقاً في توضيح هذه القضية.

وإن كان الثمن كلياً وكان المقبوض تالفاً، فإن لم يجز الإقباض أو أجزاه، وبنينا على عدم تأثيرها فيه، فله الرجوع إلى المشتري خاصة كما تقدّم، من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف، وإن أجاز الإقباض وبنينا على تأثيرها فيه، فعلى القول بأنَّ إجازة الإقباض كاشفة عن كون الإقباض من الأوّل، كان إقباضاً للمالك، كما أنَّ إجازة العقد كاشفة، للمالك الرجوع إلى البائع في صورة الإتلاف دون التلف، إذ ليس على الأمين شيء إلَّا مع فرض الإتلاف.

وعلى القول بأنَّ إجازته ناقلة - إمّا للبناء على النقل مطلقاً أو في خصوص إجازة الإقباض وشبهها - فإنّه لا أثر لهذه الإجازة، لعدم بقاء المقبوض حتّى تصحَّ إجازته، فلا بدّ وأن يرجع إلى المشتري خاصة.

١. قوله: (نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك).

وفيه: إنَّ عدم مالّية العوض في نظر الشارع، بل العقلاء، لا يوجب كون التسليط مجّاتياً، بل هو إنّما يكون بإزاء ما بنى المتعاقدان على أنّه مال، فالتسليط يكون بعوض لا مجّاناً.

فإنَّ معناه أنَّ كلَّ عقد تحقَّق الضَّمان في الفرد الصَّحيح منه، يثبت الضَّمان في الفرد الفاسد منه، فيختصُّ موردها بما إذا كان للعقد فردان فعليَّان، لا الفرد الواحد المفروض تارةً صحيحاً وأخرى فاسداً. نعم، يمكن تطبيق المعنى المختار فيما نحن فيه وشبهه، بأن لا يكون المراد من العقد في موضوع القضيَّة، خصوص النُّوع المتعارف من أنواع العقود كالبيع والصِّلح، بل يراد مطلق المعاملة الماليَّة التي يوجد لها فردان صحيح و فاسد. فيقال إنَّ ما نحن فيه، والبيع بلا ثمن والإجارة بلا أجر، تملك بلا عوض من مال الآخر. والفرد الصحيح من هذه المعاملة وهي الهبة الغير المعوَّضة لا ضمان فيها ففاسدها كذلك، فتأمَّل.

وبالجملة: فمستند المشهور في مسألتنا لا يخلو من غموض، ولذا لم يصرَّح احد بعدم الضَّمان في: (بعتك بلا ثمن) مع اتِّفاقهم عليه هنا، وصرَّح بعضهم بضمان المرتشي مع تلف الرشوة التي هي من قبيل الثمن فيما نحن فيه^١. نعم، ذكر الشَّهيد رحمته الله وغيره عدم الضَّمان في الإجارة بلا أجر.

١. قوله: (وصرَّح بعضهم بضمان المرتشي مع تلف الرشوة).

أورد عليه المحقِّق النائيني رحمته الله: بأنَّ الرشوة ليست من قبيل الثمن، وليس مقصود الراشي شراء الدَّين، ولا مقصود المرتشي بيعه، فلا يلزم عدم الضمان في مسألة البيع بلا ثمن عدمه في باب الرشوة، بل الأقوى أنَّ جهة الضمان فيه هي جهة الضمان في باب الربا، فالشارع كما لم يبيح للمالك هذا النحو من السلطنة بإعطاء الزيادة في المتجانسين، لم يبيح له الرشوة على الحكم، فعلى هذا لو تلفت عند المرتشي، فحيث أنَّ يده يد عدوان وجب عليه المثل أو قيمه.

وفيه: إنَّ الشارع لم يبيح الرشوة بهذا المعنى، وأمَّا الدفع الخارجي ولو في ذلك المقام لو كان تسليط مجَّانياً، فلم يدلِّ دليل على عدم ترتب أثره.

وبعبارة أخرى: حكم الشارع بحرمة الرشوة، كحكمه بفساد البيع، وحرمة التصرُّف في المقبوض بذلك، فكما أنَّ ذلك لا ينافي حكمه بعدم الضمان في المورد الثاني لأجل التسليط المجَّاني، كذلك لا ينافي حكمه في الرشوة، فالحقُّ أنَّ حكم المأخوذ رشوة -إذا كان بإزاء الحكم لا ما إذا كان الداعي للإعطاء هو الحكم، حكم المقبوض في المقام، وفي باب البيع الفاسد.

ويؤيد ما ذكرنا ما دلّ من الأخبار على كون ثمن الكلب أو الخمر سحتاً، وإن أمكن الذبّ عنه بأنّ المراد التشبيه في التحريم، فلا ينافي عدم الضمان مع التّلف كأصل السّحت.

ثم إن مقتضى ما ذكرناه في وجه عدم الرجوع بالنّمن، ثبوت الرجوع إذا باع البائع الفضولي غير بائع لنفسه، بل باع عن المالك ودفع المشتري الثمن إليه، لكونه واسطة في إيصاله إلى المالك، فتلف في يده. إذ لم يسلّطه عليه، ولا أذن له في التصرف فيه، فضلاً عن إتلافه، ولعلّ كلماتهم ومعاهد اتّفاقهم تختصّ بالغاصب البائع لنفسه. وإن كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم في مطلق الفضولي مع علم المشتري بالفضوليّة، وكذا يقوى الرجوع لو أخذ البائع النّمن 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 بإباحة

وإن كان الثمن شخصياً وبقياً وأجاز الإقباض، وبنينا على تأثيرها، له الرجوع إلى البائع خاصّة - من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف - وإن لم يجز الإقباض أو أجازته وبنينا على عدم تأثيرها، فله الرجوع إلى كلّ منهما، أي البائع والمشتري على المسلكين. أمّا رجوعه إلى البائع فلكون ماله تحت يده، وأمّا رجوعه إلى المشتري فللزوم التسليم عليه.

وإن كان الثمن شخصياً وتالفاً، فبناءً على النقل مطلقاً أو في خصوص إجازة الإقباض، لا يبقى مورد لإجازة الإقباض فينفسخ العقد، لأنّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال صاحبه، فتأمل.

وأما بناءً على القول بالكشف حتّى في الإجازة، وأجاز الإقباض، فليس للمالك الرجوع إلى البائع ولا إلى المشتري. أمّا عدم الرجوع إلى الأوّل فلأنّه أمين، وأمّا عدم رجوعه إلى الثاني فلتسلّمه الثمن. نعم، في فرض الإلتلاف يرجع إلى البائع. فتحصل: أنّه في بعض الفروض يرجع إلى أيّ منهما شاء، وفي بعضها لا يرجع إليهما، وفي بعضها يرجع إلى المشتري فقط، وفي بعضها إلى البائع، وفي بعضها يبطل العقد.

تصرّف البائع الغاصب فيه، مع اتّفاقهم ظاهراً على عدم تأثير العقد الفاسد في الإباحة، وكذا يقوى الضّمان لو اشترط على البائع الرجوع بالثّمن، لو أخذ العين صاحبها، ولو كان الثّمن كلياً فدفع إليه المشتري بعض أفراده، فالظاهر عدم الرجوع، لأنّه كالثّمن المعين في تسليطه عليه مجاناً.

المسألة الثانية: إنّ المشتري إذا اغترم للمالك غير الثّمن^١، فإنّما أن يكون في مقابل العين كزيادة القيمة على الثّمن إذا رجع المالك بها على المشتري، كأن كان القيمة المأخوذة منه عشرين والثّمن عشرة، وإنّما أن يكون في مقابل ما استوفاه المشتري كسكنى الدّار، ووطىء الجارية، واللّبن، والصّوف، والثّمرة، وإنّما أن يكون غرامة لم يحصل له في مقابلها نفع، كالنفقة وما صرفه في العمارة، وما تلف منه أوضاع من الغرس والحفر أو إعطائه قيمة للولد المنعقد حرّاً ونحو ذلك، أو نقص من الصّفات والأجزاء. ثمّ المشتري إن كان عالماً فلا رجوع في شيء من هذه الموارد، لعدم الدّليل عليه، وإن كان جاهلاً.

الغرامة التي غرمها المشتري

١. قوله: (المسألة الثانية: إنّ المشتري إذا اغترم للمالك غير الثّمن). وهو إمّا في مقابل العين، أو في مقابل ما استوفاه المشتري كسكنى الدار، أو ما يصرف في إصلاح ملكه، أو لدفع النوائب عنه. وعليه فهو على أقسام: القسم الأوّل: ما يكون في مقابل العين، كزيادة القيمة على الثّمن الذي اشترى به، إذا رجع بها المالك على المشتري، كما لو اشترى المبيع بعشرة وأخذ منه المالك عشرين بعد تلف العين في يده.

القسم الثاني: قيمة المنافع المستوفاة.

القسم الثالث: ما يغرمه في مقابل المنافع غير المستوفاة.

القسم الرابع: ما يغرمه من جهة حفر أو نفقة أو قيمة ولد ونحو ذلك.

ومحلّ الكلام في المقام ليس إلّا رجوع المشتري إلى البائع بعد رجوع المالك إليه، وأمّا رجوع المالك إلى المشتري فهو مفروغ عنه في هذا البحث، كما أنّ محلّ الكلام

صورة الردّ دون الإجازة.

والكلام تارةً يقع في صورة العلم بالفضوليّة، وأخرى في صورة الجهل بها. أمّا في الأوّل: فالظاهر أنّه لا خلاف بينهم في عدم رجوع المشتري إلى البائع، لعدم قيام الدليل عليه

وقد يقال: إنّه يستثنى من ذلك موردان:

الأوّل: ما إذا ادّعى البائع الإذن من المالك.

الثاني: ما إذا التزم بالخروج عن عهدة الغرامات إذا لم يجز المالك.

أمّا في المورد الأوّل: فمجرّد دعوى الإذن لا يوجب الإستناد إليه، كي تصحّ دعوى الغرور.

وأمّا في المورد الثاني: فإن كان الإلتزام على الوجه الشرعي، فهو الموجب للرجوع، وإلا فلا موجب له.

وأمّا في الصورة الثانية: فقبل بيان حكم الأقسام، لابدّ من بيان القواعد التي استندوا إليها في الحكم في المقام:

منها: قاعدة نفي الضرر: ^(١)، حيث أنّ الحكم بعدم رجوع المشتري إلى البائع ضرر عليه، فتنفيه القاعدة.

وفيه أوّلاً: ما حَقَّق في محلّه من أنّ قاعدة نفي الضرر نافية للأحكام، ولا تصلح لإثبات الحكم، فلا يمكن إثبات الضمان بها.

وثانياً: إنّ الحكم بضمان البائع ضرر عليه، فيتعارض الضرران.

فالأظهر أنّه لا مورد لها في المقام.

ومنها: قاعدة التسبب، أي قوّة السبب على المباشر.

واستدلّوا لها: بالإجماع المحكي عن «الإيضاح» على تقديم السبب على المباشر إذا

(١) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٤ و ٥.

كان أقوى.

وبقاعدة الإِتلاف^(١).

وفيه: إنَّ المتيقن من معقد الإجماع، وما يستفاد من القاعدة إنما هو فيما إذا لم يتوسّط بين فعل الفاعل والأثر المترتب عليه فعل فاعل مختار.

توضيح ذلك: إنَّ السبب على أقسام ثلاثة:

القسم الأول: ما إذا كان الفعل مستنداً إلى السبب دون المباشر، ويكون المباشر غير مختار، ولم يصدر عنه الفعل باختياره، وفي هذا القسم يتم ما ذكر، والدليلان يدلان على الضمان على السبب.

وعدَّ المحقّق النائيني^(٢) من هذا القسم حكم الحاكم بشهادة شهود الزور، وفعل المكره بإكراه الجائر، نظراً إلى أنّ الفعل لا يستند إلى المباشر شرعاً لكونه واجباً عليه.

وفيه: إنَّ الوجوب الشرعي لا يوجب رفع الضمان، ألا ترى أنّه لو اضطرَّ إلى أكل مال الغير ووجب عليه ذلك حفظاً للنفس لا يحكم عليه بعدم الضمان، بل هو ضامن، ففي مسألة المكره للمالك الرجوع إلى المكره (بالفتح).

نعم، في مسألة حكم الحاكم ليس له الرجوع إليه، للنصوص الخاصة الدالّة على أنّه لا ضمان على الحاكم، كمرسل جميل عن أحدهما^(٣) قال: «في الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم، وقد قضى على الرجل، ضمنوا ما شهدوا به وغرموا الخبر»^(٤)، ونحوه غيره.

القسم الثاني: ما إذا كان السبب محدثاً الداعي للمباشر من دون أن يستند الفعل إلى السبب، والوجهان لا يدلان عليه.

القسم الثالث: ما إذا كان الفعل مستنداً إلى المباشر، والضمان المترتب عليه مستنداً

(١) قاعدة مستفادة من مضامين الأخبار. (٢) الوسائل باب ١١ من كتاب الشهادات حديث ١.

إلى سبب، كمن قدّم إلى غيره طعاماً ليأكله مجاناً، فتبيّن عدم كون الطعام له. وفي هذا القسم وإن كان المتّجه الضمان، ولكن لا لما تقدّم من الإجماع وقاعدة الإلتلاف، فإنّه بعد فرض استناد الفعل إلى المباشر لا يكون السبب متلفاً، ولا يكون الإجماع عليه تعديّياً، بل لقواعد أخر.

وبالجملة: فاتّضح أنّ قاعدة التسيب من حيث هي لا موضوعيّة لها.

ومنها: قاعدة الغرور، واستندوا فيها إلى أمور:

أحدها: الإجماع.

ثانيها: قاعدة نفي الضرر^(١) نسب ذلك إلى «الرياض».

ثالثها: قاعدة الإلتلاف من باب قوّة السبب على المباشر.

رابعها: قاعدة الإلتلاف، بالإضافة إلى الخسارة الواردة على المغرور.

أقول: وشيء من هذه الوجوه لا يتمّ:

أمّا الثلاثة الأولى فلما تقدّم، وأمّا الأخير فلأنّ خسارة المالك مستندة إلى حكم الشارع بالضمان، من جهة الإلتلاف الإختياري للمشتري غير المستند إلى البائع كما تقدّم.

فالصحيح أن يستدلّ لها بوجهين آخرين:

أحدهما: النبوى المعروف: «المغرور يرجع على من غرّه»^(٢)، المعمول به بين الفريقين.

ثانيهما: استنباطها من النصوص الخاصّة الواردة في الموارد الجزئية، مع اشتمال بعضها على التعليل، كخبر رفاعه: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوّجها وليّها وهي برصاء، أنّ لها المهر بما استحلّ من فرجها، وأنّ المهر على الذي زوّجها، وإنّما صار المهر عليه لأنّه دلّسها»^(٣).

(١) الوسائل باب ١٧ من أبواب الخيار. (٢) رواه المحقّق الثاني في حاشية الإرشاد.

(٣) الوسائل - باب ٢ - من أبواب العيوب والتدليس من كتاب النكاح حديث ٢.

وفي خبر إسماعيل بن جابر: «في الرجل أعجبتة امرأة فأتي أباه فزوجه غيرها، فولدت منه، ثم علم أنها غير ابنته، وأنها أمة؟ قال عليه السلام: «ترد الوليدة على مواليتها، والولد للرجل، وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة كما غرّ الرجل وخدعه»^(١) ونحوهما غيرهما.

وهي وإن وردت في النكاح، إلا أنه لما فيها من عموم العلة، تتعدى عن النكاح إلى غيره، فالحق ثبوت هذه القاعدة.

نعم، تختص بناءً على ذلك بما إذا كان الغار عالمًا، وأمّا إذا كان جاهلاً، فلا تكون هذه القاعدة ثابتة، وذلك لأنّ الغرور ليس بمعنى الجهل، لأنّه بهذا المعنى لازم لا يكون له اسم الفاعل والمفعول، بل هو بمعنى الخدعة والتدليس، ولا إشكال في أنّ البائع أو غيره الموجب للخسارة إذا كان جاهلاً لا يكون مدلساً، ولا يكون فعله خدعة، فلا يشمل النبوي ولا النصوص الخاصة.

وبما ذكرناه ظهر عدم تمامية ما أفاده السيّد الفقيه بقوله: (ولا فرق على الظاهر بين كون الغار عالمًا أو جاهلاً).

وما يحتمل أو يقال من عدم صدق الغرور مع الجهل كما ترى.

وربما يستدلّ لهذه القاعدة بالنصوص الواردة في شاهد الزور، الدالة على أنّه يرجع إليه إذا رجع من شهادته، كصحيح جميل عن الإمام الصادق عليه السلام: «في شاهد الزور؟ قال عليه السلام: إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإن لم يكن قائماً بعينه ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل»^(٢).

ولكنّه فاسد، وذلك لوجهين:

الأول: أنّها تدلّ على الرجوع ابتداءً إلى شاهد الزور، لا أنّه يرجع إلى الحاكم وهو

(١) الوسائل - باب ٧ - من أبواب العيوب والتدليس من كتاب النكاح حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١١ من كتاب الشهادات حديث ٢.

فأما الثالث: فالمعروف من مذهب الأصحاب - كما في «الرياض»، وعن «الكفاية» - رجوع المشتري الجاهل بها على البائع، بل في كلام بعض تبعاً للمحكّي عن فخر الإسلام في شرح «الإرشاد» دعوى الإجماع على الرجوع بمالم يحصل في مقابله نفع. وفي «التحرير» إنّه يرجع قولاً واحداً.

وفي كلام المحقق والشهيد الثانيين في كتاب الضمان، نفي الإشكال عن ضمان البائع لدرك ما يحدثه المشتري إذا قلعه المالك.

وبالجملة: فالظاهر عدم الخلاف في المسألة للغرور، فإنّ البائع مغرّر للمشتري، وموقع إياه في خطرات الضمان، ومتلف عليه ما يغرمه، فهو كشاهد الزور الذي يرجع إليه إذا رجع من شهادته، ولقاعدة نفي الضرر^١، مضافاً إلى ظاهر رواية جميل أو فحواها^٢: «عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثمّ يجيء 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.

إلى الشاهد، فلا ربط لها بهذه القاعدة.

الثاني: أنّ في ذلك الباب خصوصيّة، وهي أنّ المباشر - وهو الحاكم - يجب عليه الحكم على طبق الشهادة، ومع احتمال دخلها لا سبيل إلى دعوى التعدي وإلغاء الخصوصية.

إذا عرفت هذا فاعلم: أنّ المعروف بين الأصحاب رجوع المشتري إلى البائع في الغرامة التي لم يحصل له في مقابلها نفع، وعن غير واحد دعوى الإجماع عليه.

١. واستدلّ له: بالإجماع، وبقاعدة نفي الضرر. وقد مرّ ما فيهما.

٢. فالصحيح أن يستدلّ له: بقاعدة الغرور، وبصحيح جميل عن الإمام الصادق عليه السلام

المذكور في المتن^(١). إذ حرّية الولد إمّا أن تعدّ نفعاً عائداً إلى الأب أو لا، وعلى

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٥.

مع أنّ في توصيف قيمة الولد (بأنّها أخذت منه) نوع إشعار لعلّية الحكم، فيطرّد في سائر ما أخذت منه.

وأما السكوت عن رجوع المشتري الى البائع في بعض الأخبار، فهو لعدم كونه مسوقاً لذلك، كراوية زرارة: «في رجل اشترى من سوق المسلمين جارية، فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولاداً، ثمّ أتاه من يزعم أنّها له، وأقام على ذلك البينة؟ قال: يقبض ولده، ويدفع إليه الجارية، ويعوّضه من قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها».

ورواية زريق، قال: «كنت عند أبي عبدالله عليه السلام يوماً إذ دخل عليه رجلان، فقال أحدهما إنّه كان عليّ مال لرجل من بني عمّار، وله بذلك ذكر حقّ وشهود. فأخذ المال ولم استرجع عنها الذكر بالحقّ، ولا كتبت عليه كتاباً، ولا أخذت منه براءة بذلك، وذلك لأني وثقت به، وقلت له مزق الذكر الحقّ الذي عندك، فمات وتهاون بذلك ولم يمزقه، 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 رجلٌ من اخواننا ابتلى بشراء معيشتي من القاضي، ثمّ إنّ ورثة الميت أقرّوا أنّ أباهم قد قبض المال، وقد سألوه أن يردّ عليّ معيشتي، ويعطونه الثمن في أنجم معلومة، فقال: إنّي أحبّ أن أسأل أبا عبدالله عليه السلام عن هذا، فقال الرجل -يعني المشتري- كيف أصنع جعلت فداك؟ قال: تصنع أن ترجع بمالك على الورثة، وتردّ المعيشة إلى صاحبها، وتخرج يدك عنها، قال: فإذا فعلت ذلك، له أن يطالبني بغير هذا؟ قال: نعم له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلة من ثمن الثمار، وكلّ ما كان مرسوماً في المعيشة يوم اشتريتها، يجب أن تردّ ذلك، إلا ما كان من زرع زرعه أنت، فإنّ للزرع إمّا قيمة الزرع، وإمّا يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل ذلك كان ذلك له وردّ عليك القيمة، وكان الزرع له. قلت: جعلت فداك فإن كان هذا قد أحدث فيها بناء أو غرساً؟ قال له: قيمة ذلك، أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه، قلت: رأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس وهدم البناء؟ فقال: يردّ 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 كلّما خرج منه في إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة، ودفع النّوائب كلّ ذلك مردود إليه»، انتهى.

وفيه: - مع أنّا نمنع ورودها إلّا في مقام حكم المشتري مع المالك - أنّ السّكوت في مقام البيان لا يعارض الدّليل، مع أنّ رواية زرارة ظاهرها عدم التمكن من الرجوع إلى البائع، مع أنّ البائع في قضية زريق هو القاضي، فإن كان قضاؤه صحيحاً لم يتوجّه إليه غرم، لأنّ الحاكم من قبل الشّارع ليس غاراً من جهة حكمه على طبق البينة المأمور بالعمل بها، وإن كان قضاؤه باطلاً كما هو الظاهر -

التقديرين يثبت المطلوب، أمّا على الأوّل فبالفحوى، إذ لو ضمن الغار في صورة عود النفع إلى المغرور، فبالأولى في صورة عدمه، وأمّا على الثاني فواضح.

وعن صاحب «الحدائق»: عدم الرجوع إليه، واستدلّ له، بخبري زرارة^(١) وزريق^(٢) المذكورين في المتن، الساكتين عن حكم رجوع المشتري إلى البائع، مع كونهما في مقام البيان، فإنّ ذلك آية عدم الرجوع.

وفيه أولاً: إنّ خبر زرارة ساكت عن الرجوع في ما غرمه في مقابل المنافع المستوفاة، فلا مساس له بمسألتنا.

وذيل خبر زريق متضمّن لرجوع المشتري في الغرامة التي غرمها في إصلاح المعيشة، من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة، ودفع النّوائب عنها إلى المالك، فهو يدلّ على خلاف المقصود.

وثانياً: إنّ السكوت في مقام البيان يكون دليلاً لا مطلقه.

وفي المقام الخبران في مقام بيان حكم المشتري مع المالك، لا في مقام البيان من جميع الجهات حتّى من جهة رجوع المشتري إلى البائع.

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ٣ من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

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^٢، ففي الرجوع بها خلافاً أقواها الرجوع، وفاقاً للمحكي عن «المبسوط» والمحقق والعلامة في التجارة، والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم.

وعن «التنقيح»: (أنّ عليه الفتوى، لقاعدة الغرور المتفق عليها ظاهراً في من قدم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله)، ويؤيده قاعدة نفي الضرر^٣، فإنّ تغريم من أقدم على إتلاف شيء من دون عوضٍ مغروراً من آخر، بأنّ له ذلك مجاناً من دون الحكم برجوعه إلى من غره في ذلك ضرر عظيم، ومجرد رجوع عوضه إليه لا يدفع الضرر. وكيف كان، فصدق الضرر وإضرار الغازّ به ممّا لا يخفى خصوصاً في بعض الموارد، فما في «الرياض» من أنّه لا دليل على قاعدة الغرور إذا لم ينطبق مع قاعدة نفي الضرر، المفقود في المقام، لوصول العوض إلى المشتري، لا يخلو عن شيء، مضافاً إلى ما قيل عليه من منع مدخلية الضرر في قاعدة الغرور، بل هي مبنية على قوة السبب على المباشر، لكنّه لا يخلو من نظر، لأنّه إنّما يدعي اختصاص دليل الغرور من النصوص الخاصة والإجماع بصورة الضرر.

وثالثاً: إنّ السكوت في مقام البيان غايته الظهور في عدم الرجوع، وهو لا يصلح لأن يقاوم صحيح جميل الصريح في الرجوع.

ورابعاً: إنّ لو سلم التعارض يتعيّن تقديم الصحيح لوجوه لا تخفى.

١. قوله: (فالظاهر علم المشتري ببطلان قضاء المخالف).

وفيه: إنّ مجرد علم المشتري بكون القاضي من المخالفين، لا يوجب العلم بالفساد بعد احتمال كون المعيشة له نفسه، فلا دليل على كون المشتري عالماً بالفساد.

٢. وأما الغرامة التي غرمها في مقابل المنافع الواصلة إليه، ففيها قولان، وقد استدلل

المصنّف رحمته الله وغيره للرجوع بوجوه:

٣. منها: قاعدة لا ضرر.

وأما قوّة السبب على المباشر، ليست بنفسها دليلاً على رجوع المغرور^١ إلا إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفاً إليه، كما في المكروه، وكما في الرّيح العاصف الموجب للإحراق، والشّمس الموجبة لإذابة الدّهْن وإراقته، والمتّجه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلاً، كما نسب إلى ظاهر الأصحاب في المكروه، لكون المباشر بمنزلة الآلة. وأما في غير ذلك، فالضّمان أو قرار الضّمان فيه يحتاج إلى دليل مفقود، فلا بدّ من الرجوع بالأخيرة إلى قاعدة الضّرر أو الإجماع المدّعى في «الإيضاح» على تقديم السبب إذا كان أقوى، أو بالأخبار الواردة في الموارد المتفرّقة، أو كون الغاز سبباً في تغريم المغرور، فكان كشاهد الزّور في ضمان ما يؤخذ لشهادته، ولا ريب في ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه:

أما الأخير فواضح^٢، وأما الأوّل فقد عرفته. وأما الإجماع والأخبار فهما وإن لم يردا في خصوص المسألة، إلا أنّ تحقّقها في نظائر المسألة كاف، فإنّ رجوع آكل طعام الغير إلى من غرّه، بدعوى تملكه وإباحته له، مورد الإجماع ظاهراً، و رجوع المحكوم عليه إلى شاهدي الزّور مورد الأخبار.

ولا يوجد فرق بينهما وبين ما نحن فيه أصلاً.

وفيه: - مضافاً إلى ما تقدّم - أنّ الغرامة المقابلة للنفع الواصل إليه لا تكون ضرراً. وبعبارة أخرى: إنّ الضرر هو النقص المالي أو البدني أو العرضي، والنقص المالي الذي يقوم مقامه ما يسدّ مسدّه ليس بنقص مالي عند العرف. ففي المقام بما أنّ الغرامة إنّما تكون في مقابل ما وصل إليه من النفع لا تعدّ ضرراً.

١. ومنها: قاعدة التسييب، وقد مرّ عدم كونها قاعدة مستقلة، إلا إذا كان السبب بحيث يستند التلف إليه عرفاً، والمتّجه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلاً.

٢. ومنها: النصوص الواردة في شاهد الزور، وقد مرّ أنّها أجنبيّة عن المقام. أقول: فالأولى أن يستدلّ له بقاعدة الغرور، فإنّ الميزان فيها هو التغرير، سواء استوفى المغرور نفعاً كأكله الطعام أو لم يستوف أصلاً.

وبصحيح جميل المتقدّم، بناءً على أنّ مورده الغرامة التي تكون بإزاء المنفعة كما

وقد ظهر ممّا ذكرنا فساد منع الغرور فيما نحن فيه، كما في كلام بعض، حيث عدل في ردّ مستند المشهور عمّا في «الرياض» من منع الكبرى إلى منع الصغرى.

فإنّ الإنصاف أنّ مفهوم الغرور الموجب للرجوع في باب الإتلاف، وإن كان غير منقّح، إلّا أنّ المتقين 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 المكروه في عدم القصد.

هذا كلّه، مضافاً إلى ما قد يقال من دلالة رواية جميل المتقدمة، بناءً على أنّ حرّية الولد منفعة راجعة إلى المشتري، وهو الذي ذكره المحقّق احتمالاً في «الشرايع» في باب الغصب، بناءً على تفسير «المسالك»، وفيه تأمل.

ثمّ إنّ ممّا ذكرنا في حكم هذا القسم يظهر حكم ما يغرمه في مقابل العين من زيادة

تقدّم، إمّا لأنّ الحرّية نفعٌ عائد إلى الأب، أو لأنّ الولد نفسه منفعة له وإن لم تكن منفعة مالّية.

وقاعدة الغرور وإن اختصّت بصورة علم البائع، إلّا أنّ مقتضى إطلاق الصحيح عدم الفرق بين صورة العلم والجهل.

وبما ذكرناه ظهر حكم ما يغرمه في مقابل المنافع غير المستوفاة.

وأما الغرامة التي يغرمها في مقابل العين، فبالنسبة إلى المقدار الذي جعل ثمناً إذا لم يكن دفع الثمن إلى الفضولي لا يرجع إلى البائع، لأنّ هذه الغرامة لم تنشأ من تغريب البائع، لأنّه لو فرض صدق البائع في دعواه لكانت هذه الغرامة ثابتة.

وما ذكره السيّد الفقيه رحمته الله في وجه الرجوع بقوله: (إنّه لم يقدم على هذه الغرامة وإنّما أقدم على دفع الثمن، والمفروض عدم إمضاء الشارع له).

يردّ عليه: إنّ الردّ إلى المالك أو البائع لا يوجب الفرق في عدم صدق الغرور، بعد التزامه بكون هذا المقدار من المال يكون عوضاً عن المال التالف.

القيمة على الثمن الحاصلة وقت العقد، كما لو باع ما يسوي عشرين بعشرة فتلف، فأخذ منه المالك عشرين^١، فإنه لا يرجع بعشرة الثمن، وإلا لزم تلفه من كيس البائع من دون أن يغزّه 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. وأما العشرة الزائدة، فإنما جاء غرامتها من كذب البائع في دعواه، فحصل الغرور، فوجب الرجوع^٢، ومما ذكرنا يظهر اندفاع ما ذكر في وجه عدم الرجوع، من أنّ المشتري إنّما أقدم على ضمان العين وكون تلفه منه، كما هو شأن فاسد كلّ عقد يضمن بصحيحه، ومع الإقدام لا غرور^٣، وإذا لم يقل به في العشرة المقابلة للثمن.

توضيح الاندفاع: إنّ الإقدام إنّما كان على ضمانه بالثمن، إلا أنّ الشارع جعل القبض على هذا النحو من الإقدام، مع فساد العقد، وعدم إمضاء الشارع له، سبباً لضمان المبيع بقيمته^٤ الواقعية، فالمانع من تحقق الغرور - وهو الإقدام - لم يكن إلا في مقابل

١. وأما في المقدار الزائد - كما لو باع ما يسوي عشرين بعشرة فتلف، فأخذ منه المالك عشرين - فقد ذهب المصنّف رحمته تبعاً لغيره من الأساطين :
٢. إلى أنّه يرجع إلى البائع في المقدار الزائد، لقاعدة الغرور.
٣. وأورد عليه: بأنّ الأقدام والغرور لا يجتمعان، ولذا لا يرجع على البائع بالمسمّى، وعليه فإذا بنينا على أنّ مقتضى إقدام المشتري ضمانه بتمام القيمة الواقعية للمالك - كما هو المدرك للضمان في كلّ عقد فاسد يضمن بصحيحه - .
- لا وجه للرجوع إلى البائع، حيث لا تغرير، وإن قيل إنّ لا يكون مقدماً على الضمان بتمام القيمة، لما كان وجه لضمانها للمالك.
- وبعبارة أخرى: إن كان مقدماً على الضمان بالقيمة الواقعية، لا مورد لقاعدة الغرور، وإلا فلا وجه لأصل الضمان.
- وأجاب عنه المصنّف رحمته بجوابين:
٤. الأول: إنّ الإقدام إنّما يكون على المسمّى، ولا إقدام على غيره، فبالنسبة إلى ما لا إقدام عليه تكون قاعدة الغرور جارية بلا مانع، ولكن الإقدام على المسمّى

الثمن^١ والضمان المسبب عن هذا الإقدام، لما كان لأجل فساد العقد المسبب عن تغيير البائع، كان المترتب 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 تقدم سابقاً أن سبب الضمان في العقد الفاسد هو القبض الواقع لا على وجه الائتمان، وأن ليس الإقدام على الضمان علة له مع عدم إمضاء الشارح لذلك الضمان، وإن استدلل به الشيخ وأكثر من تأخر عنه، وقد ذكرنا في محله توجيه ذلك بما يرجع إلى الاستدلال باليد، فراجع.

وكيف كان، فجرىان قاعدة الغرور فيما نحن فيه أولى منه فيما حصل في مقابلته نفع^٢. هذا إذا كانت الزيادة موجودة وقت العقد، ولو تجددت بعده فالحكم بالرجوع فيه أولى^٣.

سبب شرعاً لضمأن تمام القيمة، فضمأن التمام ليس مقدماً عليه لينافي الغرور، بل أثر الإقدام على المسمى ضمان تمام القيمة. وتبعه في هذا الجواب غيره من الأساطين. وفيه: إنه إذا كان مدرك الضمان هو الإقدام - كما هو مبني الإشكال - لا وجه للقول بالضمان بالنسبة إلى تمام القيمة، مع كون الإقدام على المسمى، إلا إذا ورد دليل على أن الإقدام على شيء سبب لضمأن شيء آخر، والمفروض عدمه، فعلى هذا المبني لا مدفع لهذا الإيراد.

١. الثاني: وهو الحق، وهو منع المبني، لأن مدرك الضمان في المقام وغيره المقبوض بالعقد الفاسد، إنما هي اليد، وهي تقتضي الضمان بتمام القيمة. والغرور يوجب رجوع المغرور إلى الغار في المقدار الذي غرر فيه، فبالنسبة إلى المقدار الزائد وإن كان مقتضى اليد هو الضمان للمالك، إلا أن مقتضى قاعدة الغرور هو الرجوع فيها إلى البائع.

٢. قوله: (فجرىان قاعدة الغرور فيما نحن فيه أولى منه).

هذا إذا كان المدرك قاعدة نفي الضرر، وإلا فموضوع الغرور حاصل فيهما.

٣. قوله: (ولو تجددت بعده فالحكم بالرجوع فيه أولى).

وجه الأولوية: أن هناك كان يحتمل أن الإقدام على الضمان بالمسمى إقدام

هذا كلّه فيما يغرمه المشتري بإزاء نفس العين التّالفة.

أمّا ما يغرمه بإزاء أجزائه التّالفة، فالظّاهر أنّ حكمه حكم المجموع، في أنّه يرجع في الزائد على ما يقابل ذلك الجزء، لا فيما يقابله على ما اخترناه، ويجيئني على القول الآخر عدم الرجوع في تمام ما يغرمه. وأمّا ما يغرمه بإزاء أوصافه^١، فإن كان ممّا لا يقسّط عليه الثمن، كما عدا وصف الصّحة من الأوصاف التي يتفاوت بها القيمة، كما لو كان عبداً كاتباً فنسي الكتابة عند المشتري، فرجع المالك عليه بالتفاوت. فالظّاهر رجوع المشتري على البائع، لأنّه لم يُقدّم على ضمان ذلك.

على الضمان بالقيمة الواقعيّة، وهذا المعين غير محتمل في المقام، لأنّ ما يتجدّد له من القيمة لا يحتمل كونه مقدماً على ضمانه.

وممّا ذكرناه ظهر، أنّه إنّما يرجع إليه في صورة علم البائع، وأمّا في صورة جهله فلا يرجع إليه لعدم صدق الغرور.

١. قوله: (وأمّا ما يغرمه بإزاء أوصافه، فإن كان ممّا لا يقسّط عليه الثمن).

أقول: فصل المصنّف^٢ بين وصف الصّحة وبين غيره من الأوصاف، والتزم بعدم الرجوع في وصف الصّحة - نظراً إلى مقابلته بجزء من الثمن - والرجوع في غيره من الأوصاف، كما لو كان عبداً كاتباً فنسي الكتابة عند المشتري، فرجع المالك عليه بالتفاوت لأنّه لم يقدم على ضمان ذلك.

وتمام الكلام يتحقّق بالبحث في مقامين:

الأوّل: في الفرق بين وصف الصّحة وغيره من الأوصاف.

الثاني: في أنّه هل يرجع إلى البائع فيما يغرمه بإزاء الأوصاف، أم لا؟

أمّا المقام الأوّل: فالأظهر عدم الفرق بينهما، وأنّ شيئاً منها لا يقسّط عليه الثمن، وإن كان يصير موجباً لزيادة قيمة الموصوف. ولا فرق في ذلك بين وصف الصّحة وغيره، والشاهد عليه ثبوت الخيار في تخلف الوصف.

وثبوت الأرش في خيار العيب، لا يدلّ على مقابلته بالثمن، وإلّا لزم أن يرد البائع جزء من الثمن.

ثم إن ما ذكرنا كله من رجوع المشتري على البائع بما يغرمه، إنما هو إذا كان البيع المذكور صحيحاً من غير جهة كون البائع غير مالك. أما لو كان فاسداً من جهة أخرى فلا رجوع على البائع^١، لأن الغرامة لم تجي من تغيير البائع في دعوى الملكية، وإنما جاءت من جهة فساد البيع، فلو فرضنا البائع صادقاً في دعواه لم تزل الغرامة، غاية الأمر كون المغرور له هو البائع على تقدير الصدق، والمالك على تقدير كذبه، فحكمه حكم نفس الثمن في التزام المشتري به على تقديري صدق البائع وكذبه.

وأما المقام الثاني: فالأظهر - خلافاً للسيد الفقيه رحمته وغيره - عدم الرجوع لعدم تغيير البائع إياه، وقد أقدم المشتري على أن الخسارة المتوجهة إليه من ناحية الوصف تكون عليه، وهذا يمنع عن صدق الغرور. نعم الأوصاف التي توجد فيما بعد وتلف - حيث أنه لم يقدم على ضمانها - له الرجوع فيها إليه.

١. قوله: (وأما لو كان فاسداً من جهة أخرى، فلا رجوع على البائع).

وقد استدلل المحقق النائيني رحمته لاختصاص قاعدة الغرور بالعقد الذي يكون قابلاً للصحة بإجازة المالك، بأن الضمان الحاصل في العقد الفاسد من جهة أخرى لا يكون مستنداً إلى التغيير، فإن الفساد من جهة أخرى هو أسبق العلل، فلا يكون البائع غير المالك هو منشأ الفساد، ولا المجموع بالتشريك، لأن العقد الفاسد من جهة كون البائع غير مالك بمنزلة وجود المانع، والفساد من جهة أخرى بمنزلة فقد المقتضي، فلا محالة يستند الفساد إلى عدم المقتضي لا إلى وجود المانع.

وفيه: إن سبب الضمان - بعد عدم العقد الصحيح - هي اليد، سواء أكان عدم الصحة لإختلال شرط من شروط العقد، أو كان لإختلال سائر الشروط. والتغيير سبب للرجوع لا للضمان، فلا يكون التغيير وسبب الضمان مقتضاهما متحداً حتى يشتركا في التأثير، أو يكون التأثير للأسبق منهما.

فالأولى أن يستدل له فيما إذا كان المشتري عالماً بالفساد من ناحية أخرى،

ثم إنّه قد ظهر ممّا ذكرنا أنّ كلّ ما يرجع المشتري به على البائع إذا رجع إليه، فلا يرجع البائع به على المشتري إذا رجع عليه، لأنّ المفروض قرار الضّمان على البائع^(١)، وأمّا ما لا يرجع المشتري به على البائع كمساوي الثّمّن من القيمة، فيرجع البائع به على المشتري إذا غرمه للمالك، والوجه في ذلك حصول التّلف في يده.

فإن قلت: إنّ كلّاً من البائع والمشتري يتساويان في حصول العين في يدهما العادية، التي هي سبب للضّمان، وحصول التّلف في يد المشتري، ولا دليل على كونه سبباً لرجوع البائع عليه.

بأنّ التّغريير المساوق للتدليس والتخديع، متقومّ صدقه بجهل المغرور بالضمان، فمع علمه بذلك، وإنّه يكون ضامناً على كلّ حال - كان البائع مالكاً أم لا - لا يصدق هذا العنوان، فلا وجه للرجوع.

تعاقب الأيدي

١. قوله: (لأنّ المفروض قرار الضمان على البائع).

إذا باع الغاصب ما غصبه، ثمّ باعه المشتري بشخص ثالث، وتلف المال في يد المشتري الثاني، فإنّه لا خلاف في أنّ للمالك مع ردّ البيع الأوّل الرجوع إلى كلّ من الغاصب والمشتريين، فيأتي السؤال أنّ الشيء الواحد ليس له إلاّ بدل واحد، فكيف يحكم بضمان كلّ من الثلاثة؟!

أقول: تنقيح القول في المسألة إنّما هو بالبحث في مقامين.

الأوّل: حكم المالك بالإضافة إلى كلّ واحد منهم.

الثاني: حكم كلّ واحد منهم بالإضافة إلى الآخر.

أمّا المقام الأوّل: فقد أورد على ضمان كلّ من دخل المال تحت يده، بما حاصله: إنّهُ إن اعتبر شيء واحد في الذم، لزم استقرار الواحد في محالّ متعدّدة، وإن التزم بتعدّد ما في الذم، لزم أن يكون لشيء واحد أبدال متعدّدة، مع أنّ الشيء الواحد ليس له إلاّ بدل واحد.

نعم، لو أتلّف بفعله رجع لكونه سبباً لتنجّز الضّمان على السّابق^١.
قلت: توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفيّة اشتغال ذمّة كلّ من اليدين ببدل التّألف، وصيرورته في عهدة كلّ منهما، مع أنّ الشّيء الواحد لا يقبل الاستقرار إلّا في ذمّة واحدة. وأنّ الموصول في قوله: «على اليد ما أخذت» شيء واحد، كيف يكون على كلّ واحدة من الأيدي المتعدّدة؟

والحقّ في الجواب عن هذه الشبهة أن يقال إنّ الكلام :

تارة: في الحكم الوضعي.

وأخرى: في الحكم التكليفي.

أمّا من حيث الحكم الوضعي:

فإن قلنا: بأنّ معنى ضمان العين، كونها في عهدة الضامن - كما قويناه - فلا محذور في تعدّد الضامن، فإنّ الشّيء الواحد في المحال المتعدّدة اعتباراً، ككونه في الأذهان المتعدّدة بتعدّد صورته لا محذور فيه، والعهدة ليست إلّا محلاً اعتبارياً، وحيث أنّه واحد فلا محالة يسقط عن جميع الذمم بأداء واحد منهم.

وإن قلنا: بأنّ ضمان العين إنّما هو ثبوت بدلها في الذمّة، فإن قلنا بأنّ في ذمّة كلّ واحد حصّة من الطبيعي، غير ما في ذمّة الآخر، لزم ثبوت أبدال عديدة لشيء واحد.

وأمّا إن قلنا: بأنّ الطبيعي بنفسه في ذمّة كلّ واحد من دون أن يصير حصّة.

أو قلنا: بأنّ حصّة منه في ذمّة كلّ واحد، من جهة أنّه وجود اعتباري لا محذور في الالتزام بشيء من ذلك، فلا يلزم هذا المحذور أيضاً.

وأمّا من حيث الحكم التكليفي: فالكلام فيه الكلام في الوجوب الكفائي، لأنّه أحد مصاديقه، وقد حقّقنا في الأصول إمكانه، فلا محذور فيه أصلاً.

١. قوله: (نعم لو أتلّف بفعله رجع لكونه سبباً لتنجّز الضمان على السابق).

وفيه: إنّ الضمان في صورة التلف أيضاً كذلك، فإنّ من تلفت العين تحت يده، كان يتمكّن من ردّها إلى صاحبها، فبامسأكه المبيع استقرّ الضمان على السابق، مع أنّ سببّيّة شخص ل ضمان آخر لا يوجب ضمانه، إذ السببّيّة بهذا المعنى ليست أحد موجبات الضمان.

فنعول: معنى كون العين المأخوذة على اليد، كون عهدها ودركها بعد التلّف عليه، فإذا فرض أيدي متعدّدة، تكون العين الواحدة في عهدة كلّ من الأيدي^١. لكن ثبوت الشيء الواحد في العهدة المتعدّدة، معناه لزوم خروج كلّ منها عن العهدة عند تلفه، وحيث أنّ الواجب هو تدارك التالف الذي يحصل ببدل واحد لا أزيد، كان معناه تسلّط المالك على مطالبة كلّ منهم الخروج عن العهدة عند تلفه، فهو يملك ما في ذمّة كلّ منهم على البديل، بمعنى أنّه إذا استوفى أحدها سقط الباقي، لخروج الباقي عن كونها تداركاً. لأنّ المتدارك لا يتدارك، والوجه في سقوط حقّه بدفع بعضهم عن الباقي، أنّ مطالبته ما دام لم يصل إليه المبدل ولا بدله، فأيتهما حصل في يده لم يبق له استحقاق بدله، فلو بقي شيء له في ذمّة واحدة، لم يكن بعنوان البدليّة، والمفروض عدم ثبوته بعنوان آخر. ويتحقّق ممّا ذكرنا، أنّ المالك إنّما يملك البديل على سبيل البدليّة، ويستحيل اتّصاف شيء منها بالبدليّة بعد صيرورة أحدها بدلاً عن التالف وأصلاً إلى المالك.

١. وأمّا ما أفاده المصنّف رحمته في الجواب عن هذه الشبهة بما حاصله: إنّ الذم المتعدّدة تشتغل بواحد على البديل، نظير الواجب الكفائي في العبادات. فيرد عليه: أنّه في الواجب الكفائي لا يكون الوجوب متوجّهاً إلى أحد الأفراد على البديل، فإنّ ذلك غير معقول.

بل الوجه المعقول هناك توجّه التكليف إلى الجميع، لكن مشروطاً بعدم إتيان الآخرين. وهذا لا يمكن الإلتزام به في المقام، فإنّه إمّا أن يلتزم بتقييد اشتغال كلّ ذمّة بعدم اشتغال الأخرى، أو يلتزم بتقييد اشتغالها بعدم المطالبة من الآخر، أو يلتزم بتقييده بعدم أداء الآخر.

ولازم الأوّل انتفاء الإشتغال رأساً لو كان الشرط عدم الآخر مقارناً له، وثبوت الإشتغالين معاً لو كان الشرط عدم الآخر بالعدم السابق، وهما كما ترى.

ولازم الثاني ثبوت الإشتغالين وبدلين عند عدم مطالبتهما.

ولازم الثالث استحقاق المالك لأبدال متعدّدة، لو أدّى الجميع ما في ذمّهم، كما يحصل الإمتثال بفعل الجميع لو اتّفق الجميع على الإمتثال في الواجب الكفائي، مع أنّ المالك لا يستحقّ في شيء من الحالات إلاّ بدلاً واحداً.

ويمكن أن يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور، حيث إنّه ضمّ ذمّة إلى ذمّة أخرى، وضمنان عهدة العوضين لكلّ من البائع والمشتري عندنا كما في «الإيضاح»^١، وضمنان الأعيان المضمونة^٢ على ما استقر به في «التذكرة» وقوّه في «الإيضاح»، وضمنان الاثنین لواحد^٣ كما اختاره ابن حمزة.

وقد حكى فخر الدین والشهيد عن العلامة في دروسه أنّه نفى المنع من ضمان الاثنین على وجه الاستقلال، قال: (ونظيره في العبادات الواجب الكفائي، وفي الأموال الغاصب من الغاصب).

هذا حال المالك بالنسبة إلى ذوي الأيدي.

١. قوله: (وضمنان عهدة العوضين لكلّ من البائع والمشتري عندنا).
يعني ضمان شخص ثالث عن البائع للمشتري عهدة الثمن إذا خرج المبيع مستحقاً للغير، أو ضمانه عن المشتري للبائع عهدة المبيع إذا خرج الثمن مستحقاً للغير. وأورد عليه المحقق النائيني^٤، وتبعه غيره بأنّ هذا ليس نظيراً للمقام، إذ مع بقاء المضمون وعدم الامتناع، ليس المكلف بالردّ والضامن إلّا المضمون عنه، ومع التلف أو الامتناع لا تشتغل إلّا ذمّة الضامن.

وفيه: إنّه في صورة البقاء، للمشتري الرجوع إلى الضامن، كما له الرجوع إلى المضمون عنه لتحصيل ماله وذلك بمقتضى دليل ثبوت الضمان وتحققه، كما أنّه في صورة التلف له الرجوع إلى المضمون عنه لحصول التلف تحت يده.

وبعبارة أخرى: بمقتضى^(١) على اليد - وفي خصوص باب الدين - نلتزم بأنّه لا يرجع إلى المضمون عنه للأدلة الخاصّة الآتية في محلّها غير الشاملة للمقام.

٢. قوله: (وضمنان الأعيان المضمونه).

الكلام في ضمان الأعيان المضمونة - كما لو ضمن عن المستعير في العارية المضمونة، أو ضمن في مورد الغصب أو المقبوض بالعقد الفاسد - هو الكلام في ضمان عهدة العوضين إشكالاً وجواباً.

٣. قوله: (وضمنان الاثنین لواحد).

أورد عليه المحقق النائيني^٥: بأنّه لا يصحّ ضمان الاثنین عن الواحد بنحو الاستقلال

(١) المستدرک باب ١ من کتاب الغصب حدیث ٤ نقلاً عن عوالي اللئالی وتفسیر الرازی.

وأما حال بعضهم بالنسبة إلى بعض^١، فلا ريب في أنّ اللاحق إذا رجع إليه لا يرجع إلى السابق، ما لم يكن السابق موجباً لإيقاعه في خطر الضمان. كما لا ريب في أنّ السابق إذا رجع 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. فنقول: إنّ الوجه في رجوعه، هو أنّ السابق اشتغلت ذمته بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال في يد اللاحق، فقد ضمن شيئاً له بدل^٢، فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل، إذ لا يعقل ضمان المبدل معيناً من دون البدل، وإلا خرج بدله عن كونه بدلاً، فما يدفعه الثاني فإنما هو تدارك لما استقرّ تداركه في ذمة الأول، بخلاف ما يدفعه الأول، فإنه تدارك نفس العين معيناً إذ لم يحدث له تدارك آخر بعد، فإن أذاه إلى المالك سقط تدارك الأول له، ولا يجوز دفعه إلى الأول قبل دفع الأول إلى المالك، لأنّه 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 أنّه لا يستحقّ الدفّع إليه إلا بعد الأداء.

لعدم معقوليته، ولكن حيث عرفت إمكان ذلك ثبوتاً، فلا محذور في الالتزام به بعد شمول أدلة صحة الضمان له.

١. قوله: (وأما حال بعضهم بالنسبة إلى بعض).

المقام الثاني: في حكم كلّ واحد منهم بالإضافة إلى الآخر.

ومحصّل الإشكال في المقام: أنّ الأصحاب حكموا في صورة توارد الأيدي أنّه لو تلفت العين، يكون قرار الضمان على من تلفت العين في يده، ولو رجع المالك إلى السابق يرجع هو إلى اللاحق، ولا يرجع اللاحق إلى السابق إلا إذا كان هناك غرور، فإنّ المغرور يرجع إلى من غره، مع اشتراكهما في سبب الضمان، ووحدة نسبة على اليد إليهما.

وأجابوا عن ذلك بأجوبة:

٢. الأول: ما أفاده المصنّف رحمته: وحاصله أنّ السابق بمجرد وضع يده يصبح ضامناً،

والحاصل: إنَّ من تلف المال في يده ضامن لأحد الشَّخصين على البديل، من المالك ومن سبقه في اليد، ويشتغل ذمته إمَّا بتدارك العين وأمَّا بتدارك ما تداركها، وهذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البديل، كما كان في الأيدي المتعاقبة اشتغال ذمة أشخاص على البديل بشيء واحد لشخص واحد.
وربمَّا يقال^١ في وجه رجوع غير من تلف المال في يده لو رجوع عليه:

بحيث يكون بدل العين على تقدير التلف على ذي اليد، فتصير العين بذلك مضمونة بالقوَّة، ومتحيِّنة بهذه الحيثيَّة، فيد اللاحق واردة على عين لها بدل، فضمامها ضمان عين لها بدل، ومرجع ذلك إلى ضمان العين وبدلها على سبيل البديل، إذ لو كان الضمان لخصوص العين خرج البديل عن كونه بدلاً.

وبهذا التقريب تندفع جملة من الإشكالات التي أوردها بعض المحسِّين.
منها: أنَّه ما الوجه في ضمان البديل، مع أنَّه لم يدلَّ دليل عليه، إذ قد عرفت أنَّ ضمانه مقتضى البدليَّة.

ومنها: أنَّ لازمه جواز رجوع السابق إلى اللاحق قبل دفع البديل، إذ البديل طولي لا عرضي.

ولكن ترد عليه أمور:

الأوَّل: أنَّ الضمان عبارة عن كون العين في العهدة حتَّى بعد التلف - كما تقدَّم تحقيقه - فلا يكون لها بدل.

الثاني: إنَّ الانتقال إلى البديل - على القول به - ليس قبل التلف بل من حينه، وفي ذلك الحين تشتغل جميع الذمم بالبديل في عرض واحد بلا سبق ولحوق.

الثالث: إنَّ لازم ما ذكره أنَّه لو دفع العين من اللاحق إلى السابق بعد أخذه منه وتلفت عنده، له الرجوع إلى اللاحق، إذ اللاحق اشتغلت ذمته بما له بدل، وبعد عود المال إلى السابق لا يصبح ضامناً لشيء لضمامه قبله.

١. قوله: (ربما يقال في وجه رجوع غير من تلف المال في يده).

القائل هو صاحب «الجواهر»، وعبارته منقولة في المتن.

إنّ ذمّة من تلف في يده - لو رجع عليه - مشغولة للمالك بالبدل^١، وإن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغل ذمّته به، فيملك حينئذٍ من أدّى بأدائه ما للمالك في ذمّته بالمعاوضة الشرعيّة القهرية، قال: (وبذلك اتّضح الفرق بين من تلف المال في يده، وبين غيره الذي خطابه بالأداء شرعي لا ذمي، إذ لا دليل على شغل ذمم متعدّدة بمال واحد، فحينئذٍ يرجع عليه ولا يرجع هو)، انتهى.

وأنت خبير بأنّه 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

١. الثاني: ما عن صاحب «الجواهر»^٢ وهو: إنّ من تلف العين تحت يده ذمّته مشغولة للمالك بالبدل، وإن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغلت ذمّته به، فيملك حينئذٍ من أدّى بأدائه ما للمالك في ذمّته بالمعاوضة القهرية الشرعيّة. وفيه: إنّ هذا يبتني على ما اختاره من عدم معقوليّة اشتغال ذمّتين بمال واحد، وقد عرفت ضعف المبني.

الثالث: ما عن السيّد الفقيه^٣، وهو إنّ العين التالفة تكون باقية على ملك مالكيها، ولذا يصحّ الصلح عليها، واحتسابها خمساً أو زكاة، وما يدفعه السابق إلى المالك يكون عوضاً عنها، ومقتضى العوضيّة خروج العين التالفة عن ملك مالكيها، وصيرورتها ملكاً للدافع، فيكون هو مثل المالك في جواز الرجوع إلى اللاحقين.

ثمّ أورد على نفسه: بأنّ لازم ذلك جواز رجوع اللاحق إلى السابق أيضاً، لأنّ المفروض قيامه مقام المالك.

وأجاب عنه: بأنّ الوجه في عدم جواز رجوعه إليه، أنّه السبب في ضمان السابق، بمعنى استقرار العوض في ذمّته.

وفيه: ما تقدّم من أنّ السببيّة بهذا المعنى ليست أحد موجبات الضمان، وعليه فلا فرق بين السابق واللاحق، مع أنّ ما يدفعه الدافع إلى المالك إنّما يكون غرامةً وبدلاً عن ماله، من جهة أنّ ماليّة العين تلفت، فمقتضى الترخيم أن يحفظ ماليّتها بدفع مال،

السواء. والمفروض أنه لا خطاب بالنسبة إليهما غيره، مع أنه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالأداء^١ والخطاب الذمي، مع أنه لا يكاد يعرف خلاف من أحد في كون كل من ذوي الأيدي مشغول الذمة بالمال فعلاً ما لم يسقط بأداء أحدهم أو أبراً المالك، نظير الاشتغال بغيره من الديون في إجباره على الدفع أو الدفع عنه من ماله، وتقديمه على الوصايا والضرب فيه مع الغرماء ومصالحة المالك عنه مع آخر، إلى غير ذلك من

ولا يكون بدل ملك عن ملك.

وبعبارة أخرى: لا يكون بدلاً عن العين في الملكية كي يتوقف على تبديل إضافة الملكية من الطرفين.

الرابع: ما استند إليه جماعة منهم المحقق الخراساني^٢ على اختلاف بينهم في التعبير، وحاصله: أنه في باب التبريمات المتبع هو الطريقة العرفية الممضاة شرعاً، ومن المعلوم لمن راجع العرف والعقلاء أنهم يفرقون بين دخول العين في العهدة ابتداءً، ودخولها في العهدة بعدما كانت داخلة في عهدة أخرى، ويرون أنه على الأول أداء بدل العين، وعلى الثاني أداء بدل العين للمالك، وبدل ما يؤديه السابق له على البديل. فمقتضى الأول الخروج عن عهدة العين، ومقتضى الثاني الخروج عن عهدة العين، وعن عهدة عهدتها.

والظاهر هذا أحسن ما يمكن أن يقال في وجه جواز الرجوع. نعم، لا بد من تقييده بما إذا لم تكن يد اللاحق مجانية وغير معاوضية، وإلا فليس بناء من العقلاء على الرجوع، مثلاً لو غصب زيد من عمرو شيئاً فوهبه لبكر ثم تلف تحت يده، لو رجع المالك إلى الغاصب ليس له الرجوع إلى بكر، وهو واضح.

١. قوله: (مع أنه لا يكاد يفهم الفرق بينما ذكره من الخطاب بالأداء والخطاب الذمي).

هذا الإيراد مبني على مسلك المصنف^٣ من انتزاعية الأحكام الوضعية عن الأحكام التكليفية، وأما على المسلك الآخر فالفرق بينهما واضح.

اللهم إلا أن يقال: إن نظره الشريف إلى عدم الفرق بينهما من هذه الجهة، ليصح رجوع

أحكام ما في الذمّة، مع أنّ تملك 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 التّدارك بعد تحقّق التّدارك، مع أنّ اللّازم ممّا ذكره أن لا يرجع الغارم بمن 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 استردادها، فيردّ بدل الحيلولة ولا يرتفع سلطنة المالك على مطالبة الأوّل بمجرد تمكّنه من الاسترداد من الثاني^٢، لأنّ عهدها على الأوّل، فيجب عليه تحصيلها، وإن بذل ما بذل، نعم ليس للمالك أخذ مؤونة الاسترداد ليباشر بنفسه^٣.

من وجّه إليه الخطاب التكليفي إلى من وجّه إليه الخطاب الوضعي، ولا يصحّ رجوع صاحبه إليه، ومقتضى القاعدة عدم جواز رجوع كلّ منهما إلى الآخر.

١. قوله: (غرم للمالك بدل الحيلولة، وللمالك استردادها فيردّ بدل الحيلولة).

قد تقدّم الكلام في بدل الحيلولة في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد، فراجع ما حقّقناه.

٢. قوله: (ولا يرتفع سلطنة المالك على مطالبة الأوّل بمجرد تمكّنه من الاسترداد).

والوجه فيه: أنّ كلّ واحد ممّن وضع يده على المال، يكون ضامناً، ويجب عليه أدائه إلى صاحبه، وتمكّن المالك من الاسترداد من الثاني لا يسقط وجوب الردّ عن الأوّل.

٣. قوله: (نعم ليس للمالك أخذ مؤونة الاسترداد ليباشر بنفسه).

أقول: الحقّ هو التفصيل بين ما إذا لزم من مباشرة غير المالك التصرف في المال، وبين ما إذا لم يلزم منها ذلك، فللمالك أخذ مؤونة الاسترداد ليباشر بنفسه في الأوّل

ولو لم يقدر على استردادها إلا المالك، وطلب من الأول عوضاً عن الاسترداد^١، فهل يجب عليه بذل العوض، أو ينزل منزلة التعذر فيغرم بدل الحيلولة، أو يفرق بين الأجرة المتعارفة للاسترداد، وبين الزائد عليها مما يعدّ إجحافاً 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 أنّ الاهتمام بها دعاني إلى ذكرها في هذا المقام بأدنى مناسبة، اغتناماً للفرصة، وفقنا الله لما يرضيه عنا من العلم والعمل إنّه غفار الزلل.

مسألة: لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه، فعلى القول ببطلان الفضولي، فالظاهر أنّ حكمه حكم بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله، والحكم فيه الصحة لظهور الإجماع، بل دعواه عن غير واحد، مضافاً إلى صححة الصفار المتقدمة في أدلة بطلان

دون الثاني :

فإنّه في الأول للمالك أن يمنع من التصرف في ماله، ولا سبيل إلى أن يقال إنّ وجوب ردّ مال الغير أهمّ من حرمة التصرف فيه فيقدم عليها، فإنّ ذلك فيما إذا كان ذلك مقدّمة منحصرة، لا في مثل المقام الذي يمكن الردّ بغير التصرف. وفي الثاني لا وجه لإلزامه الغاصب بالردّ بطريق مخصوص، بل هو مختار في ذلك.

١. قوله: (ولو لم يقدر على استردادها إلا المالك... وجوه).

الحقّ أنّ الأوجه هو الأخير، فإنّه إذا كانت الأجرة هي المتعارفة للاسترداد، نفس دليل وجوب الردّ يكفي في الدلالة على وجوب بذل الأجرة لكونه مقدّمة للردّ الواجب.

وأما إذا كانت زائدة عن ما تعارف أخذه للاسترداد، فلا يجب البذل، لعموم لا ضرر، وتام الكلام في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد.

الفضولي من قوله عليه السلام: «لا يجوز بيع ما لا يملك، وقد وجب الشراء فيما يملك»، ولما ذكرنا قال به من قال ببطلان الفضولي، كالشيخ وابن زهرة والحلي وغيرهم. نعم، لولا النض والإجماع أمكن الخدشة فيه بما سيجىء في بيع ما يملك وما لا يملك.

وأما على القول بصحة الفضولي، فلا ينبغي الرّيب في الصحة مع الإجازة^(١)، بل وكذا مع الرّد، فإنّه: (كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك، غاية الأمر ثبوت الخيار حينئذٍ للمشتري مع جهله بالحال عند علمائنا)، كما عن «التذكرة»، وسيجيء في أقسام الخيار.

بل عن الشيخ في «الخلافة» تقوية ثبوت الخيار للبائع، لكن عن «الغنية» الجزم بعدمه، ويؤيده صحيحة الصقّار.

بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره

١. قوله: (وأما على القول بصحة الفضولي، فلا ينبغي الرّيب في الصحة مع الإجازة). ما أفاده المصنّف من أنه لا ريب في الصحة على القول بالصحة في بيع الفضولي، والحكم بظهور الصحة على القول ببطلانه، قابل للمناقشة:

فإنّ جميع ما ذكر وجهاً للبطلان، تجري على القول بصحة بيع الفضولي. نعم، على القول بصحته، وكون الإجازة كاشفة بنحو الشرط المتأخّر وتحققها، لا يجري شيء من تلك الوجوه كما ستعرف.

وكيف كان، فيشهد للصحة في المملوك على جميع التقادير - مضافاً إلى الإجماع -: صحيح الصقّار عن أبي محمّد العسكري عليه السلام: «لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك»^(١).

بل العمومات الدالّة على صحة العقود كالأية الشريفة^(٢) تدلّ على الصحة فيه.

وقد ذكروا في وجه عدم الشمول أموراً:

منها: أنّ البيع أمر واحد بسيط، فأما أن يكون هذا الواحد مشمولاً للعمومات، فلازمه الصحة في جميع أجزاء المبيع، أو لا يكون مشمولاً لها، فلازمه البطلان في الجميع.

(١) الوسائل - باب ٢ - من أبواب عقد البيع وشروطه. (٢) المائدة آية ٢.

وربما حمل كلام الشَّيخ على ما إذا ادَّعى البائع الجهل أو الإذن، وكلام «الغنية» على العالم. ثمَّ إنَّ صحَّة البيع فيما يملكه مع الرَّد، مقيد في بعض الكلمات بما إذا لم يتولَّد من عدم الإجازة مانع شرعيّ، كلزوم ربا، وبيع أبق من دون ضميمة. وسيجيء الكلام في محلِّها، ثمَّ إنَّ البيع المذكور صحيح بالنسبة إلى المملوك بحصَّته من الثَّمَن، وموقوف

وعلى التقديرين لا وجه للتفكيك بين الأجزاء صحَّةً وفساداً، وحيث أنه لا يمكن الإلتزام بالأوَّل والألَّا لم خروج المال عن ملك مالكة بلا رضاه، فيتعيَّن البناء على البطلان في الجميع.

وفيه: إنَّ البيع - أيّ الإنشاء - وإن كان واحداً، إلَّا أنَّ ما تضمَّنه من التمليك يكون متعدِّداً حقيقة، لتعدُّد الملكيّة بتعدُّد المملوك، فإذا تعدَّدت الملكيّة يتعدَّد التمليك لا محالة، لأنَّ الإيجاد والوجود متَّحداً حقيقةً، وأحد التملكيين يكون مشمولاً للعمومات، وهو ما تعلق بماله دون الآخر، فيصحُّ هو دون صاحبه.

وإن شئت قلت: إنَّ الإنشاء واحد صورةً ومنحلٌّ إلى إنشآت متعدِّدة حسب ما للمنشأ من الأفراد.

ومما يشهد للإحلال: - مضافاً إلى ظهوره على ما عرفت - أنه لو انضمَّ إلى ما يصحُّ بيعه بعض ما نهى الشارع عن بيعه، وباعهما بإنشاء واحد، لم يتوهَّم أحد صحَّة هذا البيع مستنداً إلى أنَّ دليل النهي لا يشمل مثل هذا البيع، لعدم كونه متعلِّقاً به استقلالاً، فإنَّ المتعلِّق هو المجموع من حيث المجموع، مع أنَّ لازم هذا الوجه ذلك.

ومنها: أنَّ البائع لم يرض بانتقال ماله منفرداً، فإنَّه رضي بانتقاله منضمّاً إلى مال غيره، وقد خصَّصت العمومات بما دلَّ على اعتبار الرضا في صحَّة البيع.

وفيه: إنَّ البائع قد رضي بانتقال ماله وانتقال مال غيره، فكُلُّ منهما متعلِّق للرضا، فانتقال ماله يكون عن رضا، وغاية ما هناك عدم انتقال مال غيره برضاه، لا انتقال ماله بلا رضاه، مع أنَّه أخصَّ من المدَّعى، إذ ربما يكون راضياً بانتقاله منفرداً أيضاً.

ومنها: أنَّه يلزم من الصحَّة عدم تبعيَّة العقد للقصد، إذ ما قصد هو المجموع،

في غيره بحصته، وطريق معرفة حصّة كلّ منهما^١ من الثمن في غير المثلي، أن يقوم كلّ منهما منفرداً، فيؤخذ لكلّ واحد جزء من الثمن، نسبته إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين^٢.

مثاله: - كما عن «السراير» - ما إذا كان ثمنها ثلث دنانير، وقيل إن قيمة المملوك قيراط وقيمة غيره قيراطان، فيرجع المشتري بثلثي الثمن.

وما ذكرنا من الطريق هو المصرح به في «الإرشاد» حيث قال: (ويقسط المسمّى على القيمتين). ولعله أيضاً مرجع ما في «الشرايع» و«القواعد» و«اللّمة» من أنّهما يقومان جميعاً، ثمّ يقوم أحدهما. ولذا فسّر بهذه العبارة المحقق الثاني عبارة «الإرشاد» حيث قال: (طريق تقسيط المسمّى على القيمتين... الخ).

لكنّ الإنصاف أنّ هذه العبارة الموجودة في هذه الكتب، لا تنطبق بظاهرها على عبارة «الإرشاد»، التي اخترناها في طريق التقسيط، واستظهرناه من «السراير»، إذ لو كان المراد من تقويهما معاً تقويم كلّ منهما لا تقويم المجموع، لم يحتجّ إلى قولهم: (ثمّ يقوم أحدهما ثمّ تنسب قيمته) إذ ليس هنا إلا أمران تقويم كلّ منهما أو نسبة قيمته إلى مجموع القيمتين.

وما وقع غيره.

والجواب: يظهر ممّا ذكرناه في سابقه، فإنّ البائع قاصد لانتقال ماله في ضمن قصده انتقال المجموع.

ومنها: أنّ الثمن الواقع بإزاء الجزء المملوك مجهولٌ، فلا تصحّ المعاملة الواقعة عليه. وفيه: إنّ المتيقّن من دليل اعتبار العلم بالعوضين، اعتبار العلم بما يجعل عوضاً أو معوضاً في الإنشاء، لا اعتبار العلم بما ينفذ فيه البيع شرعاً.

١. وأمّا طريق معرفة حصّة كلّ منهما، فلا إشكال فيما لو عيّن حصّة كلّ منهما، كما لو لاحظ البائع والمشتري وقوع حصّة معيّنة من الثمن بإزاء كلّ جزء من المثلين. إنّما الكلام فيما لو لم يلاحظ ذلك، وأوقعا العقد على المجموع، من ناحية معرفة الحصّة والتقسيط. ولهم في ذلك مسالك.

٢. الأوّل: ما اختاره المصنّف^{رحمته} وفاقاً لغيره، وهو أنّه يقوم كلّ واحد منهما منفرداً، فيؤخذ لكلّ واحد جزء من الثمن، نسبته إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين، فإذا

فالظاهر إرادة قيمتهما مجتمعين ثم تقويم أحدهما بنفسه، ثم ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع^١. ومن هنا أنكر عليهم جماعة تبعاً لجامع المقاصد إطلاق القول بذلك، إذ لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل في زيادة القيمة^٢، كما في مصراعي باب، وزوج خف، إذا فرض تقويم المجموع بعشرة وتقويم أحدهما بدرهمين، وكان الثمن خمسة، فإنه إذا رجع المشتري بجزء من الثمن نسبته إليه كنسبة الاثنین إلى العشرة، استحق من البائع واحداً من الخمسة، فيبقى للبائع أربعة في مقابل المصراع الواحد، مع أنه لم يستحق من الثمن إلا مقداراً من الثمن مساوياً لما يقابل المصراع الآخر، أعني درهمين ونصفاً.

كان الثمن عشرة، وكانت قيمة مال نفسه أربعة، وقيمة مال غيره اثنتين، يرجع المشتري بثلث الثمن. إذ نسبة قيمة مال غيره إلى مجموع القيمتين هي ذلك. وسيمر عليك ما يرد عليه.

١. الثاني: ما عن المشهور، وهو أنه يقوم مجموع المالبين، ثم يقوم مال غيره، ثم تنسب قيمته إلى قيمة المجموع، فيؤخذ بتلك النسبة، فإذا كانت قيمة مصراعي الباب عشرة، وكانت قيمة أحدهما اثنتين، يرجع المشتري بخمس الثمن. ولكن يرد عليه: ما أفاده المصنف بقوله :

٢. (إذ لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل في زيادة القيمة) كما في مصراعي الباب، وزوج خف، إذا فرض تقويم المجموع بعشرة، وتقويم أحدهما بدرهمين، وكان الثمن خمسة، فإن لازم هذا القول رجوع المشتري بخمس الثمن، فيبقى للبائع أربعة في مقابل مصراع واحد، مع أنه لم يجعل في المعاملة في مقابله إلا نصف الثمن.

ويرد على الأول: هذا المحذور بعينه في صور الاختلاف، فإنه في مثال الجارية وابنتها إذا باعهما بعشرة، وكانت قيمة الجارية في حال الإنفراد ستة، وفي حال الإنضمام أربعة، وقيمة ابنتها بالعكس، فإذا كانت البنت لغير البائع، فإن لازم ما اختاره الشيخ رحمته الله رجوع المشتري إلى البائع بخمسين من الثمن، مع أنه إنما جعل من الثمن بإزائها ثلاثة أخماس.

والحاصل: إنَّ البيع إنَّما يبطل في ملك الغير بحصّة من الثمن يستحقّها الغير مع الإجازة، ويصحّ في نصيب المالك بحصّة كان يأخذها مع إجازة المالك الجزء الآخر. هذا ولكن الظاهر أنّ كلام الجماعة إمّا محمول على الغالب من عدم زيادة القيمة ولا نقصانها بالاجتماع، أو مرادهم من تقويمهما كلّ منهما منفرداً، ويراد من تقويم أحدهما ثانياً ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين، وإلا ففساد الضابط المذكور في كلامهم لا يحتاج إلى النقص، بصورة مدخليّة الاجتماع في الزيادة التي يمكن القول فيها، وإن كان ضعيفاً بأخذ النسبة للمشتري بين قيمة أحدهما المنفرد، وبين قيمة المجموع، بل

وعليه، فالمتعيّن هو القول الثالث، وهو الذي اختاره جمع من الأساطين، وهو إنّه يقوم كلّ واحد منفرداً، لكن بملاحظة حال الإنضمام، فيؤخذ لكلّ واحد جزءاً من الثمن نسبته إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين.

وذلك يظهر ببيان أمور:

الأمر الأول: إنّ الهيئة الاجتماعيّة ربما لا تكون موجبة لازدياد القيمة ولا لنقصانها، وربما تكون موجبة لأحدهما.

وعلى الثاني تارة تكون موجبة للازدیاد من الطرفين بالسويّة كما في مصراعي الباب. وأخرى تكون موجبة له بالاختلاف كما لو كان قيمة أحدهما مع الإنضمام خمسة ولا معه أربعة، وكان قيمة الآخر معه ستّة ولا معه ثلاثة. وثالثة تكون موجبة للنقصان من الطرفين بالسوية. ورابعة تكون موجبة له بالاختلاف. وخامسة: تكون موجبة للزيادة في أحدهما والنقيصة في الآخر، كما لو باع جارية مع ابنتها الصغيرة وفرضنا أنّ قيمة الأم تنقص في صورة ضمّ ابنتها إليها من جهة قيامها بتربيتها، وقيمة الصغيرة تزيد بذلك.

الثاني: إنّ كلّ جزء إنَّما قوبل بجزء من الثمن في حال الإنضمام لا مطلقاً.

الثالث: إنّ الأوصاف لا تقابل بالمال، وتخلّفها يوجب الخيار لا ردّ جزء من الثمن. وبهذه الأمور يظهر أنّ الأظهر هو الثالث.

ينتقض بصورة مدخلية الاجتماع في نقصان القيمة بحيث يكون قيمة أحدهما منفرداً مثل قيمة المجموع أو أزيد، فإن هذا فرض ممكن، كما صرح به في رهن «جامع المقاصد» وغيره، فإن الالتزام هنا بالنسبة المذكورة، يوجب الجمع بين الثمن والمثمن، كما لو باع جارية مع أمها قيمتهما مجتمعتين عشرة، وقيمة كل واحدة منهما منفردة عشرة بثمانية، فإن نسبة 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 إذا بذل الثمن في مقابل كل منهما مقيداً باجتماعه مع الآخر، وهذا الوصف لم يبق له مع رد مالك أحدهما، فالبائع إنما يستحق من الثمن ما يوزع على ماله منفرداً، فله من الثمن جزء نسبته 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 أشد ظلاماً، كما نبه عليه في بعض حواشي «الروضة»، فالأزم أن يقسط الثمن على قيمة كل من الملكين منفرداً، وعلى هيئته الاجتماعية، ويعطي البائع من الثمن بنسبة قيمة ملكه منفرداً، ويبقى للمشتري بنسبة قيمة ملك الآخر منفرداً، وقيمة هيئته الاجتماعية.

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 متعددين في الوجود، كعبد وجارية، أو متحداً كعبد ثلثه للبائع وثلثاه لغيره، فإنه لا يوزع الثمن على قيمة المجموع أثلاثاً، لأن الثلث لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان، لكونه أقل رغبة منه، بل يلاحظ قيمة الثلث وقيمة الثلثين، ويؤخذ النسبة منهما، ليؤخذ من الثمن بتلك النسبة، هذا كله في القيمي.

أما المبيع المثلي: فإن كانت الحصّة مشاعاً، فسَطَ الثَّمَنُ^١ على نفس المبيع، فيقابل كلّ من حصتي البائع والأجنبي بما يخصّه، وإن كانت حصّة كلّ منهما معيّنة كان الحكم كما في القيمي^٢، من ملاحظة قيمتي الحصّتين، وتقسيط الثَّمَن على المجموع، فافهم. مسألة: لو باع من له نصف الدّار نصف تلك الدّار فإن علم أنّه أراد نصفه، أو نصف الغير عمل به، وإلا فإن علم أنّه لم يقصد بقوله: (بعتك نصف الدّار) إلا مفهوم هذا اللفظ، ففيه احتمالان:

حمله على نصفه المملوك له، وحمله على النّصف المشارع بينه وبين الأجنبي^٣.

١. قوله: (أما البيع المثلي فإن كانت الحصّة مشاعاً فسَطَ الثمن على نفس البيع). ما أفاده المصنّف رحمته يتمّ على ما اخترناه في طريق تقسيط الثمن، ولا يتمّ على مسلكه، فإنّه قد يتفاوت الحصّتان، كما لو كانت حصّة أحدهما تسعة أمانان وحصّة الآخر ممناً واحداً، ويكون الاختلاف في القيمة في صورتها الانضمام والانفراد في الحصّة الأولى قليلاً وفي الثانية أزيد كما لا يخفى.

٢. قوله: (وإن كانت حصّة كلّ منهما معيّنة، كان الحكم كما في القيمي). أورد عليه المحقّق النائبي رحمته: بأنّه يمكن أن يكون المثلي مفروزاً، ويكون مع ذلك كلّ من النصيبين من كومة واحدة وصبرة خاصّة، فيجب أن يقابل كلّ من الحصّتين بما يخصّه من الثمن، فيكون كالمثلي المشاع لا كالقيمي. وفيه: أنّه كما يتصوّر ذلك يتصوّر الاختلاف، فلا بدّ من بيان ما يفيد في جميع الصور، وهو ما أفاده المصنّف رحمته.

بيع نصف الدار

بقي الكلام هنا في مسالتين:

٣. إحداهما: ما لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار.

وقبل الشروع في البحث فيها لابدّ من تقديم مقدّمتين:

المقدّمة الأولى: في بيان الكسر المشاع، وعن كفيّة الشركة الحاصلة في المبيع؟

والعمدة فيه مسلّكان:

أحدهما: ما هو المنسوب إلى المشهور، وهو أن معنى الشركة على الإشاعة أن كل جزء يفرض في الجسم، فكل واحد من الشريكين المساويين مالك لنصف هذا الجزء. ثانيهما: أن كل واحد منهما مالك لتمام المملوك، وإنما الملكية تكون ضعيفة وناقصة، فالأخوان الوارثان لأبيهما هما معاً بالإضافة إلى المال كأبيهما، وطرف إضافة الملكية هما مجتمعاً، وكل منهما مالك لجميع المال، ولكن بالملكية الناقصة لا التامة. وقد استدلل للأول: بأن المشهور بين المتكلمين وبعض الحكماء قبل الإسلام أن مادة الجسم المطلق هي الأجزاء التي لا تقبل القسمة لا خارجاً ولا ذهنياً، ويسمى كل جزء من هذه الأجزاء بالجواهر الفرد والجزء الذي لا يتجزأ.

ولكن بطلان هذه المقالة - كبطلان مقالة النظام حيث ذهب إلى أن الجسم مؤلف من أجزاء غير متناهية - في عصرنا من أوضح البديهيّات، لأن كل ما يشار إليه بالإشارة الحسيّة، لا بدّ وأن يكون ما يحاذي منه جهة الفوق غير ما يحاذي منه جهة الأسفل، وكذا باقي الجهات، فلا محيص من أن يكون منقسماً، وإن لم يكن لنا آلة لتقسيمه.

مضافاً إلى ما برهنوا عليه من لزوم تفكك الرحي ونفي الدائرة. وعليه فكل جزء يفرض في الجسم لكل واحد من الشريكين، مالك لنصف ذلك الجزء.

وفيه: إن هذا البرهان لو تمّ لاقتضى إمكان ذلك، لا كون ما في الخارج كذلك، والأرجح في النظر هو الثاني، وذلك لأنّه مضافاً إلى أنّه المناسب للفهم والوجدان، وملائم مع الطبع، يشهد له وجهان:

أحدهما: أنّه لا إشكال في أن الشيء الخارجي الذي يكون ملكاً ومالاً لو قسّم ربما يصل إلى حدّ يسقط عن الماليّة والملكيّة لو نصّف، فعلى هذا لو خلف الميّت شيئاً له الماليّة وكان ورثته متعدّدين، لو قسّم ذلك بحسب تعدّدهم، لا يكون كل جزء منه ملكاً، يلزم البناء على عدم كونه ملكاً لأحد، وهو كما ترى.

الثاني: أنّ المملوك المشترك ربما يكون من الأعراض والأفعال والأعمال غير القابلة للقسمة لبساطتها، كالصلاة ورفع الحجر من الأرض ونحو ذلك، ولا معنى للإلتزام بالملكيّة بالمعنى الأوّل في هذه الموارد، فلا مناص عن البناء على ما اخترناه، وهذه آية قطعيّة عليه.

وأضف إلى ذلك كلّ، عدم معقوليّة المعنى الأوّل، فإنّ كلّ ما في الخارج يكون معيّناً، ولا معنى لوجود شيء في الخارج غير معيّن في الواقع، وحيث أنّ الكسر المشاع بذلك المعنى غير معيّن فلا يمكن الإلتزام به.

فتحصّل ممّا ذكرناه: أنّ معنى الملكيّة المشاعة، هو مالكيّة الشركاء، كلّ منهم لجميع المال بالملكيّة الضعيفة، ونظيره في التكوينيّات رفع جماعة حجراً واحداً، حيث أنّ الرفع يستند إلى مجموعهم. فعلى هذا معنى بيع نصف الدار بيعه بتمامه بإعطاء الملكيّة الناقصة، وهذه مسامحة شائعة في التعبير.

المقدّمة الثانية: في تعيين محلّ النزاع والبحث.

أقول: لا خلاف ولا إشكال فيما لو علم بأنّه أراد من النصف شيئاً معيّناً من نصفه المختصّ به، أو نصف غيره، أو المشاع في الحصّتين، وإنّما الكلام في موردين: الأوّل: ما لو علم أنّه قصد شيئاً معيّناً وكان ذلك مشتبهاً وغير معلوم عندنا. الثاني: ما لو علم بأنّه لم يقصد بقوله: (بعتك نصف الدار) إلاّ مفهوم هذا اللفظ. وظاهر الشيخ اختصاص النزاع بالمورد الثاني، وصريح السيّد رحمته اختصاصه بالمورد الأوّل، وذهب المحقّق النائيني رحمته إلى التعميم.

أقول: لا ينبغي التوقّف في كون الأوّل مورد النزاع، ولم يذكر وجه لعدم النزاع فيه، وأمّا ما ذكر في وجه عدم جريان النزاع في المورد الثاني فحاصله: أنّ الظهورات إنّما تكون لتشخيص المرادات، والمفروض أنّه لم يقصد المتكلم خصوصيّة ملكه أو ملك غيره، وإنّما قصد مفهوم النصف الذي مقتضاه ليس إلاّ الإشاعة.

ومنشأ الاحتمالين إما تعارض ظاهر النصف، أعني الحصّة المشاعة في مجموع النصفين^١، مع ظهور انصرافه في مثل المقام من مقامات التصرف إلى نصفه المختص^٢، وإن لم يكن له هذا الظهور في غير المقام، ولذا يحمل الإقرار على الإشاعة كما سيجيء، أو مع ظهور إنشاء البيع في البيع لنفسه^٣، لأنّ مال الغير لا بدّ فيه إما من نية الغير أو اعتقاد كون المال لنفسه، وأمّا 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 وعبده غيره، حيث ادّعى فخر الدين الإجماع على انصرافه إلى عبده، ففاس عليه ما نحن فيه، إذ ليس للفظ المبيع هنا ظهور في عبد الغير، فبقى ظهور البيع في وقوعه لنفس البائع، وانصراف لفظ المبيع في مقام التصرف إلى مال المتصرف سليمين عن المعارض، فيفسّر بهما

فيرد عليه: أنّ المراد من أنّه لم يقصد إلاّ مفهوم هذا اللفظ، ليس خلوّ الكلام عن المراد الجدّي، بل المراد أنّه إنّما قصد مفهوم هذا اللفظ، وتعلّقت إرادته الجدّية به هكذا، أيّ بما يقتضيه ظهور هذا الكلام ولو بلحاظ المقام مع خلوّه عن الإرادة التفصيليّة.

وعلى هذا فيقع الكلام في موردين:

الأوّل: فيما إذا لم يقصد إلاّ مفهوم هذا اللفظ.

الثاني: فيما إذا قصد معيّناً غير معلوم لنا.

وحيث أنّ المدرك وكذلك المختار في الموردين واحد، فلا حاجة إلى البحث في كلّ من الموردين مستقلاً.

١. وكيف كان، فقد ذكر في وجه ظهور الكلام في النصف المشاع بينه وبين الأجنبي، أنّ النصف ظاهر في الحصّة المشاعة في مجموع الحصّتين.

وأورد عليه المصنّف رحمه الله: بأنّ هذا الظهور يعارض مع ظهورين آخرين:

٢. أحدها: ظهور مقام التصرف في إرادة حصّته المختصّة.

٣. ثانيهما: ظهور إنشاء البيع في البيع لنفسه، لأنّ بيع مال الغير يتوقّف على نية الغير، أو كونه له، أو البناء عليه عدواناً، والكلّ خلاف المفروض، وهو من جهة هذا التعارض توقّف في المسألة.

إجمال لفظ المبيع.

ثم إنّه لو كان البائع وكيلاً في بيع النّصف، أو ولياً عن مالكة، فهل هو كالأجنبي؟ وجهان مبنيان على أنّ المعارض لظهور النّصف في المشاع، هو انصراف لفظ المبيع إلى مال البائع في مقام التصرف، أو ظهور التمليك في الأصالة. الأقوى هو الأوّل، لأنّ ظهور التمليك في الأصالة من باب الإطلاق، وظهور النّصف في المشاع وإن كان كذلك أيضاً، إلا أنّ ظهور المقيّد وارد على ظهور المطلق. وما ذكره الشّهيد الثاني من عدم قصد الفضولي إلى مدلول اللفظ، وإن كان مرجعه إلى ظهور وارد على ظهور المقيّد، إلا أنّه مختصّ بالفضولي، لأنّ القصد الحقيقيّ موجود في الوكيل والوليّ، فالأقوى فيهما الإشتراك في المبيع تحكيماً لظاهر النّصف، إلا أن يمنع ظهور النّصف إلا في النّصف المشاع في المجموع^١. وأمّا ملاحظة حقّي المالكين، وإرادة الإشاعة في الكلّ من حيث أنّه مجموعهما فغير معلومة، بل معلوم العدم بالفرض.

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

وفيه: إنّه لم نسلم ظهور النصف في المشاع بين الحصّتين، ولم نلتزم بما أفاده المصنّف^٢ في أثناء كلامه من أنّه ظاهر في نفس المشاع لا في المشاع بين الحصّتين، بقوله:

١. (إلا أن يمنع ظهور النصف إلا في النصف المشاع في المجموع).

لأنّه لا ريب في أنّه ظهور إطلاقيّ ناشٍ عن انتفاء ما يوجب التعيين، فظهور مقام التصرف في إرادة حصّته المختصّة يمنع عن انعقاده، فالأظهر الحمل على نصفه المختصّ.

اللّهمّ إلا أن يُقال: كلّ منهما يصلح للمنع عن انعقاد الآخر، فلولا الوجه الأوّل، كان المتعيّن التوقّف.

ولعلّه لما ذكرنا ذكر جماعة - كالفاضلين والشهيديين وغيرهم - : (لو أنّه أصدق المرأة عيناً فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق^١، استحقّ الزوج بالطلاق النصف الباقي، لا نصف الباقي وقيمة نصف الموهوب). وإنّ ذكرنا ذلك احتمالاً، وليس إلا من جهة صدق النصف على الباقي، فيدخل في قوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾. وإن كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم بأنّه لما كان الربع الباقي للمرأة من الموجود مثلاً للربع التالف من الزوج، ومساوياً له من جميع الجهات، بل لا تغاير بينهما إلا بالاعتبار، فلا وجه لاعتبار القيمة، نظير ما لو دفع المقرض نفس العين المقرضة، مع كونها قيمية.

لكنّ الظاهر أنّهم لم يريدوا هذا الوجه، وأنّهم علّوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقّه، فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام.

١. قوله: (ذكر جماعة أنّه لو أصدق المرأة عيناً فوهبت نصفها، استحقّ الزوج النصف الباقي).

أقول: إن بنينا على أنّ المرأة تملك بالعقد نصف المهر، وبالدخول تملك نصفه الآخر، تكون هذه المسألة بعينها مسألتنا؛ لأنّ محلّ البحث في المقام لا يكون خصوص البيع، فالوجه في حكمهم استحقاق الزوج بالطلاق النصف الباقي هو ما ذكرناه.

وأما إن قلنا بأنّها تملك تمام المهر، وبالطلاق قبل الدخول يرجع نصفه إلى الزوج، فهي أجنبيّة عن المقام.

فإنّ المرأة حين ما وهبت النصف، كانت مالكة لجميع المال، والطلاق ليس إنشاء لردّ النصف كي يجري فيه هذا النزاع، فتدبر.

اللهمّ إلا أن يُقال: إنّ ما ذكره المصنّف رحمته الذي أشار إليه هنا، هو عدم التنافي بين ظهور النصف في الإشاعة وحمله على نصفه المختصّ، من باب أنّه من ملك كلياً ملك مصداقه.

فما ذكروه في صداق المرأة نظير للمقام من هذه الجهة، فإنّ حكم الشارع الأقدس برّد نصف المهر في قوّة تمليك الزوجة نصفه للزوج، فيكون من باب أنّه من ملك كلياً ملك مصداقه، إذ المرأة مالكة لمصداق النصف، فيكون نظير للمقام.

ونظيره في ظهور المنافاة لما هنا، ما ذكروه في باب الصلح^١، من أنه إذا أقر من بيده المال لأحد المدعيين للمال بسبب موجب للشركة كالإرث، فصالحه المقر له على ذلك النصف، كان النصف مشاعاً في نصيبهما، فإن أجاز شريكه نفذ في المجموع وإلا نفذ في الربع، فإن مقتضى ما ذكروه هنا اختصاص المصالح بنصف المقر له، لأنه إن أوقع الصلح على نصفه الذي أقر له به، فهو كما لو صالح نصفه قبل الإقرار، مع غير المقر معه، وإن أوقعه على مطلق النصف المشاع، انصرف أيضاً إلى حصته، فلا وجه لاشتراكه بينه وبين شريكه، ولذا اختار سيّد مشايخنا قدس الله أسرارهم اختصاصه بالمقر له، وفصل في «المسالك» بين ما لو وقع الصلح على نصفه أو مطلق النصف، وبين ما إذا وقع على النصف الذي أقر به ذو اليد، فاختر مذهب المشهور في الثالث، لأن الإقرار منزّل على الإشاعة، وحكم بالإختصاص في الأولين، لاختصاص النصف وضعاً في الأول، وانصراً في الثاني إلى النصف المختص، واعترضه في «مجمع الفائدة» بأن هذا ليس تفصيلاً، بل مورد كلام المشهور هو الثالث، لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقر به. وتام الكلام في محله.

وعلى كل حال، فلا إشكال في أنّ لفظ (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 الزوجين الشريكين الثابت يد كل منهما على نصف العين، بأنّ ثلث العين لفلان، حمل على الثلث المشاع في النصيبين، فلو كذبه الشريك الآخر دفع المقر إلى المقر له نصف ما في يده، لأن المنكر بزعم المقر ظالم للسدس بتصرفه في النصف، لأنه باعتقاده إنّما يستحق الثلث، فالسدس الفاضل في يد المنكر نسبتته إلى المقر والمقر له على حدّ سواء، فإنّه قدر تالف من العين المشتركة، فيوزع الاستحقاق.

ودعوى: أنّ مقتضى الإشاعة تنزيل المقر به على ما في يد كل منهما، فيكون في يد

١. قوله: (ونظيره في ظهور المنافاة لما هنا ما ذكروه في باب الصلح).

وقد أورد عليه: بأنّ الأصحاب في مسألة هبة المرأة نصف صداقها، حملوا النصف على النصف الباقي، وفي باب الصلح ذكروا أنه إذا أقر من بيده المال لأحد المدعيين للمال بسبب موجب للشركة كالإرث، فصالحه المقر له، كان ذلك النصف مشاعاً في نصيبهما، فما ذكره المصنّف^{رحمته} إن كان حمل النصف على النصف المختص لم يكن ما

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 إلا أن يدفع إليه ثلث ما في يده وهو السدس المقرّ به، وقد تلف السدس الآخر بزعم المقرّ على المقرّ له بتكذيب المنكر.

مدفوعة: بأنّ ما في يد الغير ليس عين ماله، فيكون كما لو أقرّ شخص بنصف كلّ من داره ودار غيره، وهو مقدار حصّته المشاعة كحصّة المقرّ وحصّة المقرّ له بزعم المقرّ، إلا أنّه لما لم يجبر المكذب على دفع شيء ممّا في يده، فقد تلف سدس مشاع يوزع على المقرّ والمقرّ له، فلا معنى لحسابه على المقرّ له وحده، إلا على احتمال ضعيف، وهو تعلق الغصب بالمشاع، وصحة تقسيم الغاصب مع الشريك، فيتمخّض ما يأخذه الغاصب للمغصوب منه، وما يأخذه الشريك لنفسه، لكنّه احتمال مضعف في محله وإن قال به أو مال إليه بعض على ما حكى، للخرج أو السيرة.

نعم، يمكن أن يقال بأنّ التلّف في هذا المقام، حاصل بإذن الشّارع للمنكر الغاصب لحقّ المقرّ له باعتقاد المقرّ، والشّارع إنّما أذن له في أخذ ما يأخذه على أنّه من مال المقرّ له، فالشّارع إنّما حسب السدس في يد المنكر على المقرّ له، فلا يحسب منه على المقرّ شيء، وليس هذا كأخذ الغاصب جزءاً معيّناً من المال عدواناً بدون إذن الشّارع حتّى يحسب على كلا الشريكين.

ذكروه في المسألة الأولى منافياً له، وإن كان حمله على النصف المشاع، لم يكن ما ذكروه في المسألة الثانية منافياً له.

وما ذكره المصنّف رحمته في المقام أمران: أحدهما ظهور النصف في نفسه في المشاع، ثانيهما ظهور التصرف وإنشاء البيع في إرادة النصف المختصّ، وفي باب هبة المرأة نصف صداقتها على فرض كونها مالكة لجميع المهر، لا معارض لظهور النصف في المشاع، فحكمهم بالحمل على النصف المختصّ، ينافي هذا الظهور، وفي باب الصلح حيث أنّ المقرّ له يوقع الصلح وينشأه على النصف، فحمله على النصف المشاع ينافي الظهور الثاني، إذ الصلح إنّما يكون كالبيع من هذه الجهة كما لا يخفى.

وبالجملة: ما ذكره رحمته في المقام أمران، وما ذكره في أحد الفرعين ينافي أحدهما، وما ذكره في الآخر ينافي الثاني.

هذا ما يرجع إلى شرح العبارة. وأمّا تنقيح القول في المسألتين وبيان وجه عدم التنافي بين ما ذكره هنا وما ذكره فيهما، فموكولٌ إلى محلّ آخر.

والحاصل: إن أخذ الجزء كان بأذن الشارح، وإنما أذن له على أن يكون من مال المقر له، ولعلّه لذا ذكر الأكثر - بل نسبه في «الإيضاح» إلى الأصحاب في مسألة الإقرار بالنسب، أن أحد الأخوين إذا أقرّ بثالث دفع إليه الرائد عمّا يستحقّه باعتقاده وهو الثلث، ولا يدفع إليه نصف ما في يده، نظراً إلى أنّه أقرّ بتساويهما في مال المورث فكلّ ما حصل كان لهما، وكلّما ترى كان كذلك هذا.

ولكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال، من جهة أن الشارح 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 كان ما في يده على حسب إقراره بالمنصفة. وأمّا المنكر عالمًا فيكون ما في يده مالاً مشتركاً، لا يحلّ له منه إلا ما قابل حصّته عمّا في يدهما، والرائد حقّ لهما عليه.

وأما مسألة الإقرار بالنسب، فالمشهور وإن صاروا إلى ما ذكره، وحكاه الكليني عن الفضل بن شاذان على وجه الاعتماد، بل ظاهره جعل فتواه كروايته، إلا أنّه صرح جماعة ممّن تأخّر عنهم بمخالفته للقاعدة، حتّى قوى في «المسالك» الحمل على الإشاعة، وتبعه سبطه وسيّد «الرياض» في شرحي النافع.

والظاهر أن مستند المشهور بعض الروايات الضعيفة المنجبر بعمل أصحاب الحديث كالفضل والكليني بل وغيرهما، فروى الصدوق مرسلًا والشّرخ مسنداً عن أبي البختری ووهب بن وهب، عن جعفر بن محمّد، عن أبيه عليه السلام، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل مات وترك ورثة، فأقرّ أحد الورثة بدين على أبيه؟ أنّه يلزم ذلك في حصّته بقدر ما ورث، ولا يكون ذلك في ماله كلّه. وإن أقرّ اثنان من الورثة وكانا عدلين أجزى ذلك على الورثة، وإن لم يكونا عدلين ألزما في حصّتهما قدر ما ورثا، وكذلك إن أقرّ أحد الورثة بأخ أو أخت، فإنّما يلزمه ذلك في حصّته». وبالإسناد قال: قال عليّ عليه السلام: «من أقرّ لأخيه فهو شريك في المال، ولا يثبت نسبه، فإن أقرّ اثنان فذلك، إلا أن يكونا عدلين فيثبت نسبه، ويضرب في الميراث معهم»، وعن «قرب الإسناد» رواية الخبرين عن السندي بن محمّد، وتمام الكلام في محلّه من كتاب الإقرار والميراث إن شاء الله.

مسألة: لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله كالخمر والخنزير صفقة بثمن واحد^١، صحّ في المملوك عندنا، كما في «جامع المقاصد»، وإجماعاً كما في «الغنية»، ويدلّ عليه إطلاق مكاتبة الصّفار المتقدّمة، ودعوى انصرافه إلى صورة كون بعض القرية المذكورة فيها مال الغير ممنوعة، بل لا مانع من جريان قاعدة الصحة، بل اللزوم في العقود، عدا ما يقال من أنّ التراضي والتعاقد إنّما وقع على المجموع الذي لم يمضه الشّارع قطعاً، فالحكم بالإمضاء في البعض مع عدم كونه مقصوداً إلّا في ضمن المركّب، يحتاج إلى دليل آخر غير ما دلّ على حكم العقود والشّروط والتجارة عن تراض، ولذا حكموا بفساد العقد بفساد شرطه، وقد نبّه عليه في «جامع المقاصد» في باب فساد الشّروط، وذكر أنّ الفرق بين فساد الشّروط والجزء عسيراً، وتامام الكلام في باب الشّروط، ويكفي هنا الفرق بالنص والإجماع، نعم ربّما يقيد الحكم بصورة جهل المشتري لما ذكره في «المسالك»، وفاقاً للمحكي في «التذكرة» عن الشّافعي، من جهة إفضائه إلى الجهل بثمن المبيع، قال في «التذكرة» بعد ذلك: (وليس عندي بعيداً من الصّواب الحكم بالبطلان، فيما إذا علم المشتري حرمة الآخر أو كونه ممّا لا ينقل إليه)، انتهى.

بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله

١. الثانية: لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله كالخمر صفقة بثمن واحد، فلا خلاف في صحّة البيع في المملوك، وعن غير واحدٍ دعوى الإجماع عليها. ويشهد - مضافاً إلى ذلك، وإلى العمومات التي عرفت في مسألة بيع الملك وغير الملك تقريب دلالتها على الصحّة في أمثال المقام، وأنّ ما ذكر في وجه عدم شمولها لها تارة لعدم المقتضي، وأخرى لعدم المانع غير تامّ، فراجع ما حقّقناه - إطلاق مكاتبة الصّفار المتقدّمة، المتضمّنة أنّه لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك^(١)، فإنّها بإطلاقها تشمل ما إذا كان بعض القرية وقفاً عامّاً غير مملوك لأحدٍ.

(١) الوسائل - باب ٢ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

ويمكن دفعه: بأنّ اللازم هو العلم بثمن المجموع الذي قصد إلى نقله عرفاً، وإن علم الناقل بعدم إمضاء الشارح له، فإنّ هذا العلم غير منافٍ لقصد النقل حقيقةً، فبيع الغرر المتعلق لنهي الشارح وحكمه عليه بالفساد هو ما كان غرراً في نفسه مع قطع النظر عما يحكم عليه عن الشارح، مع أنّه لو تمّ ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن إلى المملوك لا البطلان^١، لأنّ المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن، مع علمه بعدم سلامة البعض له، قادمٌ على ضمان المملوك وحده بالثمن، كما صرح به الشهيد في محكي الحواشي المنسوبة إليه، حيث قال: (إنّ هذا الحكم مقتيدٌ بجهل المشتري بعين المبيع، وإلا لكان البذل بإزاء المملوك، ضرورة أنّ القصد إلى الممتنع كالأقصد) انتهى. لكن ما ذكره رحمته الله مخالفٌ لظاهر المشهور، حيث حكموا بالتقسيط، وإن كان مناسباً لما ذكروه في بيع مال الغير من العالم من عدم رجوعه بالثمن إلى البائع، لأنّه سلّطه عليه مجاناً، فإنّ مقتضى ذلك عدم رجوع المشتري بقسط غير المملوك، إمّا لوقوع المجموع في مقابل المملوك كما عرفت من الحواشي. وإمّا لبقاء ذلك القسط له مجاناً^٢، كما قد يلوح من «جامع المقاصد» و«المسالك»، إلا أنّك قد عرفت أنّ الحكم هناك لا يكاد ينطبق على القواعد.

ثمّ إنّ طريق تقسيط الثمن على المملوك وغيره، يعرف ممّا تقدّم في بيع ماله مع مال الغير، من أنّ العبرة بتقويم كلّ منهما منفرداً ونسبة قيمة المملوك إلى مجموع القيمتين.

١. قوله: (مع أنّه لو تمّ ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن إلى المملوك). وفيه: إنّ وقوع مجموع الثمن بإزاء الشيء، لا واقع له سوى الجعل المعاملي، والمفروض أنّه جعل فيه بإزاء المملوك بعض الثمن.
٢. قوله: (وأما لبقاء ذلك القسط له مجاناً). وفيه أولاً: ما تقدّم في محلّه من عدم تماميّة ذلك في بيع مال الغير من العالم. وثانياً: إنّّه لو تمّ فيه لا يتمّ في المقام، فإنّ المجانيّة هناك لم تكن من ناحية المعاملة، بل كانت من ناحية التسليط المجاني غير المفروض في المقام.

لكنّ الكلام هنا في طريق معرفة قيمة غير المملوك^١، وقد ذكرنا أنّ الحرّ يفرض عبداً بصفاته ويقوم، والخمر والخنزير يقومان بقيمتها عند من يراها مالا، ويعرف تلك القيمة بشهادة عدلين مطلعين على ذلك، لكونهما مسبوقين بالكفر أو مجاورين للكفار، ويشكل تقويم الخمر والخنزير بقيمتها إذا باع الخنزير بعنوان أنّها شاة، والخمر بعنوان أنّها خلّ، فبان الخلاف، بل جزم بعض هنا بوجوب تقويمها قيمة الخلّ والشاة.

١. قوله: (لكنّ الكلام هنا في طريق معرفة غير المملوك).

أقول: طريق تقسيط الثمن على المملوك وغيره، يُعرف ممّا تقدّم في مسألة ما لو باع ماله مع مال الغير، من أنّه يقوم كل واحد منفرداً، لكن بملاحظة حال الإنضمام فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن، نسبته إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين، لكن الإشكال هنا في طريق معرفة قيمة غير المملوك لفرض أنّه لا قيمة له.

أمّا فيما إذا باع غير المملوك بعنوانه، كما لو ضمّ الخمر إلى الخلّ فباعهما بصفقة واحدة، فلا إشكال في أنّه يعرف قيمة الخمر بالرجوع إلى من يراها ملكاً ومالاً، إنّما الإشكال فيما إذا باعه بعنوان ما يملك، كما لو باع شاةً وخنزيراً بعنوان أنّهما شاتان. والأظهر أنّه يقوم قيمة المملوك - أي الشاة - لأنّ بذل المال إنّما يكون بإزاء الصورة النوعية والا فالأجسام من حيث هي لا ماليتها لها، ولا يبذل بإزائها المال. والمراد بها الصورة النوعية العرفية، ففي المقام بذل جزء من الثمن بإزاء الشاة دون الخنزير، فلا بدّ من لحاظ ذلك في مقام التقويم.

هذا إذا كان غير المملوك مالاً عرفاً، وأمّا إن لم يكن مالاً، فقد اختار السيّد الفقيه بطلان البيع في هذه الصورة، من جهة أنّه لا يمكن تعيين ما بإزاء غير المملوك، لأنّه لا قيمة له، ولا يمكن البناء على الصحّة بالنسبة إلى المملوك في تمام الثمن، لأنّه جعل بإزاء غير المملوك في المعاملة بعضه، فيتعيّن البناء على البطلان.

وفيه: إنّ يتمّ في صورة الجهل، فإنّه يجعل بإزاء مالا يملك جزء من الثمن، ولا يتمّ في صورة العلم، من جهة أنّه في تلك الصورة لا يجعل بإزائه شيء من الثمن، ويكون ذلك نظير ضميمة الأوساخ، فلا محالة يصحّ البيع في تمام الثمن.

مسألة: يجوز للأب والجد أن يتصرفا في مال الطفل بالبيع والشراء^١، ويدل عليه - قبل الإجماع - الأخبار المستفيضة^٢ المصرحة في موارد كثيرة، وفحوى سلطنتهما على بضع البنت في باب النكاح^٣.

ولاية الأب والجد

١. مسألة: يجوز للأب والجد أن يتصرفا في مال الطفل بالبيع والشراء بلا خلاف. وفي «الجواهر» دعوى الإجماع بقسميه عليه، كما في غير واحد من الكتب دعواه.
 ٢. واستدل له المصنف رحمته بالأخبار المستفيضة المصرحة في موارد كثيرة.
 ٣. وبفحوى سلطنتها على بضع البنت في باب النكاح^(١).
- وفيه: إن النصوص المستفيضة المشار إليها طوائف :
الأولى: ما تضمنت الأخذ من مال الولد^(٢).
- الثانية: ما وردت في تقويم الأب جارية ولده الصغار ثم يصنع بها ما شاء^(٣).
- الثالثة: ما وردت في جواز اتجار الوصي بمال الطفل إذا كان قد أوصى أبوه بذلك^(٤).

أقول: ولا يصح الاستدلال بشيء منها :

أما الأولى: فلأنها واردة في تصرف الأب لنفسه استقلالاً لا تصرفه لإبنه، مع أنها واردة في الولد مطلقاً صغيراً كان أم كبيراً، بل مورد أكثرها البالغ، وفي بعضها التقييد بصوره الحاجة والإضطرار، وفي بعضها المنع عن الأخذ إذا كان الولد ينفق عليه بأحسن النفقة، مع أنها مختصة بالأب غير متعرضة للجد.

وأما الثانية: فلأنه من الممكن اختصاص ذلك بالجارية، من جهة أن الشارع الأقدس

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

(٢) و (٣) الوسائل - باب ٧٨ و ٧٩ - من أبواب ما يكتسب به. (٤) الوسائل - باب ٩٢ - من أبواب أحكام الوصايا.

قد وسَّع في أسباب حلّية الوطي بما لم يوسَّع في سائر المعاملات، كما تقدّم في مبحث الفضولي.

مع أنّ فيها ما ورد في الكبير كصحيح ابن محبوب الوارد في تقويم جارية البنت التي قد أهداها إليها أبوها حين زوّجها، مع أنّها من جملة أدلّة جواز تصرفاته الراجعة إلى نفسه، وسبيلها سبيل تلك الأدلّة.

وأما الثالثة: فعدم دلالتها على الولاية في حال الحياة واضح.

وأما الفحوى: فقد تقدّم في مبحث الفضولي المناقشة في فحوى نفوذ النكاح، بالإضافة إلى سائر المعاملات، فراجع.

ولكن مع ذلك أصل الحكم ممّا لا ينبغي التوقّف فيه، لبناء العقلاء عليه، وعدم ردع الشارع عنه، وإجماع الأمة عليه، وجملة كثيرة من النصوص الدالّة بعضها، كنصوص الإتيجار بماله الوارد في باب الزكاة^(١)، والمؤيّد غيره كالنصوص المتقدّمة.

بقي الكلام في الجملة المذكورة في جملة من الأخبار وهي قوله ﷺ: ﴿أنت ومالك لأبيك﴾^(٢)، فلا إشكال في عدم كون اللّام للملك لعدم مملوكيّة رقبة الولد لأحد، وما له المفروض كونه ملكاً له لا يعقل كونه ملكاً لأبيه.

وكذا لا ينبغي التوقّف في عدم كونها للإختصاص، بعنوان كونه وما له تحت ولايته، لأنّها وردت في الكبير أيضاً، ولا كلام في عدم ولايته على ولده الكبير.

بل الأمر يدور بين أمرين:

الأوّل: أن تكون اللّام للإختصاص بنحو السلطنة على الإنتفاع به وبماله، فسبيلها حينئذٍ سبيل النصوص المتقدّمة الدالّة على ذلك.

الثاني: أن تكون لإفادة كون الولد موهوباً تكويناً للأب، وانتسابه إليه بكونه ولده.

(١) الوسائل - باب ٢ - من أبواب من تجب عليه الزكاة. (٢) الوسائل - باب ٧٨ - من أبواب ما يكتسب به.

والمشهور عدم اعتبار العدالة^١ للأصل^٢، والإطلاقات، وفحوى الإجماع المحكي عن «التذكرة» على ولاية الفاسق في التزويج، خلافاً للمحكي عن «الوسيلة» و«الإيضاح» فاعتبراها فيهما.

ويؤيد الثاني المكاتبة الواردة عن الإمام الرضا^{عليه السلام} حيث قال: «وعلة تحليل مال الولد لوالده بغير إذنه، وليس ذلك للولد، لأن الولد موهوب للوالد في قوله عز وجل... الخ»^(١) وعليه فهي حكمة التشريع. وبعبارة أخرى: إنها علة التحليل في مقام الثبوت لا الإثبات، وتدلل على أن منشأ جعل تلك الآثار ذلك، ولا تكون هي متكفلة لحكم جعلي فلا يتمسك بإطلاقها. أقول: هذا والكلام يقع في جهات:

اعتبار العدالة

الجهة الأولى: في أنه هل يعتبر في ولاية الأب والجدّ العدالة، كما عن «الوسيلة» و«الإيضاح».

١. أم لا يعتبر - كما هو المشهور بين الأصحاب؟ - وجهان.

قد استدلل لعدم الاعتبار بوجوه:

٢. الوجه الأول: الأصل، فقد تمسك به المصنّف^{عليه السلام} في مقابل الإطلاق، وعليه فليس

المراد به القاعدة المستفادة منه، بل المراد به الأصل العملي.

ولذا أورد عليه جمع ممن تأخّر عنه، منهم المحقق النائيني^{عليه السلام} بأن الأصل بالعكس،

لأنّ نفوذ تصرف شخص في مال غيره يتوقّف على الدليل، ومع عدمه الأصل يقتضي عدم نفوذه.

ولكن الظاهر أنّ مراده بالأصل، هو استصحاب عدم الردع بعد ثبوت عدم اعتبارها

(١) الوسائل - باب ٧٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٩.

مستدلاً في الأخير: (بأنّها ولاية على من لا يدفع عن نفسه، ولا يصرف عن ماله^١، ويستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً، يقبل إقراراته وإخباراته عن غيره، مع نصّ القرآن على خلافه)، انتهى.

ولعلّه أراد بنصّ القرآن آية الركون إلى الظالم، التي أشار إليها في «جامع المقاصد»^٢. وفي دلالة الآية نظر، وأضعف منها ما ذكره في «الإيضاح» من الاستحالة إذ

عند العقلاء، وعدم ثبوت ردع من الشارع الأقدس، وعليه فلا إيراد عليه.
الوجه الثاني: الإطلاقات، فقد تمسك بها الشيخ عليه السلام وتبعه غيره، ولا بأس به إن كان هناك إطلاق، وقد تقدّم الكلام فيه.

الوجه الثالث: الإجماع المحكي عن «التذكرة» على ولاية الفاسق على التزويج. وهو كما ترى.

وقد استدلل لإعتبار العدالة بوجهين:

١. الوجه الأوّل: أنّها ولاية على من لا يدفع عن نفسه، ولا يصرف عن ماله، ويستحيل من حكمة الصانع جعل الفاسق أميناً يقبل إقراراته وإخباراته عن غيره. وفيه أولاً: إنّ المنافي للحكمة جعل من لا يبالي بالخيانة وليّاً، فإذا فرضنا تحديد الولاية بالتصرّفات التي لا مفسدة فيها - لا سيما إذا كان ماموناً من هذه الجهة خصوصاً بملاحظة شفقة الأبوة ورأفته - لم يكن فسقه مانعاً عن جعله وليّاً.
وثانياً: ما ذكره المصنّف عليه السلام فيما بعد بقوله: (بأنّ الحاكم متى ظهر عنده اختلاف حال أبو الطفل، أي رؤية آثار ضيق المعاش عليه أو اختلاف حاله في ثروته منعه من التصرف في ماله).

٢. الوجه الثاني: نصّ القرآن.

وقد استظهر المصنّف عليه السلام أنّ المراد به آية الركون إلى الظالم^(١)، واستظهر بعض

(١) هود، ١١٤.

المحذور يندفع، كما في «جامع المقاصد»: (بأنَّ الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلاف حال أبو الطفل، عزله ومنعه من التصرف في ماله، وإثبات اليد عليه، وإن لم يظهر خلافه، فولايته ثابتة، وإن لم يعلم استعلم حاله بالاجتهاد، وتتبع سلوكه وشواهد أحواله)، انتهى.

مشايخنا أن المراد به آية النبأ^(١).

تقريب الاستدلال بالأولى أحد وجهين :

أحدهما: إن جعله تعالى الفاسق أميناً ووليّاً، ركون منه الى الظالم، مع أنه نهى عنه.
ثانيهما: إن المعاملة مع الأب بعنوان أنه وليّ الطفل ركون إليه، وهو منهي عنه.
وفي كليهما نظر:

أما الأول: - فمضافاً إلى أنه استدلال بفحوى الآية لا بنصّها، من جهة أنّ الناهي عن شيء كيف يفعله - أنه غير تامّ، إذ مجرد جعله أميناً ووليّاً يجعل شخص وكيلاً ليس ركوناً إليه .

مع أنّ الملاك غير معلوم، ولعله لركون العبد مفسدة ليست في ركون المولى.
وأما الثاني: فلأنّ المعاملة مع الأب بعنوان أنّ الله تعالى جعله أميناً ووليّاً ليست ركوناً من العبد إليه ، فإنّها كالمعاملة معه بما أنّه مالك أو وكيل.
هذا كلّ مضافاً إلى أنّ الظالم أخصّ من الفاسق.
أضف إلى ذلك ما قيل من ورودها في سلاطين الجور، وأنّ المراد بالركون الدعاء لهم بالبقاء.

وأما الآية الثانية: فيرد على الاستدلال بها أنّ قبول اخبار الفاسق وإقراره حينئذ إنّما يكون من جهة كونه وليّاً، حيث إنّه (من ملك شيئاً ملك الإقرار به)، ولا ينافي مع عدم قبوله منه عن غيره من حيث هو، والآية متضمّنة للثاني.
مع أنّ عدم قبول إخباره وإقراره لا ينافي ثبوت الولاية.
مضافاً إلى أنّ قبول إخباره وإقراره بعد ثبوت الولاية بما أنّه بلسان (أنّه وماله

وهل يشترط في تصرفه المصلحة؟ أو يكفي عدم المفسدة، أم لا يعتبر شيء؟^١ وجوه، يشهد للأخير إطلاق ما دلّ على: «أنّ مال الولد للوالد»^٢، كما في رواية سعد بن يسار، وأنته: «وماله لأبيه» كما في النبوي المشهور، وصحيحة ابن مسلم: «أنّ الوالد يأخذ من مال ولده ما شاء»، وما في «العلل» عن محمد بن سنان، عن الرضا عليه السلام: «من أنّ علّة تحليل مال الولد لوالده، أنّ الولد موهوب للوالد في قوله تعالى: ﴿يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِئَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذَّكُورَ﴾»، ويؤيده أخبار جواز تقويم جارية الابن على نفسه، لكنّ الظاهر منها تقييدها بصورة حاجة الأب^٣، كما يشهد له قوله عليه السلام في رواية الحسين بن أبي العلاء قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما يحلّ للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف إذا اضطرّ إليه. قال: فقلت له: قول رسول الله صلى الله عليه وآله للرجل الذي أتاه فقّدم أباه، فقال له: أنت

اعتبار المصلحة في التصرف

لأبيه) غير قبول إخباره عن غيره، بل هو في حكم قبول إقراره على نفسه. فالأظهر عدم اعتبار العدالة.

١. الجهة الثانية: (هل يشترط في تصرفهما المصلحة، أو يكفي عدم المفسدة، أم لا يعتبر شيء؟ وجوه).

والكلام فيها في موردين:

الأول: في اعتبار عدم المفسدة.

الثاني: في اعتبار المصلحة.

أمّا المورد الأول: فعن غير واحد دعوى الإجماع على اعتباره، واستدلّ لعدم الإعتبار:

٢. بإطلاق النبوي وغيره من النصوص.

٣. وأورد عليه المصنّف عليه السلام بأنّه لا بدّ من تقييده بما يقيد من الأخبار جواز تصرف

الأب في مال الإبن بصورة الحاجة كخبر الحسين بن أبي العلاء^(١).

أو بأن لا يكون فيه سرف كصحيح ابن مسلم^(٢).

(١ و ٢) الوسائل - باب ٧٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٨ و ١.

ومالك لأبيك. فقال: إنما جاء بأبيه إلى النبي ﷺ، فقال يا رسول الله ﷺ: هذا أبي ظلمني ميراثي من أمي، فأخبره الأب أنه قد أنفق عليه وعلى نفسه. فقال النبي ﷺ: أنت ومالك لأبيك، ولم يكن عند الرجل شيء، أو كان رسول الله ﷺ يُحبس الأب لابن؟!، ونحوها صحيحة أبي حمزة الثمالي، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قال رسول الله ﷺ: أنت ومالك لأبيك، ثم قال: لا نحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما يحتاج إليه، مما لا بد منه، ﴿وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ﴾^(١)، فإن الاستشهاد بالآية يدل على إرادة الحرمة من عدم الحب دون الكراهة، وأنه لا يجوز له التصرف بما فيه مفسدة للطفل. هذا كله مضافاً إلى عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تُقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^١ فإن إطلاقه يشمل الجد، 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، والجد للأب، ووصي الأب والجد للأب، ووصي الأب، والحاكم ومن يأمره، ثم قال: وكل هؤلاء الخمسة لا يصح تصرفهم إلا على وجه الاحتياط والحظ للصغير، لأنهم إنما نُصِّبوا لذلك، فإذا تصرف فيه على وجه لا حظ فيه كان باطلاً، لأنه خلاف ما نصب له)، انتهى.

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.

أو كونه ممّا لا بدّ منه، معللاً بأنّ الله لا يحبّ الفساد كصحيح الثمالي^(٢).
١. وبالآية: ﴿وَلَا تُقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(٣) بتقريب أنّها تشمل الجدّ ويتم في الأب بعدم الفصل.
وبالإجماع.

أمّا الأخبار: فهي تدلّ على جواز أخذ الأب لنفسه مع الحاجة، وهذا غير مربوط بتصرفه فيه بعنوان الولاية الذي هو محل الكلام في المقام.

(١) البقرة، ٢٠٥. (٢) الوسائل - باب ٧٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢. (٣) الأنعام، ١٥٢.

وقد صرح بذلك أيضاً المحقق والعلامة والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم، بل في «شرح الروضة» للفاضل الهندي: (أن المتقدمين عمّوا الحكم باعتبار المصلحة 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» أن قطب الدين عليه السلام نقل عن العلامة عليه السلام: (أنه لو باع الولي بدون ثمن المثل لم لا ينزل منزلة الإتلاف بالاقتراض؟ لأننا قائلون بجواز اقتراض ماله، وهو يستلزم جواز إتلافه، قال: وتوقف زاعماً أنه لا يقدر على مخالفة الأصحاب).

وأما الآية الشريفة: ففي شمولها للجدّ تأمل، لأن من له الجدّ لا يصدق عليه اليتيم، فتأمل، مع أن عدم الفصل غير ثابت.

وأما الإجماع: فليس تعبدياً يكشف عن رأي المعصوم عليه السلام.

أقول: وبما ذكرناه يظهر ما في كلمات المحقق النائيني عليه السلام، فإنه بعد الإيراد على الشيخ عليه السلام قال: (إنه يستفاد من الأخبار ولايته على الإبن، وأن ولايته غير ولاية الولاية، إذ الحكمة في جعلها الشفقة والمحبة، وعليه فكما يجوز تصرفه مع الضرر في ماله، يجوز تصرفه في مال المولى عليه، ثم قال: إلا أن ينعقد إجماع على خلافه أو يتمسك بالآية الشريفة).

فالحق في الجواب عن هذا الوجه منع الإطلاق كما تقدّم.

ومحصّله: أن جملة: (أنت ومالك لأبيك) ليست في مقام جعل الحكم والولاية، وإنما هي في مقام بيان حكمة التشريع.

وأما ما رتب عليه، فجواز الانتفاع بماله أجنبي عن المقام، ومقيّد بصورة الحاجة وبغير سرف، وبما إذا لم ينفق عليه بأحسن نفقة.

وجواز الإقتراض. مضافاً إلى كونه غير مربوط بالمقام لا مفسدة فيه.

وجواز بيعه من نفسه مقيّد بقيمة عادلة، وجواز نكاح الأب والجدّ للبتت مثلاً قد عرفت ما فيه. مضافاً إلى أنه قيّد في بعض النصوص بعدم كونه مضاراً، فلا إطلاق للنصوص من هذه الجهة، فالمرجع أصالة عدم الولاية، وهي تقتضي اعتبار عدم المفسدة.

هذا ولكن الأقوى كفاية عدم المفسدة^١، وفاقاً لغير واحد من الأساطين الذين عاصرناهم، لمنع دلالة الروايات على أكثر من النهي عن الفساد، فلا تنهض لدفع دلالة المطلقات المتقدمة، الظاهرة في سلطنة الوالد على الولد وماله. وأمّا الآية الشريفة، فلو سلّم دلالتها، فهي مخصصة بما دلّ على ولاية الجدّ. وسلطنته الظاهرة في أنّ له أن يتصرّف في مال طفله بما ليس فيه مفسدة له، فإنّ ما دلّ على ولاية الجدّ في النكاح معللاً بأنّ البنات وأبائهن للجدّ وأبائهن.

وأما المورد الثاني: فالمشهور بين الأصحاب اعتبار وجود المصلحة.

١. واختار المصنّف وفاقاً لغير واحد من الأساطين الذين عاصرهم، عدم اعتباره وتبعهم جمع من المحقّقين، وقد استدللّ لاعتباره بوجوده:
الوجه الأول: الآية الشريفة: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(١) بدعوى أنّ الأحسن ما فيه المصلحة، وهي تشمل الجدّ، ويتمّ في الأب بعدم القول بالفصل. وفيه أولاً: إنّ صدق اليتيم على الطفل الذي لا أب له وله جدّ غير مسلم. وثانياً: أنّ المراد بأحسن الحسن دون التفضيل - كما سيأتي - والفعل الذي لا مفسدة فيه حسن.

وثالثاً: إنّ الآية منصرفة إلى الإيجاب ولا تشمل الجدّ.

ورابعاً: إنّ عدم الفصل غير محرز.

الوجه الثاني: الأصل، فإنّه بعدما ليس في أدلّة الولاية ماله إطلاقاً، لا بدّ من الإقتصار فيها على المتيقّن، وهو الولاية على التصرّف الذي فيه المصلحة، والرجوع في غير ذلك إلى أصالة عدم ثبوت الولاية أو عدم نفوذ التصرّف. وفيه: إنّ هذا الوجه حسن، إن لم يكن بناء العقلاء على ثبوت الولاية على التصرّف الذي لا مفسدة فيه.

والظاهر وجوده، وحيث أنّه لم يردع عنه الشارع، أو لم يثبت الردع، ومقتضى الإستصحاب عدمه، فيبني على عدم اعتباره، ولا مورد للأصل حينئذ.

(١) الأنعام: ١٥٢.

وقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»، خصوصاً مع استشهاد الإمام عليه السلام به في مضي نكاح الجدّ بدون إذن الأب، ردّاً على من انكر ذلك وحكم ببطلان ذلك من العامة في مجلس بعض الأمراء وغير ذلك، يدلّ على ذلك، مع أنّه لو سلّمنا عدم التّخصيص، وجب الإقتصار عليه في حكم الجدّ دون الأب، ودعوى عدم القول بالفصل ممنوعة، فقد حُكي عن بعض متأخري المتأخريين القول بالفصل بينهما في الاقتراض، مع عدم اليسر. ثمّ لا خلاف ظاهراً كما ادّعى في أنّ الجدّ وإن علا يشارك الأب في الحكم^١، ويدلّ عليه ما دلّ على أنّ الشّخص وماله الذي منه مال ابنه لأبيه^٢، وما دلّ على أنّ الولد ووالده لجدّه.

الوجه الثالث: الإجماع.

وفيه: أنّه ليس إجماعاً تعبدياً فلا يعتمد عليه.

وقد استدللّ لعدم الاعتبار بالمطلقات - وقد عرفت ما فيها.

وبما ورد^(١) في نكاح الجدّ، الظاهر في سلطنته على ذلك مع عدم المصلحة، وجه ظهوره فيه التعليل بأنّ البنت وأباها للجدّ، وقد تقدّم ما فيه أيضاً، فالصحيح ما ذكرناه.

مشاركة الجدّ للأب

١. الجهة الثالثة: لا خلاف ظاهراً - كما ادّعى - في أنّ الجدّ وإن علا يشارك الأب.

وقد استدللّ له بوجهين:

٢. الأوّل: ما في «المكاسب» وهو ما دلّ على أنّ الشّخص وماله الذي منه مال ابنه

لأبيه.

وفيه: ما تقدّم من عدم دلالة هذه الجملة على الولاية.

الثاني: ما أفاده المحقق النائيني^(٢)، وهو أنّ رواية النكاح شاملة للجدّ العالي.

وفيه: إنّ روايات النكاح كلّها مختصة بالأب، إلّا ما ورد في مزاحمة الأب للجدّ،

وأكثر تلك النصوص صريحة أو ظاهرة في الجدّ الأدنى. نعم، بعضها^(٣) بعنوان الأب

والجد، وهو أيضاً يمكن دعوى انصرافه إلى الأدنى، أو عدم الإطلاق للأعلى بملاحظة

(١) الوسائل - باب ٧٨ - من أبواب ما يكتسب به. (٢) الوسائل - باب ١١ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

ولو فقد الأب وبقي الجدّ، فهل أبوه وجدّه يقوم مقامه في المشاركة، أو يخصّ هو بالولاية؟^١ قولان: من ظاهر أنّ الولد ووالده لجدّه، وهو المحكّي عن ظاهر جماعة. ومن أنّ مقتضى قوله تعالى: **﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾** كون القريب أولى بقريبه من البعيد، فنفي ولاية البعيد، وخرج منه الجدّ مع الأب، وبقي الباقي. وليس المراد من لفظ (الأولى) التفصيل مع الاشتراك في المبدأ، بل هو نظير قولك: (هو أحقّ بالأمر من فلان) ونحوه، وهذا محكّي عن «جامع المقاصد» و«المسالك» و«الكفاية»، وللمسألة مواضع أخر تأتي إنشاء الله.

الأخبار الأولى، وحيث أنّ بناء العقلاء غير محرز على ولايته، فولاية غير الجدّ الأدنى لا تخلو عن تأمل.

الجهة الرابعة: ولو فقد الأب وبقي الجدّ، ففيه موردان للبحث:

المورد الأول: أنّ ولاية الجدّ هل تكون مشروطة بحياة الأب أم لا؟ المنسوب إلى المشهور بين القدماء هو الأوّل، وإلى المشهور بين المتأخّرين هو الثاني. واستدلّ للأوّل: بخبر الفضل بن عبد الملك عن مولانا الصادق **عليه السلام**: «أنّ الجدّ إذا زوج ابنة ابنه وكان أبوها حيّاً وكان الجدّ مرضياً جازاً»^(١). حيث أنّ مفهومه عدم الجواز مع عدم حياة أبيها.

وفيه: أنّه من قبيل مفهوم الوصف، ولا نقول به، ولعلّ فائدة ذكر الوصف الرّد على العامّة القائلين باشتراط ولاية الجدّ بموت الأب.

وما في «الجواهر» من كونها من مفهوم الشرط، ضعيفٌ، إذ الشرط فيه مسوق لبيان تحقّق الموضوع كما لا يخفى.

١. المورد الثاني: أنّه مع فقد الأب هل الولاية مختصة بالجدّ الأدنى، أم تكون ثابتة لأبيه أيضاً؟ قولان:

٢. استدلّ للأوّل في «المكاسب» بقوله تعالى: **﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾**^(٢) بتقريب أنّها تدل على أنّ القريب أولى بقريبه من البعيد، فنفت ولاية البعيد

(١) الوسائل - باب ١١ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٤. (٢) الأنفال آية ٧٥.

مسألة: من جملة أولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف في ماله: الحاكم^١، والمراد منه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى. وقد رأينا هنا ذكر مناصب الفقيه امتثالاً لأمر أكثر حضار مجلس المذاكرة، فنقول مستعيناً بالله:

للفقيه الجامع لشرائط مناصب ثلاثة:

أحدها: الإفتاء فيما يحتاج إليها العامي في عمله، ومورده المسائل الفرعية والموضوعات الاستنباطية، من حيث ترتب حكم فرعي عليها، ولا إشكال ولا خلاف في ثبوت هذا المنصب للفقيه، إلا ممن لا يرى جواز التقليد للعامي. وتفصيل الكلام في هذا المقام موكول إلى مباحث الإجتهد والتقليد.

الثاني: الحكومة، فله الحكم بما يراه حقاً في المرافعات وغيرها في الجملة، وهذا المنصب أيضاً ثابت له بلا خلاف فتواً 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:

وخرج منها الجد مع الأب وبقي الباقي.

وفيه أولاً: إن هذه الآية مختصة بباب الإرث.

وثانياً: إنها تدل على اولوية بعض الأرحام من بعض، ولا تدل على تعيين البعض الأولي، ولعله البعض البعيد، بل احتمال كونه أولى أرجح من جهة التعليقات في النصوص.

واستدلّ للثاني: بإطلاق الأدلة، وبالاستصحاب.

ويرد على الأول: ما تقدّم من عدم الدليل على ولاية الجد الأعلى.

وعلى الثاني: ما تكرر ممّا من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكلية.

ولاية النبي ﷺ والإمام عليّ عليه السلام

١. مسألة: من جملة أولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف في ماله، هو

الحاكم.

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.

ثمّ إذنه المعتبر في تصرف الغير: إمّا أن يكون على وجه الاستنابة كوكيل الحاكم، وإمّا أن يكون على وجه التفويض والتولية، كمتولي الأوقاف من قبل الحاكم، وإمّا أن يكون على وجه الرضا كإذن الحاكم لغيره في الصلاة على ميت لا ولي له^١.

إذا عرفت هذا، فنقول: مقتضى الاصل عدم ثبوت الولاية لأحد بشيء من الأمور المذكورة، خرجنا عن هذا الأصل في خصوص النبي والأنمة صلوات الله عليهم أجمعين بالأدلة الأربعة: قال الله تعالى: ﴿التَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾ ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾ ﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ ﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ ﴿وَإِنَّمَا وَثِقُكُمْ اللَّهُ وَرَسُولُهُ﴾ الآية إلى غير ذلك.

وقال النبي صلى الله عليه وآله كما في رواية أيوب بن عطية: «أنا أولى بكل مؤمن من نفسه»، وقال في يوم غدیر خم: «ألستُ أولى بكم من أنفسكم؟ قالوا: بلى، قال: مَنْ كُنْتُ مَوْلَاهُ فَهَذَا عَلِيٌّ مَوْلَاهُ».

هذه المسألة إنّما سيقّت لبيان مقدار ولاية الفقيه الجامع للشرائط، وإنّما يذكر قبله مقدار ولاية النبي صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام، من جهة أنّ بعضهم ذهب إلى أنّ مقتضى عموم أدلّة نيابة الفقيه ثبوت الولاية له بالمقدار الثابت للمعصوم عليه السلام، فلا بدّ أولاً من تعيين مقدار تلك الولاية.

ثبوت الولاية التكوينية للمعصومين عليهم السلام

للولاية معان:

١. - الولاية التكوينية.
 ٢. - وجوب الإطاعة وقبول قول الولي في الأحكام الشرعية.
 ٣. - الحكومة والرئاسة الدنيوية بإدارة شؤون الأمة.
 ٤. - الولاية الشرعية، أي ولاية التصرف في الأموال والأنفس.
 ٥. - وجوب الإطاعة في الأوامر الشخصية العرفية.
- والظاهر ثبوت الولاية بجميع معانيها للنبي والأنمة صلوات الله عليهم أجمعين.

فتنقيح القول بالبحث في موارد:

المورد الأول: في الولاية التكوينية: أي ولاء التصرف التكويني، والمراد بها كون زمام أمر العالم بأيديهم، ولهم السلطنة التامة على جميع الأمور بالتصرف فيها كيف ما شاءوا اعداماً وإيجاداً، وكون عالم الطبيعة منقاداً لهم لا بنحو الإستقلال، بل في طول قدرة الله تعالى وسلطنته واختياره، بمعنى أن الله تعالى أقدرهم وملّكهم كما أقدرنا على الأفعال الإختيارية، وكلّ زمان سلب عنهم القدرة بل لم يفضها عليهم انعدمت قدرتهم وسلطنتهم، ومن هذا الباب معجزات الأنبياء والأولياء، وقد دلّ الكتاب الكريم على ثبوت ذلك لأشخاص، كما في قوله تعالى: ﴿قَالَ الَّذِي عِنْدَهُ عِلْمٌ مِنَ الْكِتَابِ أَنَا آتِيكَ بِهِ قَبْلَ أَنْ يَرْتَدَّ إِلَيْكَ طَرْفُكَ﴾^(١).

وقال عزّ من قائل: ﴿فَسَخَّرْنَا لَهُ الرِّيحَ تَجْرِي بِأَمْرِهِ رُخَاءً حَيْثُ أَصَابَ * وَالشَّيَاطِينَ كُلَّ بِنَاءٍ وَغَوَاصٍ * وَأَخْرَجَ مَقَرَّنِينَ فِي الْأَصْفَادِ﴾^(٢).

(١) النمل، ٤٠، (٢)، ص ٣٦ - ٣٨.

وقال سبحانه: ﴿أَتَىٰ أَخْلُقُ لَكُمْ مِنَ الطَّيْنِ كَهَيْئَةِ الطَّيْرِ فَأَنْفُخُ فِيهِ فَيَكُونُ طَيْرًا بِإِذْنِ اللَّهِ وَأُبْرِئُ الْأَكْمَةَ وَالْأَبْرَصَ وَأُحْيِي الْمَوْتَىٰ بِإِذْنِ اللَّهِ وَأَنْبِئُكُمْ بِمَا تَأْكُلُونَ وَمَا تَدْخِرُونَ فِي بُيُوتِكُمْ﴾^(١). إلى غير ذلك من الآيات المتضمنة لثبوت ولاء التصرف لأشخاص.

وإذا ثبت ذلك لهؤلاء، فثبوتهم للرسول الأعظم وخليفته الذي عنده علم الكتاب بنص^(٢) القرآن لا يحتاج إلى بيان.

وعليه، فالروايات المتواترة المتضمنة للمعجزات والكرامات الصادرة عن المعصومين عليهم السلام، كالتصرف الولائي في النقش وصيرورته أسداً مفترساً وما شاكل، إنما نلتزم بها ونعتقد من غير التزام بالتأويل، كيف ونرى أنهم عليهم السلام بعد موتهم تصدر عنهم كرامات، من إبراء المريض الذي عجز الأطباء عن إبرائه، وحلّ معضلات الأمور وما شاكل، وليس ذلك إلا لما ذكرناه.

ويمكن أن تكون الآية الكريمة: ﴿النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾^(٣) ناظرة إلى ثبوت هذا المعنى من الولاية أيضاً للنبي صلى الله عليه وآله وسلم.

وبالجملة: ثبوت الولاية بهذا المعنى للنبي صلى الله عليه وآله وسلم والأئمة المعصومين عليهم السلام الذين يثبت لهم جميع ما يثبت للنبي صلى الله عليه وآله وسلم للروايات الكثيرة المتواترة، ممّا لا ينبغي التوقف فيه.

وأما شبهة استلزام ذلك للشرك، فهي تندفع بأننا لا ندّعي ثبوت ذلك لهم بالاستقلال، بل إنّ الله تبارك وتعالى ملكهم وأقدرهم كما ملكنا وأقدرنا على الأفعال الاختيارية.

(١) آل عمران، ٤٩. (٢) الرعد، ٤٣. (٣) الأعراف، ١٨٧.

وبه يظهر أنه لا ينافيه قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَمْلِكُ لِنَفْسِي نَفْعًا وَلَا ضَرًّا﴾^(١)، فإن المراد عدم الملكية بالإستقلال. ولتفصيل الكلام في المقام محلّ آخر.

المورد الثاني: في وجوب إطاعتهم، وقبول قولهم في الأحكام الشرعيّة، والوظائف المجعولة الإلهيّة، وأنّ قولهم وكذا فعلهم حجّة.

أقول: لا شبهة في ثبوت الولاية بهذا المعنى لهم، قال الله تعالى: ﴿مَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾^(٢).

وقال سبحانه: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِّمَن كَانَ يَرْجُو اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ وَذَكَرَ اللَّهَ كَثِيرًا﴾^(٣).

وقال عزّ وجلّ: ﴿قُلْ إِنْ كُنْتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُونِي يُحْبِبْكُمُ اللَّهُ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ﴾^(٤)، إلى غير ذلك من الآيات الدالّة على أنّ قول رسول الله ﷺ وكذا عمله حجّة.

وقد دلّ الحديث الشريف الذي هو متواتر بين الفريقين، ولا شكّ في صدوره عنه ﷺ وهو قوله:

«إني تارك فيكم الثقلين كتاب الله وعترتي أهل بيتي، وأنهما لن يفترقا حتّى يردا عليّ الحوض، فلا تقدّموهما فتهلكوا، ولا تقصروا عنهما فتهلكوا، ولا تعلموهم فإنّهم أعلم منكم». على ثبوت هذا المقام للأئمة المعصومين عليهم السلام. أضف إلى ذلك ما دلّ على ثبوت ما للنبي ﷺ من المناصب للأئمة الهداة عليهم السلام.

ثبوت منصب الحكومة والرئاسة للحجّة عليه السلام

المورد الثالث: في ثبوت منصب الحكومة والرسالة النبيّية بإدارة شؤون الأئمة للنبي ﷺ والأئمة صلوات الله عليهم.

(١) الأعراف، ١٨٨. (٢) الحشر، ٧. (٣) الأحزاب، ٢١. (٤) آل عمران، ٣١.

أقول: لا ينبغي الشك والريب في ثبوت هذا المنصب لهم، وأنه فوض إليهم من قبل الله تعالى، فهو منصب إلهي لا من قبل الناس، والشاهد لثبوته لهم أمور:

أحدها: الآيات الكريمة، فقد قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا وَرِثِيكُمْ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ يَقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ رَاكِعُونَ﴾^(١)، فإن الآية الكريمة تدل على ثبوت منصب الزعامة والرئاسة بعد رسول الله صلى الله عليه وآله لطائفة خاصة من المؤمنين، فإذا انضم إلى ذلك ما اتفق عليه المفسرون من نزول الآية في شأن أمير المؤمنين عليه السلام، وما دل على ثبوت منصب كل إمام بعده - كخبر المعلّى الآتي - يثبت هذا المنصب للأئمة الهداة عليهم السلام.

وقال سبحانه: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾^(٢)، فإن الآية الشريفة تدل على لزوم العمل بكلّ حكم وأمر صادر من الله تعالى ورسوله وأولي الأمر، ومقتضى إطلاقها ذلك حتى في ما يرجع الى شؤون الأمة وإدارة المملكة الإسلامية، بل وليس معنى الحكومة من قبل الله تعالى إلا ذلك، بل في بعض النصوص تصريح الإمام عليه السلام بأن الإطاعة المأمور بها في الآية أريد بها الإطاعة في الأوامر الصادرة عن المعصومين عليهم السلام فيما يرجع إلى إدارة شؤون الأمة، لاحظ خبر عيسى بن السري، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: حدثني عما بُنيت عليه دعائم الإسلام إذا أنا أخذت بها زكى عملي ولم يضرني جهل ما جهلت بعده؟ فقال عليه السلام: شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله صلى الله عليه وآله، والإقرار بما جاء به من عند الله، وحق في الأموال من الزكاة، والولاية التي أمر الله بها ولاية آل محمد - إلى أن قال - قال الله عز وجل: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ فكان عليّ ثم صار من بعده حسن ثم من بعده حسين ثم من بعده علي بن الحسين ثم من بعده محمد بن علي، ثم هكذا يكون الأمر، إن الأرض لا تصلح إلا بإمام»^(٣).

(١) المائدة، ٥٥، (٢) النساء، ٥٩، (٣) أصول الكافي، ج ٢، ص ٢١، حديث ٩، باب دعائم الإسلام.

وصحيح بُريد العجلي عن أبي جعفر عليه السلام في قول الله عزّ وجلّ: ﴿فَقَدْ آتَيْنَا آلَ إِبْرَاهِيمَ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَآتَيْنَاهُمْ مُلْكًا عَظِيمًا﴾^(١) جعل منهم الرسل والأنبياء والأئمة، فكيف يقرّون في آل إبراهيم وينكرونه في آل محمد صلى الله عليه وآله؟! قال: قلت: ﴿وَآتَيْنَاهُمْ مُلْكًا عَظِيمًا﴾؟

قال: الملك العظيم أن جعل فيهم أئمة من أطاعهم أطاع الله، ومن عصاهم عصى الله، فهو الملك العظيم»^(٢).

المُلك (بالضم) هو المملكة، فجعل الأئمة من جهة الأمر بإطاعتهم، وجعلها قرين إطاعة الله تعالى صاحب الملك العظيم، عبارةً أخرى عن الحكومة المطلقة كما هو واضح.

وأما أولوا الأمر فقد اتفقت النصوص منها ما تقدّم أنّ المراد بهم الأئمة الإثني عشر عليهم السلام.

ثانيها: الروايات.

منها: الأخبار الدالة على أنّ الأئمة عليهم السلام ولاية أمر الله وأولوا الأمر، لاحظ خبر عبد الرحمن: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: نحن ولاية أمر الله»^(٣).

وخبر الحسين بن أبي العلاء الآتي^(٤) وغيرهما.

والظاهر من هذا العنوان عرفاً من يجب الرجوع إليه في الأمور العامّة.

ومنها: ما عن^(٥) سيّد الشهداء صلوات الله عليه: «فلعمري ما الإمام إلا الحاكم

بالكتاب، القائم بالقسط، الدائن بدين الحق، الحابس نفسه على ذات الله».

ومنها: خبر^(٦) المعلّى بن خنيس، عن الإمام الصادق عليه السلام: «في قول الله عزّ وجلّ:

(١) النساء: ٥٤. (٢) أصول الكافي ج ١ - ص ٢٠٦ حديث ٥. (٣) أصول الكافي، ج ١، ص ١٩٢.

(٤) أصول الكافي، ج ١، ص ١٨٧. (٥) إرشاد المفيد طبع النجف، ص ٢٠٤.

(٦) الوسائل - باب ١ - من أبواب صفات القاضي حديث ٦.

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ... الخ﴾ عدل الإمام أن يدفع ما عنده إلى الإمام الذي بعده، وأمرت الأئمة أن يحكموا بالعدل، وأمر الناس أن يتبعوهم». وخبر^(١) سليمان بن خالد، عنه عليه السلام: «اتقوا الحكومة، فإن الحكومة إنما هي للإمام العالم بالقضاء، العادل في المسلمين كنيي أو وصي نبي». وقريب منهما غيرهما.

ومنها: النصوص المتقدمة في ذيل الآية الثانية.

ومنها: بعض الأخبار الواردة في صفات الأئمة :

كخبر^(٢) عبد العزيز بن مسلم، عن الإمام الرضا عليه السلام في حديث طويل :

«إنّ الإمامة زمام الدين، ونظام المسلمين، وصلاح الدنيا، وعزّ المؤمنين، إنّ الإمامة أسّ الإسلام النامي، وفرعه السامي، بالإمام تمام الصلاة والزكاة والصيام والحجّ والجهاد وتوفير الفياء والصدقات وإمضاء الحدود والأحكام ومنع الثغور والأطراف»، ونحوه غيره.

وظهور ذلك في أنّ الحكومة للإمام عليه السلام واضح، بل هو كالصريح في ذلك.

ونظير ذلك ما عن «العلل» بسنده عن الفضل بن شاذان، عن الرضا عليه السلام في علل

حاجة الناس إلى الإمام، حيث قال بعد ذكر جملة من العلل:

«ومنها إنّنا لا نجد فرقة من الفرق، وملة من الملل بقوا وعاشوا إلا بقيم ورئيس، لما

لابدّ لهم في أمر الدين والدنيا، فلم يجز في حكمة الحكيم أن يترك الخلق بما يعلم أنّه

لابدّ لهم منه، ولا قوام لهم إلاّ به»، إلى غير ذلك من النصوص المتواترة الدالة على ذلك

بالسنة مختلفة.

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب صفات القاضي، حديث (٢).٣ أصول الكافي، ج ١، ص ٢٠٠.

ثالثها: الإرتكاز الثابت ببناء العقلاء، حيث جرى بناؤهم في كل أمر راجع إلى المعاد والمعاش، على رجوع الجاهل إلى العالم، من جهة كونه أهل الخبرة والإطلاع، ولم يردع الشارع الأقدس عن ذلك، وحيث أن الإمام عليه السلام أعلم الناس وأفضلهم وأبصر بالأمر -سواء أكان الأمر مربوطاً بالمعاش أو المعاد - فينتعين جعله المرجع والحاكم، ومتابعته حتى في الأمور الراجعة إلى إدارة شؤون الأمة.

رابعها: حكم العقل، إذ لم نجد فرقة من الفرق، ولا ملّة من الملل بقوا وعاشوا إلا بقيم ورئيس لما لا بدّ لهم منه في أمر الدّين والدنيا.

ومن الممتنع في حكمة الحكيم أن يترك الخلق بما يعلم أنه لا بدّ لهم منه ولا قوام لهم إلا به.

وعليه، فإمّا يعين الأبصر بالأمر السياسيّة وتنظيم البلاد أو غيره، والثاني باطلّ قطعاً، لإستلزامه ترجيح المرجوح، وهو قبيح ومن الحكيم محال، فينتعين الأوّل. وبهذا البيان يظهر قطعياً أنّ الله تعالى عيّن الإمام لذلك.

خامسها: أنّ جملة من الأحكام الشرعيّة جزائيّة، وقضائيّة، وسياسيّة، واجتماعيّة. كالقصاص، والحدود، والقضاء، وقبول الجزية، والجهاد و... لا يمكن إجراء تلك الأحكام إلا بيد الحاكم على الأمة .

وقد صرّح في جملة من الأخبار: «أنّها لإمام المسلمين»^(١).

ولذلك نرى أنّ النبي صلى الله عليه وآله حينما ساعدته الظروف أسّس حكومة إسلاميّة عادلة.

وكذلك الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام أسّس الحكومة ، وحارب مع من خالفه في ذلك.

(١) المستدرک باب ٥ من أبواب صلاة الجمعة وأدابها.

ولاية التصرف في الأموال والأنفس

الرابع: في ولايتهم صلوات الله عليهم بالولاية التشريعية، بمعنى نفوذ كل تصرف منهم في أموال الناس وأنفسهم.
وبعبارة أخرى: في الولاية الظاهرية التي هي من المجعولات الشرعية المترتب عليها جواز التصرف، فقد استدلل لثبوتها لهم بوجوه:
منها: قوله تعالى: ﴿النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾^(١)، وما كان مساقه مساقها.

وأورد على الاستدلال بها :

تارة: بأنها مختصة بصورة التزاحم للإنصراف، ولأن الولاية لا تقبل الشدة والضعف، فلا بد وأن يكون التفضيل مجازياً، والمراد ثبوت الولاية عند التزاحم للنبي ﷺ وانتفاؤها عن غيره.

وأخرى: بما أن الآية في مقام بيان عدم اختصاص رئاسته ﷺ بالرئاسة الروحانية، بل تعم الرئاسة الدنيوية والحكومة، فلا تدل أولويته بكل شخص من نفسه.
ولكن يرد الأول: أن الإنصراف ممنوع، والولاية قابلة للشدة والضعف كما هو ظاهرها.

ويرد الثاني: - مضافاً إلى كونه خلاف الظاهر - أنه ينافيه النبوي: «أنا أولى بكل مؤمن من نفسه»^(٢).

فالحق أن يقال: إنها تدل على ثبوت ولاية وسلطنة على الناس أقوى وأشد من ولاية

(١) سورة الأحزاب آية ٦. (٢) أصول الكافي، ج ١ - ص ٤٠٦، حديث ٦.

الشخص على نفسه، ومن الضروري أنّ ولاية الشخص على نفسه إنما هي في التصرف السببي من الطرق والأسباب الشرعيّة، كبيع ماله، وتزويج المرأة وتطبيق زوجته.

وأما التصرف بلا سبب أو بسبب غير شرعي، فليس له الولاية عليه، حتّى تثبت تلك بنحو أشدّ للنبي ﷺ، مثلاً ليس له أن يعطي الإنتفاع بزوجة لغيره فلا يكون ذلك ثابتاً له ﷺ، وكذلك الأحكام المحضة كالإرث.

وبالجملة: الآية الشريفة ليست في مقام التشريع للأحكام، بل هي في مقام بيان تشريع الولاية، وتدلّ على أنها ثابتة له فيما للشخص على نفسه من الولاية لا في أزيد من ذلك.

ويؤيد ما ذكرناه من عدم ثبوت الولاية لهم أزيد ممّا للشخص على نفسه، بل يشهد له: ما في ذيل حديث طويل مروي عن كتاب «نزهة الكرام وبستان العوام» تأليف محمّد بن الحسين بن الحسن الرازي، (فقال له (أي للكاظم عليه السلام): «قد بقي مسألة تخبرني بها ولا تضجر، فقال له: سل، فقال: خبروني أنّكم تقولون إنّ جميع المسلمين عبيدنا وجوارينا، وأنكم تقولون من يكون لنا عليه حقّ ولا يوصله إلينا فليس بمسلم؟ فقال له موسى عليه السلام:

كذب الذين زعموا أنّنا نقول ذلك، وإذا كان الأمر كذلك، فكيف يصحّ البيع والشراء عليهم، ونحن نشترى عبيداً وجواري ونعتقهم ونقعد معهم ونأكل معهم، ونشترى المملوك، ونقول له يا بني، وللجارية يا بنتي، ونقعدهم يأكلون معنا تقرباً إلى الله سبحانه، فلو أنّهم عبيدنا وجوارينا ما صحّ البيع والشراء، وقد قال النبي ﷺ لَمَّا حضرته الوفاة: الله الله في الصلاة وما ملكت أيمانكم، يعني صلّوا وأكرموا ممالئكم وجواريكم، ونحن نعتقهم، وهذا الذي سمعته غلط من قائله ودعوى باطلة،

ولكن نحن ندّعي أنّ ولاء جميع الخلائق لنا، يعنى ولاء الدين، وهؤلاء الجهّال يظنونهم ولاء الملك، حملوا دعواهم على ذلك، ونحن ندّعي ذلك لقول النبي ﷺ يوم غدير خم: من كنت مولاه... الخ^(١) فإنه يدل على ما ذكرناه». قال بعض الأكابر بعد استظهار ذلك من الأدلة:

لكن الظاهر أنّ سيرة النبي ﷺ والأئمة صلوات الله عليهم لم تكن كذلك، بل كانوا يعاملون مع الناس معاملة بعض الناس مع بعض، وهو الظاهر من ملاحظة التواريخ والأخبار، فلاحظ كلام أمير المؤمنين في «نهج البلاغة» في جواب أخيه عقيل، ومراجعته إلى الأمير صلوات الله عليه). انتهى.

ومنها: النصوص الدالة على أنّ الدنيا وما فيها لهم ﷺ، وأنّ لهم التصرف فيها كيف شاءوا، لاحظ مكاتبة ابن الرّيان إلى الإمام العسكري ﷺ، قال:

«كتبتُ إليه: رُوي لنا أنّ ليس لرسول الله ﷺ من الدنيا إلاّ الخمس؟

فجاء الجواب: إنّ الدنيا وما عليها لرسول الله ﷺ»^(٢).

ومرسل أحمد بن محمد بن عبد الله:

«الدنيا وما فيها لله تبارك وتعالى ولرسوله ولنا، فمن غلب على شيء منها فليتيق

الله». الحديث^(٣).

وخبر أبي بصير عن مولانا الصادق ﷺ قلت له:

«أما على الإمام زكاة؟ فقال: أحلت يا أبا محمد، أما علمت أنّ الدنيا والآخرة

للإمام ﷺ يضعها حيث يشاء، ويدفعها إلى من يشاء»^(٤)، ونحوها غيرها.

(١) كتاب النجوم للسيد ابن طوس. (٢) أصول الكافي، ج ١ - ص ٤٠٩ حديث ٦ باب أنّ الأرض كلّها للإمام.

(٣) أصول الكافي، ج ١، ص ٤٠٨ حديث ٢. (٤) أصول الكافي، ج ١، ص ٤٠٩، حديث ٤.

فإنّ الظاهر من هذه الأخبار ثبوت السلطنة الثابتة لله تعالى على الناس وأموالهم، من غير جعل جاعل للرسول ﷺ والإمام عليّ عليه السلام بالجعل غير المنافي مع ملكية الناس، وهذه عبارة أخرى عن الأولوية بالتصرّف فيها منهم.

ومنها: الإجماع. والظاهر ثبوته، لكن مستند المجمعين معلوم.

ومنها: غير ذلك.

ولظهور عدم دلالة ما ذكره أغمضنا عن التعرّض له، وفيما ذكرناه كفاية.

وجوب إطاعة المعصوم عليه السلام

الخامس: في وجوب الإطاعة.

يمكن أن يستدلّ للزوم إطاعتهم في أوامرهم الشخصية العرفية الراجعة مصلحتها

إليهم بوجهين:

أحدهما: الآيات والنصوص المتواترة الدالة على افتراض طاعتهم، وأنّ معصيتهم

كمعصية الله تعالى، كقوله سبحانه: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾^(١).

وقوله تعالى ﴿فَلْيَخْذِرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ

أَلِيمٌ﴾^(٢).

وقوله عزّ وجلّ: ﴿مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ وَمَنْ تَوَلَّى فَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ

حَقِيقًا﴾^(٣).

وصحيح زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام: ذروة الأمر وسنامه ومفتاحه وباب الأشياء ورضا

(١) النساء آية ٥٩. (٢) النور آية ٦٣. (٣) النساء آية ٨٠.

والأخبار في افتراض طاعتهم^١، وكون معصيتهم كمعصية الله كثيرة، يكفي في ذلك. منها مقبولة عمر بن حنظلة، ومشهورة أبي خديجة، والتوقيع الآتي حيث علل فيها حكومة الفقيه وتسلمه على الناس: «بأنّي قد جعلته كذلك، وإنّه حجّتي عليكم»، وأمّا الإجماع فغير خفي.

الرحمن تبارك وتعالى، الطاعة للإمامة بعد معرفته ﷺ، ثمّ قال: إنّ الله تبارك وتعالى يقول: «مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ وَمَنْ تَوَلَّى فَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ حَفِيظًا»^(١).
 وخبر الحسين بن أبي العلاء، قال: «ذكرت لأبي عبد الله ﷺ قولنا في الأوصياء إنّ طاعتهم مفترضة، فقال: نعم هم الذين قال الله تعالى: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ وهم الذين قال الله عزّ وجلّ: ﴿إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا»^(٢).

وخبر معمر بن خلاد، قال: «سأل رجل فارسي أبا الحسن ﷺ فقال: طاعتك مفترضة؟ فقال ﷺ: نعم، قال: مثل طاعة عليّ بن أبي طالب ﷺ؟ فقال: نعم»^(٣).
 إلى غير ذلك من الأخبار المتواترة.

١. منها ما أشار إليه في المتن وسيأتي الكلام في تلك الأخبار، إذ اختصاص هذه بأجمعها بالأوامر الشرعية خلاف ظواهرها، من جهة أنّ الإطاعة فيها إطاعة بالذات لأمره تعالى، وإطاعة بالعرض للوسائط، والإطاعة التي تكون بالذات إطاعة لهم، هي إطاعتهم في الأوامر الشخصية، ومعلوم أنّ ظاهر الآيات والروايات إرادة الثانية.

(١) أصول الكافي، ج ١، ص ١٨٥ باب فرض طاعة الأئمة حديث ١. (٢) أصول الكافي، ج ١، ص ١٨٥ حديث ٧.

(٣) أصول الكافي، ج ١، ص ١٨٧، حديث ٨.

وأما العقل القطعي فالمستقلّ منه حكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفة إنهم أولياء النعم^١، وغير المستقلّ حكمه بأنّ الأبوة إذا اقتضت وجوب طاعة الأب على الابن في الجملة^٢، كانت الإمامة مقتضية لوجوب طاعة الإمام على الرعية بطريق أولى، لأنّ الحقّ هنا أعظم بمراتب، فتأمل.

والمقصود من جميع ذلك، دفع ما يتوهم من أنّ وجوب طاعة الإمام مختصّ بالأوامر الشرعية، وأنّه لا دليل على وجوب طاعته في أوامره العرفيّة، أو سلطنته على الأموال والأنفس.

وبالجملة: فالمستفاد من الأدلّة الأربعة - بعد التتبع والتأمل - أنّ للإمام سلطنة مطلقة على الرعية من قبل الله تعالى، وأنّ تصرّفهم نافذ على الرعية، ماض مطلقاً. هذا كلّه في ولايتهم بالمعنى الأول.

١. الوجه الثاني: أنّهم صلوات الله عليهم مجاري الفيوضات، وأولياء النعم بأجمعها من المال والولد والأعضاء وغيرها، فهم المُنعمون بالواسطة، وقد استقلّ العقل بوجوب شكر المُنعم، ومعلوم أنّ صرف النعمة في سبيل إطاعة المنعم شكر، وتركه كفران، فيحسن الأوّل عقلاً ويقبح الثاني كذلك، وبالملازمة يستكشف الوجوب.

٢. قوله: (وغير المستقلّ حكمه بأنّ الأبوة إذا اقتضت وجوب طاعة الأب على الابن... بطريق أولى).

تقريب الأولويّة: أنّ الأب من جهة كونه مقدّمة إعداديّة لتكوين الابن واجب الإطاعة عليه، فالنبي ﷺ الذي هو واسطة التكوين ومجري الفيض أولى بذلك.

ولكن يمكن أن يقال: إنّ لم يثبت كون مناط وجوب الإطاعة وعلته ذلك، وعليه فلا وجه لدعوى الأولويّة.

ولعلّه إلى هذا أشار بقوله: (فتأمل).

وأما بالمعنى الثاني: أعني اشتراط تصرف الغير بإذنهم^١، فهو وإن كان مخالفاً للأصل، إلا أنه قد ورد أخبار خاصة بوجوب الرجوع إليهم، وعدم جواز الاستقلال لغيرهم، بالنسبة الى المصالح المطلوبة للشارع، الغير المأخوذة على شخص معين من الرعية، كالحدود والتعزيرات، والتصرف في أموال القاصرين، وإلزام الناس بالخروج عن الحقوق، ونحو ذلك، ويكفي في ذلك ما دلّ على أنهم أولوا الأمر وولاته، فإن 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 بأنهم: «حجتي عليكم وأنا حجة الله». فإنه دلّ على أن الإمام هو المرجع الأصلي.

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 إننا لانجد فرقة من الفرق، ولا ملة من الملل، بقوا وعاشوا إلا بقتيم 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 له إلا به»، هذا مضافاً إلى ما ورد في خصوص الحدود والتعزيرات والحكومات، وإنها لإمام

اشتراط تصرف الغير بإذنهم

١. وهل يستقلّ غيرهم عليه السلام في التصرف، أم يكون تصرف الغير منوطاً بإذنهم؟

وجهان:

وتفصيل القول في المقام: أن لا كلام ولا خلاف في ثبوت الولاية بهذا المعنى، أي اشتراط تصرف الغير بإذنهم في جملة من الموارد الخاصة التي دلّ الدليل على ذلك، كالحدود، والتعزيرات، والحكومات، والجهاد، وغيرها. كما لا كلام في ثبوتها لهم في الأمور التي ثبت أنها وظيفة الرئيس، لما دلّ من النصوص على أن لهم الرئاسة كخبر الفضل^(١) المذكور في المتن وغيره، وأنهم ولاية الأمر وأولي الأمر.

(١) أصول الكافي، ج ١، ص ٢٠٠.

المسلمين، وفي الصلاة على الجنائز من أن سلطان الله أحقّ بها من كلّ، 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 كلّ تصرف على الإذن. نعم الأمور التي يرجع فيها كلّ قوم إلى رئيسهم، لا يبعد الاطراد فيها، بمقتضى كونهم أولي الأمر، وولاته، والمرجع الأصلي في الحوادث الواقعة والمرجع في غير ذلك من موارد الشكّ، إلى إطلاقات أدلة تلك التصرفات إن وجدت على الجواز أو المنع، وإلا فإلى الأصول العمليّة^١، لكن حيث كان الكلام في اعتبار إذن الإمام أو نائبه الخاصّ مع التمكن منه، لم يجز إجراء الأصول، لأنها لا تنفع مع التمكن من الرجوع إلى الحجّة، وإنما تنفع مع عدم التمكن من الرجوع إليها لبعض العوارض.

وبالجملة: فلا يهتّمنا التعرّض لذلك، إنّما المهمّ التعرّض لحكم ولاية الفقيه بأحد الوجهين المتقدّمين:

كما لا ينبغي التوقّف في عدم ثبوتها لهم بالإضافة إلى الوظائف الشخصية لكلّ فرد من أفراد الرعيّة من العبادات والمعاملات.

١. إنّما الكلام فيما إذا جهل الأمر، ولم يُحرز أنّ التصرف من أي الأقسام، فإن احتمل كونه من وظيفة الإمام خاصّة، فتارة لا يحرز كون الفعل مطلوباً للشارع على كلّ تقدير، وأخرى يُحرز ذلك.

فعلى الأوّل: تجري أصالة البراءة عنه بالإضافة إلى الرعيّة.

وعلى الثاني: حيث أنّ توجّه التكليف إلى المكلفين بنحو الواجب الكفائي بالتفصيل الذي سيمرّ عليك معلوم، فلا مورد للأصل.

وإن أحرز أنّ التكليف ليس مختصّاً بالمعصوم عليه السلام، وأنه متوجّه إلى المكلفين بنحو الواجب الكفائي أو العيني، ولكن احتمل دخل إذنه عليه السلام فيه، كان المرجع إطلاق دليل المنع، أو دليل الجواز لو كان، وإلا فمع التمكن من الرجوع إليه عليه السلام لا بدّ من ذلك، ولا مجال للرجوع إلى الأصل لأنّه لا يرجع إليه مع التمكن من الفحص.

وإن لم يتمكّن من ذلك، فإن احتمل كون إذنه من قبيل شرط الوجوب، تجري أصالة البراءة مع عدم تحقّق الإذن، وإن احتمل كونه من قبيل شرط الواجب، دخل في مسألة

فنقول: أمّا الولاية على الوجه الأول - أعني^١ استقلاله في التصرف - فلم يثبت بعموم عدا ما ربّما يتخيّل من أخبار واردة في شأن العلماء، مثل: «أنّ العلماء ورثة الأنبياء»، و «أنّ الأنبياء لم يورثوا ديناراً ولا درهماً، ولكن أورثوا أحاديث من أحاديثهم فمن أخذ بشيء منه أخذ بحظّ وافٍ»، و «أنّ العلماء أمناء الرّسل»، وقوله عليه السلام: «مجاري الأمور بيد العلماء بالله، الأمناء على حلاله وحرامه»، وقوله عليه السلام: «علماء أمّتي كأَنْبياء بني إسرائيل»، وفي المرسلّة المرويّة في «الفقه الرّضوي»: «أنّ منزلة الفقيه في هذا الوقت كمنزلة الأنبياء في بني إسرائيل»، وقوله عليه السلام في «نهج البلاغة»: «أولى الناس بالأنبياء أعلمهم بما جاؤوا به: ﴿إِنَّ أَوْلَى النَّاسِ بِإِبْرَاهِيمَ لَلَّذِينَ اتَّبَعُوهُ﴾ الآية». وقوله عليه السلام ثلاثاً: «اللهمّ ارحم خلفائي، قيل: ومن خلفائك يا رسول الله؟ قال: الذين يأتون بعدي، ويروون حديثي وسنتي»، وقوله عليه السلام في مقبولة ابن حنظلة: «قد جعلته عليكم حاكماً»، وفي مشهورة ابن خديجة: «جعلته عليكم قاضياً»، وقوله عجل الله فرجه: «هم حجّتي عليكم، وأنا حجّة الله» إلى غير ذلك ممّا يظفر به المتتبع.

لكنّ الإنصاف بعد ملاحظة سياقها أو صدرها أو ذيلها، يقتضي الجزم بأنّها في مقام بيان وظيفتهم من حيث الأحكام الشرعيّة، لا كونهم كالنبيّ والأئمّة صلوات الله عليهم في كونهم أولى الناس في أموالهم

ولاية الحاكم الشرعي

الأقلّ والأكثر الارتباطيين.

١. قوله: (أمّا الولاية على الوجه الأول أعني استقلاله في التصرف).

أقول: إذا عرفت ما ذكرناه فلا بدّ من التعرّض لمقدار ولاية الفقيه.

وملخص القول في المقام: أنّه لا شبهة ولا ريب في أنّ منصب القضاة - من فصل الخصومة والأموال التي يرجع فيها في العرف إلى القاضي، كأخذ الحقّ من المماطل وحبسه، وبيع ماله، والتصرف في مال القصر، ونصب القيم وما شاكل - ثابت للفقيه الجامع للشرائط، وتشهد به مشهورة أبي خديجة المرويّة في «الكافي» و«التهذيب» و«الفقيه» وغيرها بأسانيد مختلفة، ومتون متفاوتة في غير الجملة التي هي مورد

للإستشهاد قال: «بعثني أبو عبد الله عليه السلام إلى أصحابنا، فقال: قُلْ لهم: إِيَّاكُمْ إِذَا وَقَعَتْ بَيْنَكُمْ خُصُومَةٌ - إِلَى أَنْ قَالَ - اجْعَلُوا بَيْنَكُمْ رَجُلًا قَدْ عَرَفَ حَالَنَا وَحَرَامَنَا، فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ قَاضِيًا». الحديث ^(١).

وظاهر الخبر جعل الفقيه قاضياً كالقضاة المنصوبين من قبل أئمة الجور، ومن المعلوم أنّ من كان يجعل له منصب القضاة، لم تكن وظيفته مختصة بفصل الخصومة، بل كان يرجع إليه سائر ما أشرنا إليه، بل في زماننا أيضاً القضاة يتصدّون لما ذكر، فيثبت هذا المقام للفقيه.

وبه يظهر اندفاع ما قيل من اختصاصها بفصل الخصومة، ولا يستفاد منها مزيد من ذلك.

مع أنه لو كان الخبر مسوقاً لبيان ذلك، لكان قوله: «اجعلوا بينكم... الخ» كافياً، ولم يكن حاجة إلى ضمّ هذه الجملة. فالظاهر أنّ هذه الجملة من قبيل الكبرى الكلية التي من مصاديقها المورد.

وأورد عليها بضعف السند لوجهين:

أحدهما: إنّ في طريقها المعلّى بن محمّد.

الثاني: ما أفاده المحقّق النائيني، وهو أنّ لأبي خديجة حالة إعوجاج عن طريق الحقّ - وهي زمان متابعتة لفرقة الخطابية - وحالتي استقامة، وما قبل الإعوجاج وبعده، ولم يعلم أنه رواها في أيّ الحالات.

ولكن يمكن دفع الأول: بأنّ الخبر مروى بطرق مختلفة، منها ما في «الفقيه» عن أحمد بن عائد، عن أبي خديجة، وطريقه إليه أبوه عن سعد بن عبد الله عن أحمد بن محمّد بن عيسى عن الحسن بن علي الوشاء، وهؤلاء كلّهم ثقات، كما أنّ أحد طريقي الشيخ في «التهذيب» إليه قوي.

مع أنّ المعلّى من مشايخ الإجازة على ما أفاده المحقّق المجلسي عليه السلام، وهو يكفي في

(١) التهذيب ج ٦ ص ٣٠٣، حديث ٥٣ وج ٦ ص ٢١٩، حديث ٨ - والكافي ج ٢، ص ٣٥٨. والفقيه ج ٣ - ص ٢ والوسائل - باب ١١ - من أبواب صفات القاضي حديث ٦.

قبول رواياته.

ويدفع الثاني: ما حقق في محلّه من أنّ سالم بن مكرم أبا خديجة ثقة. ولا كلام أيضاً في ثبوت منصب الفتوى له، وأنّ للعوام أن يقلّدوه، وتدّلّ عليه الآيات والروايات وبناء العقلاء على رجوع الجاهل إلى العالم، على ما فصلنا القول في ذلك في كتاب الإجتهد والتقليد.

تشكيل الحكومة من وظائف المجتهد

إنّما الكلام في أنّه هل يكون المجتهد هو الحاكم المطلق، ومنقّد الحكم، ووظيفته تشكيل الحكومة إمّا بنفسه أو بنصب شخص من قبله، أم لا ؟ أقول: المعروف بين الأصحاب هو الأوّل، بل في «عوائد» النراقي: دعوى الإجماع عليه، قال: (حيث نصّ به كثير من الأصحاب، بحيث يظهر منهم كونه من المسلّمات). وهو الحقّ الذي لا ريب فيه، لأنّ من جملة أحكام الإسلام، بل والمهمّ منها أحكاماً جزائيّة، وقضائيّة، وسياسيّة، واجتماعيّة كالقصاص، والديات، والحدود، والجهاد، والصلح، والقضاء، وقبول الجزية و... ولا يمكن إجراء تلك الأحكام إلاّ بيد الحاكم على الأُمَّة.

وبعبارة أخرى: إنّ الأحكام التي أتى بها نبيّ الإسلام ﷺ، إنّما هي قوانين كليّة، وبديهي أن لا فائدة للقانون إلاّ لأجل تنفيذه، ولولاه لعدّ لغواً، فيعلم من ذلك أنّ النبيّ ﷺ الذي جاء بتلك القوانين، وحينما ساعدته الظروف شكّل الحكومة بنفسه، وكذلك وصيّّه أمير المؤمنين عليه السلام عيّن شخصاً لإجراء تلك الأحكام. وليس في هذا الزمان غير المجتهد الذي قال عليه السلام ﷺ في حقّه: «إنّه خليفتي ووارثي». وقال الإمام عليه السلام: «هو الحجّة عليكم»، إلى غير ذلك من التعابير التي ستمرّ عليك. مع أنّه لا يكون ثمة أحد أعرف بمباني الإسلام منه، فهو المتعيّن لأن يكون قائماً بالحكومة وعلى رأسها.

وإن شئت قلت: إنه لا ريب في أن وظيفة المجتهد في هذا العصر إجراء أحكام الإسلام، وحفظ أمن البلاد الإسلامية، والتحرّز من مكائد الإستعمار، وحفظ استقلال البلاد الإسلامية، والدفاع عن حريم الإسلام والقرآن، وقطع يد من تسوّّل له نفسه العبث في بلاد المسلمين، وحفظ المسلمين من يد الأجانب ومن عبثهم في عقول المسلمين، وعقد الذمّة والعهود، وإجراء الحدود، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهل يمكن شيء من ذلك إلا من قبل الدولة والحكومة القويّة العادلة.

قال الله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ﴾^(١) هل يمكن ذلك إلا من قبل

الحاكم.

وقد تقدّم خبر الفضل عن الإمام الرضا عليه السلام المتضمّن: «إننا لا نجد فرقة من الفرق، ولا ملة من الملل بقوا وعاشوا إلا بقيم ورتيس، لما لا بدّ لهم منه في أمر الدّين والدنيا، فلم يجز في حكمة الحكيم أن يترك الخلق بما يعلم أنّه لا بدّ لهم منه، ولا قوام لهم إلا به»، فإنّ هذا البرهان العقلي جار في زمان الغيبة أيضاً.

وتشهد بثبوت هذا المقام للمجتهد جملة من الأخبار:

منها: مقبولة^(٢) عمر بن حنظلة، عن أبي عبد الله عليه السلام: «ينظر أنّ من كان منكم ممّن قد روى حديثنا ونظر في حالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً، فإنّي قد جعلته عليكم حاكماً، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه، فإنّما استخف بحكم الله وعلينا ردّ، والرادّ علينا الرادّ على الله، وهو على حدّ الشرك بالله».

حيث أنّه يستفاد منها جعل المجتهد حاكماً كسائر الحكام المنصوبين في زمان النبي صلى الله عليه وآله والصحابة، ومن المعلوم أنّ الحاكم المنسوب في تلك الأزمنة كان يرجع إليه

(١) الأنفال، ٦٣.

(٢) الكافي ج ١ - ص ٦٧ حديث ١٠ - التهذيب ج ٦، ص ٣٠١، حديث ٥٢ - الفقيه ج ٣، ص ٥ - الإحتجاج، ص ١٩٤ - الفروع ج ٧، ص ٤١٢ - الوسائل - باب ١١ - من أبواب صفات القاضي حديث ١.

في جميع الأمور العامة التي يرجع فيها كل قوم إلى رئيسهم، فالمجتهد قد جعل حاكماً مطلقاً بهذا المعنى. بحيث يكون الحاكم هو المنفذ للحكم. وأورد عليها.

تارة: بضعف السند، لأنه لم ينص على ابن حنظلة بتوثيق.

وأخرى: بأن الظاهر من الحاكم هو القاضي، لأن مورد السؤال والتحاكم هو الترافع إلى القاضي، وقوله: «إذا حكم بحكمنا» أي قضي، فهي تدل على جعل منصب القضاة له.

ولكن يرد الأول: أن الأظهر وثاقة الرجل لتوثيق الشهيد الثاني إياه، قال: (إننا حققنا توثيقه من محل آخر)، ولورود روايتين دالتين^(١) عليها، ولغير ذلك من الشواهد، فضلاً عن أن الأصحاب تلقوها بالقبول ولذلك سميت بالمقبولة.

ويرد الثاني: أن المسلم عند الأصحاب أن خصوص المورد لا يختص عموم الوارد. مع أنه لو كان المراد ما ذكر، لكان يكفي قوله: «ينظر إن من كان... الخ» ولم يكن حاجة إلى هذه الجملة، سيما مع تصدّرها بحرف التعليل الذي يكون صالحاً لكون الجملة بياناً لكبرى كلية من مصاديقها المورد.

ومنها: ما رواه الصدوق بأربعة طرق عن الإمام علي عليه السلام: «قال رسول الله ﷺ: اللهم ارحم خلفائي - ثلاثاً - قيل: يا رسول الله ومن خلفائك؟ قال: الذين يأتون بعدي، يروون حديثي وسنتي - وزاد في بعض الروايات - فيعلمونها الناس من بعدي»^(٢).
وحيث أنه عند دوران الأمر بين الزيادة والنقيصة الأصل البناء على وجود ما نقص.

(١) رواهما العلامة المامقاني في رجاله إحداهما عن التهذيب، والأخرى عن الكافي.

(٢) عيون الأخبار ج ٢، ص ٣٧، حديث ٩٤ - معاني الأخبار، ص ٣٧٤. الفقيه ج ٤، ص ٣٠٣، حديث ٥٣ -

الوسائل - باب ٨ - من أبواب صفات القاضي حديث ٥٣ - و باب ١١ - منها حديث ٧.

فالظاهر أنّ متن الحديث مع هذه الزيادة، وظهوره حينئذٍ في إرادة الفقهاء من الرواية في غاية الوضوح.

وبعبارة أخرى: المراد من راوي الحديث والسنة هو من يعلم الناس أحكام الإسلام، لا مجرد لقلقة اللسان، وهذا يلزم مع الفقهة.

فيدلّ الخبر على أنّ الفقيه خليفة رسول الله ﷺ، والخليفة بقول مطلق من يقوم مقام من استخلفه في كلّ ما هو له.

وإن شئت قلت: إنّ كون الرئاسة والحكومة حقّ خليفة رسول الله ﷺ، ومنصبه المفوض إليه كان من الأمور الواضحة المسلمة عند الجميع، ولذلك كان كلّ من ملوك بني أمية وسلاطين بني العباس، بل ومن قبلهم من رؤساء الحكومة الإسلامية، المدّعين الخلافة لرسول الله ﷺ قد تصدّى لهذا المقام. وعلى ذلك فتعيين رسول الله ﷺ العلماء خلفائه يكون دالاً بالملازمة البيّنة على جعلهم حكّاماً نافذي الحكم ورؤساء للحكومة الإسلامية.

ومما يؤيد ما ذكرناه من ظهور جعل شخص خليفة في جعله نافذ الحكم ورئياً قوله تعالى: ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾^(١)، فإنّ كون الحكومة مترتبة على جعله خليفة مفروغ عنه في الآية، وإنّما أمر فيها بالحكم، وعدم اتباع الهوى.

ومنها: التوقيع الشريف المروي في كتاب «إكمال الدين وإتمام النعمة» للصدوق، وكتاب «الغيبية» للشيخ، و«الإحتجاج» للطبرسي في جواب مسائل إسحاق بن يعقوب: «وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا، فإنّهم حجّتي عليكم، وأنا حجّة الله»^(٢).

(١) سورة ص آية ٢٦.

(٢) إكمال الدين وإتمام النعمة طبع الكمباني، ص ٢٦٦، ح ٤ باب التوقيع - كتاب الغيبية، ص ١٩٨ - الإحتجاج طبع النجف، ص ١٦٣ - الوسائل - باب ١١ - من أبواب صفات القاضي حديث ٩.

بتقريب: أنّ المراد بالحوادث - من جهة كونها جمعاً محلّياً باللام - كلّ حادثة يرجع فيها الرعيّة إلى رئيسهم، من غير فرق بين كونها من السياسيات أو الشرعيّات، ومن غير فرق بين أن تكون مرتبطة بشخص خاصّ أو بالمجتمع، فتشمل ما كان من قبيل إخراج الأجانِب النفط وسائر المعادن، وعقد الذمّة مع الدول الأخرى، وما لو توجّه الخطر من جانب الأجانِب إلى الدولة الإسلاميّة، وما شاكل.

فيدلّ على أنّ راوي الحديث، المَجْعول حجّة على الأمة، وهو الفقيه الجامع للشرائط، مرجع في جميع تلك، وليس معنى الحكومة وكون الشخص حاكماً ونافذ الحكم إلاّ ذلك.

واحتمال إرادة حوادث خاصّة - نظراً إلى أنّ اللّام للعهد، وإشارة إلى الحوادث المسؤول عنها التي ليست بأيدينا - يندفع بأنّ توصيف الحوادث بالواقعة يدفع ذلك. وقد يقال: إنّهُ تضمّن الرجوع في الحوادث إلى الفقيه، ولا يدلّ على وكول نفس الحادثة إليه لبيّاشره بنفسه أو بمن ينصّبه، كما ادّعاه الشيخ عليه السلام، والظاهر من ذلك الرجوع في حكمها إليه لا إيكالها إليه .

ولكن يندفع ذلك: بأنّ الرجوع في كلّ حادثة إلى الفقيه، وكسب الوظيفة منه، ولزوم العمل بكلّ ما يعينه، ولو كان هو الدفاع عن المملكة الإسلاميّة، وحفظ حدودها وتغورها وما شاكل، عبارة أخرى عن كونه حاكماً مطلقاً.

ويناسب هذا المعنى التعليل بأنّه حجّة من قبل من هو حجّة من قبل الله المسلّط على العالم وما فيه.

ومنها: ما روي عن الإمام الحسين بن علي عليه السلام: «مجارى الأمور والأحكام على أيدي العلماء بالله، والأمناء على حاله، فأنتم المسلوبون تلك المنزلة، وما سلبتم ذلك إلاّ بتفرّقكم عن الحقّ، واختلافكم في السنّة بعد البيّنة الواضحة، ولو صيرتم على الأذى وتحملتّم المؤمنة في ذات الله، كانت أمور الله عليكم ترد، وعنكم تصدر، وإليكم ترجع،

ولكنكم مكنتم الظلمة من منزلتكم، واستسلمتم أمور الله في أيديهم.... الخ»^(١).

وتقريب الإستدلال به:

أنّ المراد بالعلماء في الخبر غير الأئمة، بقرينة سائر الجملات المتضمنة لتفرّقتهم عن الحقّ واختلافهم في السّنة، فالمخاطب فيه هم العلماء الساكتون غير الأمرين بالمعروف، وغير العاملين بالوظيفة، وغير ذلك من القرائن.

ويدلّ الحديث على أنّ مجاري الأمور على أيديهم، ولا معنى لمجاري الأمور في مقابل مجاري الأحكام، سوى الأمور المربوطة بالحكومة الإسلاميّة.

ويؤكّد ذلك ما في ذيله من قوله: (واستسلمتم أمور الله في أيديهم) فإنّ ما استسلموه هو الحكومة وما يرتبط بها.

وأيضاً تضمّن الخبر أنّ العلماء قد غضّب حقّهم، وليس المغضوب سوى الحكومة كما هو واضح.

وعلى الجملة: من تدبّر في الخبر صدراً وذيلاً، ظهر له أنّ مراد الإمام الشهيد صلوات الله عليه أنّ العلماء هم الحكّام، وأنّ تشكيل الحكومة من وظائفهم، وقد غضب الظلمة هذه المنزلة من جهة ترك العلماء العمل بوظائفهم من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وعدم المصانعة عند الظلمة، وما شاكل، والله العالم.

ومنها: خبر علي بن أبي حمزة، عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام: «إذا مات المؤمن بكت عليه الملائكة، وبقاع الأرض التي كان يعبد الله عليها، وأبواب السماء التي كان يصعد فيها بأعماله، وثلم في الإسلام ثلثة لا يسدّها شيء، لأنّ المؤمنين الفقهاء حصون الإسلام كحصن سور المدينة لها»^(٢).

وتقريب الإستدلال به:

(١) تحف العقول، ص ٢٣٧. (٢) أصول الكافي، ج ١ - ص ٣٨ باب فقد العلماء حديث ٣.

إنه يدلّ على أنّ حصن الإسلام وحافظه هو الفقيه، وحيث أنّ أحكام الإسلام لا تنحصر بالعبادات، بل منها أحكام اجتماعية وسياسية وقضائية وجزائية، ولا يمكن حفظ تلك الأحكام، وكون الفقيه حصناً يدافع عنها، إلا من قبل حكومة قوية صالحة. ولذلك ترى أنّ الاستعمار الأوروبي علم من أول وهلة أنّ استعمار له لا يتحقق ما دام القرآن هو الكتاب السماوي الذي يتبعه المسلمون ويجرون أحكامه وقوانينه ويتبعون إرشاداته وتعاليمه، وقد صرح بذلك (كلادستون) رئيس وزراء بريطانيا سابقاً، ومن حينه حاول ساعياً وبشتى الطرق والوسائل تضعيف الإسلام.

وكان من جملة مصائده وحبائله، نعمة التفكيك بين الدين والسياسة، وصارت تلك من أخطر الوسائل في أيديهم، وسبباً لما نرى الآن من حال الإسلام والمسلمين والبلاد الإسلامية.

وبالجملة: أحكام الإسلام من الجهاد والمهادنة وعقد الذمّة، والعهود وإجراء الحدود والقصاص وقبول الجزية، وما شاكل، لا يمكن حفظها إلا مع كون الحكومة بيد الفقيه أو من ينصبه الفقيه.

لذلك، فجعل الفقيه حصناً للإسلام، لا يكون إلا بجعله حاكماً مطلقاً منقذ الحكم. ومنها: خبر السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الفقهاء أمناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا، قيل: يا رسول الله وما دخولهم في الدنيا؟ قال صلى الله عليه وآله: اتّباع السلطان، فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم»^(١).

وتقريب الاستدلال به:

إن الأمين من فوّض عليه حفظ ما فوّض إليه، وقد فوّض إلى الفقهاء الأحكام الشرعية.

(١) أصول الكافي، ج ١ - ص ٤٦ باب المستأكل بعلمه حديث ٥.

وقد مرّ في الخبر السابق أنّ حفظ الأحكام الشرعية لا يمكن إلا من قبل حكومة إسلامية قوية، وقوله: (ما لم يدخلوا... الخ) يمكن أن يكون إشارة إلى أنّ الإهمال في تشكيل الحكومة، وصيرورة المتبوع تابعاً والمخدوم خادماً، خيانة يخرج بذلك عن كونه أميناً.

ومنها: ما رواه في «الكافي»، و«أمالى الصدوق»، وفي أوّل «المعالم» بأسانيد عديدة متصلة إلى أبي عبد الله عليه السلام: «قال رسول الله ﷺ: من سلك طريقاً يطلب فيه علماً، سلك الله به طريقاً إلى الجنة، وإنّ الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضاً به، وأنّه يستغفر لطالب العلم من في السماء - إلى أن قال - وأنّ العلماء ورثة الأنبياء، إنّ الأنبياء لم يورثوا ديناراً ولا درهماً ولكن ورثوا العلم، فمن أخذ منه أخذ بحظّ وافر»^(١).

وتقريب الاستدلال به:

أنّه يدلّ على أنّ العالم وارث الأنبياء في العلم، والمراد به الأحكام والحقائق والقوانين التي جاءوا بها، فكما أنّهم موظّفون بنشرها وإجرائها كي ينتفع بها الناس، وكذلك العالم موظّف بذلك، وقد مرّ أنّ إجراء الأحكام الشرعية بأجمعها لا يمكن إلا بيد الحاكم المطلق.

ودعوى أنّ المراد بالعلماء هم الأئمة.

غريبة، يدفعها صدر الخبر الوارد في ثواب طلب العلم، مع أنّه بهذا المضمون روايات صريحة في إرادة غير الأئمة الهداة صلوات الله عليهم.

مثل ما في «البحار»: وقال أمير المؤمنين صلوات الله عليه لولده محمّد: «تفقه في الدين، فإنّ الفقهاء ورثة الأنبياء»^(٢).

(١) أصول الكافي، ج ١، ص ٣٤ باب ثواب العالم والمتعلم. (٢) ج ١ - ص ٢١٦ الطبع الحديث.

وفي المقام روايات اخر قريبة المضمون مع ما تقدّم، تظهر كيفية الاستدلال بها مما تقدّم، فلا وجه لتطويل الكلام بذكر كل واحدة منها.

العالمُ المختلف إلى أبواب الحكام آفة الدين

وقد تضمّنت الأخبار ذمّ العلماء الذين يختلفون أبواب الحكام، ولا يحترزون عن مخالطتهم، لاحظ :

خبر السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال :

«قال رسول الله صلى الله عليه وآله، الفقهاء أمناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا، قيل: يا رسول الله وما دخولهم في الدنيا؟ قال صلى الله عليه وآله: اتباع السلطان، فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم»^(١).

والنبوي: «العلماء أمناء الرسل على عباد الله عزّ وجلّ ما لم يخالطوا السلطان، فإذا فعلوا ذلك فقد خانوا الرسل فاحذروهم واعتزلوهم»^(٢).

والنبوي: «شرار العلماء الذين يأتون الأمراء، وخيار الأمراء الذين يأتون العلماء»^(٣).
والخبر المروي عن الإمام عليه السلام: «العلماء أحبّاء الله ما أمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر، ولم يميلوا في الدنيا، ولم يختلفوا أبواب السلاطين، فإذا رأيتهم مالوا إلى الدنيا واختلفوا أبواب السلاطين، فلا تحملوا عنهم العلم، ولا تصلّوا خلفهم، ولا تعودوا مرضاهم، ولا تشيّعوا جنائزهم، فإنهم آفة الدين، وفساد الإسلام، يفسدون الدين كما يفسد الخلّ العسل»^(٤).

(١) أصول الكافي ج ١ - ص ٤٦ باب المستأكل بعلمه. (٢) المحجّة البيضاء ج ١ - ص ١٤٤.

(٣) المحجّة البيضاء، ج ١، ص ١٤٤ - وأخرجه ابن عبد البر في العلم بلفظ آخر على نقل، وبلفظه نقله الشهيد في المنيّة. (٤) الخراجيّة للفاضل القطيفي.

والظاهر أنّ منشأ هذه التشديدات العظيمة والسرّ فيها وجهان:
أحدهما: إنّ الشرع جعل العالم متبوعاً وحاكماً ومخدوماً، فإذا صار تابِعاً وخادماً
ومحكوماً انعكس الأمر وتحقّق ما لم يقصده الشرع. ومثله كَمَثَل الذي يقوم في العرض
الأكبر مع المجرمين ناكسي رؤوسهم عند ربّهم.
الثاني: إنّ السلطان والملك قد غضب حقّ المجتهد وتصدّى الحكومة، فاختلف بابه
تقرير لظلمه وتعديبه، فلا يجوز.
وبذلك يظهر الوجه لما في الروايات الكثيرة الواردة في ذمّ السلاطين والنهي عن
اختلاف أبوابهم والأمر بالهرب منهم.
وفي المقام مطالب هامة يعجبني التعرّض لها، وللإخبار الواردة عن أئمة الدّين فيها،
إلا أنّ الظروف لا تساعد، وإلى الله المشتكى.
فالمتحصّل ممّا ذكرناه: أنّه لا ينبغي التأمّل في أنّ إقامة الحكومة وظيفّة المجتهد
الجامع للشرائط.

في تراحم المجتهدين

بقي الكلام في أنه هل يجوز لأحد المجتهدين مزاحمة الآخرين أم لا؟
وتنقيح القول في ذلك أنه :

تارةً: يتصدى أحدهم للرئاسة والحكومة.

وأخرى: لم يستقر له الأمر لكنّه يريد التصدي لها.

أمّا في الصورة الأولى: فلا إشكال في عدم جواز المزاحمة إن كان المتصدّي أهلاً لذلك، إذ مضافاً إلى أنّ المزاحمة موجبة لتضعيف الحكومة الإسلامية - وهو بديهي الحرمة - فإنه يشهد لعدم جوازها قوله عليه السلام في مقبولة ابن حنظلة المتقدمة: «فإذا حَكَمَ بحكمنا فلم يقبل منه، فإنما استخفّ بحكم الله وعلينا ردّ، والرادّ علينا الرادّ على الله، وهو على حدّ الشرك بالله»^(١)، فإنّ تصدّي المجتهد حينئذٍ كتصدّي الإمام عليه السلام، فمزاحمة الثاني إياه كمزاحمته للإمام، وهي مستلزمة للردّ عليه، وهو ردّ على الإمام، فلا يجوز.

أضف إلى ذلك أنه يلزم اختلال نظام مصالح المسلمين العامة، وهو غير جائز قطعاً. مع أنّ الأدلّة إنّما تدلّ على جعل هذا المنصب للمجتهد مع عدم المتصدّي له، ففي فرض التصدي لا دليل على ثبوته لأحد.

وإلى هذا نظر المحقق النائيني رحمته الله، حيث قال: (إنّ الفقيه وليّ من لا وليّ له، فإذا تحقّق الولي، فلا ولاية لآخر، كما هو مفاد المشهورة: السلطان وليّ من لا وليّ له). كما أنّ الظاهر إلى هذا نظر من قال: إنّ دليل الولاية إن لم يكن لفظياً، فالمتيقّن منه إنّما هو ثبوت الولاية مع عدم تصدّي أحد، وإلا فيرجع إلى الأصل، وهو يقتضي عدم الولاية.

(١) الوسائل - باب ١١ - من أبواب صفات القاضي حديث ١١.

وإن كان لفظياً، فإطلاقه غير مسوق للبيان من هذه الجهة، فعند الشك لا بد من الرجوع إلى الأصل المتقدم.

وأما في الصورة الثانية: فإن قلنا باعتبار الأعمية - كما يشهد به ما رواه في «البحار» عن كتاب «الإختصاص» قال:

«قال رسول الله ﷺ: مَنْ تَعَلَّمَ عِلْمًا لِيَمَارِي بِهِ السُّفَهَاءَ أَوْ لِيُبَاهِيَ بِهِ الْعُلَمَاءَ أَوْ يَصْرِفَ بِهِ النَّاسَ إِلَى نَفْسِهِ يَقُولُ أَنَا رَأْسُكُمْ، فَلْيَتَبَوَّءْ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ، إِنَّ الرِّئَاسَةَ لَا تَصْلُحُ إِلَّا لِأَهْلِهَا، فَمَنْ دَعَى النَّاسَ إِلَى نَفْسِهِ وَفِيهِمْ مَنْ هُوَ أَعْلَمُ مِنْهُ لَمْ يَنْظُرِ اللَّهُ إِلَيْهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(١) - فلا إشكال في عدم جواز المزاحمة.

وإلا فالأظهر جواز المزاحمة، بمعنى ترتيب المقدمات، والتوسل بكل أمر جائز في نفسه للوصول إلى ذلك المقام السامي، بل لو كان يرى نفسه أحق وأبصر بالأمور، وأنه لو تصدى لذلك لخدم الإسلام والمسلمين بأحسن مما لو تصدى الآخر، وجب عليه ذلك، والله العالم.

عدم أولوية الفقيه بالتصرف في الأموال والأنفس

فالمحصل مما أسلفناه: ثبوت منصب الفتوى والقضاة وما يتبع هذا المنصب، والحكومة المطلقة للفقيه، وعليه فكل أمر يرجع فيه كل قوم إلى رئيسهم يرجع المسلمون فيه إلى الفقيه، كما أنه المرجع في كل أمر يكون بيد القضاة كما مر. وأما غير تلك من ما ثبت للإمام عليه السلام من أولويته بالتصرف في الأموال والأنفس، ولزوم إطاعته في أوامره الشخصية العرفية، وولايته التكوينية، فالظاهر عدم ثبوت

(١) البحار ج ٢ - ص ١١٠ من الطبع الحديث.

فلو طلب الفقيه الزكاة والخمس من المكلف، فلا دليل على وجوب الدفع إليه شرعاً^١. نعم، لو ثبت شرعاً اشتراط صحة أدائهما بدفعه إلى الفقيه مطلقاً، أو بعد المطالبة، وأفتى بذلك الفقيه، وجب اتّباعه إن كان ممّن يتعيّن تقليده ابتداءً أو بعد الإختيار، فيخرج عن محلّ الكلام. هذا مع أنّه لو فرض العموم فيما ذكر من الأخبار، وجب حملها على إرادة الجهة المعهودة المتعارفة من وظيفته عليه السلام من حيث كونه رسولاً مبلّغاً، وإلا لزم تخصيص أكثر أفراد العام، لعدم سلطنة الفقيه على أموال الناس وأنفسهم، إلا في موارد قليلة بالنسبة إلى موارد عدم سلطنته. وبالجملة: فإقامة الدليل على وجوب طاعة الفقيه كالإمام إلا ما خرج بالدليل، دونه خرق القتاد.

شيء منها للفقيه بما هو فقيه، لاختصاص أدلتها بالإمام عليه السلام.

١. قوله: (فلو طلب الفقيه الزكاة والخمس من المكلف فلا دليل على وجوب الدفع).

وقد التزم المصنّف عليه السلام في كتاب الزكاة بوجوب الدفع إليه إن طالب، واستدلّ له: بأنّ منعه ردّ عليه، والرادّ عليه رادّ على الله تعالى، كما في مقبولة ابن حنظلة^(١). وبقوله عليه السلام في التوقيع الشريف: «أمّا الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا، فإنّهم حجّتي عليكم وأنا حجّة الله»^(٢). ولكن قد مرّ أنّ الخبرين إنّما يدلّان على أنّ الحكومة والقضاة للفقيه، ولا يدلّان على ثبوت شيء آخر كوجوب الإطاعة، وحيث إنّ ذلك ليس شأناً من شؤون أحد المنصّبين.

وبعبارة أخرى: ليس ممّا يرجع فيه العرف إلى الرئيس أو القاضي، فلا وجه لوجوب الردّ إليه، وما في المقبولة إنّما هو كون عدم قبول ما حكم به بحكمهم ردّاً على الإمام لا أنّ مطلق الردّ ردّ عليه.

(١ و ٢) الوسائل - باب ١١ - من أبواب صفات القاضي - حديث ١ و ٩.

بقي الكلام في ولايته على الوجه الثاني، أعني توقّف تصرّف الغير على إذنه^١، فيما كان متوقفاً على إذن الإمام عليه السلام، وحيث أنّ موارد التّوقف على إذن الإمام غير مضبوط، فلا بدّ من ذكر ما يكون كالضابط لها.

فنقول: كلّ معروف علم من الشارع إرادة وجوده في الخارج، إن علم كونه وظيفه شخص خاصّ، كنظر الأب في مال ولده الصغير، أو صنّف خاصّ، 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. ثمّ إن علم الفقيه من الأدلّة جواز تولّيه، لعدم إناطته بنظر خصوص الإمام أو نائبه الخاصّ، تولّاه مباشرة أو استنابة إن كان ممّن يرى الاستنابة فيه، وإلا عطّله، فإنّ كونه معروفاً لا ينافي إناطته بنظر الإمام عليه السلام، والحرمان عنه عند فقده كسائر البركات التي حرمانها بفقده عجل الله فرجه. ومرجع هذا إلى الشكّ في كون المطلوب مطلق وجوده أو وجوده من موجد خاصّ.

أمّا 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

نعم، إذا فرضنا صيرورة المجتهد حاكماً وسلطاناً، فطلب الزكاة أو الخمس لصرفها في المصالح العامّة والفقراء، وجب الدفع إليه، لأنّ ذلك من حيثيّات الحكومة وشؤونها، ولذا كان دأب النبي صلى الله عليه وآله والوصي عليه السلام أيام حكومتها مطالبة الزكاة والأخذ من المانعين جبراً.

وبما حقّقناه يظهر الضابط فيما للفقيه تصدّيه وما ليس له ذلك، فتدبّر حتّى لا يشتبه عليك الأمر.

ضابط التصرّفات المتوقّف جوازها على إذن الفقيه

١. قوله: (بقي الكلام في ولايته على الوجه الثاني، أعني توقّف تصرّف الغير على إذنه).

المنصوبة في زمان النبي ﷺ 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 ﷺ: «مجارى الأمور بيد العلماء بالله، الأمانة على حاله وحرامه» - التوقيع المروي في «إكمال الدين»، وكتاب «الغيبة» و«احتجاج» الطبرسي، الوارد في جواب مسائل إسحاق بن يعقوب، التي ذكر: «إني سألت العمري رضي الله عنه أن يوصل إلى صاحب عجل الله فرجه كتاباً فيه تلك المسائل التي قد أشكلت عليّ، فورد التوقيع بخطه عليه آلاف الصلاة والسلام في أجوبتها. وفيها: وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا، فإنهم حجّتي عليكم، وأنا حجّة الله». فإن المراد بالحوادث ظاهراً مطلقاً الأمور التي لا بدّ من الرجوع فيها عرفاً أو عقلاً أو شرعاً إلى الرئيس، مثل النظر في أموال القاصرين لغيبة أو موت أو صغر أو سفه.

وأما تخصيصها بخصوص المسائل الشرعية فبعيد من وجوه:

منها: أنّ الظاهر وكول نفس الحادثة إليه ، ليباشر أمرها مباشرة أو استنابة، لا الرجوع في حكمها إليه .

وملخص القول في المقام: أنّ ما ثبت كونه معروفاً إذا علم كونه وظيفة شخص خاص، كنظر الأب في مال ولده الصغير، أو صنفٍ خاصّ كالقضاة، أو علم عدم اشتراطه بنظر شخص آخر كالأمر بالمعروف، فلا كلام.

وإن احتمل أن يكون وجوده أو وجوبه منوطاً بنظر شخص خاص، فإن كان لدليل ذلك المعروف عموم أو إطلاق من هذه الجهة تنفى الإناطة به، حتّى وإن ثبت كونه منوطاً بنظر شخص الإمام ﷺ في زمان حضوره، إذ المتيقّن من دليل القيد هو مدخليّة رأي الإمام في زمان الحضور، فمع عدم التمكن من الإستئذان منه، يكون الإطلاق هو المحكّم، ولا وجه للتمسك بعموم أدلّة النيابة، لعدم الدليل على نيابة الفقيه فيما ثبت للإمام ﷺ بما هو إمام.

ومنها: التعليل بكونهم حجّتي عليكم وأنا حجّة الله، فإنه إنّما يناسب الأمور التي يكون المرجع فيها هو الرأي والنظر، فكان هذا منصب ولاة الإمام من قبل نفسه، لا أنّه واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبة الإمام، وإلا كان المناسب أن يقول إنّهم حجج الله عليكم، كما وصفهم في مقام آخر: «بأنّهم أمناء الله على الحلال والحرام».

ومنها: أنّ وجوب الرجوع في المسائل الشرعيّة 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 العامّة إلى رأيه ونظره. فإنّه يحتمل أن يكون الإمام عليه السلام قد وكلّه في غيبته إلى شخص أو أشخاص من ثقافته في ذلك الزمان.

والحاصل: أنّ الظاهر أنّ لفظ الحوادث ليس مختصّاً بما اشتبه حكمه ولا بالمنازعات.

نعم، ما ثبت له بعنوان أنّه قاضٍ أو حاكم ورئيس، يثبت للفقيه لما مرّ من ثبوت هذين المنصبين للفقيه.

وعليه، فكلّ أمر مطلوب يرجع فيه كلّ قوم إلى رئيسهم يرجع فيه إلى الفقيه، ولعلّه يكون من هذا الباب الجهاد مع الكفار، وقد مرّ الكلام فيه في كتاب الجهاد.

وإن لم يكن لدليل معروفته إطلاق أو عموم، فإن لم يحرز أصل المطلوبيّة في زمان الغيبة، من جهة احتمال دخل نظر الإمام عليه السلام فيها، فإن ثبت كون دخل نظره بما أنّه رئيس و حاكم يحكم بأنّه مطلوب مع إذن الفقيه، وأنّه لا بدّ فيه من الرجوع إليه لما مرّ من عموم دليل ولايته بهذا المعنى، وإن احتمل دخل نظر شخص الإمام عليه السلام فيه، سقطت مطلوبيّة - كان ذلك من قبيل المعاملات أو العبادات - للأصل.

وإن أحرز إرادة وجوده في الخارج، وعلم وجوبه كفايةً مع تعدّد الاستئذان، بأن يكون اعتبار إذنه ساقطاً عند التعذر، فلا كلام في أنّ للفقيه التصدي له، لأنّه إمّا يعتبر إذنه أو أنّه يعدّ كغيره ممّن يجب عليه كفاية، وأمّا غير الفقيه فإن كان التصرف تصرّفاً معاملياً فالأصل عدم نفوذه إلا بإذن الفقيه.

ثم إنّ النسبة بين مثل هذا التوقيع، وبين العمومات الظاهرة في إذن الشارع في كلّ معروف لكلّ أحد، مثل قوله عليه السلام: «كلّ معروف صدقة». وقوله عليه السلام: «عون الضّعيف من أفضل الصدقة»، وأمثال ذلك. وإن كانت عموماً من وجه^١، إلا أنّ الظاهر حكومة هذا التوقيع عليها^٢، وكونها بمنزلة المفسّر الدالّ على وجوب الرجوع إلى

وإن كان غير معاملي، فإن استلزم ذلك التصرف في مال الغير أو نفسه، لم يجز ذلك لعموم ما دلّ على حرمة التصرف في مال الغير أو نفسه^(١).
وإلا كما في الصلاة على الميتّ جاز التصدي له بدون إذنه، بناءً على جريان البراءة عند الدوران بين الأقلّ والأكثر كما لا يخفى.

١. قوله: (ثم إنّ النسبة بين مثل هذا التوقيع وبين العمومات الظاهرة في إذن الشارع... وإن كانت عموماً من جهه).

مادّة الافتراق من جانب التوقيع الأمور المختصّة بالفقيه كالإفتاء والقضاء والحكومة، ومن جانب دليل «كلّ معروف صدقة» الأفعال المطلوبة غير المعتمد فيها إذن أحد، ومادّة الاجتماع التصرف في مال القصر وما شاكل.

٢. تقرّيب الحكومة: إنّ التوقيع يدلّ على أنّ الحوادث الواقعة معروفيتها تتوقّف على إذن الفقيه.

ويرد عليه: إنّ التوقيع أخصّ من تلك النصوص، إذ لا حادثة مهمّة يرجع فيها إلى الفقيه إلاّ وهو معروف ولا عكس.

مع أنّ التوقيع يكون وارداً عليها، فإنّه يدلّ على دخالة إذن الفقيه في معرفيّة الحوادث الواقعة.

أضف إلى ذلك ما مرّ من عدم العموم لتلك النصوص، كي تدلّ على عدم اعتبار إذن الفقيه، فراجع.

وبذلك يظهر عدم تماميّة ما أفاده المصنّف عليه السلام من إطلاق عدم المشروعيّة، كما ظهر ما في إطلاق المحقّق الخراساني من الجواز في غير المعاملات.

(١) الوسائل باب ٣ - من أبواب مكان المصلّي حديث ١ - ٣ و باب ١ - من أبواب القصاص في النفس حديث ٣.

الإمام عليه السلام أو نائبه في الأمور العامة، التي يفهم عرفاً دخولها تحت الحوادث الواقعة، وتحت عنوان الأمر في قوله تعالى: ﴿أُولِي الْأَمْرِ﴾ وعلى تسليم التنزل عن ذلك. فالمرجع بعد تعارض العمومين، إلى أصالة عدم مشروعية ذلك المعروف، مع عدم وقوعه عن رأى ولي الأمر، هذا.

لكن المسألة لا تخلو عن إشكال وإن كان الحكم به مشهورياً، وعلى أي تقدير فقد ظهر ممّا ذكرنا أنّ ما دلّ عليه هذه الأدلة، هو ثبوت الولاية للفقهاء في الأمور التي يكون مشروعيتها إيجادها في الخارج مفروغاً عنها، بحيث لو فرض عدم الفقيه كان على الناس القيام بها كفاية. وأمّا ما يشك في مشروعيتها، كالحدود لغير الإمام، وتزويج الصغيرة لغير الأب والجد، وولاية المعاملة على مال الغائب بالعقد عليه، وفسخ العقد الخياري عنه، وغير ذلك، فلا يثبت من تلك الأدلة مشروعيتها للفقهاء، بل لا بد للفقهاء من استنباط مشروعيتها من دليل آخر.

نعم، الولاية على هذه وغيرها ثابتة للإمام عليه السلام بالأدلة المتقدمة المختصة به، مثل آية: ﴿أُولَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾، 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 خرق القتاد.

فإن قيل: بناءً على ما ذكر من أنّه لو كان عموم أو إطلاق لدليل ذلك المعروف لم يكن إذن الفقيه معتبراً، لا بدّ من البناء على عدم اعتبار إذن الفقيه في شيء من الموارد، لعموم ما دلّ على أنّ كلّ معروف صدقة^(١) من النصوص.

توجه عليه: أنّ تلك النصوص من جهة أخذ مشروعية الفعل في موضوعها - لأنّ المعروف هو ما عرفه الشارع ورغب إليه وحثّ عليه - لا سبيل إلى التمسك بها، لأنّه مع احتمال اعتبار إذنه لم يحرز كونه معروفاً بدون إذن الفقيه، فلا يتمسك به. فالأظهر اعتبار إذن الفقيه في التصرفات المعاملية، وما استلزم التصرف في مال الغير أو نفسه.

(١) الوسائل - باب ٤١ من أبواب الصدقة من كتاب الزكاة.

وبالجملة فهنا مقامان:

أحدهما: وجوب إيكال المعروف المأذون فيه إليه، ليقع خصوصياته عن نظره ورأيه، كتجهيز الميت الذي لا ولي له، فإنه 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 الأول دون الثاني، وإن كان الإفتاء في المقام الثاني بالمشروعية وعدمها أيضاً من وظيفته، إلا أن المقصود عدم دلالة الأدلة السابقة على المشروعية. نعم، لو ثبت أدلة النيابة عموماً تم ما ذكر، ثم إنّه قد اشتهر في الألسن وتداول في بعض الكتب، رواية: «أنّ السلطان وليّ من لا وليّ له»^١. وهذا أيضاً بعد الانجبار سنداً أو مضموناً يحتاج إلى أدلة عموم النيابة، وقد عرفت ما يصلح أن يكون دليلاً عليه، وإنّه لا يخلو عن وهن في دلالته، مع قطع النظر عن السند كما اعترف به جمال المحققين في باب الخمس، بعد الاعتراف بأنّ المعروف بين الأصحاب كون الفقهاء نواب الإمام، ويظهر من المحقق الثاني أيضاً في رسالته الموسومة بـ «قاطع اللّاحج» في مسألة جواز أخذ الفقيه أجره أراضي الأنفال من المخالفين، كما يكون ذلك للإمام عليه السلام إذا ظهر عليه السلام للشك في عموم النيابة وهو في محله.

١. قوله: (اشتهر في الألسن وتداول في بعض الكتب رواية)^(١): «أنّ السلطان وليّ من لا وليّ له».

اختلفت كلمات القوم في المراد من (السلطان) :

فمن جماعه أنّ المراد به الإمام عليه السلام، وهو الظاهر من صدر عبارة المصنّف في المقام. وعن آخرين كالعلامة في «التذكرة» وغيره أنّ المراد به ما يعمّ الفقيه المأمون القائم بشرائط الإقتداء والحكم، وهو الظاهر من عبارة المصنّف عليه السلام الأخيرة. والأظهر هو الثاني، فإنّ السلطان من له السلطنة على غيره، والإمام عليه السلام وإن كان

(١) التذكرة ج ٢ ص ٥٩٢ - رواه أبو داود في محكي سننه ج ١ ص ٤٨١ - وابن ماجه تحت رقم ١٨٧٩ - وأحمد في مسنده ج ٦ ص ٤٧ - وفي عوائد النراقي عائدة ٥٤ أنه مروى في كتب الخاصّة والعامة.

ثم إن قوله: (من لا ولي له) في المرسلة المذكورة ليس مطلق من لا ولي له، بل المراد عدم الملكة. يعني أنه ولي من شأنه بحسب شخصه أو صنفه أو نوعه أو جنسه، فيشمل الصغير الذي مات أبوه، والمجنون بعد البلوغ، والغائب، والممتنع، والمريض، والمغمى عليه، والميت الذي لا ولي له، وقاطبة المسلمين إذا كان لهم ملك كالمفتوح عنوة. والموقوف عليهم في الأوقاف العامة، ونحو ذلك. لكن يستفاد من مالم يكن يستفاد من التوقيع المذكور، وهو الإذن في فعل كل مصلحة لهم، فيثبت به مشروعية مالم يثبت مشروعيته بالتوقيع المتقدم، فيجوز له القيام بجميع مصالح الطوائف المذكورين. نعم، ليس له فعل شيء لا يعود مصلحته إليهم، وإن كان ظاهر الولي يوهم ذلك، إذ بعدما ذكرنا من أن المراد بمن لا ولي له من شأنه أن يكون له ولي، يُراد به كونه ممن ينبغي أن يكون له من يقوم بمصالحه، لا بمعنى أنه ينبغي أن يكون عليه ولي، له عليه ولاية الإيجاب، بحيث يكون تصرفه ماضياً عليه.

والحاصل: إن الولي المنفي هو الولي للشخص لا عليه، فيكون المراد بالولي المثبت ذلك أيضاً.

فمحصّله: إن الله جعل الولي الذي يحتاج إليه الشخص، وينبغي أن يكون له هو السلطان، فافهم.

مصدقه الكامل، إلا أن للفقيه أيضاً السلطنة على غيره، وهو الحاكم المنفذ الحكم كما مرّ، فمقتضى إطلاق الخبر هو جعل الولاية له أيضاً.

وتقريب الاستدلال بالخبر: أنه يدل على ثبوت الولاية على من لا ولي له، ومن شأنه أن يكون له ولي لمن له السلطنة، ولازم جعل الولاية هو جواز كل تصرف متعلق به أو بماله كان جائزاً له، لو كان مالاً لأمره، فيجوز للحاكم الشرعي أن يزوّج المجنون الذي لا ولي له، وأن يزوّج المجنونة.

فإن قيل: إنه ضعيف السند للإرسال.

أجبتنا عنه: بأن صاحب الجواهر رحمته الله في كتاب النكاح، قال: (إن هذه القاعدة استغنت عن الجابر في خصوص المورد نحو غيرها من القواعد). والظاهر أنه كذلك، فإن الفقهاء في باب النكاح يصرّحون بأن أحد الأولياء السلطان، والظاهر أن هذا التعبير منهم من باب تبعية هذا النص، فلا إشكال في الخبر سنداً ودلالة.

مسألة: في ولاية عدول المؤمنين^١.

اعلم أنّ ما كان من قبيل ما ذكرنا فيه ولاية الفقيه، هو ما كان تصرّفاً مطلوب الوجود للشّارع، إذا كان الفقيه متعذّر الوصول، فالظاهر جواز تولّيه لأحاد المؤمنين، لأنّ المفروض كونه مطلوباً للشّارع، غير مضاف إلى شخص، واعتبار نظارة الفقيه فيه ساقط بفرض التعذّر، وكونه شرطاً مطلقاً له لا شرطاً اختيارياً، مخالف لفرض العلم بكونه مطلوب الوجود، مع تعذّر الشّروط، لكونه من المعروف الذي أمر بإقامته في الشريعة. نعم، لو احتل كون مطلوبيته مختصة بالفقيه أو الإمام عليه السلام، صحّ الرجوع إلى أصالة عدم المشروعية، كبعض مراتب النهي عن المنكر، حيث أنّ إطلاقاته لا تعمّ ما إذا بلغ حدّ الجرح.

ولاية عدول المؤمنين

١. مسألة: في ولاية عدول المؤمنين.

وملخص القول في المقام: إنّ المعروف الذي ثبت كونه من وظائف الفقيه - وقد مرّ ضابطه - لا محالة يكون التكليف به ساقطاً عند عدم التمكّن منه، إلّا إذا علمنا من الخارج بقاء التكليف به، فيجوز حينئذ تصدّي غيره، وأمّا ما لم يثبت فيه ذلك، فإن كان لدليله عموم أو إطلاق يقتضي جواز تصدّي كلّ أحد فلا كلام. وإلّا فإن كان احتمال دخل نظر الفقيه وإذنه من قبيل شرط الوجوب، يكون التكليف به ساقطاً مع تعذّر الاستئذان منه، لأصالة البراءة. وإن كان من قبيل شرط الواجب، فإن كان ذلك تصرّفاً معاملياً أو كان مستلزماً للتصرّف في مال الغير أو مال نفسه، لم يجز لما تقدّم.

وإلا جاز ولم يسقط التكليف به، لجريان الأصل عند الشكّ في الأقلّ والأكثر.

وثبوت مطلوبية الفعل بعد تعذّر الاستئذان إنّما يكون بأحد طرق:

أحدها: استفادة ذلك من النصوص، ولو مع ملاحظة المناطات، ومناسبة الحكم

والموضوع، كما في دفن الميت.

ثانيها: أن يكون لدليل ذلك المعروف إطلاق، ولا يكون الدليل المقيد له بنظر الفقيه

قال الشهيد^{عليه السلام} في قواعده: (يجوز للأحاد مع تعدد الحكام تولية التصرفات الحكيمية على الأصح، كدفع ضرورة اليتيم لعموم: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾، وقوله^{عليه السلام}: «والله تعالى في عون العبد ما كان في عون أخيه»، وقوله: «كل معروف صدقة»^١. وهل يجوز أخذ الزكوات والأخماس من الممتنع وتفريقها في أربابها؟ وكذا بقبية وظائف الحكام غير ما يتعلق بالدعاوى، فيه وجهان:

وجه الجواز: ما ذكرنا، ولأنه لو منع من ذلك لغاتت مصالح صرف تلك الأموال وهي مطلوبة لله تعالى، وقال بعض متأخري العامة إن القيام بهذه المصالح أهم من ترك تلك الأموال بأيدي الظلمة يأكلونها بغير حقها، ويصرفونها إلى غير مستحقها، فإن توقع إمام يصرف ذلك في وجهه حفظ المتمكن تلك الأموال إلى حين تمكنه من صرفها إليه، وإن ينس من ذلك، كما في هذا الزمان تعين صرفه على الفور في مصارفه، لما في إبقائه من التفرير وحرمان مستحقه من تعجيل أخذه مع مسيس حاجتهم إليه، ولو ظفر باموال مغصوبة حفظها لأربابها حتى يصل إليهم، ومع اليأس يتصدق بها عنهم، وعند العامة تُصرف في المصارف العامة). انتهى.

مطلقاً، فإنه حينئذ يقتصر في تقييده على المقدار المتيقن، وهو التمكّن من الاستيذان. ثالثها: استقلال العقل بذلك، كما في حفظ مال اليتيم من التلف. رابعها: أن يدلّ دليل بالخصوص على ذلك، كما سيأتي في بيع مال اليتيم. خامسها: جريان السيرة العقلية بضميمة عدم ردع الشارع عنها، كما إذا مرض اليتيم وتوقفت نجاته من الهلاك على التصرف في ماله. وقد ذكر له طرق أخرى.

١. منها: ما نسب إلى الشهيد^{عليه السلام} وهو التمسك بدليل: «كل معروف صدقة»^(١) وشبهه، وقد مرّ أنه لعدم إحراز الموضوع - وهو كون الفعل معروفاً من كل أحد - لا موقع للتمسك به.

(١) الوسائل باب ٤١ من أبواب الصدقة من كتاب الزكاة.

والظاهر أنّ قوله: (فإن توقع) إلى آخره من كلام الشهيد عليه السلام، ولقد أجاد فيما أفاد، إلاّ أنّه لم يبيّن وجه عدم الجواز، لعلّ وجهه أنّ مجرد كون هذه الأمور من المعروف لا ينافي اشتراطها بوجود الإمام أو نائبه. كما في قطع الدعاوي، وإقامة الحدود، وكما في التجارة بمال الصغير الذي له أب وجدّ. فإنّ كونها من المعروف لا ينافي وكوله إلى شخص خاص.

نعم، لو فرض المعروف على وجه يستقلّ العقل بحسنه مطلقاً، كحفظ اليتيم من الهلاك الذي يعلم رجحانه على مفسدة التصرف في مال الغير بغير إذنه، صحّ المباشرة بمقدار يندفع به الضّرورة^١، أو فرض على وجه يفهم من دليله جواز تصدّيه لكلّ أحد، إلاّ أنّه خرج ما لو تمكّن من الحاكم، حيث دلّت الأدلّة على وجوب إرجاع الأمور إليه، وهذا كتجهيز الميّت^٢، وإلاّ فمجرد كون التصرف معروفاً لا ينفص 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 أدلّة المعروف ولاية للفضولي على المعقود عليه، لأنّ المعروف هو التصرف في المال أو النّفس على الوجه المأذون فيه من المالك أو العقل أو الشّارع، من غير جهة نفس أدلّة المعروف. وبالجملة: تصرف غير الحاكم يحتاج إلى نصّ عقليّ أو عموم شرعيّ أو خصوص في مورد جزئيّ، فافهم.

١. ومنها: ما أفاده المصنّف عليه السلام: وهو ما إذا كان الفعل مقدّمة لما هو حسن عقلاً، كما لو توقفت نجات اليتيم من الهلاكة على التصرف في ماله، بدعوى أنّه يعلم رجحان حفظ اليتيم من الهلاكة على التصرف في مال الغير بغير إذنه.
- وفيه: إنّ الكبرى الكلّية تامّة، إلاّ أنّه في المثال من جهة إمكان الصرف من مال نفسه أو من بيت المال لا يتمّ ما أفيد عنه.
- والكبرى داخلة تحت الطريق الثالث الذي ذكرناه.
٢. كما أنّ ما أفاده في تجهيز الميّت متين، وهو داخل في الطريق الأوّل من الطرق التي ذكرناها لمعروفية مطلوبيّة الفعل.

بقي الكلام في اشتراط العدالة في المؤمن الذي يتولّى المصلحة عند فقد الحاكم، كما هو ظاهر أكثر الفتاوى، حيث يعبرون بعدول المؤمنين، وهو مقتضى الأصل^١.

ثم إن المصنّف في ذيل المسألة الآتية، ذكر أنّ من جملة الأدلّة المطلقة لمعرفة الفعل، قوله عليه السلام: «عون الضعيف من أفضل الصدقة» المتقدّم، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(١).

وفيه أمّا الأول: فقد عرفت أنه لا إطلاق له من هذه الجهة.

وحاصله: أنه من الواضح أنّ كلّ ما يكون عوناً لا يعدّ صدقة، حتّى ما كان عوناً بفعل محرم، فالمراد هو العون بما يكون جائزاً شرعاً، فلا بدّ من إحراز جوازه عند فقد الفقيه بدليل آخر.

وأما الآية الشريفة: فإن كان الخطاب فيها متوجّهاً إلى الأولياء - كما أنّ قوله تعالى: ﴿فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾ خطاب إليهم - فهي أجنبيّة عن المقام، وإن كان متوجّهاً إلى عامّة المكلفين، فالإستدلال بها في نفسها لا مانع منه، فإنّها حينئذ بمفهوم الإستثناء تدلّ على جواز التصرف المقرّون بمصلحة الصغير مطلقاً، إلا أنّ من التزم بدلالة التوقيع وغيره على عموم ولاية الفقيه، وأنّها تدلّ على اعتبار إذن الفقيه في أمثال ذلك، ليس له التمسك بعمومها، فإنّه بعد تقيّد إطلاقها بإطلاق تلك الأدلّة، لا يبقى محلّ للتمسك بها عند تعدّر الإستئذان من الفقيه كما لا يخفى.

اشتراط العدالة

١. قال المصنّف: (بقي الكلام في اشتراط العدالة في المؤمن... وهو مقتضى الأصل). أقول: لا يخفى أنّه عليه السلام التزم في ولاية الأب والجدّ بأن مقتضى الأصل عدم اعتبار العدالة، وهنا التزم بأن الأصل يقتضي اعتبارها، ويمكن ان يؤيد ما ذكرناه هناك من إرادته من الأصل بذلك، وإلا فالبابان من وادٍ واحد كما هو واضح.

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 بيعهن، إذ لم يكن الميت صير إليه وصية، وكان قيامه بهذا بأمر القاضي، لأنهن فروج، قال: فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام، وقلت له: يموت الرجل من أصحابنا ولا يوصي إلى أحد، ويخلف الجواري، فيقيم القاضي رجلاً منهن لبيعهن، أو قال: يقوم بذلك رجل منهن، فيضعف قلبه لأنهن فروج، فما ترى في ذلك؟ قال: إذا كان القيم به مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس»^١.

وكيف كان، فمحصل القول في المقام، أنّ الكلام في اعتبار العدالة ربما يقع في جواز مباشرة الفاسق وتكليفه بالنسبة إلى نفسه، وربما يقع بالنسبة إلى ما يتعلّق من فعله بفعل الغير، بأن يكون فعله منضمّاً إلى فعل غيره، كالإيجاب المنضمّ إلى القبول من الغير موضوعاً للأثر.

أمّا المقام الأوّل: فالكلام فيه يقع في موردين:
المورد الأوّل: فيما تقتضيه القواعد.

المورد الثاني: فيما تقتضيه النصوص الخاصّة الواردة في بيع مال اليتيم.
أمّا المورد الأوّل: فإن كان ثبوت معرفيّة ذلك الفعل بإطلاق دليل أو عموم، فمقتضى ذلك عدم اعتبار العدالة، كما أنّه كذلك إذا كان باستقلال العقل بحسنه مع استقلاله بعدم الفرق بين العادل والفاسق.

وأما إن كان ذلك باستقلال العقل بحسنه مع عدم استقلاله بعدم اعتبار العدالة، أو كان باستكشافه من المناطات ونحوها، مع احتمال الإختصاص بالعدول، لزم البناء على اعتبارها، لأنّ ثبوت مطلوبيّته للعدول معلوم، ولغيرهم مشكوك فيه، والأصل عدمه، مع أنّ مقتضى الأصل عدم النفوذ إذا كان التصرف تصرفاً معاملياً، وعدم الجواز إذا كان تصرفاً في مال الغير أو نفسه، بالإضافة إلى غير العدول.

١. أمّا المورد الثاني: فمن النصوص صحيح ابن^(١) بزيع: المذكور في المتن،

(١) الوسائل باب ١٦ من أبواب عقد البيع حديث ٢.

والكلام في هذا الخبر يقع في جهات:

الأولى: في أنه هل يدلّ على ثبوت الولاية على الصغار الذين لا وليّ لهم أم لا؟

الثانية: في أنه هل يدلّ على اعتبار العدالة أم لا؟

الثالثة: في أنه هل يوجب تقييد إطلاق غيره من الأدلّة لو كان أم لا؟

أمّا الجهة الأولى: فقد يقال - كما عن المحقق الإيراني رحمته الله - أنه متضمّن للإذن الشخصي من الإمام عليه السلام، لا لإعطاء الحكم، وحيث أنّ مفاده ليس إعطاء المنصب بل التوكيل، فلا ينفع بالنسبة إلى أعصار سائر الأئمة عليهم السلام.

وفيه: إنّ هذا مخالف للظاهر من وجوه:

منها: أنّ ظاهر السؤال هو السؤال عن الحكم الشرعي، فالجواب يكون ظاهراً في بيان ذلك.

ومنها: أنّ ظاهره نفي البأس عن الأعمال التي أتى بها عبد الحميد قبل الرجوع إلى الإمام عليه السلام.

ومنها: التعبير (بمثلك ومثل عبد الحميد)، إذ لو كان في مقام بيان الإذن الشخصي لم يكن يعبر هكذا.

وبالجملة: ظهور الخبر سؤالاً وجواباً في بيان إعطاء الحكم لا ينبغي إنكاره.

وأما الجهة الثانية: فالوجوه المحتملة للمماثلة أربعة:

الأول: المماثلة في التشيع.

الثاني: المماثلة في الوثاقة، وملاحظة مصلحة اليتيم.

الثالث: المماثلة في العدالة.

الرابع: المماثلة في الفقاهة.

بناءً على أنّ المراد من المماثلة إمّا المماثلة في التشيع، أو في الوثاقة، وملاحظة مصلحة اليتيم، وإن لم يكن شيعياً، أو في الفقاهة بأن يكون من نواب الإمام عموماً في القضاء بين المسلمين، أو في العدالة.

والاحتمال الثالث مناف لإطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس، مع عدم الفقيه ولو مع تعذره^١. وهذا بخلاف الاحتمالات الأخرى، فإنّ البأس ثابت للفاسق أو الخائن، أو المخالف.

وإن تعذر غيرهم فتعيّن أحدها الدائر بينها، فيجب الأخذ في مخالفة الأصل بالأخصّ منها وهو العدل، لكن الظاهر من بعض الروايات كفاية الأمانة وملاحظة مصلحة اليتيم، فيكون مفسّراً للاحتمال الثاني في وجه المماثلة المذكورة في الصحيحة.

١. وقد أفاد المصنّف رحمه الله - وتبعه المحقّق النائيني رحمه الله - أنّ الاحتمال الرابع الذي ذكرناه الثالث في المتن مناف لإطلاق المفهوم، الدالّ على ثبوت البأس مع عدم الفقيه، ولو مع تعذره.

وفيه: أنّه لم يفرض في الخبر لابدئية البيع، فلا مانع من الإلتزام بعدم الجواز مع تعذّر الفقيه، مع أنّ هذا بعينه يرد على إرادة المماثلة في العدالة، فإنّه بإطلاقه حينئذ يدلّ على ثبوت البأس مع تعذّر العادل. مضافاً إلى أنّ مورده منطوقاً ومفهوماً صورة التمكّن من أمثال محمّد بن إسماعيل وعبد الحميد.

فالحقّ أن يقال: إنّ احتمال إرادة المماثلة في الفقاهة، يدفعه أنّ الظاهر كون المراد بعبد الحميد هو ابن سالم العطار، لأنّ الكليني وإن روى الرواية وأطلق عبد الحميد، ولكن الشيخ في محكي «التهديب» رواها وقيده بابن سالم، واحتمال اشتباه الشيخ أو أنّه إنّما يكون التقييد من جهة اجتهاده، بعيد غايته.

وما أفاده المحقّق البهبهاني رحمه الله من أنّ ابن سالم لم يكن في عصر الجواد عليه السلام، والخبر مروى عنه.

يرد عليه: أنّ ابن بزيع ينقل القضية الواقعة لعبد الحميد، ثمّ يسأل حكم المسألة كلبية، ولا يلزم ذلك كون عبد الحميد في زمانه عليه السلام، وحيث أنّه ليس صاحب أصل أو كتاب،

ففي صحيحة علي بن رئاب: «رجل مات وبيني وبينه قرابة، وترك أولاداً صغاراً ومماليك غلماناً وجواري، ولم يوص، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية يتخذها أم ولد؟ وما ترى في بيعهم؟ قال: فقال: إن كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم، وكان مأجوراً فيهم. قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية ويتخذها أم ولد؟ فقال: لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم بأمرهم، الناظر فيما يصلحهم، وليس لهم أن يرجعوا فيما فعله القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم»^١.

فلا يستفاد فقاهته، بل هو غير فقيه.

ويدفع احتمال إرادة المماثلة في العدالة، فرض تصرف عبدالحميد في المبيع بمجرد نصب القاضي له، كما يظهر من توقفه في بيع الجواري لأنهن فروج، مع أن الرجاليين وثقوه، والوثاقة أعم من العدالة.

ويدفع احتمال إرادة المماثلة في التشيع أنه لو كان المراد تلك كان المناسب أن يقال: إذا كان من أصحابنا، أو من أصحابك، أو من يعرف أمرنا فلا بأس، فالمتمعن إرادة المماثلة في الوثاقة والأمانة، فيستفاد من ذلك ثبوت الولاية للأمين وإن لم يكن عادلاً. وأما الجبهه الثالثة: فبناءً على ما أفاده المصنف عليه السلام يكون الخبر مجملاً، وأن البناء على اعتبار العدالة إنما يكون من جهة الأخذ بالمتيقن، وعليه فلا وجه للأخذ به في مقابل إطلاق دليل أو عموم، بل هو يكون مبيّناً لإجمال هذا كما هو الشأن في كل مورد كان أحد الدليلين مجملاً والآخر مبيّناً.

١. ومنها: صحيح^(١) علي بن رئاب، عن الإمام الكاظم عليه السلام المذكور في المتن، ولكن هذا الصحيح أجنبي عن المقام، لأن الظاهر من القيم الشرعي، إما بنصب الميت فيكون المراد من لم يوص عدم الوصية بالثلث، أو بنصب من بيده الأمر. وإن شئت قلت: إن الخبر وارد في مقام بيان جواز الإشتراء من القيم في مقابل الأشتراء من الصغار، وليس في مقام بيان من به تقوم القيمومة.

(١) الوسائل باب ١٥ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

وموثقة زرعة، عن سماعة: «في رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية، وله خدم ومماليك وعقر، كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك؟ قال: إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك فلا بأس^(١)، بناءً على أن المراد من يوثق به ويضمن بفعله عرفاً، وإن لم يكن فيه ملكة العدالة.

لكن في صحيحة إسماعيل بن سعد ما يدل على اشتراط تحقق عنوان العدالة^(٢)، قال: «سألت الرضا عليه السلام عن رجل يموت بغير وصية، وله ولد صغار وكبار، أيحل شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولى القاضي بيع ذلك؟ فإن تولاه قاضٍ قد تراضوا به ولم يستخلفه الخليفة، أيطيب الشراء منه أم لا؟ قال عليه السلام: إذا كان الأكبر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضي الورثة بالبيع، وقام عدل في ذلك».

هذا، والذي ينبغي أن يقال: 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 على الولاية أتبع ذلك النصّ عموماً أو خصوصاً، فقد يشمل الفاسق وقد لا يشمل.

١. ومنها: موثق زرعة عن سماعة^(١) المذكور في المتن. وهذا، وإن كان يدل على الإكتفاء بالوثاقة، إلا أنه مختص بالقسمة.
 ٢. ومنها: صحيح إسماعيل بن سعد^(٢) عن الإمام الرضا عليه السلام الذي ذكر في المتن. وقد استظهر منه المصنف رحمته اعتبار العدالة.
- وأورد عليه: بأن الظاهر من القاضي الذي تراضوا به، هو القاضي الشرعي الذي له الولاية على مال الصغير مطلقاً، وإن لم ينضم إليه العدل إجماعاً. وبأن غاية مفاده ثبوت الولاية للعدل، وهذا لا ينافي ثبوتها لمطلق الأمين، فلا مقيد لإطلاق صحيح ابن بزيع.
- وبأنه إنما يدل على اعتبار العدالة بالنسبة إلى المشتري، والكلام إنما هو في وظيفة المتصدي للبيع نفسه.

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

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 أدلة فعل ذلك المعروف، ولو مثل قوله عليه السلام: «عون الضعيف من أفضل الصدقة»، وعموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ ونحو ذلك. وصحيحة محمد بن إسماعيل السابقة، قد عرفت أنّها محمولة على صحيحة عليّ بن رثاب المتقدمة، بل وموثقة زرعة، وغير ذلك ممّا سيأتي، ولو ترتّب حكم الغير على الفعل الصحيح منه، كما إذا صلّى فاسقاً على ميت لا ولي له، فالظاهر سقوطها عن غيره إذا علم صدور الفعل

وفي الجميع نظر:

أما الأول: فلأنّ السؤال إنّما هو عن البيع من دون تصدّي القاضي، ومع تصدّيهِ فالجواب يكون عامّاً للموردين.

وأما الثاني: فلأنّ الظاهر كون قوله: (عدل... الخ) عطفاً على قوله: (رضا الورثة)، وعليه فهو بمفهوم الشرط يدلّ على عدم الولاية لغير العادل، ويوجب تقييد إطلاق صحيح ابن بزيع.

وأما الثالث: فلأنّه بناءً على ما ستعرف من كون العدالة معتبرة بنفسها لا بما أنّها طريق إلى ملاحظة صلاح اليتيم، يكون جعلها شرطاً للشراء مستلزماً لجعلها شرطاً للبيع، وإلاّ فجعل جواز البيع للفاسق من غير أن يجوز لأحد الشراء منه لغو. فالأظهر أنّ الجمع بين النصوص يقتضي البناء على ثبوت ولاية التصرف على مال اليتيم لعدول المؤمنين.

والظاهر منها اعتبار العدالة لا من باب الإماريّة على كون التصرف تصرفاً بالأحسن، كما ذهب إليه المصنّف رحمته الله، بل من باب دخلها بنفسها، إذ الظاهر من أخذ كلّ عنوان في الموضوع، دخله في الحكم بنفسه لا من باب الإماريّة إلى شيء آخر.

منه وشك في صحته، ولو شك في حدوث الفعل منه وأخبر به، ففي قبوله إشكال^١.
 وأما الثاني: فالظاهر اشتراط العدالة فيه، فلا يجوز الشراء منه وإن ادعى كون البيع
 مصلحة. بل يجب أخذ المال من يده، ويدل عليه - بعد صحيحة إسماعيل ابن سعد
 المتقدمة، بل وموثقة زرعة بناءً على إرادة العدالة من الوثيقة - أن عموم أدلة القيام
 بذلك المعروف لا يرفع اليد عنها بمجرد تصرف الفاسق، فإن وجوب إصلاح مال اليتيم
 ومراعاة غبطته، لا ترتفع عن الغير بمجرد تصرف الفاسق، ولا يجدي هنا حمل فعل
 المسلم على الصحيح، كما في مثال الصلاة المتقدم، لأن الواجب هناك هي صلاة
 صحيحة، وقد علم صدور أصل الصلاة من الفاسق، وإذا شك في صحته أحرزت
 بأصالة الصحة.

وبما ذكرناه ظهر الحال في المقام الثاني، فلا نعيد.
 ومقتضى إطلاق النصوص ثبوت الولاية للعدول مع التمكن من الفقيه.
 فما أفاده المحقق الأردبيلي^٢: (من كون ولاية العدول على مال اليتيم في عرض
 ولاية الفقيه)، متين.

اللهم إلا أن يقال: إن مقتضى إطلاق هذه النصوص وإن كان ذلك، إلا أنه من جهة
 كونها من مناصب القضاة، وقد جعل الشارع الفقيه قاضياً وحاكماً، فمع وجوده لا بد من
 تصديده لذلك. فتدبر فإن المسألة تحتاج إلى مزيد من التأمل.

فروع

بقي في المقام فروع:

١. الفرع الأول: أنه بناءً على جواز تصرف الفاسق لو أخبر بالفعل الحسن المطلوب،
 هل يقبل إخباره أم لا؟ وجهان.
 والحق أن يقال: إنه بناءً على كون جواز تصرفه من باب الولاية، يقبل إخباره لقاعدة:
 (من ملك شيئاً ملك الإقرار به).

ودعوى: معارضته مع عموم ما دل على عدم حجية خبر الفاسق.
 مندفعة: بأنه لا تعارض بينهما، إذ لا تنافي بين عدم قبول إخباره من حيث أنه خبر
 الفاسق، وقبوله من حيث أنه مالك للتصرف، ولذا ترى أنه يقبل إخبار ذي اليد.

وأما الحكم فيما فيه، فلم يحمل على التصرف الصحيح، وإنما حمل على موضوع هو إصلاح المال ومراعاة الحال، والشك في أصل تحقق ذلك^١. فهو كما لو أخبر فاسق بأصل الصلاة مع الشك فيها. وإن شئت قلت: إن شراء مال اليتيم لابد أن يكون مصلحة له، ولا يجوز ذلك بأصالة صحة البيع من البائع^٢، كما لو شك المشتري في بلوغ البائع، فتأمل.

وإن قلنا: إنه من باب التكليف الصرف لا يقبل لعدم جريان القاعدة فيه، فالمرجع عموم ما دل على عدم حجية خبر الفاسق.

الثاني: أنه بناءً على جواز البيع للفاسق، إذا تصدى الفاسق للبيع، وأوجب، وشك من يريد القبول في أنه هل يكون الإيجاب تصرفاً على وجه أحسن أم لا، فهل تجري أصالة الصحة في الإيجاب، ويحرز بها صحة الإيجاب والقبول، أم لا؟ وجهان.

قد استدلل المصنف^{رحمته} للثاني بوجهين:

١. أحدهما: أن الحكم لم يحمل على التصرف الصحيح، وإنما يحمل على موضوع وهو إصلاح المال ومراعاة الحال، وهذا عنوان لموضوع الأثر، وحيث أنه قد ثبت في محله أنه يعتبر في جريان أصالة الصحة في موضوع الأثر إحراز تحقق الموضوع وعنوانه، وكون الشك متمخضاً في الوصف، وإلا فمع الشك في الموصوف لا تجري أصالة الصحة، ففي المقام لا تجري أصالة الصحة في الإيجاب.

٢. الثاني: أن أصالة الصحة في الإيجاب، لا تثبت إلا صحة الإيجاب التأهيلية، ولا يحرز بها تحقق المصلحة، وحيث أن القابل أيضاً متصرف في مال الصغير، ولا بد وأن يكون تصرفه على وجه أحسن، ولا يحرز ذلك بأصالة الصحة في الإيجاب، فأصالة الصحة التجارية في الإيجاب لا تفيد في الحكم بترتب النقل.

ولكنه يرد على الوجه الأول: أن هذا الشرط كسائر الشروط إنما يكون شرط صحة التصرف، وعنوان التصرف الذي هو موضوع الأثر عنوان المعاملة من البيع وغيره، ومن شرائط صحته وإمضاء الشارع له كونه صلاحاً لليتيم.

وبعبارة أخرى: إن الموصوف بالصحة والفساد نفس التصرف المعاملي، غاية الأمر

نعم، لو وجد في يد الفاسق ثمن من مال الصَّغير، لم يلزم الفسخ مع المشتري وأخذ الثَّمَن من الفاسق^١، لأنَّ مال اليتيم الذي يجب إصلاحه وحفظه من التَّلَف لا يعلم أنَّه الثَّمَن أو المِثْمَن. وأصالة صحَّة المعاملة من الطَّرَفَيْن يحكم بالأوَّل، فتدبَّر.

أنَّ هذا التصرّف يمتاز عن سائر التصرّفات بكونه مشروطاً بشرط زائد، وهو كونه صلاحاً لليتيم، وما كان واجداً لهذا الشرط يصحّ، وما كان فاسداً لا يصحّ. ومجرّد جعله عنواناً وكيفيةً للتصرّف، لا يجعله من العناوين التي باختلافها يختلف الموضوع بنظر العرف، ويكون من قبيل الأعمال الخارجيّة التي قصد بها البيع أو شيء آخر، وعليه فمع إحراز أصل التصرّف والشكّ في صحّته وفساده، تجري أصالة الصحّة، ويُحرز بها الصحّة.

ويرد على الوجه الثاني: أنَّ الذي لا بدّ وأن يكون صلاحاً لليتيم، هو الإيجاب والبيع، فإنّه متضمّن لإعطاء ماله بعوض، وأمّا القبول فهو أخذ للمال الذي هو عوض عن ماله، وهذه حيثيّة راجعة إلى المشتري لا إلى اليتيم، فلا يعتبر فيه إحراز كون المعاملة صلاحاً لليتيم، ولعلّ هذا هو السرّ فيما ادّعاه بعضٌ من أهل العرف يفهمون من جعل شخص وليّاً في البيع، جواز الشراء منه مع عدم الفحص عن كونه صلاحاً أم لا.

مع أنّه يمكن أن يقال: إنَّ الدليل إنّما دلّ على اعتبار كون التصرّف على وجه أحسن، وهو إنّما يكون بالبيع، وأمّا الشراء فهو مطاوعة وقبول للبيع لا أنّه بنفسه تصرّف، فلا يعتبر فيه هذا الشرط.

فالأظهر جريان أصالة الصحّة في الإيجاب، وترتّب الأثر عليه مع ضمّ القبول إليه.

١. الفرع الثالث: ما ذكره بقوله: (نعم لو وجد في يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشتري وأخذ الثمن...).

ما أفاده عليه السلام وإن كان متيناً - أي تجري أصالة الصحّة في فعل البائع والمشتري ويترتّب عليها الأثر - إلا أنّ الوجه الأوّل الذي ذكره في الفرع المتقدّم، يجري في هذا الفرع ولازمه عدم جريانها، ولازم ذلك جريان استصحاب بقاء المِثْمَن على ملك

ثم إنّه حيث ثبت جواز تصرّف المؤمنين، فالظاهر أنّه على وجه التّكليف الوجوبيّ أو الندبيّ^(١)، لا على وجه النّيابة من حاكم الشّرع، فضلاً عن كونه على وجه النّصب من الإمام، 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 الشّرع، أو بجعلها مع جعله للصّغير، أو مطلق وليّه من غير تخصيص بالعاقد لو اراد بيعه من شخص وعرضه لذلك، جاز لغيره بيعه من آخر مع المصلحة، وإن كان في يد الأوّل.

وبالجملة: فالظاهر أنّ حكم عدول المؤمنين لا يزيد عن حكم الأب والجدّ، من حيث جواز التصرّف لكلّ منهما ما لم يتصرّف الآخر.

الصغير، ويحرز به كون مال اليتيم الذي يجب اصلاحه وحفظه من التلف هو المثلث لا الثمن.

مزاحمة الولي

١. قوله: (حيث ثبت جواز تصرّف المؤمنين، فالظاهر أنّه على وجه التّكليف الوجوبيّ أو الندبيّ).

والمقصود من سوق هذا الكلام، بيان حكم مزاحمة غير المتصدّي للمتصدّي، وقد حكم المصنّف^{عليه السلام} بجوازها، واستند في ذلك إلى أنّ ما ثبت له إنّما يكون على وجه التّكليف، لا على وجه النّصب من الإمام^{عليه السلام}.
ولكنّه يرد عليه أمران:

الأمر الأوّل: أنّ الظاهر كونه من قبيل النّصب، حيث قال^{عليه السلام}: «إن كان وليّ يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم... الخ»^(١)، مع أنّ ثبوت نفوذ التصرفات المعاملية لغير المالك، مع عدم كونها بعنوان الوكالة يستلزم كونه وليّاً ومالكاً للتصرّف، وإلا لما كانت جائزة، ولا معنى لمجرد جعل التّكليف في هذا المقام.

(١) الوسائل باب ١٥ من أبواب عقد البيع.

وأما حكام الشرع، فهل هم كذلك^١، فلو عيّن فقيه من يصلي على الميت الذي لا ولي له، أو من يلي أمواله، أو وضع اليد على مال يتيم، فهل يجوز للآخر مزاحمته أم لا؟ الذي ينبغي أن يقال: إنّه إن استندنا في ولاية الفقيه إلى مثل التّوقيع المتقدّم، جاز المزاحمة قبل وقوع التصرف اللازم، لأنّ المخاطب بوجوب إرجاع الأمور إلى الحكام هو العوام. فالنّهي عن المزاحمة يختصّ بهم. وأما الحكام فكلّ منهم حجّة من الإمام عليه السلام، فلا يجب على واحد منهم إرجاع الأمر الحادث إلى آخر، فيجوز له مباشرته، وإن كان الآخر دخل فيه ووضع يده عليه، فحال كلّ منهم حال كلّ من الأب والجدّ، في أنّ النّافذ تصرف السّابق، ولا عبرة بدخول الآخر في مقدّمات ذلك، وبنائه على ما يغيّر تصرف الآخر، كما يجوز لأحد الحاكمين تصدي المرافعة قبل حكم الآخر، وإن حضر المترافعان عنده وأحضر الشهود وبنى على الحكم.

وأما لو استندنا في ذلك على عمومات النّيابة، وأنّ فعل الفقيه كفعل الإمام ونظره كنظره الذي لا يجوز التعدي عنه، لا من حيث ثبوت الولاية له على الأنفس والأموال، حتّى يقال إنّه قد تقدّم عدم ثبوت عموم يدلّ على النّيابة في ذلك. بل من حيث وجوب إرجاع الأمور الحادثة إليه، المستفاد من تعليل الرجوع فيها إلى الفقيه، بكونه حجّة منه عليه السلام على النّاس، 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 وبنائه على تصرف آخر، مزاحمة له، فهو كمزاحمة الإمام عليه السلام، فأدلة النّيابة عن الإمام عليه السلام لا تشمل ما كان فيه مزاحمة الإمام عليه السلام.

الأمر الثاني: إنّه على فرض كون ذلك من قبيل النصب من الإمام - كما هو كذلك - تجوز مزاحمته إذا كان النصب بعنوان يعمّ كليهما، ولا يختصّ بخصوص المتصدي، فإنّ التصدي لا يوجب تعيين المتصدي وانحصار المنسوب به إلا إذا دلّ دليل آخر على ذلك، وهو مفقود.

١. وبه يظهر ما فيما أفاده في حكام الشرع فلا نعيد.

فقد ظهر ممّا ذكرنا الفرق بين الحكّام وبين الأب والجدّ، لأجل الفرق بين كون كلّ واحد منهم حجّة، وبين كون كلّ واحد منهم نائباً.

وربّما يتوهّم كونهم حينئذ كالوكلاء المتعدّدين في أنّ بناء واحد منهم على أمر مأذون فيه، لا يمنع الآخر عن تصرّف مغاير لما بنى عليه الأوّل.

ويندفع بأنّ الوكلاء إذا فرضوا وكلاء في نفس التصرّف لا في مقدّماته، فما لم يتحقّق التصرّف من أحدهم، كان الآخر مأذوناً في تصرّف مغاير وإن بنى عليه الأوّل ودخل فيه. أمّا إذا فرضوا وكلاء عن الشخص الواحد، بحيث يكون إلزامهم كالإلزامه، ودخولهم في الأمر كدخوله، وفرضنا أيضاً عدم دلالة دليل وكالتهم على الإذن في مخالفة نفس الموكل والتعدّي عمّا بنى هو عليه مباشرة، أو استنابة، كان حكمه حكم ما نحن فيه من غير زيادة ولا نقيصة، والوهم إنّما نشأ من ملاحظة التوكيلات المتعارفة للوكلاء المتعدّدين المتعلّقة بنفس ذي المقدّمة، فتأمل.

هذا كلّّه مضافاً إلى لزوم اختلال نظام المصالح المنوطة إلى الحكّام، سيّما في مثل هذا الزّمان الذي شاع فيه القيام بوظائف الحكّام ممّن يدّعي الحكومة.

وكيف كان، فقد تبين ممّا ذكرنا عدم جواز مزاحمة فقيهٍ لمثله في كلّ 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 الحكّام مخالفة نظره، لأنّ نظره كنظر الإمام. وأمّا جواز تصدّي مجتهد لمرافعة تصدّاهما مجتهد آخر قبل الحكم فيها إذا لم يعرض عنها، بل بنى على الحكم فيها، فلاّنّ وجوب الحكم فرع سؤال من له الحكم.

ثمّ إنّه هل يشترط في ولاية غير الأب والجدّ ملاحظة الغبطة لليتيم أم لا؟

ذكر الشّبهيد في قواعده أنّ فيه وجهين، ولكن ظاهر كثير من كلماتهم أنّه لا يصحّ إلّا مع المصلحة، بل في «مفتاح الكرامة»: (أنّه اجماعي، وأنّ الظاهر من «التذكرة» في باب الحجر كونه اتفاقياً بين المسلمين).

وعن شيخه في شرح «القواعد»: (أنّه ظاهر الأصحاب)، وقد عرفت تصرّيح الشّيخ والحليّ بذلك حتّى في الأب والجدّ، ويدلّ عليه بعد ما عرفت من أصالة عدم الولاية لأحدٍ على أحدٍ، عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾.

وحيث أنّ توضيح معنى الآية على ما ينبغي لم أجده في كلام أحدٍ من المتعرّضين
لبیان آيات الأحكام، فلا بأس بتوضيح ذلك في هذا المقام^١:

توضيح الآية الشريفة

المشهور بين الأصحاب أنّ تصرّف غير الأب والجدّ في مال الصغير مشروط بوجود
المصلحة، وعن «مفتاح الكرامة»: (أنّه إجماعي)، والظاهر من التذكرة في باب الحجر
كونه اتفاقياً بين المسلمين.

واستدلّ له بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(١).

١. وحيث يترتب على توضيح الآية الشريفة فوائد مهمّة فلا بدّ من التعرّض له،

والكلام فيه يقع في جهات:

الجهة الأولى: أنّ حرمة القرب إلى مال اليتيم إلاّ بالتي هي أحسن محدودة في الآية
الشريفة بقوله تعالى ﴿حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾، كما في سورتي الأنعام والإسراء، فحينئذٍ قد
يقال إنّ الغاية إن كانت قيداً للموضوع أو المتعلّق - وإن كان لا يترتب محذورٌ من جهة
أنّه لا مفهوم للآية الشريفة - إلاّ أنّه خلاف الظاهر، فإنّ الظاهر كونها قيداً وغاية للحكم،
وعليه فتدلّ الآية بمفهوم الغاية على أنّ القرب المحرّم إنّما هو إلى زمان البلوغ، وبعده لا
يكون محرّماً، مع أنّه محرّم قطعاً.

وأجيب عنه بجوابين:

الأول: أنّها غاية للمستثنى فقط، فمعناها أنّ جواز التصرّف على وجه أحسن محدود

بالبلوغ، وبه ينقطع الجواز، ويدور أمر التصرّف مدار إذن صاحب المال.

الثاني: أنّها غاية للمستثنى منه، أو هو مع المستثنى، إلاّ أنّ المستثنى منه حرمة

التصرّف مطلقاً ولو مع رضا اليتيم، وهذا الحكم محدود بالبلوغ، فإنّه بعد البلوغ يجوز

التصرّف مع رضاه.

(١) الأنعام آية ١٥٢ - الإسراء آية ٣٥.

فنقول: إنَّ القرب في الآية يحتمل معاني أربعة^١:
 الأول: مطلق التقليل والتحرك، حتَّى من مكان إلى آخر، فلا يشمل مثل إبقائه على حال أو عند أحد^٢.
 الثاني: وضع اليد عليه بعد أن كان بعيداً عنه ومجتنباً. فالمعنى تجتنبوا عنه ولا تقربوه، إلَّا إذا كان القرب أحسن، فلا يشمل حكم ما بعد الوضع^٣.
 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، إلَّا بتنقيح المناط^٤.

وكلاهما خلاف الظاهر.
 أمّا الأول: فلأنَّ الظاهر كونه غايةً للحكم الذي تضمّنته الآية الشريفة.
 وأمّا الثاني: فلأنَّ المذكور إنّما هو الحكم المطلق لا إطلاق الحكم.
 فالحقّ أن يقال: إنّه لا مفهوم لها من جهة كون القيد مسوقاً لبيان تحقّق الموضوع، فإنّ الموضوع هو اليتيم الذي يتبدّل بالبلوغ.
 الجهة الثانية: في بيان المراد من القرب المنهوي عنه.
 الظاهر من (القرب) في نفسه هو ما يقابل البعد، ولكن الظاهر منه في الآية الشريفة التصرف في مال اليتيم، وحيث أنّ التصرف في مال اليتيم ربما يكون خارجياً مثل أكله وشربه ونحوهما، وربما يكون اعتبارياً كبيعه وشرائه ونحوهما.
 فقد وقع الخلاف في المراد من الآية.
 ١. ومحتملاته التي ذكرها المصنّف رحمته أربعة:
 ٢. الأول: أن يُراد مطلق التقليل والتحرك.
 ٣. الثاني: إرادة أقرب ما يكون إلى مصداق القرب، أي أوّل تصرف فيه كمسّه ووضع اليد عليه.
 ٤. الثالث: أن يراد به التصرف الاعتباري كالبيع والإجارة وما شاكل ذلك.

الرَّابِع: مطلق الأمر الاختياري المتعلِّق بمال اليتيم، أعمّ من الفعل والتَّرك^١. والمعنى لا تختاروا في مال اليتيم فعلاً أو تركاً إلا ما كان أحسن من غيره، فيدلّ على حرمة الإبقاء في الفرض المذكور، لأنّ إبقائه قرب له بما ليس أحسن.

١. الرابع: أن يراد به ما يعمّ ذلك والتَّرك.

وبعبارة أخرى: مطلق الأمر الإختياري المتعلِّق بمال اليتيم أعمّ من الفعل والتَّرك.

وهناك احتمال خامس أظهر من الجميع وهو إرادة ما يعمّ التصرفات الخارجيّة والاعتباريّة، إذ سائر الاحتمالات ما بين ما يستلزم التخصيص بلا وجه، والتعميم الذي لا يساعده عرف ولا لغة، ومجرد كون المتعلِّق هو مال اليتيم، وقرب المال بما هو مال عبارة عن التصرف الاعتباري المتعلِّق به، لا يصلح معيّناً للاحتمال الرابع الذي اختاره المصنّف رحمته.

وأما ما أفاده المحقق الإيرواني رحمته: من أنّ الظاهر أنّ القرب كناية عن أكل مال اليتيم، والإستقلال بالتصرف فيه، لا التصرف لأجل اليتيم، فتكون الآية أجنبيّة عن المقام.

فبعيدٌ جداً لا يلائم مع استثناء ﴿إِلَّا بِالتِّي هِيَ أَحْسَنُ﴾.

الجهة الثالثة: في بيان المراد من النهي المتعلِّق بالقرب.

فإن كان المراد بالقرب هو التصرف الاعتباري المتعلِّق بمال اليتيم، كان النهي ظاهراً في الإرشاد إلى الفساد.

وإن كان المراد هو التصرف الخارجي المتعلِّق به من وضع اليد عليه وإمساكه وأكله وشربه، كان ظاهراً في الحرمة المولويّة.

وحيث عرفت أنّ المراد هو الجامع بينهما، فإن حملناه على المولويّة لما دلّت الآية على فساد المعاملة، لأنّ النهي عن المعاملة لا يدلّ على الفساد، مع أنّ بناء

الأصحاب عليهم السلام على التمسك بالآية الشريفة على فساد المعاملة على مال اليتيم، ما لم يكن على وجه أحسن، وإن حملناه على الإرشاد لزم تخصيص المتعلق بخصوص التصرفات الاعتبارية، وهو ممّا لا وجه له.

وحلّ هذه العويصة إنّما يكون بأحد نحوين:

الأول: حمل النهي على ما يعمّ المولوي والإرشادي، ولا مانع من ذلك، فإنّ الإختلاف بينهما إنّما يكون في الدواعي والأغراض، ولا اختلاف بينهما ذاتاً نظير الوجوب والإستحباب، ولذا بنينا على جواز الأمر الواحد بشيئين، مع كون أحدهما واجباً والآخر مستحباً.

وبالجملة: قد حقق في محلّه أنّه لا مانع من حمل النهي عن العام على إرادة المولوية في بعض أفرادها، والإرشادية في بعضها الآخر.

الثاني: حمل النهي على خصوص المولوي، والنهي عن المعاملة نفسياً وإن لم يدلّ على الفساد، إلّا أنّه يوجب فسق من أتى بمتعلّقه، وبصيرورته فاسقاً يخرج عن الولاية، لما تقدّم من اعتبار العدالة في المتصدّي لأمر اليتيم، ومع خروجه عنها لا يكون تصرّفه نافذاً كما هو واضح.

الجهة الرابعة: في بيان وجه تأنيث الموصول مع أنّه لو قُدّر ما هو من جنس المستثنى لزم تذكيرها، فإنّ (القرب) مذكر.

والذي ينبغي أن يقال: أنّه من جهة جعل المستثنى مجروراً بحرف جرّ، لا بدّ من جعل المستثنى منه مقدّراً ومجروراً بحرف جرّ، مثل: بحيثية أو كيفية، وعليه فيلزم تأنيث الموصول.

الجهة الخامسة: في بيان احتمالات الأحسن.

وأما لفظ (الأحسن) في الآية^١ 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.

ثم إن الظاهر من احتمالات القرب هو الثالث، ومن احتمالات الأحسن هو الاحتمال الثاني، أعني التفضيل المطلق^٢، وحينئذ فإذا فرضنا أن المصلحة اقتضت بيع مال

١. وقد ذكر المصنف أن محتملاته أربعة، فإن المراد به: إما التفضيل، أو الحسن. وعلى الأول: فإما أن يراد التصرف الأحسن من الترك، أو الأحسن مطلقاً من الترك ومن التصرفات الأخر.

وعلى الثاني: فإما أن يراد به ما فيه المصلحة، أو ما لا مفسدة فيه. وهناك احتمال خامس، وهو إرادة التفضيل منه، وأن يراد به من التصرفات الأخر. ولازم الأول جواز البيع إذا كان أحسن من تركه وإن كان الإيجار أحسن منه، ولازم الثاني عدم جوازه ما لم يكن أحسن من تركه ومن التصرفات الأخر، ولازم الثالث جواز كل تصرف فيه مصلحة وإن كان تركه أصلح أو سائر التصرفات كذلك. ولازم الرابع جواز التصرف إذا لم يكن فيه مفسدة، وإن كان في غيره من التصرفات مصلحة أكيدة.

ولازم الخامس جواز البيع إذا كان أصلح من الإيجار وإن كان تركه أصلح. ٢. وقد استظهر المصنف^{رحمته} الإحتمال الثاني، والوجه فيه أن الظاهر من الأحسن إرادة التفضيل، وإن حذف المتعلق وترك ذكر المفضل عليه يفيد العموم. وأورد عليه بإيرادات:

الأول: أن استعماله في غير التفضيل كثير، ويؤيد عدم إرادة التفضيل منه في الآية عدم ذكر حرف (من) وعدم إضافته.

اليتم فبعناه بعشرة دراهم، ثم فرضنا أنه لا يتفاوت لليتم 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. 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 الإحتمال الرابع - فيجوز التصرف المذكور، إذ بعد كون الإحسان هو جعل مال اليتيم نقداً، فكما أنه مخير في الابتداء بين جعله دراهم أو ديناراً، لأن القدر المشترك أحسن من غيره، واحد الفردين فيه لا مزية لأحدهما على الآخر فيخير، فكذلك بعد جعله دراهم إذا كان كل من إبقاء الدراهم على حاله وجعلها ديناراً قريباً، والقدر المشترك أحسن من غيره، فأحد الفردين لا مزية فيه على الآخر فهو مخير بينهما.

وفيه: إن استعماله في غير التفضيل كثيراً مع القرينة لا ينافي ظهوره فيه، إذا ذكر بلا قرينة، وعدم ذكر حرف (من) أو الإضافة إنما يوجب ظهوره في العموم، ولا ينافي ذلك. الثاني: ما أفاده المحقق الإيرواني رحمته، وهو أنه إن أريد منه الأحسن من جميع ما عداه لزم عدم الإقدام على شيء من التصرفات عند مساواتها أو مساواة عدة منها في مقدار المصلحة، فإن كل واحد من تلك الأفراد المساوية ليس أحسن من جميع ما عداه، وإن أريد منه الأحسن في الجملة ولو من بعض ما عداه، لزم جواز تصرف يكون هو أحسن من ما دونه، وإن كان هناك تصرف آخر أحسن منه.

وفيه: إن المراد به هو الأحسن مطلقاً، إلا أنه في الفرض نقول بأن الجامع بين الأفراد المتساوية في مقدار من المصلحة يكون أحسن من غيره فيجوز، ولازمه التخيير بين الأفراد.

الثالث: أنه لو فرضنا أن الترك وسائر التصرفات لا حسن فيها أصلاً، وهذا الفعل كالبيع فيه مصلحة أكيدة، لزم عدم جوازه، فإنه لا يصدق الأحسن لعدم المبدأ في غيره

والحاصل: أنه كل ما يفرض التّخيير بين تصرّفين في الإبتداء، لكون القدر المشترك بينهما أحسن، وعدم مزيّة لأحد الفردين، تحقّق التّخيير لأجل ذلك استدامة، فيجوز العدول من أحدهما بعد فعله الى الآخر، إذا كان العدول مساوياً للبقاء بالنسبة إلى حال اليتيم، وإن كان فيه نفع يعود إلى المتصرّف.

لكنّ الإنصاف أنّ المعنى الرابع للقرب مرجوح في نظر العرف بالنسبة إلى المعنى الثالث. وإن كان الذي يقتضيه التدبّر في غرض الشّارع ومقصوده من مثل هذا الكلام أن لا يختاروا في أمر مال اليتيم، إلا ما كان أحسن من غيره^١.

لتكون الزيادة صادقة في البيع، مع أنه جائز قطعاً.

وفيه أولاً: أنه لا محذور في الإلتزام بعدم شمول المستثنى له، وإنّما يلتزم بالجواز بالأولوية، إذ لو جاز البيع مع وجود المصلحة في غيره، فجوازه مع عدمها يكون أولى. وثانياً: أنه يحمل الأحسن على التفضيل المجازي، أي ما يترجّح على غيره في نظر العقلاء، سواء كان لأجل أن مصلحته أكد من مصلحة غيره، أو من جهة أن فيه المصلحة وفي غيره المفسدة.

وقد ظهر ممّا ذكرناه أمران:

١. الأول: تماميّة ما أفاده المصنّف عليه السلام من إرادة الأحسن مطلقاً.

الثاني: عدم تماميّة ما أفاده من أنه لو فرضنا بيع المال اليتيم بعشرة دراهم، وفرضنا أنه لا يتفاوت الحال في إبقاء الدراهم أو جعلها ديناراً لا يجوز ذلك، فإنّ هذا التصرف ليس أصلح من تركه.

وجه عدم تماميّة: أنّ الجامع بينه وبين الإبقاء يكون أصلح من غيره، فيجوز ويتخير بين الفردين. فالأظهر جواز التبديل.

هذا بحسب ما يستفاد من الآية، فقد عرفت أنه يستفاد منها اعتبار المصلحة.

وأما بحسب الروايات، فقد ذكر المصنّف عليه السلام روايتين، وادّعى دلالتهما على كفاية عدم

المفسدة، وعدم اعتبار المصلحة في التصرف في مال اليتيم:

نعم، ربّما يظهر من بعض الروايات أنّ مناط حرمة التصرف هو الضرر، لأنّ مناط الجواز هو النّفع.

ففي حسنة الكاهلي، قال لأبي عبدالله عليه السلام: «إنّا لندخل على أخ لنا في بيت أيتام، ومعهم خادم لهم، فنقعد على بساطهم ونشرب من مائهم، ويخدمنا خادمهم، وربّما طعمنا فيه الطّعام 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 أنّ المراد من منفعة الدّخول ما يوازي عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضرر في الدّيل أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازي ذلك^١، فلا تنافي على ذلك بين الصّدر والدّيل على ما زعمه بعض المعاصرين، من أنّ الصدر دالّ على إناطة الحرمة بالضرر، فيتعارضان في موردٍ يكون التصرف غير نافع ولا مضرّ. وهذا منه مبنيّ على أنّ المراد بمنفعة الدّخول النّفع الملحوظ بعد وصول ما بإزاء مال اليتيم إليه، بمعنى أن يكون المنفعة في معاوضة ما يتصرف من مال اليتيم، بما يتوصّل إليهم من ماله، كأن يشرب ماءً فيعطى فلساً بإزائه وهكذا.

وأنت خبير بأنّه لا ظهور للزّواية حتّى يحصل التّنافي.

إحداهما حسنة^(١) الكاهلي عن الإمام الصادق عليه السلام المذكورة في المتن.

١. تقريب الاستدلال بها: أنّ المراد بالمنفعة ما يوازي عوض ما يتصرفون فيه من مال اليتيم عند دخولهم، من جهة أنّ ما لوحظت المنفعة بالإضافة إليه هو الدخول في بيت الأيتام، والقعود على بساطهم، فما يتعقّب من العوض زيادة بالإضافة إلى ذلك فتصدق عليها المنفعة، فيكون المراد بالضرر في الدّيل أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازي ذلك، فلا تنافي بين صدر الخبر والدّيل، ويكون الاستفادة منه الجواز مع عدم المفسدة، وإن لم تكن مصلحة.

وفيه: إنّ المراد بالنّفع إن كان مطلق الزيادة - بالإضافة إلى ما ذكر، وإن كانت

(١) الوسائل - باب ٧١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

وفي رواية ابن المغيرة: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن لي ابنة أخ يتيمة، فربما أهدي لها الشيء فأكل منه، أطعمها بعد ذلك الشيء من مالي، فأقول يارب هذا بهذا؟ قال: لا بأس»، فإن ترك الاستفصال من مساواة العوض وزيادته يدل على عدم اعتبار الزيادة^(١)، إلا أن يحمل على الغالب من كون التصرف في الطعام المهدي إليها، وإعطاء العوض بعد ذلك أصح، إذ الظاهر أن الطعام المهدي إليها هو المطبوع وشبهه.

أقل مما يوازيه - لزم جواز الدخول مع إعطاء أقل مما يوازيه، وهذا لا يجوز قطعاً، وإن كان المراد بالإضافة إلى ماليتها أموالهم، خرجت صورة مساواة النفع والضرر عن منطوق الخبر، وتعارضت فيها الشرطيتان كما عن بعض معاصري المصنف عليه السلام.

والحق أن يقال: إن في مورد الخبر خصوصية ليس فيها حد الوسط بين النفع والضرر، فإنه بالتصرف في الدار والبساط والخادم والطعام المخلوط بطعام صاحبه، لا يلزم خسارة ماليتها على الأيتام، فكل ما أعطى بإزاء ذلك إن كان يوازي ذلك يعدّ نفعاً لهم، وإن أعطى أقل من ذلك كان ضرراً، فتدبر.

ولو أغمض عن ذلك، وسلم التعارض بين مفهوم الشرطيتين، يحكم بالتساقط والرجوع إلى الآية الشريفة الدالة على عدم الجواز، إذا لم يكن في التصرف مصلحة ونفع عائد إلى الأيتام.

ثانيتها: رواية^(١) علي بن المغيرة المذكورة في المتن.

١. بتقريب: أن ترك الاستفصال من مساواة العوض وزيادته، يدل على عدم اعتبار الزيادة، ولا ريب في أن منصرف الرواية صورة عدم النقص.

فلا يرد عليه الإيراد بأن مقتضى ترك الاستفصال جواز إعطاء الأنقص. ولكن ترد عليه أمور:

الأمر الأول: أن من يأكل من طعام الغير ويريد إعطاء عوضه، وبنائه على عدم إعطاء الأقل، لا محالة يعطي مقداراً أزيد، وفرض التساوي نادراً جداً ملحق بالمعدوم.

الأمر الثاني: أن الظاهر كون اليتيمة تحت اختياره وأمرها بيده، وحينئذ يكون عدم

(١) الوسائل باب ٧١ من أبواب ما يكتب به حديث ٢.

وهل يجب مراعاة الأصلح أم لا؟ وجهان: قال الشهيد رحمته الله في «القواعد»: (هل يجب على الولي مراعاة المصلحة في مال المولى عليه، أو يكفي نفي المفسدة؟ يحتل الأول، لأنه منصوب لها^١، ولأصالة بقاء الملك على حاله^٢، ولأنَّ النقل والانتقال لا بدَّ لهما من غاية، والعدميات لا تكاد تقع غاية^٣، وعلى هذا هل يتحرى الأصلح أم يكتفي بمطلق

التصرف في طعامها إبقاءً لما لها وتصرفاً وجودياً، فالجامع بينه وبين التصرف بإزاء ما يبذل ما يساويه ذو مصلحة، فيكون جائزاً، ويتخير بين الفردين.
الأمر الثالث: أنَّ الظاهر كون الطعام مطبوخاً، فلا محالة أكل مقداراً منه، وإعطاء عوضه المساوي معه في القيمة يكون أصلح بحال اليتيمة.
فتحصّل: أنَّ الأظهر اعتبار المصلحة في التصرف في مال اليتيم، من غير فرق بين التصرفات الخارجية والمعاملية.

أقول: استدللَّ الشهيد رحمته الله لا اعتبار المصلحة بوجوه أخرى:

١. الأول: أنَّه منصوب لها.

وفيه: إنَّ هذا أوَّل الكلام، ولعلَّه منصوب وليّاً لحفظ ما له، فيتخير بين تبديل ماله بما يماثله، وإبقائه على حاله.

٢. الثاني: أصالة بقاء الملك على حاله.

وفيه: إنَّه لا يرجع إليها مع عموم دليل الولاية.

٣. الثالث: أنَّ العدميات لا تكاد تقع غاية.

وفيه: إنَّ العدميات وإن لم تقع غاية، بل الغاية لا بدَّ وأن تكون أمراً وجودياً، إلا أنَّ اعتبار كونها أمراً وجودياً راجعاً إلى المولى عليه ممَّا لم يدلَّ عليه دليل.
ومع الإغماض عمّا ذكرناه، فلو فرضنا أنَّه لا مفسدة في بيع مال اليتيم، وكانت هناك مصلحة راجعة إلى نفس المتصدّي للبيع، جاز بمقتضى عموم أدلّة الولاية، لولا الآية الشريفة.

وبالجملة: الكلام في المقام إنَّما هو في أنَّ البيع الذي لا مفسدة فيه إذا كان بداعٍ عقلائي هل يكون نافذاً أم لا؟

المصلحة ؟ فيه وجهان^١.

نعم، لمثل ما قلنا لا لأنّ ذلك لا يتناهى، وعلى كلّ تقدير لو ظهر في الحال الأصلح والمصلحة، لم يجز العدول عن الأصلح، ويترتب على ذلك أخذ الولي بالشفعة للموئى عليه، حيث لا مصلحة ولا مفسدة، وتزويج المجنون حيث لا مفسدة وغير ذلك)، انتهى. الظاهر أنّ فعل الأصلح في مقابل ترك التصرف رأساً غير لازم، لعدم الدليل عليه، فلو كان مال اليتيم موضوعاً عنده، وكان الاتجار به أصلح منه، لم [لا] يجب إلا إذا قلنا بالمعنى الرابع من معاني القرب في الآية، بأن يراد لا تختاروا 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، لا ما كان أحسن من غيره ومن التّرك، فلا يشمل ما إذا كان فعل أحسن من التّرك، نعم ثبت بدليل خارج حرمة التّرك إذا كان فيه مفسدة. وأمّا إذا كان في

١. وهل يتحرّى الأصلح أم يكتفي بمطلق المصلحة، فيه وجهان.

ظاهر الآية الشريفة اعتبار تحرّي الأصلح، غاية الأمر بالنسبة إلى التصرفات المتعارفة، وأمّا لو خرج الأصلح عن ذلك وأوجب تحرّيه الأصلح الحرج، أو كان خلاف المتعارف، فلا يجب.

وبهذا يندفع ما ذكره الشهيد^{عليه السلام} في وجه عدم لزوم تحرّي الأصلح من أن ذلك لا يتناهى.

بقي في المقام شيء لم أر من تعرّض له، وهو : أنّ نظر الولي في الحسن هل له موضوعية أم هو طريق إلى الحسن الواقعي ؟

وثمره ذلك أنّه لو باع الولي، وكان في ذلك مصلحة بنظره، ثمّ تبين عدم المصلحة، فعلى الأوّل يصحّ البيع، وعلى الثاني لا يصحّ.

والأظهر هو الأوّل، وذلك لوجوه:

الأوّل: السيرة القطعية.

التَّرك مفسدة، ودار الأمر بين أفعال بعضها أصلح من بعض، فظاهر الآية عدم جواز العدول عنه، بل ربّما يعدّ العدول في بعض المقامات إفساداً، كما إذا اشترى في موضع بعشرة، وفي موضع آخر قريب منه بعشرين، فإنّه يعدّ بيعه في الأوّل إفساداً للمال. ولو ارتكبه عاقل عدّ سفيهاً ليس فيه ملكة إصلاح المال، وهذا هو الذي أرادته الشّهيدي بقوله: (ولو ظهر في الحال) انتهى.

نعم، قد لا يعدّ العدول من السّفاهة كما لو كان بيعه مصلحة، وكان بيعه في بلد آخر أصلح مع إعطاء الأجرة منه أن ينقله إليه، والعلم بعدم الخسارة، فإنّه قد لا يعدّ ذلك سفاهة، لكنّ ظاهر الآية وجوبه.

الثاني: لزوم اختلال النظام من عدم الصّحة في الفرض، مثلاً لو باع مال اليتيم وبعد ثلاث سنين ظهر عدم المصلحة، ومن الواضح أنّ الحكم بالفساد في هذا المورد وشبهه يستلزم الحرج واختلال النظام.

الثالث: أنّ دلالة الآية الشريفة - التي هي المقيّدة لإطلاق أدلّة الولاية على أنّ التصرف غير الأحسن إذا كان معاملتياً باطل - إنّما تكون من جهة دلالة النهي على الحرمة، وأنّ ارتكابه حينئذٍ موجب للفسق، ومخرج له عن الولاية، ومن الواضح أنّه إذا كان البيع بنظر الولي صلاحاً لا يكون ذلك موجباً للفسق، وإن لم يكن في الواقع كذلك.

نقل العبد المسلم إلى الكافر

قوله: مسألة: يشترط فيمن ينتقل إليه العبد المسلم ثمناً أو مثنماً أن يكون مسلماً بما أنّ هذا البحث لا موضوع له في هذا الزمان، فالصفح عن التعرّض له أولى.

نقل المصحف إلى الكافر

قوله: (المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر).

وقد تقدّم الكلام في هذه المسألة في الجزء الثاني من هذا الشرح في الخاتمة، فلا وجه للإعادة.

القول في شرائط العوضين: ١

يشترط في كل منهما كونه متمولاً^٢، لأنّ البيع لغةً مبادلة مال بمال، وقد احترزوا بهذا الشرط عما لا ينتفع به منفعةً مقصودة للعقلاء محللة في الشرع، لأنّ: الأول: ليس بمالٍ عرفاً كالخنافس والديدان، فإنّه يصحّ عرفاً سلب المصرف لها ونفى الفائدة عنها.

والثاني: ليس بمالٍ 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 يضمن أصلاً)، واعترضه غير واحد ممّن تأخّر عنه بوجوب ردّ المثل.

بيان حقيقة المال والملك

١. المقصد الرابع: في شرائط العوضين.

وقد ذكرنا بعضها في الباب الأوّل، وكيف كان فيشترط في كلّ منهما أمورٌ أخرى:

٢. الأوّل والثاني: كونه مالاً وملكاً.

وتنقيح القول في المقام بالبحث في مقامين:

المقام الأوّل: في بيان حقيقة المال والملك.

المقام الثاني: في وجه اعتبارهما.

أمّا الأوّل: فالمال يكون على نحوين:

أحدهما: ما كانت ماليته ذاتية، وهو كلّ ما فيه منفعة عائدة إلى الإنسان، ويحتاج إليه بحسب فطرته من المأكل والمشروب والملبوس وما شاكل، الموجبة لحدوث رغبة الناس فيه، وادّخاره للانتفاع به وقت الحاجة، ويبدلون بإزائه شيئاً ممّا يرغبون فيه من النقود وغيرها، من جهة توقّف الوصول إليه إلى أعمال عمل، ففي الحقيقة يعتبر في صدق المال على شيء أمران:

أحدهما: كونه موضوعاً لغرض من الأغراض العقلانية، سواءً كان ذلك دفع الضرورات الأوّلية كالأقوات، أو العرَضية كالأدوية، أو لتحصيل اللذة كالفواكه وبعض الأشربة.

ثانيهما: توقّف الوصول إليه إلى اعمال عمل، ولأجل ذلك تختلف مالّية الأموال من جهة اختلاف مقدار الحاجة والعمل الذي يحتاج إليه في الوصول إلى ذلك الشيء. مثلاً الغرض المترتب على الماء أزيد بمراتب من ما يترتب على بعض الأدوية النادرة الوجود، ولكن المال على الشاطيء لا مالّية له، وذلك الدواء له مالّية معتدّ بها. والسّر في ذلك فقد الأمر الثاني في الأوّل، ولذا كلّما ازداد بُعداً عن الشط ازدادت مالّيته.

ثانيهما: ما كانت مالّيته اعتباريّة وجعليّة كالنقود، وهو على قسمين:

القسم الأوّل: ما كان الاعتبار فيه عاماً يشترك فيه جميع أفراد البشر بدافع من الشعور بالحاجة الإجتماعيّة، وهي توقّف حفظ نظام النوع على التبادل بين الأموال، وعدم إمكان التبادل بين الأموال التي مالّيتها ذاتيّة كالأحجار الكريمة من الذهب والفضّة وغيرهما.

وبالجملة: القسم الأوّل ما بنى العقلاء على اعتبار المالّية له.

القسم الثاني: ما كان الاعتبار فيه خاصّاً، وهو أيضاً على قسمين،

إذ قد يكون شيءٌ خاصّ تعتبر له المالّية من جانب دولة ما بالنظر إلى ما بنت عليه تلك الدولة من ترتيب أثر خاصّ عليه كطوابع البريد، فإنّ كل طابع له مالّية في مملكة خاصّة دون الممالك الأخرى، ومالّيته إنّما تكون بلحاظ ما بنت عليه تلك الدولة من ترتيب أثر خاصّ عليه، وهو إيصال المكتوب إلى أي محلّ شاء المرسل، مقابل إصاق الطابع المعيّن عليه.

وقد يكون الاعتبار فيه ليقوم مقام القسم الأوّل كالدينار العراقي والإسكناس، وهذا

القسم الأخير لا يعتبرونه العقلاء مالاّ بمجرد اعتبار المعترّب أيّاً من كان، بل لابدّ وأن

يكون له غطاء، ويعبر عنه بغطاء العملة، والتغطية على وجوه يعرفها أهل الخبرة. ثم إنَّ حرمة المنافع كعدمها مسقطه للمال عن المالِيَّة.

وأما الملكِيَّة فلها أربع مراتب:

المرتبة الأولى: الملكِيَّة الحقيقيَّة، وهي عبارة عن السلطنة بنحو يكون زمام أمر المملوك بيد المالك حدوداً وبقاءً، وهي مخصوصة بالله تعالى.

المرتبة الثانية: الملكِيَّة الذاتِيَّة، والمراد بالذاتي ما لا يحتاج تحقُّقه إلى أمر خارجي - لا الذاتي في باب البرهان ولا الذاتي في باب الكليات الخمس - وهي عبارة عن الإضافة الحاصلة بين الشخص ونفسه وعمله وذمته، إذ الإنسان مالك لعمله ولنفسه ولذمته بالملكِيَّة الذاتِيَّة.

والشاهد عليه الضرورة والوجدان والسيرورة العقلانيَّة، وهذه المرتبة دون مرتبة الواجديَّة الحقيقيَّة المختصَّة بالله تعالى.

المرتبة الثالثة: الملكِيَّة المقوليَّة، وهي عبارة عن الهيئة الحاصلة من إحاطة جسم بجسم آخر، كالهيئة الحاصلة من التعمم والتقمص وما شاكل.

المرتبة الرابعة: الملكِيَّة الاعتبارِيَّة، وهي التي يعتبرها العقلاء أو الشارع لشخص خاص من جهة المصلحة الداعية إلى ذلك.

وهذه المرتبة من الملكِيَّة قد تكون أوْلِيَّة، وقد تكون إضافة ثانويَّة.

والأوْلِيَّة قد تكون أصليَّة، كالإضافة الحاصلة بالعمل أو بالحيازة أو بهما معاً، وقد

تكون تبعيَّة، وهي ما تكون بين المالك ونتاج أمواله.

والإضافة الثانويَّة، والمراد بها ما قابل الأوْلِيَّة، وإن طرأت على الأموال مراراً عديدة،

وهي قد تكون قهريَّة كالإضافة الحاصلة بسبب الإرث، وقد تكون اختياريَّة كالإضافة الحاصلة من المعاملات.

ولتفصيل الكلام محلّ آخر.

ومحلّ الكلام في المقام هو اعتبار الملكِيَّة الذاتِيَّة، أو الاعتبارِيَّة.

وأما النسبة بين المال والملك فهي العموم من وجه، إذ الحبّة من الحنطة ملك

والأولى أن يقال إن ما تحقّق أنّه ليس بمال عرفاً، فلا إشكال ولا خلاف في عدم جواز وقوعه أحد العوضين، إذ: (لا بيع إلا في ملك) ^١، وما لم يتحقّق فيه ذلك، فإن كان أكل المال في مقابله كان أكلاً بالباطل عرفاً ^٢، فالظاهر فساد المقابلة وما لم يتحقّق فيه ذلك،

وليست بمال، والمباحات الأصليّة قبل حيازتها أموال وليست بملك لأحد، وقد يجتمعان وهو كثير.

بيان الدليل على اعتبار الماليّة والملكيّة في العوضين

وأما المقام الثاني: فالكلام فيه في موردين:

الأول: في الدليل على اعتبار الماليّة.

الثاني: في الدليل على اعتبار الملكيّة.

١. أما المورد الأول: فقد أفاد المصنّف رحمته أنّ ما تحقّق فيه عدم الماليّة عرفاً، يشهد لعدم جواز وقوعه أحد العوضين، ما دلّ على أنّه: «لا بيع إلا في ملك» ^(١). وما لم يتحقّق فيه ذلك، فإن كان أكل المال في مقابله أكلاً للمال بالباطل فلا يجوز، وما لم يتحقّق فيه ذلك، فإن دلّ دليلٌ خاصّ على عدم جواز بيعه فهو، وإلاّ فمقتضى العمومات جواز جعله أحد العوضين.

في كلامه رحمته مواقع للنظر:

الأول: في استدلاله على فساد البيع فيما تحقّق فيه عدم الماليّة، بما دلّ على أنّه: «لا بيع إلا في ملك»، إذ عرفت أنّ النسبة بين المال والملك عموم من وجه، فعدم الماليّة ليس مستلزماً لعدم الملكيّة، كي يستدلّ بما تضمّن اعتبار الملك على اعتبار المال.

٢. الثاني: استدلاله للفساد فيما إذا لم يتحقّق الماليّة ولا عدمها، بما دلّ على عدم جواز أكل المال بالباطل، فإن صدق أكل المال الباطل إن كان لأجل عدم الماليّة، فهو طريق إليه لا شيء في مقابله، مع أنّ المفروض الشكّ في صدق الماليّة، فلا محالة يشكّ في صدق أكل المال بالباطل.

(١) راجع سنن الترمذي ج ٣ ص ٥٣٤ الوسائل باب ٧ من أبواب أحكام العقود.

فإن ثبت دليل من نصّ أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو، وإلا فلا يخفى وجوب الرجوع إلى عمومات صحّة البيع والتجارة^١، وخصوص قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ في المروي عن «تحف العقول»: «وكلّ شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات، فكلّ ذلك حلال بيعه» إلى آخر الرواية. وقد تقدّمت في أول الكتاب.

وإن كان لا لأجل ذلك، فلا وجه لعدّه من شؤون ما لم يعلم أنّه مال.

١. الثالث: في استدلاله بالعمومات، بعد فرض عدم تحقّق أنّه ليس بمال، وعدم إحراز صدق أكل المال بالباطل، وعدم دليل خاصّ على عدم جواز البيع على الصحّة، فإنّه إذا توقّف صدق البيع - الذي هو عنده مبادلة مال بمال - على إحراز كون العوضين من الأموال، فمع الشكّ في ذلك يشكّ في صدق الموضوع، ومعه لا يبقى مورد للتمسك بالعموم.

فالحقّ أن يُقال: إنّ اعتبار المائبة في العوضين إنّما يكون من جهة عدم صدق عناوين المعاملات بدونها، حيث أنّ البيع مثلاً عبارة عن الإعطاء لا مجاناً، فإذا كان العوض مما لا مائبة له، فأعطاء المعوّض إعطاءً مجاناً، وهكذا عنوان التجارة والعقد، وهذا هو الميزان.

ثمّ إنّ هاهنا فروعاً:

منها: أنّه إذا كان للشيء منفعة نادرة هل يجوز بيعه أم لا؟

ومنها: أنّه إذا كان للشيء منفعة محلّلة نادرة، ومنفعته الظاهرة محرّمة، هل يجوز بيعه

أم لا؟ فقد تقدّم الكلام في هذه الفروع في الجزء الأوّل من الشرح.

وأما المورد الثاني: فقد استدلل لإعتبار الملكية بوجوه:

الوجه الأوّل: النصوص الدالّة على عدم جواز بيع ما ليس عنده^(١)، وقد مرّ في مبحث

بيع الفضولي أنّ تلك النصوص معارضة بما تضمن الجواز^(٢).

(١ و ٢) الوسائل باب ٧ من أبواب أحكام العقود.

ثم إنهم احترزوا باعتبار الملكية في العوضين، من بيع ما يشترك فيه الناس كالماء، والكلاء، والسّموك، والوحوش قبل اصطياها، يكون هذه كلّها غير مملوكة بالفعل^١، واحترزوا به أيضاً عن الأرض المفتوحة عنوة.

وبلحاظ التعارض تُحمل على إرادة بيع ما لا يكون له السلطنة عليه، مضافاً إلى إمكان حملها على إرادة بيع ما لا يقدر على تسليمه. فراجع.

الوجه الثاني: النصوص الواضحة الدلالة وقد ذكر هذا الوجه في «الجواهر». وفيه: إنه إن أريد بها نصوص بيع ما ليس عنده، فيرد عليه ما تقدّم، وإن أريد بها غيرها فعليه التوضيح والبيان.

الوجه الثالث: أن بذل المال بإزاء ما لا يكون مملوكاً سفهياً، وأكل للمال بالباطل. وفيه: إنه إذا فرضنا تسلّطه على التصرف فيه، مع عدم كونه مملوكاً - كالكلي في الذمة - لا يكون البيع سفهياً ولا أكلاً للمال بالباطل.

الوجه الرابع: الإجماع.

وفيه: أنه لعدم كونه تعديباً لا يعتمد عليه.

وقد يقال: بعدم اعتبار الملكية نظراً إلى أنه يجوز بيع الكلي في الذمة، مع أنه ليس مملوكاً للبائع.

وفيه: ما مرّ من أنه مملوك بالملكية الذاتية.

والحق أن يقال: إنه لا يجوز بيع المباحات، ولا مال الغير، لعدم سلطانه على المبيع، وعدم كون البائع مالكاً لأمرهما.

أمّا في الثاني: فواضح.

١. وأمّا في المباحات: فلأن المباحات الأصلية متساوية النسبة إلى البائع والمشتري، وليست هي كالكلي ليتعهد به في ذمته، ولا كالعين الشخصية المضافة إليه بالإضافة الملكية لتكون له السلطنة عليه، فعدم جواز البيع فيها إنما هو لأجل عدم تسلّطه على المبيع وعدم كونه مالكاً لأمره، لا لعدم ملكية الرقبة.

ووجه الاحتراز: أنّها غير مملوكة لملاكها^١ على نحو سائر الأملاك، بحيث يكون لكلّ منهم جزء معيّن من عين 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 تملك الفقراء للزكاة، والسادة للخمس، بمعنى كونهم مصارف له، لعدم تملّكهم لمنافعها بالقبض، لأنّ مصرفه منحصر في مصالح المسلمين. فلا يجوز تقسيمه عليهم من دون ملاحظة مصالحهم، فهذه الملكيّة نحو مستقلّ من الملكيّة قد دلّ عليه الدليل، ومعناها صرف حاصل الملك في مصالح المملّك.

ثم إنّ كون هذه الأرض للمسلمين ممّا ادّعى عليه الإجماع، ودلّ عليه النصّ كمرسلة حفّاد الطويلة وغيرها، وحيث جرى في الكلام ذكر بعض أقسام الأرضيين فلا بأس

١. الكلام في أنّ الأرض المفتوحة عنوة، هل هي ملك للمسلمين، أم ليست كذلك، وسيأتي عند تعرّض المصنّف له.

ولكن بناءً على كونها ملكاً لهم، لا يكفي مجرد التقييد بالملك في خروجها، بل لابدّ من إضافة خصوصيّة إلى الملكيّة، كي يصحّ الاحتراز بواسطة تلك الخصوصيّة.

ثمّ على القول بأنّها ملك يقع الكلام في تطبيق ملكيّتها على سائر أنحاء الملكيّة. أقول: لا إشكال في أنّها ليست ملكاً طليقاً لجميع المسلمين - وإلّا لزم الإنتقال بالإرث، مع أنّ القوم غير ملتزمين بذلك، ولزم عدم تسلّط غير المملّك على التصرف فيها، كما هو مقتضى دلالة قوله: «الناس مسلطون على أموالهم»^(١)، مع أنّ أمرها بيد وليّ الأمر - ولا لنوع المسلمين، فإنّه - وإن لم يرد عليه المحذوران المتقدّمان - إذ لا تعيّن للميت حتّى يرثه وارثه، ولا تعيّن للمالك، فلا محالة تكون الولاية لوليّ الأمر القابض على هذه الأرض.

إلّا أنّه يرد عليه: أنّ لازمه جواز إعطاء وليّ الأمر عين هذه الأرض لأحد من المسلمين من دون مصلحة، ولا وفقاً لهم، وإلّا لزم عدم جواز بيعها إلّا في موارد مخصوصة منصوطة لا لما يراه وليّ الأمر من المصلحة، بل هي ملك لنوع المسلمين، وجعل أمرها عيناً ومنفعة إلى وليّ الأمر، مع رعاية مصلحة النوع.

(١) البحارج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم - ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

بالإشارة إجمالاً إلى جميع أقسام الأرضين وأحكامها. فنقول ومن الله الاستعانة:
الأرض إمّا موات، وإمّا عامرة، وكلّ منهما إمّا أن تكون كذلك أصلية، أو عرض لها ذلك،
فالأقسام أربعة لا خامس لها:
الأول: ما يكون مواتاً بالأصالة، بأن لم تكن مسبوقة بعمارة، ولا إشكال ولا خلاف
منّا في كونها للإمام عليه السلام^١، والإجماع عليه محكي عن «الخلاف»، و«الغنية»، و«جامع
المقاصد»، و«المسالك»، وظاهر جماعة أخرى، والنصوص بذلك مستفيضة، بل قيل إنّها
متواترة^٢.

أقسام الأرضين وأحكامها

١. قوله: (ولا إشكال ولا خلاف منّا في كونها للإمام عليه السلام).
أقول: تنقيح القول في المقام بالبحث في جهات:
الأولى: في أنّها للإمام عليه السلام أم لا؟
الثانية: في أنّها تُملك بالإحياء أم لا؟
الثالثة: في اعتبار إذنه عليه السلام في التملك بالإحياء.
الرابعة: في أنّ التملك بالإحياء هل يختصّ بالشيعة أو يشمل كلّ مسلم، أم يعمّ
الكافر؟
الخامسة: في أنّ الأرض هل يملكها المحيي مجاناً، أو يجب أداء خراجها إلى الإمام؟
وقبل بيان هذه الجهات، لابدّ وأن يعلم أنّ الموات هي الأرض المعطّلة التي لا ينتفع
بها لذلك إمّا لانقطاع الماء عنها أو لغير ذلك.
أمّا الجهة الأولى: فلا إشكال نصّاً وفتواً في أنّها للإمام عليه السلام.
٢. ولكن ما ذكره المصنّف رحمته الله من أنّ النصوص بذلك مستفيضة، بل قيل إنّها متواترة،
غير تامّ، فإنّ بعض تلك النصوص يتضمّن كون الأرض الخربة للإمام عليه السلام أو من الأنفال
الثابت كونها له عليه السلام، كمصحّح^(١) حفص، وموثّق^(٢) سماعة، وغيرهما.

(١ و ٢) الوسائل باب ١ من أبواب الأنفال من كتاب الخمس حديث ١ و ٨.

وهي من الأنفال. نعم، أبيع التصرف فيها بالإحياء بلا عوض^١، وعليه يحمل ما في النبوي: «موتان الأرض لله ورسوله ﷺ، ثم هي لكم مني أيها المسلمون»، ونحوه الآخر: «عادي الأرض لله ولرسوله، ثم هي لكم مني».

وربما يكون في بعض الأخبار وجوب أداء خراجها إلى الإمام عليه السلام، كما في صحيحة الكابلي، قال: «وجدنا في كتاب علي عليه السلام «إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ». قال: أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الله الأرض، ونحن المتقون، والأرض كلها لنا، فمن أحيا من الأرض من المسلمين فليعمرها، وليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها» الخبر.

وبعضها يتضمن أن الأرض الخربة التي باد أهلها له أو منها؛ كخبر أبي بصير^(١). وبعضها يتضمن أن الأرض التي لا رب لها أو الأرض الميَّنة التي لا رب لها له، كمرسل^(٢) حماد وغيره.

وبعضها يدل على أن الأرض كلها له كصحيح^(٣) الكابلي المذكور في المتين. وبعضها يتضمن أن موتان الأرض للرسول ﷺ كالنبويين^(٤) المذكورين في المتن. أمّا نصوص الأرض التي لا رب لها فمطلقها ومقيدها مسوقة لبيان أن ما لا مالك له له عليه السلام، لا لخصوصية في الموات من الأرض. وأمّا ما دلّ على أن الأرض كلها للإمام عليه السلام، فلا بدّ من حمله على إرادة الملكية غير الاعتبارية، كما لا يخفى.

وأما النبويان فغير مرويين من طرفنا.

١. وأمّا الجهة الثانية: فلا خلاف في أنها تُملك بالإحياء، وعن غير واحد دعوى الإجماع عليه، بل حُكي إجماع المسلمين عليه، ويشهد له جملة من النصوص؛ كقول الإمام الصادق في الحسن كالصحيح، قال رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضاً مواتاً

(١-٣) الوسائل باب ١ من أبواب الأنفال، حديث ٢٨ و ٤ و ٢.

(٤) المبسوط كتاب إحياء الموات - التذكرة ج ٢ ص ٤٠٠.

ومصححة عمر بن يزيد: «أنه سأل رجلُ أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها فعمرها، 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 يؤدّيه به إلى الإمام عليه السلام في حال الهدنة، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه» الخبر.

ويمكن حملها على بيان الاستحقاق، ووجوب إيصال الطسق إذا طلبه الإمام عليه السلام،

فهي له»^(١).

وقوله عليه السلام في خبر السكوني: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من غرس شجراً أو حفر وادياً - إلى أن قال: أو أحيا أرضاً مبيّنة فهي له قضاءً من الله ورسوله»^(٢).

وقول سيدنا أبي جعفر عليه السلام في الصحيح: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أحيا أرضاً مواتاً فهي له»^(٣)، ونحوها غيرها.

وأما الجهة الثالثة: فعن جماعة منهم الشيخ في «الخلاف»، والمحقق الثاني في «جامع المقاصد» وغيرهما في غيرهما دعوى الإجماع على اعتبار الإذن. وهناك وجهان آخران بل قولان: أحدهما: عدم اعتباره.

الثاني: التفصيل بين زمني الحضور والغيبة، فيعتبر الإذن في الأوّل دون الثاني.

مقتضى قاعدة حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه اعتباره.

وقد استدللّ لعدم الاعتبار بأنه يكفي في الجواز إذن مالك الملوک في ذلك، وإن لم يأذن مالكها، كما في التملك بالالتقاط وحقّ المارّة.

وفيه: إن استكشاف إذن مالك الملوک إن كان من النصوص المتضمنة لسببية الإحياء للملك.

فيرد عليه: أن تلك النصوص كأدلة سائر الأسباب، فكما أنّها لا تعارض ما دلّ على إناطتها بإذن المالك، كذلك هذه، وإن كان من غيرها فعليه البيان.

(١) الوسائل باب ١ من إحياء الموات حديث ٥: (٢) الوسائل باب ٢ من أبواب إحياء حديث ١.

(٣) الوسائل باب ١ من أبواب الأنفال حديث ٦.

لكن الأئمة عليهم السلام بعد أمير المؤمنين عليه السلام حللوا شيعتهم، وأسقطوا ذلك عنهم^(١). كما يدل عليه قوله عليه السلام في رواية مسمع بن عبد الملك: «كلما كان في أيدي شيعتنا من الأرض، فهم فيه محللون، يحل لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجيبهم طسق ما كان في أيديهم، ويترك الأرض في أيديهم. وأما ما كان في أيدي سواهم، فإن كسبهم في الأرض حرام عليهم، حتى يقوم قائمنا، ويأخذ الأرض من أيديهم ويخرجهم عنها صغرة». الخبر.

واستدل للقول الثالث: بامتناع الاستيذان منه عليه السلام في زمان الغيبة، ولم يدل دليل على نيابة الفقيه عنه في هذه الأمور، مع مشروعية الإحياء مطلقاً. وفيه: إنه يتوقف على عدم ثبوت صدور الإذن منهم عليهم السلام، وسيأتي الكلام فيه، فالأظهر اعتبار إذنه.

والقائلون باعتبار الإذن، يدعون صدوره منه عليه السلام، واستندوا في ذلك إلى وجوه: الأول: النبوتان المذكوران في المتن، والمتقدم إليهما الإشارة، حيث أن في أحدهما: «ثم هي لكم مني»، وفي الآخر: «ثم هي لكم مني أيها المسلمون»، ومقتضاهما وإن كان هو التملك ولو مع عدم الإحياء، إلا أنه جمعاً بينهما وبين ما دل على سببية الإحياء نلتزم بملكية المحيي خاصة.

وفيه: ما تقدم من أنهما غير مرويين عن طرفنا.

الثاني: نفس قولهم عليهم السلام: «من أحيأ أرضاً مواتاً فهي له»، فإنه وإن تضمن الإذن التشريعي في الإحياء، إلا أن صدور ذلك من المالك يقتضي كونه إذناً مالكيّاً، نظير من قال: (من دخل داري فله كذا) فإنه متضمن للإذن المالكى كتضمنه لسببية الدخول للجزاء، وكذلك في المقام.

وفيه: إن الإذن المالكى لا بد وأن يصدر من المالك، فهذه النصوص المتضمنة لهذه الجملة تفيد بالنسبة إلى أزمنة الأئمة الذين قبل إمام زماننا عليه السلام، وحيث أن هذه الجملة لم تصدر منه عليه السلام وهو المالك، فلا يفيد ذلك كما لا يخفى.

١. الثالث: أخبار^(١) التحليل سيما مثل خبر^(٢) مسمع بن عبد الملك المذكور في المتن.

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب الأنفال. (٢) نفس المصدر ١٢.

نعم، ذكر في «التذكرة» أنه لو تصرف في الموات أحد بغير إذن الإمام عليه طسقتها، ويحتمل حمل هذه الأخبار المذكورة على حال الحضور، وإلا فالظاهر عدم الخلاف في عدم وجوب مال الإمام في الأراضي في حال الغيبة، بل الأخبار متفقة على أنها لمن أحياءها، وسيأتي حكاية إجماع المسلمين على صيروتها ملكاً بالإحياء.

فإنه يستفاد منها حلية التصرف - فبضمها إلى ما تضمنت سبباً الإحياء للملك - يستنتج إذنهم ﷺ في التملك بالإحياء.

وهذا الوجه متوقف على عدم اختصاص التحليل بخصوص المناكح والمساكن والمتاجر، وشمولها للأراضي، وقد أثبتنا ذلك في الجزء السابع من فقه الصادق.

الرابع: ما أفاده المحقق كاشف الغطاء، وهو دلالة شاهد الحال على رضاهم بالإحياء، وطيب نفسهم بعمارة الأرض، ولا بأس به أيضاً.

فتحصّل: أنّ الأظهر ثبوت رضاهم ﷺ بالإحياء.

وأما الجهة الرابعة: فعن «التذكرة» الإجماع على اعتبار الإسلام في الملك بالإحياء، ونحوه ما عن «جامع المقاصد»، وعن صريح «المبسوط» و«الخلاف» و«السرائر» و«الجامع» وظاهر «المهذب» و«النافع» و«اللمعة»، وتبعهم جمع من أساطين متأخري المتأخرين، عدم الفرق في ذلك بين المسلم والكافر، وأنّ الكافر أيضاً يملك بالإحياء.

يشهد للثاني - مضافاً إلى إطلاق جملة من نصوص الباب - صحيح محمد بن مسلم: «سألته عن الشراء من أرض اليهود والنصارى؟ فقال: ليس به بأس - إلى أن قال - أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عملوه، فهم أحقّ بها، وهي لهم»^(١)، ونحوه صحيح^(٢) الفضلاء وخبر^(٣) زرارة.

واستدل للاختصاص بالمسلم بالنبويين المتقدمين المتضمنين للتملك بالمسلمين.

(١-٣) الوسائل باب ١ من أبواب الموات حديث ١ و ٥ و ٦.

وبصحيح الكابلي المتقدم: «من أحيأ أرضاً من المسلمين فليعمرها». ولكن النبويين ضعيفان، والصحيح لا مفهوم له كي يدلّ على عدم تملك غير المسلمين بالإحياء، فيعارض مع النصوص المتقدمة، فالأظهر عدم الاختصاص بالمسلم. ولكن بعدما عرفت من اعتبار الإذن، وأنّ ثبوت إذنه^(١) إنّما يكون بأخبار التحليل المختصّة بالشيعة، ودلالة شاهد الحال، ففي زمان الغيبة الالتزام بملكيّة الأرض لغير الشيعة بالإحياء، يتوقّف على إحراز رضاه^(٢) بذلك، وإلا فلا يكون الإحياء مملّكاً. وفي صحيح^(١) عمر بن يزيد، عن مسمع بن عبد الملك المتقدم: «ما كان في أيدي سواهم، فإنّ كسبهم من الأرض حرام عليهم، حتّى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض»، وهذا صريح في عدم الإذن لغير الشيعة، فالأظهر هو الاختصاص بهم.

وأما الجهة الخامسة: فظاهر فتاوى القوم أنّ الملك بلا عوض، وعن فوائد «الشرايع» احتمال العوض، وظاهر قولهم^(٣): «من أحيأ أرضاً مواتاً فهي له»، هو حصول الملك مجاناً. ومقتضى صحيح الكابلي وعمر بن يزيد المتقدمين هو إيجاب الخراج المنافي لكونها ملكاً، ومقتضى نصوص التحليل سقوط الخراج.

والجمع بين هذه الطوائف، بحمل نصوص الخراج على زمان الحضور - كما في المتن احتمالاً - يأباه صريح نصوص التحليل، كما أنّ حمل نصوص الخراج على بيان الاستحقاق - كما اختاره المصنّف - ينافيه ظهورها في الفعلية.

فالحقّ أن يقال: إنّ نصوص الخراج لا بدّ من تأويلها أو ردّ علمها إلى أهلها، لمعارضتها مع نصوص التملك بالإحياء، وعدم عمل الأصحاب بها، مضافاً إلى ما ذكرناه في الأراضي الخراجية في الجزء الثاني من هذا الشرح، من عدم كون هذه الأرض منها. وبالجملة: لا إشكال في سقوط الخراج؛ إمّا لعدم تشريعه أو للتحليل، فنصوص الإحياء لا معارض لها.

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب الأنفال حديث ١٢.

الثاني: ما كانت عامرة بالإصالة أي لا من معمر^١، والظاهر أنه أيضاً للإمام عليه السلام.^٢
وعن «التذكرة» الإجماع عليه، وفي غيرها نفي الخلاف عنه، لموثقة أبان بن عثمان

الأرض العامرة

١. قوله: (الثاني: ما كانت عامرة بالإصالة أي لا من معمر).
والمراد بالعامرة ما ينتفع بها على ما هي عليه في الحال، كما إذا كانت بحيث يكثر عليها هطول الأمطار أو نحو ذلك، والكلام فيها يقع في مقامين:
الأول: أنه هل تكون هذه الأرض للإمام عليه السلام ومن الأنفال، أم تكون من المباحات الأصلية.

الثاني: على فرض كونها للإمام، هل تملك بالحيازة أم لا؟
٢. أمّا المقام الأول: فقد استظهر المصنّف عليه السلام من قول الأصحاب: (وكلّ أرض لم يجر عليها ملك مسلم فهي للإمام) - الذي حُكي عن «مفتاح الكرامة» أنه طفحت به عباراتهم، وعن «التذكرة» الإجماع عليه، وفي «الجواهر» لا خلاف أجده فيه - أنها للإمام، ولكن صاحب الجواهر عليه السلام في كتاب الخمس استظهر من الأصحاب عدمه، وأنها من المباحات الأصلية، وكذلك المصنّف عليه السلام في ذلك الكتاب.
وكيف كان، فقد استدللّ لكونها من الأنفال وللإمام بوجوه:

الوجه الأول: ما ذكره المحقّق النائيني عليه السلام: (ولما روي على ما في المتن أنّ كلّ أرض لم يجر عليها ملك مسلم فهو للإمام عليه السلام).
وفيه أولاً: إنّ المصنّف لا يدّعي أنه رواية، بل يدّعي كونه تعبير الفقهاء، وقد صرّح صاحب الجواهر عليه السلام بعدم كونه نصّاً.
وثانياً: أنه لا يمكن الالتزام بعمومه، فإنّ مقتضاه كون جميع أراضي الكفار للإمام، مع أنه خلاف النصّ والإجماع.

وثالثاً: أنه لو سلّم كونه رواية وعامماً، يتعيّن تخصيصه بما سيأتي.
الوجه الثاني: ما أفاده المحقّق الإيرواني عليه السلام، قال: (وهو صريح عدّ الآجام الذي هو

عن إسحاق بن عمّار، المحكي عن تفسير علي بن إبراهيم، عن الصادق عليه السلام حيث عدّ من الأنفال كلّ أرض لا ربّ لها^١، ونحوها المحكي عن «تفسير العياشي» عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام^٢، ولا يخصّص عموم ذلك بخصوص بعض الأخبار حيث جعل فيها من الأنفال كلّ أرض ميتة لا ربّ لها، بناءً على ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز، لأنّ الظاهر ورود الوصف مورد الغالب، لأنّ الغالب في الأرض التي لا مالك لها كونها مواتاً^٣. وهل يملك هذه بالحيّزة، وجهان: من كونه مال الإمام عليه السلام، ومن عدم منافاته

قسم من المحياة بالأصالة من الأنفال).

وفيه أولاً: إنّ الآجام من الموات، فإنّ الاستيغام مانع عن الانتفاع بالأرض، وقد صرح بذلك الفقهاء.

وثانياً: إنّ كون خصوص هذا القسم للإمام لدليل خاصّ أعمّ من كون سائر الأقسام له عليه السلام.

الثالث: ما تضمّن^(١) أنّ الأرض كلّها للإمام، وقد تقدّم أنّه لا بدّ من توجيه هذه النصوص بحملها على الملكيّة الحقيقيّة غير المنافية لكونها من المباحات أو غيرهم عليه السلام.

١. الرابع: مصحّح^(٢) إسحاق بن عمّار المذكور في المتن، حيث عدّ فيه من الأنفال التي للإمام: «كلّ أرض لا ربّ لها» الشاملة للعامرة.

٢. ونحوه^(٣) خبر أبي بصير المروي عن تفسير العياشي.

وفيه: إنّ إطلاق هذين الخبرين، يقيد بما في مرسل حمّاد، حيث عدّ من جملة الأنفال: «الأرض الميتة التي لا ربّ لها»، إذ تقييد الأرض بالميتة في مقام الحصر والتحديد، يدلّ بالمفهوم على أنّ الأرض غير الميتة ليست للإمام.

٣. وأورد عليه المصنّف عليه السلام بأنّ الظاهر ورود الوصف مورد الغالب في الأرض التي لا مالك لها، كونها مواتاً.

وفيه أولاً: إنّ الميتة لم تؤخذ قيداً للربّ لها، وإنّما أخذت قيداً للأرض، فلا يكون القيد غالبياً.

وثانياً: إنّ لا وجه لحمل القيد على الغالب.

(١) أصول الكافي ج ١ ص ٤٠٧، الطبع الحديث. (٢) الوسائل باب ١ من أبواب الأنفال حديث ٢.

(٣) نفس المصدر ج ٢٨ - ٤ نفس المصدر ج ٤.

للتملك بالحيازة كما يملك الأموات بالإحياء، مع كونه مال الإمام عليه السلام، فدخل في عموم النبوي: «مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»^(١).

وثالثاً: إنه لو تم ما أفاده المصنف رحمته، يمكن حمل الإطلاقات على الغالب بعين ما ذكره، إذ كما يقال إن ذكر القيد يكون للغلبة، كذلك يقال إن إهماله مع اعتباره لمكان الغلبة، فلا إطلاق يعم العامة، فالأظهر أنها من المباحات الأصلية. وأما المقام الثاني: فعلى المختار من كونها من المباحات، لا كلام في أنها تملك بالحيازة كما لا يخفى. وأما على القول بأنها للإمام عليه السلام، فقد استدل المصنف رحمته على تملكها بالحيازة:

١. بعموم النبوي: «مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»^(١). وفيه أولاً: إنه مختص بما إذا لم يكن ذلك الشيء ملكاً لأحد، ومتعلقاً لحق الغير بالسبق أو غيره، ولذا لا شبهة في عدم دلالة على جواز سبق إلى أملاك الناس، فلا يشمل المقام بعد فرض كون الأرض للإمام عليه السلام. وبالجملة: ملك الإمام كملك غيره من الناس، فكما أنه لا يجوز سبق في أملاك سائر الناس فذلك في ملكه عليه السلام. وثانياً: إن الأحقية أعم من الملكية. ودعوى: أنه روى من غير طريقنا ما ظاهره الملكية، وهو: «مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ»^(٢).

مندفعة: بعدم ثبوت صحة سنده.

وأما ما أورده المحقق الخراساني والمحقق النائيني عليه، بأنه مسوق لبيان أحقية السابق، لا لبيان جواز سبق إلى ما لم يسبقه إليه أحد. فيردّه: أنه بصدد بيان سببية سبق للأحقية، ومقتضى إطلاقه جواز سبق إلى كل ما لم يسبقه إليه أحد.

(١) المبسوط أول كتاب إحياء الموات - المستدرک باب ١ من أبواب إحياء الموات حديث ٤.

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٢.

الثالث: ما عرض له الحياة بعد الموت، وهو ملك للمحيي^١، 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».

فالأولى الاستدلال له بنصوص التحليل، الظاهرة في الملكية، كما حققناه في الجزء السابع من «فقه الصادق»، لكنّها مختصة بالشيعة كما مرّ.

ويمكن القول بتملكها بالإحياء:

لخبر السكوني، عن الإمام الصادق عليه السلام: «عن رسول الله صلى الله عليه وآله من غرس شجراً أو حفر وادياً بدياً لم يسبقه إليه أحد، أو أحيا أرضاً ميّنة فهي له، قضاءً من الله ورسوله»^(١). فإنّ ظاهره بقرينة جعل الغرس والحفر قبالة الإحياء أنّهما يوجبان الملكية بأنفسهما، وبضميمة إلغاء الخصوصية، يثبت الحكم في سائر أفراد الإحياء.

ولمضمر محمد بن مسلم، قال: «سألته عن الشراء من أرض اليهود والنصارى؟ قال عليه السلام: ليس به بأس - إلى أن قال - وأيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عملوه، فهم أحقّ بها وهي لهم»^(٢).

وفي خبر آخر له، عن الإمام الباقر عليه السلام: «أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عمروها فهم أحقّ بها»^(٣).

والمضمر قرينة على أنّ المراد من الأحقيّة في الخبر الثاني هو الاستحقاق الملكي.

الأرض العامرة بعد الموت

١. قوله: (الثالث: ما عرض له الحياة بعد الموت، وهو ملك للمحيي).

إن كانت العمارة بسبب سماوي، كانت الأرض ملكاً للإمام عليه السلام للاستصحاب، بل للأدلة، فإنّها دالة على عدم خروج الملك عن ملكه بلا سبب. وإن كان بالإحياء، فإن كان ذلك بغير إذنه عليه السلام فحكمه ما تقدّم.

(١) الوسائل - باب ٢ - من أبواب إحياء الموات حديث ١.

(٢) و (٣) الوسائل - باب ١ - من أبواب إحياء الموات حديث ١ و ٣.

لكن ببالي من «المبسوط» كلامٌ يُشعر بأنّه يملك التصرف لا نفس الرقبة^١، فلا بدّ من الملاحظة .

وإن كان بإذنه، فالمشهور بين الأصحاب أنّها ملكٌ للمحيي، بل عن غير واحد دعوى الإجماع عليه، وعن «التنقيح» إجماع المسلمين عليه.

١. وفي المتن: (وببالي من «المبسوط» كلامٌ يُشعر بأنّه يملك التصرف لا نفس الرقبة). هذه عبارة «المبسوط»: (إذا تحجّر أرضاً وباعها لم يصحّ بيعها، وفي الناس من قال يصحّ وهو شاذّ، وأمّا عندنا فلا يصحّ بيعه، لأنّه لا يملك رقبة الأرض بالإحياء، وإنّما يملك بالتصرف بشرط أن يؤدّي إلى الإمام عليه السلام ما يلزمه عليها). ومراده من الإحياء التحجير، والشاهد عليه أمور: أحدها: تصرّحه بأنّه يملك بالتصرف.

ثانيها: قوله: (فأمّا عندنا فلا يصحّ بيعه)، مع أنّ المشهور بين الأصحاب جواز بيعه، ودلّت النصوص^(١) عليه.

ثالثها: تصرّحه بالإحياء في غير موضع من كتبه، وإنّما حكم بعدم الملك بالتحجير من جهة أنّ التحجير عنده ليس من مصاديق الإحياء، قال في «المبسوط» بعد الحكم بأنّ التحجير يوجب الأحقيّة دون الملك: (والتحجير أن يؤثّر فيها أثراً لم يبلغ به حدّ الإحياء، مثل أن ينصب فيها المزور أو يحوط عليها حائطاً، وما أشبه ذلك من آثار الإحياء، فإنّه يكون أحقّ بها من غيره) انتهى.

وكيف كان، فيشهد للملك نصوص^(٢) الإحياء، والنصوص^(٣) المتضمّنة لجواز الشراء من المُحيي، معلّلة له بأنّها بالإحياء صارت له .

وظاهر صحيح^(٤) الكابلي وعمر بن يزيد المتضمّنين لوجوب الخراج عليه، ودفعه إلى الإمام عدم الملك.

لكن تقدّم أنّه يتعيّن طرحهما أو التصرف فيهما بنحو لا ينافي الملك، فراجع. فالأظهر أنّها ملك للمحيي.

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب كتاب إحياء الموات و باب ٢١ - من أبواب عقد البيع.

(٢) الوسائل - باب ١ - من أبواب كتاب إحياء الموات. (٣) باب ٢١ - من أبواب عقد البيع.

(٤) الوسائل - باب ٣ من أبواب إحياء الموات حديث (٥). الوسائل - باب ٤ - من أبواب الأنفال حديث ١٢.

الرابع: ما عرض له الموت بعد العمارة، فإن كانت العمارة أصلية فهي مال الإمام عليه السلام، وإن كانت العمارة من معمر^٢، ففي بقائها على ملك معمرها، أو خروجها عنه، وصيرورتها ملكاً لمن عمرها ثانياً خلاف معروف في كتاب إحياء الموات، منشأه اختلاف الأخبار.

الموات بعد العمارة

١. قوله: (الرابع: ما عرض له الموت بعد العمارة).
إن كانت العمارة سماوية، كانت العمارة أصلية أو عرضية فهي للإمام عليه السلام.
أما إذا كانت عرضية، فلأن الأرض المفروضة كانت مواتاً في الأصل وملكاً له عليه السلام، وهي باقية على ما هي عليه.
وأما إن كانت العمارة أصلية، فلما دلّ على أن الأرض الميَّنة للإمام، الشاملة للميَّنة بالإصالة وبالعرض.
وما دلّ من النصوص الصحيحة على أن الأرض الخربة أو الخربة التي لا رب لها له عليه السلام، فإنّ الخربة ظاهرة في الخربة العرضية.
٢. وإن كانت العمارة من معمر، فالكلام فيه يقع في مقامين:
المقام الأول: في أنه هل تخرج الأرض بالموت عن ملك الميَّني، كما عن العلامة في «التذكرة»، والشهيد الثاني في «المسالك»، أم لا تخرج كما هو المشهور بين الأصحاب؟
المقام الثاني: في أنه على فرض عدم الخروج، هل يملكها لو أحيها آخر، كما عن العلامة في «التذكرة»، والشهيد الثاني في «الروضة»، بل عن «جامع المقاصد» أنه المشهور بين الأصحاب، أم لا يملكها كما عن جماعة من القدماء والمتأخرين، أم يفضل بين ما إذا كان الخراب مستنداً إلى إهمال المالك وترك المزاولة لها، وبين ما إذا لم يكن مستنداً إلى ذلك فيملكها على الأول دون الثاني، كما اخترناه في الجزء الثالث عشر من «فقه الصادق»؟
أما المقام الأول: فقد استدللّ لخروجها عن ملكه بوجوه:
الوجه الأول: إن الأرض أصلها مباح، فإذا تركها الأول حتى عادت إلى ما كانت عليه صارت مباحة.

ثمّ القسم الثالث إمّا أن تكون العمارة فيه من المسلمين أو من الكفّار، فإن كان من المسلمين فملكهم لا يزول إلا بناقل أو بطرق الخراب على أحد القولين، وإن كان من الكفّار فكذلك، إن كان في دار الإسلام، وقلنا بعدم اعتبار الإسلام. وإن اعتبرنا الإسلام كان باقياً على ملك الإمام عليه السلام، وإن كان في دار الكفر يزول بما يزول به ملك المسلم وبالاغتنام كسائر أموالهم.

الوجه الثاني: إنّ السبب في صيرورتها ملكاً هو الإحياء، فإذا زال السبب زال المسبب. الوجه الثالث: إطلاق ما دلّ على أنّ الأرض الميّنة - أو الخربة - للإمام عليه السلام. وفي الجميع نظر:

أمّا الأول: فلأنّ كون أصلها مباحاً لا يوجب صيرورتها مباحة بعدما دخلت في ملك المُحيي، وخروجها عن ملكه مع الدلالة الدليل على أنّ خروج المال عن ملك مالكه لا بدّ وأن يكون بسبب.

وأمّا الثاني: فلأنّ المستفاد من الأدلّة، كون ذات الأرض مملوكة بسبب الإحياء، وأنّه كسائر الأسباب المملوكة يكون سبباً لحدوث الملكيّة، لا أنّ الأرض المعنونة بعنوان المحياة مملوكة، ولا أنّه سبب للملكيّة حدوثاً وبقاءً.

وأمّا الثالث: فلأنّه يتعيّن تقييد إطلاق تلك النصوص بما في النصوص الأخر من التقييد بالأرض التي لا ربّ لها.

ويشهد لبقائها على ملك مالكها - مضافاً إلى أنّ المستفاد من الأدلّة أنّ زوال الملك لا بدّ وأن يكون بناقل - الاستصحاب.

وأورد عليه تارةً بالشكّ في بقاء الموضوع، فإنّ موضوع الملكيّة إن كان هو ذات الأرض فهو باق قطعاً، وإن كان هو عنوان المحياة فهو مرتفع قطعاً.

وأخرى: بأنّ الشكّ في المقام من قبيل الشكّ في المقتضى، للشكّ في أنّ الإحياء هل هو سبب للملكيّة حتّى بعد عروض الموت، أم لا؟

ويمكن دفع الأول: بما تقدّم من ظهور الأدلّة في أنّ الموضوع هو ذات الأرض، وأنّ الإحياء بمنزلة الشرط في القضيّة.

ودفع الثاني: بأنَّ المختار حجّية الاستصحاب مطلقاً، حتّى في موارد الشكّ في المقتضى، مع أنّ هذا ليس من الشكّ في المقتضى الذي بنى المصنّف عليه على عدم حجّية الاستصحاب فيه، فإنّ مورده ما لو شكّ في اقتضاء المستصحب للبقاء في عمود الزمان، وتمام الكلام في محلّه،

فالأظهر بقائها على ملك المٌحيي الأوّل.

وأما المقام الثاني: فالكلام فيه يقع في موردين:

الأوّل: فيما تقتضيه العمومات.

الثاني: فيما تقتضيه النصوص الخاصّة.

أما المورد الأوّل: فقد استدلّ لتملّك المٌحيي الثاني بعموم: «من أحيأ أرضاً ميّنة فهي له»^(١).

وفيه: إنّه قد تقدّم أنّ هذا ليس متضمّناً لإذن مالك الملوك كي لا يحتاج إلى إذن مالكة، وإنّما التزمنا بذلك في ملك الإمام من جهة أخبار التحليل، أو شاهد الحال، أو غير ذلك من الوجوه المتقدّمة غير الجاري شيء منها في المقام. وعليه، فمقتضى ما دلّ من العقل والنقل على عدم جواز التصرف في مال الغير بغير إذنه ورضاه، عدم جواز الإحياء في المقام، والقياس بالالتقاط - بعد ورود النصّ الخاصّ فيه - مع الفارق.

وأما النصوص الخاصّة، فهي على طوائف:

الأولى: ما ظاهره البقاء على ملك المٌحيي الأوّل، كصحيح سليمان بن خالد، عن الإمام الصادق عليه السلام: «عن الرجل يأتي الأرض الخربة فيستخرجها، ويجري أنهارها، ويعمرها ويزرعها، ماذا عليه؟ قال عليه السلام: الصدقة. قلت: فإن كان يعرف صاحبها؟ قال عليه السلام: فليؤدّ إليه حقّه»^(٢)، إذ المراد بالحقّ إمّا الأرض أو أجرتها، وعلى التقديرين يدلّ على ذلك، ونحوه صحيح^(٣) الحلبي.

الثانية: ما ظاهره صيرورتها ملكاً للمٌحيي الثاني من دون شيء عليه، كصحيح معاوية

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب كتاب إحياء الموات.

(٢ و ٣) الوسائل - باب ٣ - من أبواب إحياء الموات حديث ٣.

ثمّ ما ملكه الكافر من الأرض: إمّا أن يسلم عليه طوعاً، فيبقى على ملكه كسائر أملاكه، وإمّا أن لا يسلم عليه طوعاً^١، فإن بقي يده عليه كافراً، فهي أيضاً كسائر أملاكه

ابن وهب، عن مولانا الصادق عليه السلام: «أيما رجل أتى خربة بائرة فاستخرجها وكرى أنهارها وعمرها، فإنّ عليه فيها الصدقة، فإن كانت أرضاً لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخرجها، ثمّ جاء بعد يطلبها، فإنّ الأرض لله ولمن عمرها»^(١)، فإنّ ظاهره أنّ الأرض لمن يقوم بعمارته لا لمن تركها فأخرجها.

الثالثة: ما تضمّن أحقيّة الثاني بها ووجوب الخراج عليه، كصحيح الكابلي المتقدّم: «فإن تركها وأخرجها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحيها فهو أحقّ بها من الذي تركها، فليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي» الحديث^(٢).

والطائفة الأخيرة تقدّم تعيّن طرحها، وأمّا الأوليتان، فحيث أنّ الثانية مختصة بصورة الإهمال، فتخصّص الأولى بها، فتكون النتيجة التفصيل الذي اخترناه.

ويؤيد ذلك ما ورد في الأرض التي أسلم أهلها طوعاً: «فإنّ الأرض وإن كانت ملكاً لهم إلاّ أنّهم إذا أهملوها حتّى خربت لوليّ المسلمين أن يقبلها من غيرهم ليقوم بعمارته ويأخذ وجه الإجارة، ويدفع بمقدار حقّ الأرض إلى مالكيها، ويصرف الباقي في الأمور العامّة»^(٣).

ثمّ إنّ ذكر سائر ما قيل في وجه الجمع بين النصوص والجواب عنها موكولان إلى محلّ آخر.

الأرض المفتوحة عنوة

١. قوله: (وأمّا أن لا يسلم أهلها طوعاً).

لا يخفى أنّه عليه السلام بعدما بيّن أقسام الأرضين وأحكامها، أراد أن يبيّن حكم الأرض المفتوحة عنوةً، والكلام فيها يقع في جهات:

(١ و ٢) الوسائل - باب ٣ من أبواب إحياء الموات حديث ١ و ٢.

(٣) الوسائل - باب ٧٢ - من أبواب جهاد العدو وما يناسبه.

تحت يده. 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 والاشجار والبنيان للمسلمين كافة، إجماعاً^١ - على ما حكاه غير واحد

الجهة الأولى: في أنّ هذه الأرض، وإن كانت مبيّنة من حيث المفهوم، إذ هي عبارة عن الأرض التي فتحت بالخيل والركاب قهراً، ورفعت يد الكفّار عنها بغلبة المسلمين، إلّا أنّها مجهولة مصداقاً، وقد تقدّم في الجزء الثاني من هذا الشرح في مسألة الأراضي الخراجيّة بيان ما يثبت ذلك.

الجهة الثانية: في اعتبار إذن الإمام عليه السلام في القتال في ترتّب حكم الأرض المفتوحة عنوة، وقد تقدّم في ذلك المبحث أنّ الأظهر عدم اعتباره.

الجهة الثالثة: في اعتبار كونها محياة حال الفتح، وقد تقدّم في تلك المسألة اعتبار ذلك، وعليه فأرض الغرى ليست منها.

الجهة الرابعة: في أنّ التصرف في الأرض الخراجيّة في زمان الغيبة يحتاج إلى إذن من له الإذن أم لا؟، وقد تقدّم في تلك المسألة تنقيح القول في ذلك مفصلاً فراجع. الجهة الخامسة: في أنّ خراج هذه الأرض هل حُلّل للشيعّة في زمان الغيبة أم لا؟، وقد عرفت عدم تحليله.

الجهة السادسة: في بيان أنّ الخمس هل هو ثابت فيها أم لا؟ وقد تقدّم ثبوته.

١. الجهة السابعة: في بيان كفيّة استحقاق المسلمين، وأنّه هل بعنوان ملك الرقبة، أو

بنحو آخر؟

والمشهور بين الأصحاب هو الأوّل، وعن جماعة - منهم الشهيد الثاني رحمته الله في جملة من كتبه، والمحقّق الأردبيلي - أنّ الرقبة غير مملوكة، بل معدّة لمصالح المسلمين وهم مصرف لحاصلها.

والأوّل أظهر؛ لأنّه ظاهر النصوص الآتية لمكان اللّام، وإضافة الأرض إلى المسلمين.

كـ «الخلاف»، و«التذكرة» وغيرهما - والنصوص به مستفيضة. ففي رواية أبي بردة 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 أن يشتري حقه منها، ويحوّل حق المسلمين عليه، ولعله يكون أقوى عليها وأملى بخراجهم منه»^١.

واستدلّ للقول الثاني بوجوه:

الأول: قوله عليه السلام في مرسل^(١) حمّاد الطويل: «فهي موقوفة متروكة في يدي من يعمرها ويحييها» الخ، بتقريب أنه يدلّ على أن الأرض محبوسة متروكة، وهذا يلزم فكّ الملك.

وفيه: إن المحبوسية والمتروكية لا تنافي مع الملك، بل تجامعه، فلا ينافي المرسل سائر النصوص الظاهرة من جهة اللام والإضافة في الاختصاص المطلق المساق للملك.

الثاني: إنه لو كانت الرقبة ملكاً للمسلمين، لما جاز تقبيلها من أحدهم، إذ إجارة الأرض ممّن يملك جزء منها غير جائزة.

وفيه: إنه قد تقدّم في أول الدخول في بيان أقسام الأراضي وأحكامها، بيان كيفية ملكيتها لهم، وأنها تكون ملكاً للنوع لا للأفراد، وعليه فالفرد بما هو غير مالك كي لا يجوز الإجارة منه.

وبه يظهر الإشكال في الوجه الثالث، وهو أنه لو كانت الرقبة ملكاً لهم لجاز أن ينقل بعضهم حصّته إلى بعض، مع أنه لا يجوز، لأنّ المالك هو النوع لا الشخص. الجهة الثامنة: في جواز بيع الأرض المفتوحة عنوة وعدمه.

وقد اختلفت كلمات القوم في المقام، وقد نقل المصنّف رحمته الله في المتن تلك الأقوال والوجوه، وحيث أنّ منشأ الاختلاف هي النصوص، فالأولى صرف عنان الكلام إلى بيان ما يستفاد منها:

١. منها: خبر^(٢) أبي بردة بن رجا، المذكور في المتن.

(١) الوسائل - باب ٤١ - من أبواب جهاد العدو حديث ٢(٢). الوسائل باب ٧١ من أبواب جهاد العدو حديث ١.

وفي مرسله حمّاد الطويلة: «ليس لمن قاتل شيء من الأرضين، وما غلبوا عليه إلا 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، و الثلثين، على قدر ما يكون له صالحاً ولا يضرّ بهم. فإذا أخرج منها ما أخرج بدأ فأخرج منه العشر من الجميع ممّا سقت السماء، أو سقى سيحاً، ونصف العشر ممّا سقى بالدوالي والنواضح، إلى أن قال: فيؤخذ ما بقي بعد العشر، فيقسّم بين الوالي وبين شركائه الذين هم عمال الأرض وأكرتها، فيدفع عليهم انصباؤهم على قدر ما صالحهم عليه، ويأخذ الباقي، فيكون ذلك أرزاق أعوانه على دين الله، وفي

وأبو بردة وإن لم يوثق إلا أن الراوي عنه هو صفوان بن يحيى، الذي هو من أصحاب الإجماع، فلا وجه للمناقشة فيه من حيث السند.

وأما فقه الحديث، فملخصه: أن الظاهر من قوله: «ومن يبيع ذلك» الاستفهام التوبيخي، وقوله: «هي أرض المسلمين» بمنزلة العلة للمنع، ولكن الراوي فهم منه الاستفهام الحقيقي، فقال: (يبيعها الذي هي في يده)، وقوله عنه: «ويصنع بخراج المسلمين ماذا» يوهم أن المانع من البيع كون الأرض خراجية، وعلى أيّ تقدير فقد استدرك الإمام عنه عما أفاده من عدم جواز البيع، فقال: «لابأس أن يشتري حقه منها» وظهره أيضاً عدم بيع الأرض بل بيع حقه منها .

وأما بيع الحق: فيحتمل بيع حق الأولوية والاختصاص، ويحتمل إرادة بيع الآثار التي أحدثها البائع، وعلى أيّ تقدير لا دلالة فيه على جواز بيع الأرض ولو تبعاً للآثار. ولكن الأظهر هو الثاني، لما سيأتي من عدم دليل على ثبوت حق الأولوية، ولعدم صحة نسبة الاشتراء إليها، بناءً على اعتبار كون المبيع من الأعيان، ولقوله: «حقه منها»، إذ لو كان المراد حق الأولوية كان الصحيح أن يقول حقه فيها، فتدبر.

وقوله عنه: «لعله يكون أقوى الخ» يعني أقوى على الأرض وعمارتها، وتوفير حاصلها، وأملى وأقدر على دفع خراج المسلمين.

فهذه الرواية تدل على عدم جواز بيع الأرض المفتوحة عنوة، ولو بتبع بيع الآثار.

مصلحة ما ينويه من تقوية الإسلام، وتقوية الدين في وجوه الجهاد، وغير ذلك مما فيه مصلحة العامة ليس لنفسه من ذلك قليل ولا كثير الخبر»^١.
وفي صحيحة الحلبي، قال: «سُئِلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ السَّوَادِ مَا مَنْزِلَتُهُ؟ قَالَ: هُوَ لَجْمِيعِ الْمُسْلِمِينَ، لِمَنْ هُوَ الْيَوْمَ، وَلِمَنْ دَخَلَ فِي الْإِسْلَامِ بَعْدَ الْيَوْمِ، وَلِمَنْ لَمْ يَخْلُقْ بَعْدَ، فَقُلْنَا: أَنْشَرِيهِ مِنَ الدَّهَاقِينَ؟ قَالَ: لَا يَصْلِحُ، إِلَّا أَنْ تَشْتَرِيَهَا مِنْهُمْ عَلَى أَنْ تَصِيرَهَا لِلْمُسْلِمِينَ، فَإِنْ شَاءَ وَلِيَّ الْأَمْرِ أَنْ يَأْخُذَهَا أَخْذَهَا، قُلْتَ: فَإِنْ أَخْذَهَا مِنْهُ؟ قَالَ: يَرُدُّ عَلَيْهِ رَأْسَ مَالِهِ، وَلَهُ مَا أَكَلَ مِنْ غَلَّتْهَا بِمَا عَمِلَ»^٢.

١. ومنها: مرسل حماد الطويل المنجبر بتلقي الأصحاب إياه بالقبول المذكور في المتن: «والأرضون التي أخذت عنوة بخيل أو ركاب، فهي موقوفة متروكة في يدي من يعمرها ويحييها»^(١)، وهذا أيضاً يدل على المنع، إذ المراد من الموقوفة المتروكة؛ إما أن يكون المحررة المحبوسة على المسلمين من باب فك الملك، أو المملوكة المحبوسة عليهم، وعلى التقديرين يدل على المنع؛ لأنه مقتضى محبوسية الأرض.
٢. ومنها: صحيح الحلبي^(٢) المذكور في المتن.
قوله: «لا يصلح» ظاهر في المنع عن البيع، وأما الاستثناء فيتعين حمله على إرادة الاشتراء الصوري من جهة قوله قبله: «هي لجميع المسلمين».
وقوله: «أن يصيرها للمسلمين» أي تعود الأرض إلى المسلمين، ويصرف حاصلها في مصالحهم.
وقوله: «فإذا شاء ولي الأمر... الخ» ظاهر في عدم صيرورتها ملكاً له، وأن لولي الأمر إبقاء الأرض تحت يده، وله أخذها منه.
وأما قوله: «فيرد عليه رأس ماله»، فهو إما أن يكون تفضلاً من ولي الأمر من جهة استنقاذه الأرض من يد الدهاقين، أو يكون من جهة كونه بإزاء ما كان للدّهاقين من

(١) الوسائل باب ٤١ من أبواب جهاد العدو حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٤.

ورواية ابن شريح: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرض من أرض الخراج فكرهه، قال: إنما أرض الخراج للمسلمين، فقالوا له: فإنه يشتريها الرجل وعليه خراجها؟ فقال: لا بأس إلا أن يستحيي من عيب ذلك»^١.

ورواية إسماعيل بن الفضل الهاشمي فيها: «وسألته عن رجل اشترى أرضاً من أرض الخراج، فبنى بها أو لم يبن، غير أن أناساً من أهل الذمة نزلوها، هل له أن يأخذ منهم أجره البيوت إذا أدوا جزية رؤوسهم؟ قال: يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال». وفي خبر أبي الربيع: «لا تشتتر من أرض السواد شيئاً إلا من كانت له ذمة، فإنما هي فيء للمسلمين»^٢، إلى غير ذلك.

وظاهره كما ترى عدم جواز بيعها حتى تبعاً للآثار المملوكة فيها، على أن تكون جزء من المبيع، فيدخل في ملك المشتري على وجه كان للبائع أعني مجزء الأولوية وعدم جواز مزاحمته، إذا كان التصرف وإحداث تلك الآثار بإذن الإمام أو إجازته ولو

الآثار المملوكة، أو بإزاء حق الاختصاص، وقوله عليه السلام: «وله ما أكل من غلتها» ظاهر في أن المنافع كالعين تكون للمسلمين، ولكن حيث أنه عمل فيها فله ما أكل منها.
١. ومنها: خبر ^(١) محمد بن شريح، عن الإمام الصادق عليه السلام: المذكور في المتن.
أقول: وهذا الخبر لا يعتمد عليه، من جهة أن من رجال سنده علي بن الحارث وهو مجهول.

وأما من حيث الدلالة، فصدره ظاهر في المنع لقوله: «فكرهه» معللاً بأن أرض الخراج للمسلمين، وذيله ظاهر في الجواز، مع الالتزام بخراجها، فلا بد من التصرف إما في الصدر بحمل قوله عليه السلام: «أرض الخراج للمسلمين» على إرادة أن خراجها لهم ورقبتها لمن عمّرها، أو بالتصرف في الذيل بحمل شرائها على إرادة شراء آثارها من العمارة المفروضة، ولو لم يكن الثاني أظهر من جهة قوله: «إلا أن يستحيي من عيب ذلك» - لأن عدم كون الأرض ملكاً ربما يكون عيباً - فلا أقل من تساوي الاحتمالين، فيحكم بالإجمال.

٢. ومنها: خبر ^(٢) إسماعيل بن الفضل الهاشمي المذكور في المتن، وقد استدلل به

(١ و ٢) الوسائل باب ٢١ من أبواب عقد البيع حديث ٩ و ١٠.

لعموم الشيعة، كما إذا كان التصرف بتقبيل السلطان الجائر، أو بإذن الحاكم الشرعي، بناءً على عموم ولايته لأُمور المسلمين ونيابته عن الإمام. لكن ظاهر عبارة «المبسوط» إطلاق المنع عن التصرف فيها ببيع ولا شراء ولا هبة ولا معاوضة، ولا يصح أن يبني دوراً ومنازل ومساجد وسقايات وغير ذلك من أنواع التصرف الذي يتبع الملك، ومتى فعل شيئاً من ذلك كان التصرف باطلاً، وهو على حكم الأصل، ويمكن حمل كلامه على صورة عدم الإذن من الإمام عليه السلام حال حضوره، ويحتمل إرادة التصرف بالبناء على وجه الحيازة والتملك، وقال في «الدروس»: (لا يجوز التصرف فيها المفتوحة عنوة إلا بإذن الإمام، سواء كان بالبيع أو الوقف أو غيرهما، نعم في حال الغيبة ينفذ ذلك)، وأطلق في «المبسوط» أن التصرف فيها لا ينفذ، وقال ابن إدريس: (إنما نبيع ونوقف تحجيرنا وبنائنا وتصرفنا لا نفس الأرض) انتهى.

كلّ من القائلين بالمنع - والجواز:

أما القائل بالجواز: فقد استدللّ، بجملتين منه:

الأولى: صدره الظاهر في تقريره عليه السلام شراء أرض الخراج.

الثانية: حكمه عليه السلام بأنّ أجره البيوت لهم بعد الشرط، فلو لم يكن الأرض لهم لم تكن الأجرة لهم.

فإن قيل: إنّه على فرض ملكيّة الأرض، ماذا وجّه السؤال عن كون المنفعة لهم؟

توجّه عليه: إنّ وجه السؤال احتمال كون منفعة الأرض كخراجها للمسلمين،

فجوابه عليه السلام ينطبق عليه وأنّه ليست المنافع كالخراج، بل هي تابعة لملكيّة الرقبة.

ولكن يرد على الثانية: أنّ السؤال ليس عن كون الأجرة له أو للمسلمين، بل إنّما هو

عن أخذ الأجرة، والظاهر أنّ منشأ هذا السؤال أنّ الذمّي إذا أدى الجزية هل هو كالمسلم

يستحقّ النزول على أهل الأرض الخراجيّة أم لا؟ فأجاب عليه السلام بأنّ له أخذ أجره النزول

بعد الشرط والقرار.

وأما الأولى: فحيث أنّها ليست في مقام البيان من جهة جواز الاشتراء، فقابلة للحمل

على إرادة الشراء على الوجه السائغ، وهو شراء الآثار والعمارة، فهذا الخبر لا يدلّ على

الجواز، بل يدلّ على المنع من جهة فرض كون الأرض خراجيّة بعد الشراء، فإنّه يسأل

وقد ينسب إلى «الدروس» التفصيل بين زمني الغيبة والحضور، فيجوز التصرف 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 التصرف فيه في زمان الغيبة بإحداث الآثار، وجواز نقل الأرض تبعاً للآثار، فيفعل ذلك بالأرض تبعاً للآثار، والمعنى أنها مملوكة ما دام الآثار موجودة. قال في شرح قول المحقق: (ولا يجوز بيعها ولا هبتها ولا وقفها)، انتهى.

إن المراد لا يصح ذلك في رقبة الأرض مستقلة، أما فعل ذلك بها تبعاً لآثار التصرف من بناء وغرس وزرع ونحوها، فجاز 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.

عن استحقاق أهل الذمة للنزول على أهل الخراج.

ولو سلم دلالة على الجواز، فالنسبة بينه وبين نصوص المنع المتقدم بعضها والآتي آخر، عموم مطلق، فإنه أعم من المفتوحة عنوة وغيرها من أرض الخراج، فيقيّد بإطلاقه بها.

والإيراد على الخبر بضعف السند من جهة أنّ الكليني والشيخ يرويان الحديث عن الحسن بن محمد بن سماعة، وهو يروي عن غير واحد وهم مجهولون. في غير محلّه، فإنّ الحسن هذا ذكروا في حقه أنه: (نقيّ الفقه، حسن الاعتقاد) والظاهر من ذلك أنه لا يروي إلا عن المقبولين، لا سيما إذا روى عن غير واحد، فالحديث معتبر سنداً.

ومنها: خبر أبي الربيع الشامي، عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا تشتت من أرض السواد شيئاً إلا من كانت له ذمة، فإنما هو فيء للمسلمين»^(١).

وأبو الربيع، والراوي عنه خالد بن جرير وإن لم يوثق، إلا أنّ الراوي عن خالد هو الحسن بن محبوب الذي هو من أصحاب الإجماع، فالخبر صحيح سنداً، ويدلّ على

(١) الوسائل باب ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

نعم، ربّما يظهر من عبارة الشيخ في «التّهذيب» 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 قسّمنا الأرضين على ثلاثة أقسام: أرض أسلم أهلها عليها فهي ملك لهم يتصرفون فيها، وأرض يؤخذ عنوة أو يصلح أهلها عليها فقد أبحنا شراءها وبيعها، والبيع لأنّ لنا في ذلك قسماً لأنّها أراضي المسلمين، وهذا القسم أيضاً يصحّ الشراء والبيع فيه على هذا الوجه. وأمّا الأنفال وما يجري مجراها فلا يصحّ تملّكها بالشراء، وإنّما أبيع لنا التصرف فيها حسب). ثمّ استدلّ على أراضي الخراج برواية أبي بردة السابقة الدالّة على جواز بيع آثار التصرف دون رقبة الأرض، ودليله قرينة على توجيه كلامه، وكيف كان، فما ذكروه من حصول الملك تبعاً للآثار، ممّا لا دليل عليه إن أرادوا الانتقال.

نعم، المتيقّن هو ثبوت حقّ الاختصاص للمتصرف، ما دام شيء من الآثار موجوداً، فالذي ينبغي أن يصرف الكلام إليه هو بيان الوجه الذي يجوز التصرف معه حتّى يثبت حقّ الاختصاص، فنقول:

المنع عن بيع الأرض المفتوحة عنوة، والاستثناء إنّما يكون من جهة أنّ الأرض المفتوحة عنوة إن أقيمت في يد من كانت له ذمّة، تكون ملكاً لأربابها فيجوز بيعها، وهذا يدلّ على أنّ بعض قطعات أرض السواد هكذا.

وربما يستدلّ على جواز البيع بجملة من النصوص^(١) وأكثرها واردة في أرض الجزية وأرض من له ذمّة، وهي ملك لأربابها، ولو فرض كون موردها أو بعضها الأرض المفتوحة عنوة، فللنصوص المتقدّمة، تحمل على إرادة البيع بالنحو المتقدّم، وهو بيع الآثار والعمارة أو تطرح.

فالأظهر عدم جواز بيعها لا مستقلاً ولا تبعاً للآثار.

الجهة التاسعة: في أنّ من عمّر الأرض، هل له حقّ الاختصاص والأولوية بها أم لا؟
١. صرح المصنّف رحمته بالأوّل.

(١) الوسائل باب ٢١ من أبواب عقد البيع.

أما في زمان الحضور والتمكّن من الاستئذان، فلا ينبغي الإشكال في توقّف التصرف على إذن الإمام، لأنّه وليّ المسلمين، فله نقلها عيناً ومنفعة، ومن الظاهر أنّ كلام الشّيخ المطلق في المنع عن التصرف محمولٌ على صورة عدم إذن الإمام عليه السلام مع حضوره. وأما في زمان الغيبة، ففي عدم جواز التصرف إلّا فيما أعطاه السلطان الذي حلّ قبول الخراج والمقاسمة منه، أو جوازه مطلقاً، نظراً إلى عموم ما دلّ على تحليل مطلق الأرض للشّيعية، لا خصوص الموات التي هي مال الإمام عليه السلام، وربّما يؤيّد جواز قبول الخراج الذي هو كأجرة الأرض، فيجوز التصرف في عينها مجاناً، أو عدم جوازه إلّا بإذن الحاكم الذي هو نائب الإمام، أو التفصيل بين من يستحقّ أجرة هذه الأرض فيجوز له

والحقّ أن يقال: إنّ المراد به إن كان عدم جواز مزاحمة الغير لمن بيده الأرض، فهو ثابت، فإنّه إذا أذن من له الإذن في تقبلها، تكون هي كسائر الأعيان المستأجرة، فكما أنّه لا يجوز لأحدٍ مزاحمة المستأجر، كذلك لا يجوز هنا مزاحمة المتقبّل. وإن كان المراد به ثبوت حقّ اعتباري في العين قابل للنقل والانتقال، فهو ممّا لا دليل على ثبوته، إذ تقبل الأرض كاستيجارها يوجب وجوب تسليم العين مقدّمة للانتفاع بها، ولا يدلّ على ثبوت حقّ وأمر اعتباري فيها.

الجهة العاشرة: المنصوص عليه ^(١) كون أرض العراق التي يعبر عنها بأرض السواد - من جهة أنّ الجيش لما خرجوا من البادية رأوا هذه الأرض والتفاف شجرها سمّوها السواد لذلك - مفتوحة عنوة، وأنّها فيء للمسلمين، ولكن جرت السيرة العمليّة القطعيّة على المعاملة معها معاملة الأملاك الشخصية.

ويمكن دفع هذه الشبهة بأنّه قد ثبت كون كثير من تلك الأراضي لأربابها لا للمسلمين.

منها الموات حال الفتح: فإنّها ملك الإمام عليه السلام ويملكها من أحيائها.

والظاهر أنّ المشاهد المشرفة، وجملة من البلاد المستحدثة من هذا القبيل، وعلى هذا فلا حاجة إلى الاستدلال على جواز بيع ما يعمل من التربة الحسينيّة بالسيرة

(١) الوسائل باب ٢١ من أبواب عقد البيع.

التصرّف فيها لما يطهر من قوله عليه السلام للمخاطب في بعض أخبار حلّ الخراج: «وإنّ لك نصيباً في بيت المال»، وبين غيره الذي يجب عليه حقّ الأرض. ولذا أفتى غير واحد على ما حكى بأنّه لا يجوز حبس الخراج وسرقته على السّلطان الجائر والامتناع عنه، واستثنى بعضهم ما إذا دفع إلى نائب الإمام عليه السلام، أو بين ما عرض له الموت من الأرض المحيية حال الفتح، وبين الباقية على عمارتها من حين الفتح، فيجوز إحياء الأول لعموم أدلّة الأحياء، وخصوص رواية سليمان بن خالد ونحوها وجوه: أوفقها بالقواعد الاحتمال الثالث، ثمّ الرّابع، ثمّ الخامس.

ومما ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوة^١ كأوراق الأشجار وأثمارها وأخشاب الأبنية والسقوف الواقعة، والطّين المأخوذ من سطح الأرض، والجص والحجارة ونحو ذلك، فإنّ مقتضى القاعدة كون ما يحدث بعد الفتح من الأمور المنقولة ملكاً للمسلمين.

بتوهم أنّ بها يقبّد إطلاق نصوص المنع.
ومنها: الخمس من تلك الأراضي، فإنّه يملكها المستحقّ للخمس، فينتقل إلى غيره بالمعاملة أو الإرث.
ومنها: الأراضي التي أقيمت في يد أهل الذمّة، فإنّها ملك لأربابها، وعليهم الجزية، وقد تقدّم في خبر أبي الربيع وجود هذه الأرض في أرض العراق.
وعلى هذا، فإن ثبت كون أرض بالخصوص من المفتوحة عنوة المحيية حال الفتح، لم يجز بيعها، وما لم يثبت فيه ذلك جاز، لانحلال العلم الإجمالي، لعدم كون جميع أطرافه محلّ الابتلاء، لاسيما وأنّ الأراضي الخراجيّة التي يضرب عليها الخراج من أراضي المزارع كثيرة إلى الآن وأمرها بيد السلطان.

ما ينفصل من المفتوحة عنوة

١. قوله: (ومما ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوة).
محصل الكلام: أنّ ما ينفصل من المفتوحة عنوة إن صار موجوداً بعد الفتح كالشجر والزراعة المتحقّقين بعد الفتح، وكان ذلك بعد التقبّل والإجارة، لا كلام في أنّه ملك

ولذا صرّح جماعة كالعلامة والشهيد والمحقق الثاني وغيرهم على ما حكى عنهم، بتقبيد جواز رهن أبنية الأرض المفتوحة عنوة، بما إذا لم تكن الآلات من تراب الأرض. نعم، الموجودة فيها حال الفتح للمقاتلين، لأنّه ممّا ينقل، وحينئذٍ فمقتضى القاعدة عدم صحّة أخذها إلا من السلطان الجائر، أو من حاكم الشّرع، مع إمكان أن يقال لا مدخل لسلطان الجور، لأنّ القدر المأذون في تناوله منه منفعة الأرض لا أجزائها، إلا أن يكون الأخذ على وجه الانتفاع لا التملك فيجوز، ويحتمل كون ذلك بحكم المباحات، لعموم: «مَنْ سَبَقَ إِلَى مَالٍ يَسْبِقُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»^١. ويؤيّد به يدلّ عليه استمرار السّيرة خلفاً عن سلف على بيع الأمور المعمولة من تربة أرض العراق، من الآجر والكوز والأواني، وما عمل من التربة الحسينيّة، ويقوى هذا الاحتمال بعد انفصال هذه الأجزاء من الأرض.

للمستأجر والمتقبّل، وما كان قبله فهو ملك للمسلمين بتبع الأرض، وإن كان موجوداً حال الفتح، أو وجد بعد، وكان تابعاً للأرض، فهو على أقسام:

أحدها: ما يكون مقوماً للأرض كأجزاء الدار.

ثانيها: ما يعدّ من منافعها وإن كان من الأعيان كالشجر النابت فيها.

ثالثها: ما يكون منفصلاً عن الأرض حين الفتح.

رابعها: ما يكون مدفوناً فيها.

أمّا القسم الأوّل: فهو ملك للمسلمين بنفس ملكيّة الأرض، وبعد الانفصال لا دليل على خروجه عن ملكهم، غاية الأمر حيث لا ينتفع به مع إجارته، يباع ويصرف ثمّنه فيما يصرف فيه عوض الأرض.

١ - واحتمال كونه من المباحات، لعموم (من سبق) المتقدّم كما في المتن، لا أرى

وجهاً له بعد اختصاص الحديث بما لا يكون مملوكاً لأحد.

وأمّا القسم الثاني: فهو أيضاً لكونه منافع الأرض تابع لها، وملك للمسلمين وحكمه ما

تقدّم.

وأمّا القسم الثالث: فهو من المنقول الموجود حال الفتح، فيكون لخصوص المقاتلين.

وأمّا القسم الرابع: فلا تأمّل في عدم كونه تابعاً للأرض وملكاً للمسلمين، لكونه

واعلم أنه ذكر الفاضلان، وجمع ممن تأخر في شروط العوضين بعد الملكية كونه طلقاً، وفرعوا عليه عدم جواز بيع الوقف إلا فيما استثنى، ولا الرهن إلا بإذن المرتهن أو إجازته، ولا أم الولد إلا في المواضع المستثناة، والمراد بالطلاق تمام السلطنة على الملك^٢، بحيث يكون للمالك أن يفعل بملكه ما شاء، ويكون مطلق العنان في ذلك. لكن هذا المعنى في الحقيقة راجع إلى كون الملك مما يستقل المالك بنقله، ويكون نقله ماضياً فيه، لعدم تعلق حق به مانع عن نقله بدون إذن ذي الحق، لمرجعه إلى أن

من المنقول الموجود حال الفتح، وفي شمول ما دلّ على أن المنقول لخصوص المقاتلين له و جهان، وإن لم يكن شاملاً له، فهو من المباحات، وقيام السيرة على تملك جميع الأقسام بالحيازة غير ثابت، والله تعالى أعلم.

اعتبار كون ملك كل من العوضين طلقاً

١. وقد ذكر العلامة رحمته والمحقق وجمع ممن تأخر عنها في شروط العوضين بعد الملكية كونه طلقاً، وأبدله في محكي «القواعد» بكونه تاماً. وفرعوا على ذلك عدم جواز بيع الوقف إلا فيما استثنى، ولا الرهن إلا بإذن المرتهن أو إجازته. أقول: وتنقيح القول بالبحث في المراد من الطلقة، ثم في مسألة بيع الوقف وبيع الرهن.

٢. أمّا الأول: فالمراد من الطلقة أن لا يكون في المبيع مانع عن التصرف، لأنها من الإطلاق.

توضيح ذلك: إن عدم السلطنة على التصرف في الشيء، ربما يكون لخلل في المتصرف، إما لعدم المقتضي كما إذا لم يكن ملكاً له، أو لمانع كما إذا كان المالك محجوراً عن التصرف لفسل ونحوه، وربما يكون لخلل في ما يتصرف فيه. وذلك أيضاً قد يكون لعدم المقتضي، كما إذا لم يكن مالاً، وقد يكون للمانع كما إذا كان وقفاً أو رهناً. وعدم ملك التصرف من الناحية الأولى لرجوعه إلى المتصرف ذكر في شروط المتعاقدين، وعدم الملك من الناحية الثانية لرجوعه إلى المتصرف فيه ذكر في شروط العوضين.

من شرط البيع أن يكون متعلقه مما يصح للمالك بيعه مستقلاً^١، وهذا لا محصل له، فالظاهر أن هذا العنوان ليس في نفسه شرطاً ليتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف والمرهون وأمّ الولد، بل الشرط في الحقيقة انتفاء كل من تلك الحقوق الخاصة وغيرها، مما ثبت منعه عن تصرف المالك كالنذر والخيار ونحوهما، وهذا العنوان منتزع^٢ من انتفاء تلك الحقوق، فمعنى (الطلق) أن يكون المالك مطلق العنان في نقله، غير محبوس عليه لأحد الحقوق التي ثبت منعه للمالك عن التصرف في ملكه. فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانعة عن التصرف، لا تأسيس لشرط ليكون ما بعده فروعاً. بل الأمر في الفرعية والأصالة بالعكس، ثم إن أكثر من تعرض لهذا الشرط لم يذكر من الحقوق إلا الثلاثة المذكورة، ثم عنونوا حق الجاني، واختلفوا في حكم بيعه، وظاهر أن 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 المتعلق بالعين قبل البيع، والخيار المتعلق به، والارتداد، والحلف على عدم بيعه،

فمكليّة الشيء ربما تكون محفوفة بالوقفية أو الرهنية أو غيرهما من الموانع، وربما تكون مطلقة، وقد انعقد هذا البحث لاعتبار كونها مطلقة وغير محفوفة بشيء من الموانع، ومن الواضح أن هذا المعنى غير كون البائع مستقلاً بنقله ونقله ماضياً فيه، فلا يرد عليهم ما أورده المصنف رحمته عليهم: بأن مرجع هذا الشرط:

١. إلى أن من شرط البيع أن يكون متعلقه مما يصح للمالك بيعه مستقلاً. وهل يكون هذا شرطاً خاصاً واحداً معتبراً في البيع، ويترتب عليه عدم جواز بيع الوقف والرهن ونحوهما.

أم هو عنوان انتزاعي مما هو مانع، لا أنه بنفسه مانع، فيتفرع هذا العنوان على مانعية تلك الخصوصيات تفرع الأمر الانتزاعي على منشأ انتزاعه؟ وجهان.

٢. مختار المصنف رحمته هو الثاني، وعن المحقق الخراساني رحمته اختيار الأول، واستدل

له:

بأن المبرهن في محله أن الواحد لا يصدر إلا عن الواحد، فإذا كان الأثر واحداً

وتعيين الهدي للذبح، واشتراط عتق العبد في عقد لازم، والكتابة المشروطة أو المطلقة بالنسبة إلى ما لم يتحرر منه، حيث إن المولى ممنوع عن التصرف بإخراجه عن ملكه قبل الأداء، والتدبير المعلق على موت غير المولى بناءً على جواز ذلك، فإذا مات المولى ولم يمت من علق عليه العتق، كان مملوكاً للورثة، ممنوعاً من التصرف فيه، وتعلق حق الموصى له بالموصى به بعد موت الموصي وقبل قبوله، بناءً على منع الوارث من التصرف قبله. وتعلق حق الشفعة بالمال، فإنه مانع من لزوم التصرفات الواقعة من المالك، فللشفيع بعد الأخذ بالشفعة ابطالها. وتغذية الولد المملوك بنطفة سيده، فيما إذا اشترى أمة حُبلى فوطئها فأنت بالولد، بناءً على عدم جواز بيعها، وكونه مملوكاً ولد من حرّ شريك في امه حال الوطي، فإنه مملوك له لكن ليس له التصرف فيه إلا بتقويمه وأخذ قيمته. وتعارض السبب المملك والمزيل للملك، كما لو قهر حربى أباه والغنيمة قبل القسمة، بناءً على حصول الملك بمجرد الاستيلاء دون القسمة، لاستحالة بقاء الملك بلا مالك، وغير ذلك مما سيقف عليه المنتبِع، لكننا نقتصر على ما اقتصر عليه الأصحاب من ذكر الوقف، ثم أم الولد، ثم الرهن، ثم الجناية إن شاء الله تعالى.

كشف ذلك عن وحدة المؤثر، فإن كان المؤثر بحسب الصورة متعدداً، لا بد من البناء على أن المؤثر هو الجامع بينها، ففي المقام لا بد من البناء على أن المؤثر هو الجامع بين الإعدام الخاصة، وأن المانع هو الجامع بين تلك الموانع.

وفيه: إن هذا البرهان لو تم وكان جارياً في الأحكام الشرعية - من جهة أنه وإن لم يكن فيها تأثير وتأثر، وأن مقتضى الجعل إرادة الجاعل، إلا أنه بلحاظ المصالح والملاكات يجري فيها هذا البرهان، فإن المولى الحكيم إذا لم يكن شيء دخيلاً في الملاك لما كان آخذاً إياه في الموضوع - فإنما هو في خصوص المقتضى الذي يترشح منه المقتضى، ولا يتم في الشرائط الدخيلة في فعلية الأثر من المؤثر والموانع، ولذا لم يتوهم أحد رجوع شرائط الصلاة إلى شرط واحد، فلا بد من تعيين أحد الوجهين من الرجوع إلى الأدلة اللفظية، وهي تتضمن مانعية كل عنوان خاص واشتراط عدمه، وليس في الأدلة ما يتضمن اعتبار كون الملك طلقاً، وعليه فالأظهر هو الثاني.

مسألة: لا يجوز بيع الوقف إجماعاً، محققاً في الجملة ومحكياً^١، لعموم

بيع الوقف

١. مسألة: (لا يجوز بيع الوقف إجماعاً محققاً في الجملة ومحكياً).

أقول: حق القول في المقام يقتضي البحث في موردين:

الأول: في اقتضاء حقيقة الوقف بذاتها أو بلازمها لعدم جواز البيع.

الثاني: في الأدلة الخاصة.

أما المورد الأول: فالوقف لغةً هو إيقاف الشيء وحبسه، المساوق للسكون في قبال الجريان في التقلبات، وليس له في الإصطلاح معنى آخر، بل ذكروا في حقيقته أنه: (تحبيس الأصل وتسييل المنفعة).

وفي النبوي: «أنه حبس الأصل وسبل الثمرة»^(١).

والمراد من التحبيس: إمّا الممنوعيّة عن التصرفات كما عن كاشف الغطاء وصاحب الجواهر، أو قصر الملك على شخص أو جهةً مثلاً، بحيث لا يتعدّاهما.

وعلى التقديرين يثبت المطلوب:

أما على الأول: فلتضادّ جواز المعاوضات مع الممنوعيّة من التصرف، ومقتضاه بطلان الوقف بنفس جواز التصرف.

وبه يظهر وجه ما أفاده صاحب الجواهر^(٢) من (أنّ الوقف ما دام وقفاً لا يجوز بيعه، بل لعلّ جواز بيعه مع كونه وقفاً من المتضاد، نعم إذا بطل الوقف اتّجه جواز بيعه). انتهى.

وأما على الثاني: فلأنّ حقيقة الملك لا تختلف في الوقف وغيره، فحيثيّة عدم التعدي

عن موضوعه راجعة إلى عدم نفوذ التصرف فيه شرعاً بالانتقال من موضوعه.

وأما المورد الثاني: فقد استدللّ لعدم جواز بيع الوقف بوجوه:

(١) المستدرک باب من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.

قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها»^١.

ورواية أبي علي بن راشد، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام قلت: جعلت فداك إنني اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي، فلما عمرتها خُبرت أنها وقف؟ فقال: لا يجوز شراء الوقف، ولا تدخل الغلّة في ملكك، ادفعها إلى ما أوقفت عليه، قلت: لا أعرف لها رباً؟ قال: تصدّق بغلّتها»^٢.

١. الأول: عموم قوله عليه السلام: «الوقوف يكون على حسب ما يوقفها أهلها».

ففي مكاتبة الصّفار إلى أبي محمّد الحسن بن علي عليه السلام في الوقف وما روي فيه عن آبائه عليهم السلام فوق عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله تعالى»^(١). وفي أخرى: «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها إن شاء الله». وقد استدلّ به المصنّف رحمته الله.

وفيه: إنّ الظاهر منه إرادة لزوم العمل بالوقف على الكيفيّة التي قرّرها الواقف من القيود والشروط، في الموقوف عليه والعين الموقوفة وصرف المنافع، وليس المراد به أنّ الوقوف يجب إبقائها، وعليه:

فإن كان عدم البيع مأخوذاً في حقيقة الوقف، فلا وجه للاقتصار على هذا الخبر، بل كان الأولى أن يتمسك أولاً بالعمومات الأوّليّة من قبيل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وغيره. وإن لم يكن مأخوذاً فيها - كما هو مسلك المصنّف رحمته الله على ما يصرّح به في الصورة الأولى من صور جواز بيع الوقف - فهذا الخبر لا يدلّ على ترتبه على الوقف.

٢. الثاني: خبر أبي علي بن راشد المذكور في المتن، وهذا الخبر مروى في «الكافي» و«النفية»، وهو في الأوّل مجهول، وفي الثاني صحيح، فلا خدشة فيه سنداً. وأمّا من حيث الدلالة: فقد يقال إنّه يدلّ بقرينة ذيله على عدم جواز الشراء من غير الموقوف عليه، وهذا ممّا لا كلام فيه، إنّما الكلام في الشراء من الموقوف عليه. ولكن يرد عليه: أنّ الظاهر من الصدر كون وجه المنع كونه وقفاً، لا صدور البيع من غير أهله، مع أنّ ترك الإستفصال في الصدر في مقام الجواب كافٍ في إطلاق المنع،

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.

وما ورد من حكاية وقف أمير المؤمنين عليه السلام وغيره من الأئمة صلوات الله عليهم أجمعين، مثل ما عن ربعي بن عبدالله، عن أبي عبد الله عليه السلام في صورة وقف أمير المؤمنين عليه السلام:

«بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما تصدَّق به علي بن أبي طالب عليه السلام وهو حيّ سويّ، تصدَّق بداره التي في بني زريق صدقة لا تُباع ولا تُوهب، حتّى يرثها الله الذي يرث السماوات والأرض، وأسكن فلاناً هذه الصدقة ما عاش وعاش عقبه، فإذا انقرضوا فهي لذوي الحاجة من المسلمين» الخبر^١، فإنّ الظاهر من الوصف كونها صفة لنوع الصدقة

إذ السؤال لم يكن مقيداً في الصدر، وإنّما قيده بعد جوابه عليه السلام، فجوابه مطلق، فهذا الخبر من أدلة عدم جواز بيع الوقف.

١. الثالث: ما روي^(١) في صدقات أمير المؤمنين عليه السلام المذكور في المتن.

بدعوى أنّ الظاهر من الوصف كونه صفة لنوع الصدقة لا لشخصها.

أقول: والذي يظهر من كلمات المصنّف رحمته الله وغيره، ابتناء الاستدلال به على ذلك، وأنّ الأمر يدور بين كون الوصف صفة لنوع الصدقة أو لشخصها.

وحقّ القول في المقام أن يقال: إنّها ليست صفة لنوع الصدقة، لأنّها عبارة عن التملك

المتقرّب به إلى الله تعالى، ولها نوعان:

أحدهما: ما هو قسيم للوقف، وهو يمتاز عن الوقف بفصل عدمي، وهو عدم كونه

بحيث لا يُباع ولا يُوهب.

ثانيهما: الوقف، وهو ما يكون متفصلاً بكونه بحيث لا يُباع ولا يُوهب.

وعليه، فالصدقة بمنزلة الجنس، وبأحد الفصّلين تصوير وقفاً، وبالأخر صدقة خاصّة.

فقوله عليه السلام: «لا تُباع ولا تُوهب» ليس وصفاً لنوع الصدقة قطعاً.

اللّهمّ إلا أن يُقال: إنّ مرادهم من صفة نوع الصدقة، كونه وصفاً للنوع من الصدقة، فلا

يرد عليهم هذا الإيراد.

ثمّ إنّ مرادهم من كونه وصفاً للنوع أعمّ من كونه فصلاً مقوماً للنوع، وكونه

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٢.

لا لشخصها، ويبعد كونها شرطاً خارجاً عن النوع مأخوذاً في الشخص^١، مع أنّ سياق الاشتراط يقتضى تأخره عن ركن العقد، أعني الموقوف عليهم، خصوصاً مع كونه اشتراطاً عليهم.

لازماً للوقف.

فلا يرد على المصنّف رحمته التهافت في كلماته، حيث استظهر في المقام كونه صفة لنوع الصدقة، ويصرّح فيما بعد بعدم كون المنع من الانتقال مأخوذاً في حقيقة الوقف كما لا يخفى.

١. والمراد من كونه وصفاً للشخص، كونه وصفاً له بنحو الإشتراط، إذ لو لم يكن ذلك فصلاً أو لازماً للنوع، يمتنع كونه مقوماً للشخص بما أنّه فرد لهذا النوع، وليست هذه الحيثية من مشخصات الفرد، فيتعيّن جعله مشخصاً بنحو الإشتراط والالتزام، فالأمر يدور بين كونه وصفاً للنوع وكونه وصفاً للشخص بنحو الإشتراط.

أقول: والأظهر هو الأوّل، وذلك لوجوه:

الأوّل: أنّ الظاهر من قوله رحمته: «لا تُباع» كونه بنفسه وصفاً للصدقة، لا التزاماً وجعلاً. الثاني: أنّه لو كان شرطاً والتزاماً في ضمن التزام، كان المتعيّن عدم ذكره إلا بعد تحقّق الإلتزام الأوّل بما له من الأركان التي منها الموقوف عليه، سيما وأنّ الإلتزام يكون على الموقوف عليه، فلا معنى لذكره قبل ذكره.

الثالث: أنّ الظاهر من صورة الوقف أنّه في مقام إنشاء الوقف كتبياً مطابقاً للإنشاء اللفظي الذي أنشأه في الخارج، وإذا لم يكن عدم جواز البيع من لوازم الوقف، وكان شرطاً خارجياً لما صحّ الإنشاء، لما عرفت من أنّ الصدقة بمنزلة الجنس للوقف.

الرابع: أنّه لو كان شرطاً كان يصدر الوصف بأداة (على) أو نحو ذلك، فيكون وصفاً للنوع، ولكن لا يدلّ على انحصار حقيقة الوقف في هذا النوع الخاصّ، فلعلّ له نوعين أحدهما المتقوم بهذه الحيثية، ثانيهما غير المتقوم بها. فمع فرض كونه وصفاً للنوع، لا يدلّ على المطلوب، اللهمّ إلا أن يضمّ عدم الفصل بين أقسام الوقف، ولا بأس به.

مع أنه لو جاز البيع في بعض الاحيان كان اشتراط عدمه على الإطلاق فاسداً، بل مفسداً^١ لمخالفته للمشروع من جواز بيعه في بعض الموارد، كدفع الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه، أو طرق الحاجة، أو صيرورته مما لا ينتفع به أصلاً. إلا ان يقال إن هذا الإطلاق نظير الإطلاق المتقدم في رواية ابن راشد في انصرافه إلى البيع لا لعذر^٢، مع أن هذا التقييد مما لا بد منه^٣ على تقدير كون الصفة فصلاً للنوع أو شرطاً خارجياً، مع احتمال علم الإمام بعدم طرق هذه الأمور المبيحة^٤، وحينئذ يصح أن يستغني بذلك عن التقييد، على تقدير كون الصفة شرطاً، بخلاف ما لو جعل وصفاً داخلاً في النوع، فإن العلم بعدم طرق مسوغات البيع في الشخص لا يُغني عن تقييد إطلاق الوصف في النوع، كما لا يخفى.

١. وذكر المصنف من مرجحات كونه وصفاً للنوع ما حاصله: أنه لو كان شرطاً كان إطلاقه مخالفاً للمشروع، للجواز في بعض الأحيان، فكان فاسداً بل مفسداً، والظاهر أن الفرق بين الجواز الثابت في موارد الاستثناء، والجواز الذي يكون في مطلق الوقف على القول به - حيث أنه لم يستشكل في الشرط من الناحية الثانية، واستشكل فيه من الناحية الأولى - أن الجواز في موارد الاستثناء يكون عن اقتضاء للجواز، بخلاف الجواز في مطلق الوقف، فإنه يكون عن عدم ما يقتضي للمنع، فشرط خلاف الأول مخالف للمشروع، دون شرط خلاف الثاني، فتأمل.

وكيف كان فدفعه بوجهين:

٢. أحدهما: انصراف البيع إلى بيع لا لعذر.

٣. ثانيهما: لزوم هذا التقييد سواء كان الوصف فصلاً للنوع أو شرطاً خارجياً.

ويرد عليه: أن الشرط إن كان عدم جواز البيع، كان مخالفاً للمشروع على جميع التقادير، وإن كان عدم الفعل لم يكن مخالفاً له، فإن شرط عدم فعل ما هو جائز ليس مخالفاً للكتاب والسنة.

٤. وربما يُذكر من مرجحات كونه شرطاً خارجياً ما محصّله: أنه لو كان شرطاً

أمكن حفظ إطلاقه من جهة علمه بالإطلاق بعدم طرق المسوغات المنافية للاشتراط.

فظهر أنّ التمسك بإطلاق المنع على البيع على كون الوصف داخلاً في أصل الوقف - كما صدر عن بعض من عاصرناه - لا يخلو عن نظر، وإن كان الإنصاف ممّا ذكرنا من ظهور سياق الأوصاف في كونها أوصافاً للنوع، وممّا ذكرنا ظهر أنّ المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة: ١ حقّ الواقف، حيث جعلها بمقتضى صيغة الوقف صدقةً جاريةً ينتفع بها، وحقّ البطون المتأخّرة عن بطن البائع السابق، والتعبّد الشرعي المكشوف عنه بالروايات، فإنّ الوقف متعلّق لحق الله، حيث يعتبر فيه التقرب، ويكون لله تعالى عمله وعليه عوضه، وقد يرتفع بعض هذه الموانع فيبقى الباقي، وقد يرتفع كلّها، وسيجيء التفصيل.

ولو كان صفة للنوع لم تجد هذه الجهة، إذ علمه عليه السلام بأنّ شخص هذه الصدقة لا يطراً عليه المسوّغ، لا يجوز توصيف الطبيعي بوصف يختصّ بهذا الشخص.

١. ذكر المصنّف عليه السلام تبعاً لبعض الأساطين: أنّ المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة: حقّ الواقف، حقّ البطون المتأخّرة عن بطن البائع السابق، والتعبّد الشرعي المكشوف عنه بالروايات.

أقول: فلا بدّ لنا من تحقيق حال الموانع الثلاثة فنقول:

أمّا كونه متعلّقاً لحقّ الواقف، فتقريبه: أنّ الواقف بجعل العين وقفاً، يجعلها صدقة جارية، ينتفع انتفاعاً أخروبياً بانتفاع الموقوف عليهم، والبيع يوجب انقطاع تلك المثوبات لإنتفاع الانتفاعات.

وفيه: إنّ مجرد انتفاع الواقف أخروبياً بعد خروج الملك عن ملكه، لا يصلح مانعاً عن البيع، فإنّ هذا لا يوجب حدوث حقّ اعتباري في العين مانع عن بيعها، وتقويت الغرض ليس كتقويت الحقّ مانعاً عن البيع.

مع أنّ متعلّق البيع نفس العين، والمثوبات إنّما تكون بإزاء الانتفاعات، فلا مانع من بيع العين وبقاء حقّ الموقوف عليهم في استيفاء المنافع الموجب لإنتفاع الواقف متعلّقاً بها. فتأمّل.

لا يقال: إنّ المراد أنّ هذا غرض معاملي للواقف، حيث أنّه أنشأ الوقف بإبقاء العين وتسبيل المنفعة، وقد أمضى الشارع هذا المعنى بقوله: «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها».

ثم إن جواز البيع لا ينافي بقاء الوقف 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 الإنشاء، كما أن مقتضى العقد الجائز كالهبة تملك المنتهب المقتضى لتسلطه المنافي لجواز انتزاعه من يده، ومع ذلك يجوز مخالفته وقطع سلطنته عنه، فتأمل.

إلا أنه ذكر بعض في هذا المقام: أن الذي يقوى في النظر بعد إمعانه أن الوقف ما دام وقفاً لا يجوز بيعه، بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفاً من التضاد، نعم إذا بطل الوقف اتجه حينئذ جواز بيعه، ثم ذكر بعض مبطلات الوقف المسوغة لبيعه، وقد سبقه إلى

فإنه يرد: بأن المانع عن البيع على هذا، هو حقيقة الوقف، لمنافاتها مع جواز البيع، لا حق الوقف.

وأما كون العين مورداً لحق الله سبحانه:

فتقريبه: أن الوقف صدقة في سبيله تعالى، وهي له، وبهذا الاعتبار متعلقة لحقه بالخصوص كالخمس.

وفيه: إن غاية ما هناك تقرب الوقف بالعمل، وإعطائه تعالى الثواب جزاءً للصدقة الجارية، وهما متحققان في جميع العبادات، ولا يوجبان صيرورة العين متعلقة لحق مقابل للحكم.

وأما كون العين مورداً لحق البطون اللاحقة:

فتقريبه: أن الوقف جعل الوقف ملكاً لهم بعد وجودهم، فلهم قبل ذلك حق متعلق بالعين، وهو يمنع عن البيع.

وفيه: إن ما يثبت للبطون اللاحقة لا محالة يكون بإنشاء الوقف، ومن الواضح أنه إنما أنشأ الملكية خاصة، فليس هناك أمر آخر اعتباري يعبر عنه بالحق يمنع عن البيع. وأما الملكية، فحيث أنها تثبت لهم بعد وجودهم، فقبله لا تكون العين مورداً للملكية لهم، فلا مانع من البيع من هذه الجهة.

ذلك بعض الأساطين في شرحه على «القواعد»، حيث استدلّ على المنع عن بيع الوقف بعد النص والإجماع، بل الضرورة: بأنّ البيع وأضرابه ينافي حقيقتة الوقف، لأخذ الدوام فيه، وأنّ نفي المعاوضات مأخوذة فيه ابتداء^١.

وفيه: إنّه إن أُريد من بطلانه انتفاء بعض آثاره، وهو جواز البيع المسبّب عن سقوط حقّ الموقوف عليهم عن شخص العين أو عنها وعن بدلها، حيث قلنا بكون الثمن للبطن الذي يبيع، فهذا لا محصل له، فضلاً عن أن يحتاج إلى نظر، فضلاً عن إمعانه، وإن أُريد به انتفاء أصل الوقف كما هو ظاهر من كلامه، حيث يجعل المنع من البيع من مقومات مفهوم الوقف. ففيه مع كونه خلاف الإجماع إذ لم يقل أحد ممّن أجاز بيع الوقف في بعض الموارد^٢ ببطلان الوقف، وخروج الموقوف عن ملك الموقوف

نعم، يمكن أن يذكر وجه آخر للمنع، وهو: أنّ البطن الموجود إنّما يملك العين بالملكيّة المحدودة لا المرسلّة، فإنّ تلك كانت للواقف، وقد قسّمها على البطن، فكلّ بطن يملك العين في مدّة محدودة، والبيع هو التملك مرسلّاً مطلقاً، فالمالك بالملكيّة المحدودة ليس له البيع.

١. وقد وقع النزاع بين صاحب الجواهر^{رحمته} وشيخه، وبين المصنّف^{رحمته}.

١. فقد ذهب الأوّلان إلى أنّ الوقف يبطل بنفس جواز البيع.

٢. وخالفهما المصنّف^{رحمته}، وذهب إلى بقائه ما لم يتحقّق البيع، وبه يبطل.

وقد يقال: إنّه لا ثمرة لهذا النزاع، فإنّه قبل طرؤ المسوّغ لا يجوز البيع، وبعده يصحّ.

ولكن إذا طرأ المسوّغ ولم يبيع، ثمّ ارتفع السبب المجوّز على القول بارتفاع صفة

الوقفية، لا مورد لتوهم ارتفاع الجواز، فإنّ الوقف لا يعود بارتفاعه.

وأما على القول ببقائها، يمكن القول بارتفاع الجواز، لدورانه مدار السبب المسوّغ.

اللهمّ إلا أن يُقال: إنّ دليل عدم جواز بيع الوقف حيث لا عموم أزماني له، فبعد

خروج قطعة من الزمان عنه، يكون المحكّم بعد تلك استصحاب الجواز، لا إطلاق دليل

المنع، فلا تكون هذه ثمرة، فتأمل فإنّ هذا لا يتمّ على ما سلكناه من عدم

عليه إلى ملك الواقف، أن المنع عن البيع ليس مأخوذاً في مفهومه، بل هو في غير المساجد وشبهها قسم من التملك. ولذا يطلق عليه الصدقة، ويجوز إيجابه بلفظ تصدقت، إلا أن المالك له بطون متلاحقة، فإذا جاز بيعه مع الإبدال، كان البائع ولياً على جميع الملاك في إبدال ما لهم بمال آخر، وإذا جاز لا معه كما إذا بيع لضرورة البطن الموجود على القول بجوازه، فقد جعل الشارع لهم حق إبطال الوقف ببيعه لأنفسهم، فإذا لم يبيعوا لم يبطل. ولذا لو فرض اندفاع الضرورة بعد الحكم بجواز البيع، أو لم يتفق البيع كان الوقف على حاله. ولذا صرح في «جامع المقاصد»، بعد جواز رهن الوقف وإن بلغ حداً يجوز بيعه، معللاً باحتمال طرق 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:^١

جريان الإستصحاب في الأحكام.

وكيف كان، فقد عرفت أن ما اختاره صاحب «الجواهر» أقوى.

الوقف قد يكون تمليكاً وقد يكون فكاً

١. إذا عرفت أن مقتضى العمومات في الوقف عدم جواز البيع، فاعلم أن لأصحابنا في الخروج عن عموم المنع في الجملة أقوالاً.

ولا يخفى أن استفادة الاتفاق من الأصحاب ولو في مورد خاص مشكلاً، لإختلاف كلماتهم في أصل الخروج عن المنع وفي مواده، وكلماتهم لا تخلو من الإشكال والتشويش، وقد بذل جمع - منهم المصنف رحمته - جهدهم في استقصائها، شكر الله مساعيهم، وإنما نكتفي بنقل كلمات المصنف من دون إظهار النظر في شيء منها، وإليك نص ما أفاده:

أحدها: عدم الخروج عنه أصلاً، وهو الظاهر من كلام الحلّي، حيث قال في «السرائر» بعد نقل كلام المفيد رحمته: (والذي يقتضيه مذهبنا أنّه بعد وقفه وتقويضه لا يجوز الرجوع فيه، ولا تغييره عن وجوهه وسبله، ولا بيعه سواء كان بيعه أدرّ عليهم أم لا، وسواءً 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 المؤبّد، قال: إنّ الخلاف الذي حكيناه بين أصحابنا إنّما هو 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 نظرٌ يظهر ممّا سيأتي من ظهور أقوال كثير من المجوّزين في المؤبّد. وحكي المنع مطلقاً عن الإسكافي وفخر الإسلام أيضاً، إلا في آلات الموقوف وأجزائه التي انحصر طريق الانتفاع بها في البيع.

قال الإسكافي على ما حُكي عنه في «المختلف»: (إنّ الموقوف رقيقاً أو غيره لو بلغ حاله إلى زوال ما سبّله من منفعتة، فلا بأس ببيعه وإبدال مكانه بثمنه إن أمكن، أو صرفه فيما كان يصرف إليه منفعتة، 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: (ولو خلق حصير المسجد وخرج عن الانتفاع به، أو انكسر الجذع بحيث لا ينتفع به في غير الإحراق، فالأقرب جواز بيعه، قال بعد احتمال المنع بعموم النّص في المنع: والأصحّ عندي جواز بيعه وصرف ثمنه في المماثل إن أمكن وإلا ففي غيره)، انتهى.

ونسبة المنع إليهما على الإطلاق، لا بدّ أن يبني على خروج مثل هذا عن محلّ الخلاف، وسيظهر هذا من عبارة الطلبي و«الكافي» أيضاً، فلاحظ.

الثاني: الخروج عن عموم المنع في المنقطع في الجملة خاصّة دون المؤبّد، وهو

المحكي عن القاضي، حيث قال في محكي «المهذب»: (إذا كان الشيء وقفاً على قوم ومن بعدهم إلى غيرهم، وكان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غير ذلك إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن عليها، لم يجز بيعه على وجه من الوجوه، فإن كان وقفاً على قوم مخصومين وليس فيه شرط يقتضى رجوعه إلى غيرهم حسب ما قدمناه، وحصل الخوف من هلاكه أو فساد، أو كان بأربابه حاجة ضرورية يكون بيعه أصلح لهم من بقاءه عليهم، أو يخاف من وقوع خلف بينهم يؤدى إلى فساد، فإنه حينئذ يجوز بيعه، وصرف ثمنه في مصالحهم على حسب استحقاقهم، فإن لم يحصل شيء من ذلك لم يجز 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 كافي لا تساعده، بل ربما استظهر منه المنع على الإطلاق فراجع. وحكي التفصيل المذكور عن الصدوق، والمحكي عن «الفتاوى» أنه قال بعد رواية علي بن مهزيار الآتية: (إن هذا وقف كان عليهم دون من 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).

ثم إن جواز بيع ما عدا الطبقة الأخيرة في المنقطع لا يظهر من كلام الصدوق والقاضي كما لا يخفى.

ثم إن هؤلاء إن كانوا ممن يقول برجوع الوقف المنقطع إلى ورثه الموقوف عليه، فللقول بجواز بيعه وجه، أما 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 حكى القول بهذين عن القاضي، إلا أن يوجه بأنه لا يقول ببقاءه على ملك الواقف حتى يكون حبساً، بل هو وقف حقيقي، وتمليك للموقوف عليهم مدة وجودهم، وحينئذ فبيعه لهم مع تعلق حق الواقف نظير بيع البطن الأول مع تعلق سائر حق البطون في الوقف المؤبد. لكن هذا الوجه لا يدفع الإشكال عن الحلبي المحكي عنه القول المتقدم، حيث أنه يقول ببقاء الوقف مطلقاً على ملك الواقف.

الثالث: الخروج عن عموم المنع، والحكم بالجواز في المؤبد في الجملة، وأمّا المنقطع فلم ينصوا عليه، وإن ظهر من بعضهم التعميم، ومن بعضهم التخصيص، بناءً على قوله برجوع المنقطع الى ورثة الواقف كالشيخ وسنار^{رضي الله عنه}، ومن حكم برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى وجوه البر كالسيد أبي المكارم ابن زهرة، فلازمه جعله كالمؤبد.

وكيف كان، فالمناسب أولاً نقل عبارات هؤلاء، فنقول :

قال المفيد في «المقنعة»: (الوقوف في الأصل صدقات، لا يجوز الرجوع فيها إلا أن يحدث الموقوف أدراً عليهم وأنفع لهم من تركه على حاله، وإذا أخرج الواقف الوقف عن يده إلى من وقف عليه، لم يجز له الرجوع في شيء منه، ولا تغيير شرائطه، ولا نقله عن وجوهه وسبله، متى اشترط الواقف في الوقف أنه متى احتاج إليه في حياته لفقر كان له بيعه و صرف 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. كذلك إن حصلت لهم ضرورة إلى ثمنه، كان لهم حله، ولا يجوز ذلك مع عدم ما ذكرنا من الأسباب والضرورات)، انتهى كلامه رحمه الله.

وقد استفاد من هذا الكلام في «غاية المراد» تجويز بيع الوقف في خمسة مواضع، وضمت صورة جواز الرجوع وجواز تغيير الشرط إلى المواضع الثلاثة المذكورة، بعد وصول الموقوف إلى الموقوف عليهم، ووفاة 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 دعته ضرورة شديدة إلى ثمنه جاز لهم بيعه، ولا يجوز لهم ذلك مع فقد الضرورة).

ثمّ احتجّ باتّفاق الإماميّة، ثمّ ذكر خلاف ابن الجنيد وردّه بكونه مسبقاً وملحوقاً بالإجماع، وأنّه إنّما عوّل في ذلك على ظنون له وحسبان أخبار شاذّة لا يلتفت إلى مثلها) انتهى.

ثمّ قال: (وأما إذا صار الوقف بحيث لا يجدي، أو دعت أربابه الضرورة إلى ثمنه لشدة فقرهم، فالأحوط ما ذكرناه من جواز بيعه، لأنّه إنّما جعل لمنافعهم، فإذا بطلت منافعهم منه، فقد انتقض الغرض عنه، ولم يبق منفعة فيه إلا من الوجه الذي ذكرناه)، انتهى.

وقال في «المبسوط»: (وإنّما يملك الموقوف عليه بيعه على وجه عندنا، وهو أنّه إذا خيف على الوقف الخراب، أو كان بأربابه حاجة شديدة ولا يقدر على القيام به، فحينئذٍ يجوز لهم بيعه، ومع عدم ذلك لا يجوز بيعه) انتهى.

ثمّ احتجّ على ذلك بالأخبار.

وقال سلار فيما حكى عنه: (ولا يخلو الحال في الوقف والموقوف عليهم من أن يبقى ويبقوا على الحال التي وقف فيها، أو يتغيّر الحال، فإن لم يتغيّر الحال، فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف، ولا هبته ولا تغيير شيء من أحواله، وإن تغيّر الحال في الوقف، حتّى لا ينتفع به على أيّ وجه كان، أو لحقّ 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 دعوتهم الضرورة إلى بيعه، بدليل إجماع الطائفة، ولأنّ 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 الزاوي في «فقه القرآن» على ما حكى عنه: (وإنّما يملك بيعه على وجه عندنا، وهو إذا خيف على الوقف الخراب، أو كان بأربابه حاجة شديدة).

وقال في «الجامع» على ما حُكي عنه: (فإن خيف خرابه أو كان بهم حاجة شديدة، أو خيف وقوع فتنة لهم تستباح بها الأنفس، جاز بيعه)، انتهى.

وعن «النزهة»: (لا يجوز بيع الوقف، إلا أن يخاف هلاكه، أو يؤذي 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 يؤذي بقاؤه إلى خرابه، لخلف بين أربابه ويكون البيع أعود).

وقال في كتاب الوقف: (ولو وقع بين الموقوف عليه 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 العرصه 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، وتنزيهه قول بعض الأصحاب بالجواز على المنقطع، ونفيه الخلاف على المنع في المؤبد، ثم قال: ولو قيل بجواز البيع إذا ذهب منافعه بالكلية، كدار انهدمت وعادت مواتاً، ولم يتمكن من عمارتها ويشترى بثمنه ما يكون وقفاً كان وجهاً)، انتهى.

وقال في بيع «التحرير»: (ولا يجوز بيع الوقف ما دام عامراً، ولو أذى 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 عليه خلف، ويخشى به الخراب).

وقال في «التذكرة» في كتاب الوقف على ما حُكي 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 بيعه أعود عليهم لوقوع خلف 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 خلف أربابه المؤدّي إلى فساد).

وقال في «اللمعة»: (لو أدّى بقاءه إلى خرابه لخلف 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 خلف وفتنة، وخشي خرابه، ولا يمكن سدّ الفتنة بدون بيعه، وهو قول الشّرخين، واختاره نجم الدّين 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 يستباح فيه الأنفس).

وعن «إيضاح النافع»: (إنّه جَوَزَ بيعه إذا اختلف أربابه اختلافاً يخاف معه القتال، ونهب الأموال، ولم يندفع إلا بالبيع، قال: فلو أمكن زواله ولو بحاكم الجور، لم يجز. ولا اعتبار بخشية الخراب وعدمه)، انتهى.

ومثله الكلام المحكي عن تعليقه على «الشرائع».

وقال في «جامع المقاصد» بعد نسبة ما في عبارة «القواعد» إلى موافقة الأكثر: (إنّ المعتمد جواز بيعه في ثلاثة مواضع:

أحدها: إذا خرب واضمحل بحيث لا ينتفع به، كحصر المسجد إذا اندرست، وجذوعه إذا انكسرت.

ثانيها: إذا حصل خلف بين أربابه يخاف منه تلف الأموال، ومستنده صحيحة عليّ ابن مهزيار، ويشترى بثمنه في الموضعين ما يكون وقفاً، على وجه يندفع به الخلف

تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الإمكان، ويتولّى ذلك الناظر الخاصّ إن كان وإلّا فالحاكم.

ثالثها: إذا لحق بالموقوف عليه حاجة شديدة، ولم يكن ما يكفيهم من غلّة وغيرها، لرواية جعفر بن حنّان عن الصادق (عليه السلام). انتهى كلامه رفع مقامه.

وقال في «الروضّة»: (والأقوى في المسألة ما دلّ عليه صحيحة عليّ بن مهزيار عن أبي جعفر الجواد (عليه السلام) من جواز بيعه إذا وقع بين أربابه خلف شديد، علّله (عليه السلام) بأنّه: «ربّما جاء فيه تلف الأموال والنّفوس». وظاهره أنّ خوف أدائه إليهما وإلى أحدهما ليس بشرط، بل هو مظنّة، لذلك قال: ولا يجوز بيعه في غير ما ذكرناه وإن احتاج إليه أرباب الوقف، ولم يكفيهم غلّته، أو كان بيعه أعود أو غير ذلك ممّا قيل، لعدم دليلٍ صالح عليه). انتهى.

ونحوه ما عن «الكفاية».

هذه جملة من كلماتهم المرئية 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 وخشيتها في بعضها الآخر، ولذلك عبّر فقيه واحد تارةً بهذا وأخرى بذلك، كما اتّفق للفاضلين والشّاهدين، ونسب بعضهم عنوان الخوف إلى الأكثر، كالعلامة في «التذكرة»، وإلى الأشهر كما عن «إيضاح النّافع»، وآخر عنوان التأدية إلى الأكثر، كجامع المقاصد، أو إلى المشهور كاللمعة. فظهر من ذلك أنّ جواز البيع بظنّ تأدية بقائه إلى خرابه ممّا تحقّقت فيه الشّهرة بين المجوّزين، لكن المتيقّن عن فتوى المشهور ما كان من أجل اختلاف أربابه، اللّهمّ إلا أن يستظهر من كلماتهم - كالنصّ - كون الاختلاف من باب المقدّمة، وأنّ الغاية المجوزة هي مظنّة الخراب^١.

١. وإن شئت الاطلاع على آراء الفقهاء العظام، فانظر إلى ما جمعه المصنّف (عليه السلام)، فإنّه (عليه السلام) قد استقصى الكلام في ذلك بنحوٍ لم يبق مورد له دخل في كميّة الاستنباط إلا وقد أشار إليه.

إذا عرفت ما ذكرنا فيقع الكلام تارةً في الوقف المؤبد، وأخرى في المنقطع.
 أمّا الأول: فالذي ينبغي أن يقال فيه إنَّ الوقف على قسمين:
 أحدهما: ما يكون ملكاً للموقوف عليهم، فيملكون منفعته، فلهم استئجاره وأخذ
 أجرته ممّن انتفع به بغير حقّ.
 والثاني: ما لا يكون ملكاً لأحد، بل يكون فكّ ملك نظير التحرير^١، كما في المساجد
 والمدارس والزبّط، بناءً على القول بعدم دخولها في ملك المسلمين، كما هو مذهب
 جماعة، فإنّ الموقوف عليهم إنّما يملكون الانتفاع دون المنفعة، فلو سكنه أحد بغير حقّ
 فالظاهر أنّه ليس عليه أجره المثل.

أقول: والكلام يقع تارةً في الوقف المؤبد، وأخرى في المنقطع.
 ١. أمّا الأول: ففي «المكاسب»: (إنّ الوقف على قسمين: أحدهما ما يكون ملكاً
 للموقوف عليهم، والثاني ما لا يكون ملكاً لأحد، بل يكون فكّ ملك نظير التحرير...).
 تنقيح القول في المقام: إنّ الكلام يقع أولاً في أنّه هل يخرج الملك عن ملك الواقف
 أم لا؟
 ثمّ في أنّه على فرض الخروج، هل يدخل في ملك الموقوف عليه خاصاً أو عاماً
 أو لا؟
 أم لا بدّ من التفصيل بين العام والخاصّ؟
 أمّا الموضع الأوّل: فقد استدلّ لعدم الخروج الذي ذهب إليه أبو الصلاح: بقوله ﷺ:
 «حبس الأصل وسبل الثمرة»^(١). وبقول الفقهاء: (إنّه تحبّيس الأصل وتسبيل الثمرة).
 بتقريب أنّ الظاهر من الحبس إبقائه على حاله وملك مالكة.
 وفيه: إنّ الظاهر من الحبس بقريضة تسبيل المنفعة، الحبس على الموقوف عليه، كما
 أنّ التسبيل له لا التحبس على الواقف.
 وقد استدلّ للخروج عن ملكه بوجوه بيّنة الفساد.
 والصحيح أن يستدلّ له: بأنّ الملكيّة من الاعتبارات، والاعتبار لا بدّ وأن يكون

(١) المستدرک باب ٢ من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.

بلحاظ الآثار، فالإعتبار الذي لا يترتب عليه أثر لغو لا يصدر من العقلاء والشارع. وحيث أن اعتبار كون المال ملكاً للواقف، مع كونه ممنوعاً من التصرفات، ورجوع منافعه إلى الموقوف عليه لغو وبلا أثر، فلا يصدر من العقلاء والشارع، فلا محالة بالوقف يخرج عن ملكه.

ويمكن أن يستدل له بما اشتمل من النصوص^(١) على كفيّة الوقوف وصدقات المعصومين عليهم السلام، من قولهم: «بتاً بتلاً» أي منقطعاً عن الواقف ومباناً عنه، لأنّ البتّ والبتل بمعنى القطع.

وأما الموضوع الثاني: فعن الأكثر - بل المشهور - : انتقاله إلى الموقوف عليه، ونقل الحلّي عن بعضهم اختيار انتقاله إلى الله تعالى، وعن «المبسوط» نسبته إلى قوم، وعن الشهيد الثاني في «المسالك»، والعلامة في «القواعد» التفصيل بين العام والخاص. وقد استدلل لصيرورته ملكاً للموقوف عليه بوجوه:

الوجه الأول: أنّ المتلف للعين الموقوفة يكون ضامناً للموقوف عليه، فلو لم يكن ملكاً له لما كان وجه للضمان.

وفيه: إنه يكفي في الحكم بالضمان إضافتها إليه، ولو بكونها محبوسة عليه، لينتفع بها، فيكون البديل كالمبدل مورداً ومصرفاً لإنفاعه به.

الوجه الثاني: أنّ فائدة الملك - وهي استحقاق النماءات والمنافع - تكون له، فيكشف ذلك عن ملك العين.

وفيه: إنّ ملكيّة المنافع والنماءات إن لم يتعلّق بها إنشاءً مستقلّ، كانت تابعة لملكيّة العين، وأمّا إذا تعلّق الإنشاء بها مستقلاً - كما في باب الإجارة - فلا تكشف عن ملكيّة العين، والمقام من هذا القبيل، فإنّ الوقف تسبيل المنافع بالإستقلال.

الوجه الثالث: أنّ الوقف من أركانه الموقوف عليه، إمّا خاصاً أو عاماً، ولو كان مجرد

(١) الوسائل باب ٦ و ١٠ - من أبواب الوقوف والصدقات.

فك الملك لما احتاج إليه .
 وفيه: إن الإحتياج إليه إنما هو من جهة كونه مالكا للمنافع أو الإنتفاع، لا من حيث كونه فكاً للملك.
 الوجه الرابع: إن الوقف لو كان فكاً لا تملكاً، لما احتاج إلى القبول كالعق، مع أنه يتوقف عليه.

وفيه: إن الإحتياج إلى القبول إنما هو من جهة كون الموقوف مورداً ومصرفاً للنماءات والإنتفاعات.
 واستدل للقول بانتقاله إلى الله تعالى: بأن الوقف إزالة الملك عن المالك على وجه القرية، فيكون منتقلاً إلى الله تعالى، وهو كما ترى.

واستدل للقول الثالث: في الخاص بما تقدم، وفي العام والجهات بتساوي نسبة كل واحد من المستحقين، واستحالة ملك كل واحد أو واحد معين أو غير معين للإجماع، واستحالة الترجيح، ولا المجموع من حيث هو مجموع لإختصاص الحاضر به، فيتعين أن يكون لله.

وفيه أولاً: أنه لا مانع من الإلتزام بأنه مال لا مالك له.
 وثانياً: أنه يمكن الإلتزام بكون المالك هو الكلي كما في الخمس والزكاة.
 والحق أن يقال: إن الوقف على أقسام:

القسم الأول: ما يملك الموقوف عليه منفعة العين الموقوفة، فيجوز له نقلها بإجارتها ونحوها كالأوقاف الخاصة أو ما يشبهها من الأوقاف العامة كالبيستان الموقوف على الطلاب.

القسم الثاني: ما يملك الموقوف عليه الإنتفاع بها، ولا يملك المنفعة، وكان ملك الإنتفاع إما بإنشاء الواقف كالمدارس والخانات، أو بحكم من الشارع كالمسجد، فإنه لم يقصد به إلا جعله مسجداً، وقد حكم الشارع بجواز الصلاة فيه من دون أن يجعله

والظاهر أنّ محل الكلام في بيع الوقف إنّما هو القسم الأوّل.
 وأمّا الثاني: فالظاهر عدم الخلاف في عدم جواز بيعه لعدم الملك^١.
 وبالجملة: فكلامهم هنا فيما كان ملكاً غير طلق، لا فيما لم يكن ملكاً، وحينئذٍ فلو خرب
 المسجد، وخربت القرية، وانقطعت المارّة عن الطّريق الذي فيه المسجد، لم يجز بيعه،

الواقف وفقاً على المصلّين.

القسم الثالث: ما لا يترتب عليه ملك المنفعة ولا الإنتفاع، كما في المعلّقات الموقوفة
 على الروضات والمشاهد المقدّسة.

أمّا في الأخيرين: فالأظهر عدم الملك، فإنّه من عدم ملكيّة المنفعة يستكشف عدم
 ملكيّة العين، إذ لو كانت العين ملكاً كانت المنفعة أيضاً ملكاً.

وأمّا في الأوّل: فيمكن القول بكون العين للموقوف عليه، للتعبير عن ذلك في
 النصوص بالصدقة التي هي الإعطاء مجاناً بقصد القرية، سيّما وفي بعضها مثل ما
 تضمن^(١) صدقة الإمام الكاظم عليه السلام نسبتها إلى جميع حقّه من الأرض الموقوفة، فإنّه لا
 ينبغي التوقّف في استفادة الملك من ذلك كما لا يخفى.

بيع الوقف مع عدم كونه ملكاً

إذا عرفت أنّ للوقف قسمين: أحدهما ما يكون ملكاً للموقوف عليهم، وثانيهما ما لا
 يكون ملكاً لهم، بل هو فكّ وتحرير، فاعلم أنّه يقع الكلام في مقامين:
 الأوّل: في بيع ما لا يكون ملكاً في الموارد التي لو كانت ملكاً كان يجوز بيعها.
 الثاني: في ما يكون ملكاً لهم.

١. أمّا المقام الأوّل: فقد قال المصنّف رحمه الله: (وأمّا الثاني فالظاهر عدم الخلاف في عدم
 جواز بيعه لعدم الملك).

(١) الوسائل - باب ١٠ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٥.

وصرف ثمنه في إحداث مسجد آخر أو تعميده.

والظاهر عدم الخلاف في ذلك كما اعترف به غير واحد، نعم ذكر بعض الأساطين - بعدما ذكر أنه لا يصح بيع الوقف العام لا لعدم تمامية الملك، بل لعدم أصل الملك برجوعها إلى الله ودخولها في مشاعره -: (أنه مع اليأس عن الانتفاع به في الجهة المقصودة، يؤجر للزراعة ونحوها، مع المحافظة على الآداب اللازمة لها إن كان مسجداً مثلاً، وأحكام السجلات لنألا يغلب اليد، فيقضى بالملك وتُصرف فائدتها فيما يماثلها من الأوقاف، مقدماً للأقرب والأحوج والأفضل احتياطاً، ومع التعارض فالمدار على الزجاج، وإن تعدّر صرف إلى غير المماثل، كذلك فإن تعدّر صرف في مصالح المسلمين.

وأما غير الأرض من الآلات والفرش والحيوانات وثياب الصرائح ونحوها، فإن بقيت على حالها وأمكن الانتفاع بها في خصوص المحل الذي أعدت له، كانت على حالها، وإلا جعلت في المماثل، وإلا ففي غيره، وإلا ففي المصالح على نحو ما مرّ.

أقول: الكلام في هذا المقام يقع في موارد:

أحدها: في حكم الأوقاف العامة غير المسجد، كالخانات والمدارس ونحوها.

ثانيها: في حكم المسجد.

ثالثها: في أجزاء المسجد.

رابعها: في ثوب الكعبة.

أما المورد الأول: فإن قلنا بأنه يعتبر في البيع كون العوضين مملوكين للمتعاقدين قبل البيع، لم يصح بيعها بوجه، لعدم الملك، ولا إيجارها لعدم ملك المنفعة على الفرض. فما عن بعضهم من جواز الإجارة حتى في مثل المسجد إذا خرب، لا ينطبق على هذا المبنى، وأما على المختار من عدم اعتبار ذلك، وأنه يكفي كونه مالكا للبيع، ومسلاً على التملك - كما في بيع الكلي في الذمة وإجارة الحر نفسه - فلا إشكال في جواز البيع، إذ كما يقال في الوقف الخاص إن العين بشخصها محبوسة ما دام إلى ذلك سبيل،

وإن تعذر الانتفاع بها باقية على حالها بالوجه المقصود منها، أو ما قام مقامه أشبهت الملك بعد إعراض المالك، فيقوم فيها احتمال الرجوع الى حكم الإباحة والعود ملكاً للمسلمين، ليصرف في مصالحهم، والعود إلى المالك، ومع اليأس عن معرفته يدخل في مجهول المالك. ويحتمل بقاؤه على الوقف، ويبيع احترازاً عن التلّف والضرر ولزوم الحرج، وتُصرف مرتّباً على النحو السابق، وهذا هو الأقوى، كما صرح به بعضهم، انتهى.

وفيه: إنّ اجارة الأرض، وبيع الآلات حسنٌ لو ثبت دليلٌ على كونه ملكاً للمسلمين^١، ولو على نحو الأرض المفتوح عنوة، لكنّه غير ثابت، والمنتقنٌ خروجه عن ملك مالكة. وأمّا دخوله في ملك المسلمين فممنفي بالأصل، نعم يمكن الحكم بإباحة الانتفاع للمسلمين لأصالة الإباحة، ولا يتعلّق عليهم أجرة.

ثمّ إنّه ربّما ينافي ما ذكرنا من عدم جواز بيع القسم الثاني من الوقف، ما ورد

وإلاّ فهي محبوسة بماليتها دون شخصها، فتتبدّل بعين أخرى تجعل مكانها، كذلك يقال في الوقف العام إنّ العين محبوسة بشخصها ما دام يمكن الانتفاع بها، وإلاّ فهي محبوسة بماليتها ومطلقة من جهة شخصيتها بلا تفاوت بينهما أصلاً.

وبما ذكرناه يظهر حال الإجارة وأنها تصحّ، بل هي أولى بذلك من البيع، فإنّ فيها الحفظ على محبوسية العين بما لها من الشخصية.

١. كما أنّه ظهر حكم حصير المسجد، فإنّه كسائر الأوقاف العامة، ولا يتوقّف جواز بيعه على كونه ملكاً للمسلمين كما أفاده المصنّف رحمته الله.

كما أنّه ظهر حكم الأوقاف العامة التي ليست لأجل انتفاع المسلمين، بل لغرض آخر كالتزيين، فإنّها وإن لم تكن مملوكة لأحد، لعدم الدليل، إلاّ أنّه يجوز بيعها في موارد جواز البيع لو كانت مملوكة.

في بيع ثوب الكعبة وهبته^١، 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 أن يبيع ما أراد؟ قال: يبيع ما أراد ويهب ما لم يرد، وينتفع به، ويطلب بركته. قلت: أيكفّن به الميت؟ قال: لا».

قيل: وفي رواية أخرى: «يجوز استعماله وبيع نفسه».

وكذلك ما ذكره في بيع حُصْر المسجد إذا خلقت، وجذوعه إذا خرجت عن الانتفاع. اللهم إلا أن يقال: إن ثوب الكعبة وحصير المسجد ليسا من قبيل المسجد، بل هما مبدولان للبيت والمسجد، فيكون كسائر أموالهما. ومعلوم أنّ وقفية أموال المساجد والكعبة من قبيل القسم الأول، وليس من قبيل نفس المسجد، فهي ملك للمسلمين، فللنّاظر العامّ التصرف فيه بالبيع. نعم، فرق بين ما يكون ملكاً طلقاً كالحصير المشتري من مال المسجد، فهذا يجوز للنّاظر بيعه مع المصلحة، ولو لم يخرج عن حيّز الانتفاع، بل كان جديداً غير مستعمل، وبين ما يكون من الأموال وقفاً على المسجد، كالحصير الذي يشتريه الرّجل ويضعه في المسجد، والثّوب الذي يلبس البيت، فمثل هذا يكون ملكاً للمسلمين لا يجوز لهم تغييره عن وضعه، إلا في مواضع يسوغ فيها بيع الوقف.

وأما المورد الثاني: فملخص القول فيه: إنّ للمسجد - مع قطع النظر عن كونه من الأوقاف العامة ويجوز انتفاع المسلمين به في الصلاة وغيرها - حيثية أخرى، وهي حيثية المسجدية، وأحكام خاصة من حرمة تنجيسه، ووجوب إزالة النجاسة عنه ونحوهما، وهذه حيثية - أي حيثية كون الأرض بيت الله - قائمة بشخص هذه الأرض لا بما لها من المالية، وهذه حيثية تمنع عن بيعه.

وأما إجارته فيما أنّه لا تنافي هذه حيثية، ومن حيث أنّه وقف عام أيضاً، فلا مانع لفرض كون المورد من موارد الجواز، فلا محذور فيها. وبذلك ظهر تمامية ما أفاده كاشف الغطاء عليه السلام.

١. قوله: (ما ورد في بيع ثوب الكعبة)^(١) سيأتي البحث فيه في المورد الرابع

(١) الوسائل باب ٢٦ من أبواب مقدمات الطواف كتاب الحج.

ثمَّ الفرق بين ثوب الكعبة وحصير المسجد، أنّ الحَصِيرَ يتصوّر فيه كونه وقفاً على المسلمين، ولكن 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 الشكّ مثل ما إذا فرش حصيراً في المسجد أو وضع حبّ ماء فيه.

وإن كان الظاهر في الأوّل الاختصاص، وأوضح من ذلك التّربّ الموضوع في المسجد. وفي الثاني العموم فيجوز التوضي منه وإن لم يرد الصّلاة في المسجد.

والحاصل: أنّ الحصر وشبهها الموضوع في المساجد وشبهها يتصوّر فيها أقسام كثيرة يكون الملك فيها للمسلمين، وليست من قبيل نفس المسجد وأضرابه، فتعرّض الأصحاب لبيعها لا ينافي ما ذكرنا. نعم، ما ذكرنا لا يجري في الجذع المنكسر من جذوع المسجد التي هي من أجزاء البنيان، مع أنّ المحكيّ عن العلامة وولده والشّهيدين والمحقّق الثاني جواز بيعه، وإن اختلفوا في تقييد الحكم وإطلاقه، كما سيجيء، إلا أن نلتزم بالفرق بين أرض المسجد، فإنّ وقفها وجعلها مسجداً فكّ ملك، بخلاف ما عداها من أجزاء البنيان كالأخشاب والأحجار فإنّها تصير ملكاً للمسلمين، فتأمل.

وكيف كان، فالحكم في أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأساً، هو إبقاؤها مع التصرف في منافعها، كما تقدّم عن بعض الأساطين أو بدونه.

وأما أجزاءه كجذوع سقفه وآجره من حائطه المنهدم، فمع المصلحة في صرف عينه يجب صرف عينه فيه، لأنّ مقتضى وجوب إبقاء الوقوف وإجرائها على حسب ما

وأما المورد الثالث: فالظاهر أنّ حالها حال المسجد، فإنّها من أجزاءه، وتجمعها والعرصة صيغة واحدة، وبناء الأصحاب على ترتّب أحكام المسجد عليها من حرمة التنجيس ووجوب إزالة النجاسة وغيرهما، ما لم يصرّح بعدم دخولها في المسجد، وعليه فلا يجوز بيعها بوجه. فإن أمكن الانتفاع بها في ذلك المسجد، وإلا ينتفع بها في مسجد آخر، وإن لم يمكن صُرفت في سائر مصالح المسلمين.

يوقفها أهلها، وجوب إبقائه جزءاً للمسجد، لكن لا يجب صرف المال من المكلف لمؤونته، بل يُصرف من مال المسجد أو بيت المال، وإن لم يكن مصلحة في رده جزءاً للمسجد، فبناءً على ما تقدّم من أنّ الوقف في المسجد وأضرابه فكّ ملك، لم يجز بيعه لفرض عدم الملك، وحينئذٍ فإن قلنا بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف فالأقرب، تعيّن صرفه في مصالح ذلك، كإحراقه لآجر المسجد ونحو ذلك، كما عن «الرّوضة»، وإلا صرف في مسجد آخر كما في «الدّروس»، وإلا صرف في سائر مصالح المسلمين. قيل: (بل لكلّ أحد حيازته وتملكه). وفيه نظر، وقد ألحق بالمساجد المشاهد والمقابر والخانات والمدارس والقناطر الموقوفة على الطّريقة المعروفة، والكتب الموقوفة على المشتغلين، والعبد المحبوس في خدمة الكعبة ونحوها، والأشجار الموقوفة لانتفاع المارّة، والبواري الموضوعة لصلاة المصلّين وغير ذلك ممّا قصد بوقفه الانتفاع العامّ لجميع الناس أو للمسلمين، ونحوهم من غير المحصورين، لا لتحصيل المنافع

وما عن كاشف الغطاء: (من أنّ لكلّ أحد حيازتها وتملكها) من جهة أنّ للموقوف عليهم الانتفاع بها ومنها التملك بالحيازة. ضعيف، لما عرفت من عدم قابليّة المسجد لذلك. كما أنّ ما عن جماعة من الفرق بين عرصة المسجد وبنائه، في غير محلّه. وأمّا المورد الرابع: فقد دلّت النصوص^(١) على جواز بيع ثوب الكعبة على النحو المرسوم من البيع بعد سنة، ولا يهّمنا البحث في تطبيقها على القواعد. وما أفاده المحقّق الإيرواني رحمته الله من أنّ عنوانه ليس عنوان الوقف، بل هو مبدول كسوة للكعبة على النهج المتعارف الذي يباع بعد مدّة معيّنة، ثمّ يصرف ثمنه في الخدمة، فالعين باقية على ملك مالكتها وقد إذن في التصرف كذلك. غير تامّ، فإنّ لازمه عدم جواز البيع لو رجع صاحبه عن إذنه أو مات وانتقل إلى ورثته ولم يرضوا به أو كان فيهم صغير.

(١) الوسائل باب ٢٦ - من أبواب مقدّمات الطواف كتاب الحجّ.

بالإجارة ونحوها وصرفها في مصارفها، كما في الحمامات والدكاكين ونحوها، لأنّ جميع ذلك صار بالوقف كالمباحات بالأصل، اللّازم إبقاؤها على الإباحة، كالطّرق العامّة والأسواق. وهذا كلّّه حسنٌ على تقدير كون الوقف فيها فكّ ملك لا تملكاً. ولو أتلف شيئاً من هذه الموقوفات أو أجزاءها متلف، ففي الضّمان وجهان^١: من عموم (على اليد) فيجب صرف قيمته في بدله، ومن أنّ ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه^٢، والمفروض عدم المطالبة بأجرة منافع هذه لو استوفاهها ظالم، كما لو جعل المدرسة بيت المسكن أو محرراً، وأنّ الظاهر عن التّأدية في حديث اليد الإيصال إلى المالك، فيختصّ بأمالك الناس^٣. والأول أحوط، وقوّاه بعض.

وما أفاده المحقّق الإصفهاني رحمته الله من أنّه ليس حساباً مؤبداً - مع وضوح أنّ المرسوم في ثوب الكعبة تجديده في كلّ عام، بل لا قصد لمعطيه إلاّ تزيين الكعبة مدّة، ثمّ يكون لتقييم البيت وسدنته أو لعامة المسلمين - أقرب إلى الصواب. ١. قوله: (ولو أتلف شيئاً من هذه الموقوفات أو أجزاءها متلف، ففي الضمان وجهان).

قد استدللّ لعدم شمول (على اليد)^(١) له بوجوه:

٢. الأوّل: ما في المتن وهو: (إنّ ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه، والمفروض عدم المطالبة بأجرة منافع هذه لو استوفاهها ظالم). وفيه: إنّ هذه الملازمة لم يدلّ عليها دليل، بل لا ملازمة، فإنّ المنافع الفائتة تحت اليد على قول مشهور غير مضمونة، مع أنّ العين التالفة تحت اليد مضمونة. ٣. الثاني: ما في المتن أيضاً، وهو: (أنّ الظاهر من التّأدية الإيصال إلى المالك، فيختصّ بأمالك الناس).

وفيه: أنّ الظاهر منها التّأدية إلى أهله، كان هو مالكاً أو مورداً للانتفاع به. الثالث: أنّ الضمان إنّما هو بمعنى اشتغال الذمّة بالبدل، فلا بدّ وأن يفرض شخص مالكاً ليكون هو من له الذمّة، ومع عدمه لا معنى لإشتغال الذمّة.

(١) المستدرک باب ١ من کتاب الغصب حدیث ٤.

إذا عرفت جميع ما ذكرنا، فاعلم أنّ الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور:
الأولى: أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه^١، كالحياوان
المذبوح، والجذع البالي، والحصير الخلق، والأقوى جواز بيعه وفاقاً لمن عرفت ممّن
تقدّم نقل كلماتهم، لعدم جريان أدلة المنع.

وفيه أولاً: معنى الضمان كون العين في العهدة، وأثرها وجوب ردّ العين، ومع تلفها ردّ
بدلها، والقائم مقامها ملكاً أو مورداً للانتفاع.
وثانياً: أنّه لا مانع من اعتبار كون الكلّي في ذمّة الذي هو مورد لملك الانتفاع،
والتقوم بمن له الذمّة يكفي فيه هذا المقدار. فالأظهر هو الضمان بالإتلاف أو التلف.

صور بيع الوقف

الصورة الأولى:

وقد اتفقت كلماتهم على جواز بيع الوقف في موارد، فلا بدّ من البحث فيها.
وتنقيح القول فيه بالبحث في صور المسألة.
١. الأولى: أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، وقد استدلل
المصنّف رحمته لجواز البيع في هذه الصورة بطريقتين:
الأول: أنّ المقتضى موجود والمانع مفقود.
الثاني: الإستدلال وإقامة الدليل على الجواز.
أمّا الأول: فبتقريب أنّ المقتضى للجواز وهو الملك موجود، فيعمّه المقتضى في مقام
الإثبات، وهو أدلة نفوذ البيع، والمانع مفقود - بالتفصيل الذي سيمرّ عليك - فلا بدّ من
البناء على الجواز.
وأورد عليه: بأنّ الوقف بذاته مناف لجواز البيع، فلا يعقل ارتفاع المانع إلاّ بسطلان
الوقفية، وهو خلاف الفرض، إذ المفروض جواز بيع الوقف وتبديله وسراية الوقفية إلى
بدله.

أما الإجماع فواضح^١.

وأما قوله: (لا يجوز شراء الوقف) فلانصرافه إلى غير هذه الحالة^٢.
 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^٣، وليس منها عدم بيعه، بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف، وإن ذكر في متن العقد للإتفاق على أنه لا فرق بين ذكره فيه وتركه. وقد تقدم ذلك. وتضعيف قول من قال ببطلان 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 تعدّره هنا^٤.

ولكن يدفعه: أن المصنّف عليه السلام لا يُسلم المبنى، مع أنه على هذا المبنى أيضاً يمكن أن يقال بعدم المنافاة، كما سيمرّ عليك.

وقد ذكر في وجه عدم جريان أدلة المنع: أن أدلة المنع ثلاثة: الإجماع، وقوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف»^(١).

وقوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله»^(٢).

وشيء منها لا يجري في المقام.

١. أما الإجماع فواضح.

٢. وأما الثاني: فلانصرافه إلى غير هذه الحالة.

٣. وأما الثالث: فلأنه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة في إنشاء

الوقف، وليس عدم البيع منها.

٤. مع أنه لو سلم أخذ إبقاء العين في الوقف، فحيث أن الوقف تحبيس العين وتسبيل

الثمرة، فهو يختص بصورة إمكان الانتفاع، فكما أنه في أوّل الأمر مع عدم وجود الثمرة

لا يتحقّق الوقف، كذلك يتوقّف بقاءه على استدامة ذلك، فبنفاد الثمرة يبطل الوقف.

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٢ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٢.

ولكن يرد على ما ذكره من الإنصراف: أنّ الإنصراف الناشيء عن قلّة وجود الفرد، لا يصلح لتقييد الإطلاق، مع أنّ كل عين موقوفة مآلها إلى الخراب بحسب العادة، فليست حالة الخراب قليلة بالإضافة إلى حالة العمارة.

وأما الإيراد عليه: بأنّ مورده الأرض الخربة لقوله: (فلما عمرتها... الخ) فكيف يدعى الإنصراف؟

فيمكن الجواب عنه: بأنّ المدار على عدم إمكان الإنتفاع، لا على صدق الخراب، وأرض الزراعة إنّما لا يمكن الإنتفاع بها بانقطاع الماء عنها ونحوه، لا بعدم كونها مشغولة بالزراعة.

ويرد على الوجه الأوّل: الذي ذكره في قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب... الخ» أنّ هذا ينافي استدلاله عليه السلام بهذا الخبر على عدم جواز البيع، مضافاً إلى فساد ذلك، لما عرفت من أنّ عدم جواز البيع ليس حكماً شرعياً محضاً مترتباً على الوقوف، بل عدم البيع مأخوذ في حقيقته.

ويرد على الوجه الثاني: أنّ الوقف عبارة عن تحبّيس العين دائماً، وتسبيل مالها من المنفعة كائنة ما كانت لا تسبيلها دائماً.

وقد يقال في وجه عدم مانعيّة الوقف عن البيع كما عن المحقّق النائيني عليه السلام: بأنّ قوام الوقف بأمرين: بقاء العين الموقوفة، وكونها ذات منفعة، لأنّه عبارة عن حبس العين وتسبيل الثمرة، وإذا خرب الوقف بنحو لا ينتفع به، لا محالة تتبدّل الصورة النوعيّة للعين الموقوفة إلى صورة نوعيّة أخرى عرفاً. مثلاً النخلة الموقوفة إذا قلعت تعدّ عرفاً مباينة للنخلة، وبالتبدّل - أي تبدل الصورة النوعيّة التي تعلّق الوقف بها - يبطل الوقف ويبقى ذات الجسم فيباع.

وبعبارة أخرى: الوقف متعلّق بعناوين خاصّة كعنوان الشجر والحمام والبستان وأمثال ذلك، ومع الخراب لا تبقى هذه العناوين ولا تصدق أساميها، والوقف يدور مدار

صدق الإسم.

وفيه: إنَّ الوقف كسائر المعاملات من البيع والهبة، فكما أنَّه يتعلَّق بالعناوين الخاصَّة، كذلك المعاملات تتعلَّق بها، فكما أنَّ تبدُّل الصورة النوعيَّة لا يوجب زوال الملكيَّة، كذلك لا يوجب تبدُّل الوقف الذي هو تملك خاص. وبالجملة: تبدُّل الصورة النوعيَّة لا يؤثِّر في الملكيَّة، فلا وجه لبطلان الوقف من هذه الجهة.

وإن شئت قلت: إنَّ الوقف يتعلَّق بالموجود الخارجي بما له من الحالات، ولذا لو تبدَّلت صورته النوعيَّة إلى صورة نوعيَّة أخرى ينتفع بها، لا إشكال في عدم جواز بيع الوقف، مع أنَّ لازم هذا الوجه والوجه الثاني الذي أفاده الشيخ عليه السلام هو بطلان الوقف وعود العين الموقوفة إلى الواقف أو ورثته، أو بقائها ملكاً طلقاً للموقوف عليه الموجود، أو كونها من المباحات الأصليَّة التي تملك بالحيازة، لا جواز بيع الوقف وسراية الوقفيَّة إلى بدلها وعوضها.

فالصحيح في وجه عدم المنع أن يقال: إنَّ حقيقة الوقف لَمَّا كانت تحبِّس العين وتسبب المنفعة، كان الواقف بحسب ارتكازه حينما يوقف مالاً ينتفع به بشخصه إلى الأبد، قاصداً لأن تكون العين الموقوفة محبوسة بشخصها ما دام إلى الإنتفاع بها سبيل، وبما لها من المائيَّة إذا لم يمكن الإنتفاع بها مع بقائها بشخصها، وعليه فإذا سقطت العين الموقوفة عن قابليَّة الإنتفاع، كان لازم الوقوف على حسب ما يوقفها بتدبيرها بما يماثلها في المائيَّة، لأنَّ ذلك في نظر العقلاء من أنحاء حفظ المال بما هو مال.

وبالجملة: تسليط الموقوف عليهم على الإنتفاع إلى الأبد، يوجب التوسعة في الموقوف، وحبسه إنَّما يكون بما ذكرناه، فالتبديل ليس إزالة للحبس، بل هو حفظ للمال بما هو مال عند العقلاء، الذي هو غرض الواقف المعاملي. فتدبَّر فيما ذكرناه فإنَّه دقيق.

والحاصل: أنّ 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 المتولّي.

والحاصل: أنّ الأمر دائر بين تعطيله حتّى يتلف بنفسه، وبين انتفاع البطن الموجود به بالإتلاف، وبين تبديله بما يبقى وينتفع به الكل^١.

وبهذا البيان يظهر الوجه في دعوى انصراف (لا يجوز شراء الوقف) عن مثل الفرض، فالأظهر جواز البيع في هذه الصورة.

وأما الطريق الثاني: فقد استدلل للجواز:

١. بأنّ الأمر دائر بين تعطيله حتّى يتلف بنفسه، وبين انتفاع البطن الموجود به

بالإتلاف، وبين تبديله بما يبقى وينتفع به الجميع.

والأوّل تضييع مناف لحقّ الله وحقّ الواقف وحقّ الموقوف عليهم. والثاني مناف لحقّ

سائر البطون، مع أنّه يستلزم جواز بيع البطن الأوّل، إذ لا فرق بين إتلافه ونقله. والثالث هو المطلوب.

ولكن يرد على ما أفاده في الشقّ الأوّل: وهو أنّ تعطيله حتّى يتلف منافّ لحقوق الله

تعالى والواقف والموقوف عليه أمران:

الأوّل: ما تقدّم من أنّه لا أصل لهذه الحقوق وهي غير ثابتة، وليس هناك إلاّ التعبّد

بعدم البيع أو أخذه في مفهومه.

الثاني: أنّه لو سلّم هذه الحقوق، فهي متعلّقة بالعين الموقوفة، وتتوقّف على ثبوت

المنفعة فيها، وإلاّ فلا حقّ للموقوف عليه باعتبار الإنتفاع دنيويّاً، ولا للواقف أخرويّاً

مترتباً على الدنيوي، ولا لله تعالى لعدم المصرف للملك، فلا حقّ كي يجب تبديل العين

رعاية لذلك الحقّ. اللهمّ إلاّ أن تكون الحقوق قائمة بالأعمّ من العين والماليّة، لكن ذلك

أوّل البحث.

وأما مسألة كون الإبقاء تضييعاً، فيرده أنّ كون مثل هذا التضييع حراماً غير مسلم،

والأول: تضييع منافع لحق الله وحق الواقف وحق الموقوف عليه، وبه يندفع استصحاب المنع، مضافاً الى كون المنع السابق في ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف، وهو انتفاع جميع البطون بعينه، وقد ارتفع قطعاً، فلا يبقى ما كان في ضمنه^١.
 وأما الثاني: فمع منافاته لحق سائر البطون، يستلزم جواز بيع البطن الأول، إذ لا فرق بين إتلافه ونقله. والثالث هو المطلوب.

مع أنه لو سلم فلا إشكال في أن حرمة التضييع مقيدة بما إذا لم يكن ذلك بتجويز من الشارع، فمع فرض عموم دليل المنع عن بيع الوقف، يكون هذا التضييع بحكم الشارع نظير إتلاف آلات اللهو، فلا وجه لحرمة. ويرد على ما أفاده في الشق الثاني: - مضافاً إلى ما مرّ - أن جواز الإتلاف لا يستلزم جواز البيع، فإن جواز الإتلاف يكفي فيه الملكية الفعلية، وجواز البيع لا يكفي فيه تلك، بل يتوقف على كونها ملكية مرسلة غير محدودة، وسيأتي أن ملكية البطن الموجود ليست كذلك.

وأما استصحاب المنع فرده المصنّف رحمته :

١. بأن المنع السابق في ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف، وقد ارتفع يقيناً، فلا يبقى ما كان في ضمنه.

وفيه: إنه إن أراد بذلك أنه من قبيل القسم الثالث من أقسام الاستصحاب الكلي. فيرد عليه: أن انتفاع البطون بالعين مع لزوم إبقائها والمنع عن نقلها من قبيل اللازم والملزوم، أو المتلازمين لا من قبيل الكلي والفرد. وارتفاع الملزوم أو الملازم لا يقتضي ارتفاع اللازم أو الملازم الآخر لإمكان قيامه بملزوم آخر. وإن أراد به ارتفاع الموضوع.

فيرد عليه: أن العين المنتفع بها متحدة بنظر العرف مع العين التي لا يستفاد بها، والإنتفاع من حيثيات التعليلية لا التقييدية، فالصحيح في وجه المنع من الاستصحاب،

نعم، يمكن أن يقال: إذا كان الوقف ممّا لا يبقى بحسب استعداده العادي إلى آخر البطون، فلا وجه لمراعاتهم^١ 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. وممّا ذكرنا يظهر أنّ الثمن على تقدير البيع لا يخصّ به البطن الموجود^٢، وفاقاً لمن تقدّم ممّن يظهر منه ذلك كالإسكافي والعلامة وولده والشهيدين والمحقّق الثاني، وحكى عن «التنقيح» و«المختصر» و«مجمع الفائدة» لاقتضاء البدلية ذلك، فإنّ المبيع إذا كان ملكاً للموجودين بالفعل، وللمعدومين بالقوّة، كان الثمن كذلك^٣، فإنّ الملكية اعتبار عرفي أو شرعي يلاحظها المعترف عند تحقّق أسبابها، فكما أنّ الموجود مالك له فعلاً ما دام موجوداً بتمليك الواقف. فكذلك المعدوم مالك له شأنًا بمقتضى تملك الواقف، وعدم تعقل الملك للمعدوم إنّما هو في الملك الفعلي لا الشأني. ودعوى أنّ الملك الثاني ليس شيئاً محققاً موجوداً يكذبها إنشاء الواقف له

الوجه الأوّل بضميمة ما ذكرناه في محلّه من عدم جريان الإستصحاب في الأحكام. ١. قوله: (نعم يمكن أن يقال: إذا كان الوقف ممّا لا يبقى... فلا وجه لمراعاتهم). وفيه: ما تقدّم من أنّ تسبيل المنفعة موسّع لدائرة الحبس، ويوجب كون الحبس متعلّقاً بالعين بما لها من الخصوصية الشخصية ما دام إلى الانتفاع بها كذلك سبيل، وبها بعنوان أنّها مال إذا لم يمكن ذلك، فراجع.

حكم الثمن على تقدير البيع

وتمام الكلام ببيان أمور:
 الأمر الأوّل: في حكم الثمن على تقدير البيع، قال:
 ٢. (وممّا ذكرناه يظهر أنّ الثمن على تقدير البيع لا يخصّ به البطن الموجود). وقد استدلل المصنّف رحمته لعدم الإختصاص بوجهين:
 ٣. أحدهما: إنّ البدلية تقتضي ذلك، لأنّ المبيع ملك للموجودين بالفعل، وملك للمعدومين بالقوّة، وشأنًا بمقتضى تملك الواقف، فكذلك الثمن.

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^١.

وإليه أشار الشهيد رحمته في الفرع الآتي حيث قال: (إنه يعني الثمن صار مملوكاً على حدّ الملك الأول، إذ يستحيل أن يملك لا على حدّه خلافاً لظاهر بعض العباثر المتقدمة).

ودعوى: أنه لا تحقّق للملك الشأني، يكذبها إنشاء الواقف له كإنشائه لملك الموجود، وعليه فحيث أنّ المعوض يخرج عن ملك جميع الطبقات، فلا بدّ وأن يدخل العوض في ملك الجميع.

وفيه: إنّ الملكية أمر اعتباري، وهي إمّا متحقّقة أو لا. وليست الملكية الشأنيّة نسخاً من الملكية الاعتباريّة، بل ليس معنى ذلك سوى القابليّة لأن يصير ملكاً، وإنشاء الواقف إنّما يكون سبباً لحصول الملكية للطبقة اللاحقة حين وجودها، بلا حالة منتظرة كما في الوجوب المعلق على أمر متأخّر. فكون الإنشاء موجوداً لا يلازم كون المنشأ كذلك.

وبالجملة: المتحقق بالنسبة إلى البطن اللاحق ليس إلا القابليّة لا الملكية الاعتباريّة، وعليه فحقيقة المعاوضة لا تقتضي الإشتراك، ومجرّد القابليّة لا يكون من الحقوق التي تكون متعلّقة بالمبيع ليسري إلى بدله بالبيع.

١. الأمر الثاني: إنّ ملكيّة كل بطن للعيين الموقوفة ليست ملكيّة مرسلّة غير محدودة

بزمان أو زماني، بل هي بحسب إنشاء الواقف محدودة ببقاء ذلك البطن وحياته. وبعبارة أخرى: الواقف إنّما أنشأ ملكيّة كلّ طبقة بانسباط ما له من الملكية المرسلّة على جميع الطبقات، فلكلّ طبقة ملكيّة محدودة بحياتها، وعليه فإذا أعطى البطن الموجود ما له من الملكية لم يكن ذلك بيعاً، مع أنّ لازمه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق إلى البطن اللاحق، فلا يملكه المشتري ملكاً مستمراً، وإن أعطى الملكية المرسلّة المنبسطة، فبالنسبة إلى مقدار ملكيّة البطن اللاحقة إمّا بالولاية أو بإذن المتولّي أو إذن

واختاره المحقق في «الشرائع» في دية العبد الموقوف المقتول. ولعل وجهه أنّ الوقف ملك للبطن الموجود، غاية الأمر تعلّق حقّ البطن اللاحقة، فإذا فرض جواز بيعه انتقل الثمن إلى من هو مالك له فعلاً ولا يلزم من تعلّق الحقّ بعين المبيع تعلّقه بالثمن، ولا دليل عليه، ومجرّد البدلية لا يوجب ترتّب جميع اللّوازم، إذ لا عموم لفظياً يقتضي البدلية والتّنزيل، بل هو بدل له في الملكيّة وما يتبعها من حيث هو ملك. وفيه: إنّ ما ينقل إلى المشتري إن كان هو الاختصاص الموقّت الثّابت للبطن الموجود، لزم منه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السّابق إلى البطن اللاحق، فلا يملكه المشتري ملكاً مستمراً. وإن كان هو مطلق الاختصاص المستقرّ الذي لا يزول إلّا بالنّقل، فهو لا يكون إلّا بثبوت جميع الاختصاصات الحاصلة للبطن له، فالثمن لهم على نحو المثلث.

ومما ذكرنا تعرف أنّ اشتراك البطن في الثمن أولى من اشتراكهم في دية العبد المقتول، حيث أنّه بدل شرعيّ يكون الحكم به متأخراً عن تلف الوقف^١، فجاز عقلاً منع سرية حقّ البطن اللاحقة إليه بخلاف الثمن، فإنّه يملكه من يملكه بنفس خروج

الحاكم الشرعي، فلا محالة يدخل الثمن في ملك الجميع على النحو الذي كان المثلث ملكاً لهم.

مع أنّه إن كان جواز البيع من جهة - ما ذكرناه من - أنّه إبقاء الوقف وحفظ الموقوف بما هو مال، أو من جهة ما ذكره المصنّف أخيراً وهي رعاية الحقوق، فلا إشكال في عدم الإختصاص كما لا يخفى.

١. قوله: (حيث أنّه بدل شرعي، يكون الحكم به متأخراً عن تلف الوقف).

دية العبد المقتول إن جعل بعنوان البدلية، لم يعقل الفرق بينها وبين المقام، فإنّ جاعل البديل سواء كان هو الله تعالى أو العبد لا يصلح فارقاً.

وإن كان لا بعنوان البدلية بل بالتعبّد المحض كان الفرق واضحاً.

وبه يظهر أنّ مجرّد كون البدلية شرعيّة لا يوجب الأوليّة، كما أنّ تأخّر صيرورته بدلاً لا يصلح لذلك.

الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضة الحقيقية، فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختص بالمعوض، ومن هنا اتضح أيضاً أنّ هذا أولى بالحكم من بدل الرهن الذي حكموا بكونه رهناً، لأنّ حقّ الرهنية متعلّق بالعين من حيث أنّه ملك لمالكة الأول^١، فجاز أن يرتفع إلى بدل بار تفاع ملكية المالك الأول، بخلاف الإختصاص الثابت للبطن المعدوم، فإنّه ليس قائماً بالعين من حيث أنّه ملك البطن الموجود، بل اختصاص موقت نظير اختصاص البطن الموجود منشأ بإنشائه مقارن له بحسب الجعل، متأخّر عنه في الوجود.

وقد تبين ممّا ذكرنا أنّ الثمن حكمه حكم الوقف، في كونه ملكاً لجميع البطون على ترتيبهم، فإن كان ممّا يمكن أن يبقى وينتفع منه البطون على نحو المبدل، وكانت مصلحة البطون في بقائه أبقى، وإلا أُبدل مكانه ما هو أصلح. ومن هنا ظهر عدم الحاجة إلى صيغة الوقف في البديل^٢، بل نفس البدلية تقضي كونه كالمبدل، ولذا علّله الشهيد^٣ في غاية المراد بقوله: (لأنّه صار مملوكاً على حدّ الملك الأول، إذ يستحيل أن يملك لا على حدّه).

ثم إنّ هذا 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

١. قوله: (لأنّ حقّ الرهنية متعلّق بالعين من حيث أنّه ملك لمالكة الأول).

محصله: إنّ حقّ الرهنية متعلّق بما هو ملك للراهن، ومتفرّع عليه، فلا محالة يزول بزوال الملك، وحدوثه بحدوث ملك البديل يحتاج إلى دليل، وهذا بخلاف ملك الطبقات اللاحقة، فإنّه لا يكون متفرّعاً على ملك الطبقة الموجودة ليزول بزواله، بل يكون ملك الجميع في عرض واحد في مقام الإنشاء، فإذا زالت جميعها بالبيع كان بدلها للجميع.

حكم بدل العين الموقوفة

٢. الثاني: (إنّه قد ظهر ممّا ذكرناه أنّه لا حاجة إلى صيغة الوقف في البديل).

وقد يقال: إنّ الوقف إذا كان عين تملك الطبقات على التدرّج، وكان عدم جواز البيع من آثار هذا التملك الخاصّ، فتتحقّق الوقفية بمجرد المبادلة، بلا احتياج إلى إجراء

كان تركه يعدّ تضييعاً للحقوق، وليس مثل الأصل ممنوعاً عن بيعه إلا لعذر^١، لأنّ ذلك كان حكماً من أحكام الوقف الابتدائي، وبدل 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^٢، كما هو ظاهر «التذكرة» و«الإرشاد» و«جامع المقاصد» و«المختصر» و«مجمع الفائدة»، بل قد لا يجوز إذا كان غيره أصلح، لأنّ الثمن إذا صار ملكاً للموقوف عليهم الموجودين والمعدومين، فاللأزم ملاحظة مصلحتهم، خلافاً للعلامة وولده والشهيد وجماعة، فأوجبوا المماثلة مع الإمكان، لكون المثل أقرب إلى مقصود الواقف^٣.

وفيه: مع عدم انضباط غرض الواقف، إذ قد يتعلّق 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 لينتفعوا بثمرته فبيع،

صيغة الوقف، وأمّا إن كان الوقف هو حبس العين فما يحصل بالبيع هو تمليك الطبقات تدريجاً من دون حصول عنوان الحبس، فلا بدّ من إنشائه بالصيغة. ولكن هذا لو تمّ فإنّما هو بناءً على كون دليل الجواز هو وجود المقتضى وعدم المانع. وأمّا بناءً على ما اخترناه في وجه الجواز من كونه إبقاءً للوقف وحفظاً للموقوف بما هو مال، فعدم الإحتياج إلى إجراء الصيغة واضح.

١. الأمر الثالث: الظاهر أنّ البدل ليس مثل الأصل ممنوعاً عن بيعه، والوجه في ذلك ما تقدّم من أنّ الخصوصية الشخصية للعين الموقوفة سقطت عن الوقفية بواسطة تعذر الانتفاع وحدوث الخراب، فما بقى على الوقفية هو الماليّة. وخصوصيّة الثمن لا تكون وفقاً كما كانت كذلك في المثل حسب إنشاء الواقف، فيجوز تبديله وبيعه ما لم يضرّ بالماليّة.

٢. الأمر الرابع: أنّه قد ظهر أيضاً ممّا ذكرناه عدم وجوب شراء المماثل للوقف، ولكن قد استدلّ لوجوب شرائه بوجوه :

٣. الأول: إنّ المثل أقرب إلى مقصود الواقف.

فدار الأمر بين أن يشتري بثمنه بستاناً في موضع لا يصل إليهم إلا قيمة الثمرة، وبين أن يشتري ملكاً آخر يصل إليهم أجرة منفعتة. فإن الأول وإن كان مماثلاً إلا أنه ليس أقرب إلى غرض الواقف، أنه لا دليل على وجوب ملاحظة الأقرب إلى مقصوده، إنما اللازم ملاحظة مدلول كلامه في إنشاء الوقف ليجري الوقف على حسب ما يوقفها أهلها.

فالحاصل: إن الوقف ما دام موجوداً بشخصه، لا يلاحظ فيه إلا مدلول كلام الواقف، وإذا بيع وانتقل الثمن إلى الموقوف عليهم^١، لم يلاحظ فيه إلا مصلحتهم. هذا، قال العلامة في محكي «التذكرة»: (كلّ مورد جوّزنا بيع الوقف، فإنه يباع ويُصرف الثمن إلى جهة الوقف، فإن أمكن شراء مثل تلك العين ممّا ينتفع به كان أولى،

وفيه أولاً: إن غرض الواقف لا ضابط له.

وثانياً: أنه لا دليل على لزوم مراعاة غرض الواقف، ما لم يكن ذلك غرضاً عقدياً ومصعباً للعقد.

الثاني: أنه لا إطلاق للأدلة المجوّزة، والتمتّقن منها هو البيع بالمماثل أو الشراء بالمماثل.

وفيه: إن مدرك الجواز لم يكن دليل خاصّ كي يجري فيه ذلك، بل كان عدم شمول دليل المنع، فلا وجه لهذه الدعوى.

الثالث: وهو الصحيح، ومحصله أن الواقف حينما وقف العين التي لها مالّية، وخصوصيات نوعيّة، وخصوصيات شخصيّة، قد حبس الجميع ما دام إلى الانتفاع بها سبيل، وإلا فالجهتان الأوّليتان محبوستان، وعليه فلا بدّ من رعاية الخصوصيات النوعيّة. اللهم إلا أن يُقال: إنّ المعلوم من حال الواقف لحاظ مالّية العين، والخصوصيات الشخصية، أمّا لحاظ الخصوصيات النوعيّة وتعلّق إنشاء الوقف بها فغير معلوم، والأصل عدمه، والأحوط الأوّل.

١. وعلى أيّ تقدير، يجوز بيعه بالنقود وشراء المماثل أو غيره بها، وقد فرضه المصنّف^{رحمته} في المقام، والوجه فيه تعارف البيع بالنقود، وتعرّس بيعه بالمماثل.

وإلا جاز شراء كل ما يصح وقفه، وإلا صرف الثمن إلى الموقوف عليه يعمل فيه ما شاء، لأن فيه جمعاً بين التوصل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام، وبين النصّ الدال على عدم جواز مخالفة الواقف، حيث شرط التأبيد، فإذا لم يمكن التأبيد بحسب الشّخص، وأمكن بحسب النوع وجب، لأنّه موافق لغرض الواقف وداخل تحت الأول الذي وقع العقد عليه، ومراعاة الخصوصية الكلية يفضي إلى فوات الغرض بأجمعه، ولأنّ قصر الثمن على البائعين يقتضي خروج باقي البطون عن الاستحقاق بغير وجه، مع أنّهم يستحقّون من الوقف، كما يستحقّ البطن الأول، وتعدّر وجودهم حال الوقف لا يخرجهم عن الاستحقاق.

قال بعض علمائنا والشافعية: إنّ الوقف كقيمة الموقوف إذا تلف فيصرف الثمن على الموقوف عليهم ملكاً على رأي انتهى.

ولا يخفى عليك مواقع الرد والقبول في كلامه عليه السلام ^١.

ثمّ إنّ المتولّي للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيم من قبل سائر البطون ^٢، ويحتمل أن يكون هذا إلى الناظر إن كان ^٣، لأنّه المنصوب لمعظم الأمور الرّاجعة 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، لتعلّق

١. قوله: (ولا يخفى عليك موارد الرد والقبول في كلامه).

موقع القبول حكمه بالبيع وشراء عين أخرى مكانه، وموقع الرد حكمه بوجوب شراء المماثل - كما تقدّم وحكمه بصرف الموقوف عليهم للثمن مع تعدّر شراء عين أخرى - فإنّه يجب التأمين والصبر إلى أن يتيسّر الشراء كما سيّجىء.

من له ولاية البيع

٢. الأمر الخامس: ما أفاده بقوله: (ثمّ إنّ المتولّي للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيم).

وفي المقام قولان آخران:

٣. أحدهما: أن يكون ذلك إلى الناظر إن كان.

حقّه بالعين الموقوفة فيتعلّق ببدلها، ثمّ إنّه لو لم يمكن شراء بدله، ولم يكن الثمن ممّا ينتفع به مع بقاء عينه كالنقدين^١، فلا يجوز دفعه إلى البطن الموجود، لما عرفت من كونه كالمبيع مشتركاً بين جميع البطون، وحينئذ فتوضع عند أمين حتّى يتمكّن من شراء ما ينتفع به، ولو مع الخيار إلى مدّة. ولو طلب ذلك البطن الموجود، فلا يبعد وجوب إجابتها، ولا يعطلّ الثمن حتّى يوجد ما يشتري به من غير خيار.

ثانيهما: عدم الإحتياج إلى الضميمة.

واستدلّ للأخير: بأنّ الموقوف عليهم الموجودين هم المالكون، فلا يحتاج بيعهم إلى ضمّ شخص آخر.

وفيه: إنّ ملكيّتهم محدودة، وإعطاء الملكيّة المرسلّة إعطاء لما ليس لهم.

واستدلّ للقول الأوّل: بأنّ الحاكم وليّ المعدومين، إمّا من باب كون الحاكم وليّ القاصر، أو لكونه وليّ الممتنع، الشامل للممتنع عن اختيار أو اضطرار. وبأنّ ذلك أحد الأمور الحسبيّة.

وفيها نظر:

أمّا الأوّل: فلأنّ المعدوم في المقام لا يكون من القاصر ولا الممتنع، لأنّ السالبة هنا بانتفاء الموضوع.

وأما الثاني: فلتوقّفه على لزوم البيع، وعدم ثبوت هذا الحقّ للناظر.

أقول: والأوّل غير ثابت، والثاني فاسدٌ كما ستعرف، فالأظهر هو القول الثاني، إذ لا وجه لتوهم عدم ثبوت هذا الحقّ له سوى ما أفاده المصنّف^{رحمته}، وحاصله: أنّه يحقّ للناظر التصرّف في نفس العين، ولا دليل على نظارته على البديل.

ولكن يدفعه: أنّ بيع الوقف يكون حفظاً للوقف بعنوان أنّه مال، فيكون ذلك من أهمّ الأمور الملحوظة عند الواقف. فالأظهر كون ذلك على الناظر لو كان. نعم، مع عدمه تصل النوبة إلى الحاكم الشرعي.

١. الأمر السادس: إذا بيعت العين الموقوفة بما لا ينتفع به كالنقدين، ولم يمكن شراء

ما ينتفع به، فهل يدفع الثمن إلى البطن الموجود لا بأن يكون له خاصّة لما ثبت من عدم

نعم، لو رضي الموجود بالآتجار به، وكانت المصلحة في التجارة، جاز مع المصلحة إلى أن يوجد البديل. والربح تابع للأصل^١، ولا يملكه الموجودون، لأنه جزء من المبيع، وليس كالنماء الحقيقي.

جوازه بعد اشتراك جميع الطبقات فيه، بل ليكون تحت يده حتى يوجد ما ينتفع به، أم يوضع عند أمين، أم عند الناظر لو كان؟ وجوه.

قد استدللّ لعدم جواز الدفع إلى الموجود: بأنه مالٌ مشترك بينه وبين سائر البطون فلا يجوز جعله تحت سلطنته، وإنما كان يدفع العين إليه لسلطنته على الإنتفاع بها فعلاً بلا مزاحم، وكذلك بدلها الذي ينتفع به. وأمّا البديل الذي لا ينتفع به، فلا سلطنة له على الإنتفاع به كي تكون له السلطنة على البديل فيدفع إليه لذلك.

وفيه: إن الثمن وإن كان لا ينتفع به إلا أنه ملك للبطن الموجود، وليس كالملك المشترك عرضاً، بل الإشتراك طولي، فهو في هذه الحال ملك للبطن الموجود خاصة، ولازم ذلك سلطنته على إمساكه.

ولو تنزّلنا عن ذلك، فالمتعین دفعه إلى الناظر، لأنه المنصوب لذلك، وإلا فيوضع عند أمين.

وإذا لم يمكن شراء شيء ينتفع به بدون الخيار، وأمكن شراء ما ينتفع به مع الخيار، هل يجوز ذلك أم لا؟

ربما يقال بالثاني، نظراً إلى أنّ البديل وقف، والوقف عبارة عن تحبّيس العين، وهذا ينافي مع الخيار، إذ الحبس إلى أن يفسخ حبس مؤقت لا دائم.

ولكن يدفعه: أنّ وقف البديل - كما تقدّم - غير وقف الأصل، فإنّ وقف البديل إنما هو حبسه بما أنّه مال، ولا دخل لخصوصياته الشخصية في الوقف، ولذا بنينا على جواز التبديل اختياراً، والخيار لا ينافي حبسه بما هو مال، إذ غايته الفسخ والتبديل بعين أخرى، وعليه فيجوز ذلك، ولو طلب البطن الموجود ذلك وجب حفظاً لحق الإنتفاع به.

١. ولو رضی البطن الموجود في الاتّجار، وكان ذلك صلاحاً لجميع البطون، جاز الاتّجار به، ويكون الربح مشتركاً بين البطون، لأنّ مجموع ما اشترى بالثمن وبيع بالثمن،

ثم لا فرق في جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف، بين عروض الخراب لكّله أو بعضه^١، فيُباع البعض المخروب، ويجعل بدله ما يكون وقفاً. ولو كان صرف ثمنه في باقيه بحيث يوجب زيادة منفعته، جاز مع رضا الكلّ لما عرفت من كون الثمن ملكاً للبطون، فلهم التصرف فيه على ظنّ المصلحة. ومنه يعلم جواز صرفه في وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف، فيجوز صرف ثمن ملك مخروب في تميم وقف آخر عليهم. ولو خرب بعض الوقف، وخرج عن الانتفاع، وبقي بعضه محتاجاً إلى عمارة لا يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقة، فهل يصرف ثمن المخروب إلى عمارة الباقي، وإن لم يرض البطن الموجود؟، وجهان آتيان فيما إذا احتاج إصلاح الوقف بحيث لا يخرج عن قابلية انتفاع البطون اللاحقة إلى صرف منفعته الحاضرة، التي يستحقها البطن الموجود، إذا لم يشترط الواقف إخراج مؤونة الوقف عن منفعته قبل قسمته في الموقوف عليهم. وهنا فروع أخر يستخرجها الماهر بعد التأمل.

وقع بإزاء ما هو بدل الوقف، فلا محالة يشترك فيه الجميع، وليس الربح من المنافع كي يختصّ به البطن الموجود، بل هو زيادة حصلت بالتجارة، ووقعت بإزاء المالمية التي كانت وقفاً، فإلى أي مرتبة وصلت المالمية تكون باقية على الوقفية.

١. الأمر السابع: الظاهر عدم الفرق في جواز البيع بين خراب الجميع أو البعض، كما لا ينبغي الإشكال في جواز صرف الثمن في الباقي، أو وقف آخر عليهم. إنّما الكلام فيما إذا كان انتفاع البطون اللاحقة بالباقي محتاجاً إلى ذلك، ولم يرض البطن الموجود به، هل يجوز الصرف أم لا؟

وقد يقال: بالجواز نظراً إلى تعارض الضررين، ولكن الحقّ عدم الجواز، لأنّ الضرر في نفسه متوجّه إلى البطون اللاحقة، ولا يجب على البطن الموجود تحمّل الضرر لدفعه عنهم، ولذلك فالأظهر عدم الجواز. نعم لو قامت القرينة على شرط الواقف ذلك تعيّن.

الصورة الثانية: أن يخرّب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتدّ به، بحيث يصدق عرفاً أنّه لا منفعة فيه، كدار انهدمت فصارت عرصة تؤجّر للانتفاع بها بأجرة لا تبلغ شيئاً معتدّاً به، فإن كان ثمنه على تقدير البيع لا يعطى به إلا ما كان منفعته كمنفعة العرصة، فلا ينبغي الإشكال في عدم الجواز، وإن كان يعطى بثمنه ما يكون منفعته أكثر من منفعة العرصة، بل يساوي منفعة الدار، ففي جواز البيع وجهان: من عدم دليل على الجواز مع قيام المقتضى للمنع، وهو ظاهر المشهور، حيث قيّدوا الخراب المسوّغ للبيع بكونه حيث لا يجدي نفعاً.

وقد تقدّم التصريح من العلامة في «التحرير»: «بأنّه لو انهدمت الدار لم تخرج العرصة من الوقف ولم يجز بيعها».

اللهمّ إلا أن يحمل النفع المنفي في كلام المشهور على النفع المعتدّ به بحسب حال العين. فإن الحّمّ الذي يستأجر كلّ سنة مائة دينار، إذا صارت عرصة تؤجّر كلّ سنة خمسة دراهم أو عشرة لغرض جزئي، كمجمع الزبائل ونحوه، يصدق عليه أنّه لا يُجدي نفعاً، وكذا القرية الموقوفة، فإنّ خرابها بغور أنهارها وهلاك أهلها، ولا تكون تسلّب منافع أراضيها رأساً، ويشهد لهذا ما تقدّم عن «التحرير» من جعل عرصة الدار المنهدمة موافقاً لا ينتفع بها بالكلية، مع أنّها كثيراً ما تستأجر للأغراض الجزئية.

الصورة الثانية

قوله ﷺ: (الصورة الثانية: أن يخرّب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتدّ به، بحيث يصدق عرفاً أنّه لا منفعة فيه؛ كدار انهدمت وصارت عرصة تؤجّر بأجرة غير معتدّ بها).

أقول: والكلام فيها يقع في موارد:

الأول: ما إذا خرب الوقف بحيث سقط عن الانتفاع عرفاً، وكان ماله من المنفعة قليلة جداً بحيث تلحق بالمعدوم.

الثاني: ما إذا خرب بحيث سقط عن المنفعة المعتدّ بها، ولم تكن المنفعة بالغة هذه المرتبة من القلة.

فالظاهر دخول الصورة المذكورة في إطلاق كلام كل من سوغ البيع عند خرابه بحيث لا يجدي نفعاً، ويشمله الإجماع المدعي في «الانتصار» و«الغنية»، لكن الخروج بذلك عن عموم أدلة وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف الذي هو حبس العين، وعموم قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» مشكلاً.

ويؤيد المنع حكم أكثر من تأخر عن الشيخ بالمنع عن بيع النخلة المنقلعة، بناء على جواز الانتفاع بها في وجوه أخر كالتسقيف، 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 اذا 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 وتسبيل 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.

الثالث: في وقف العنوان.

أما المورد الأول: فالظاهر جواز البيع، لجريان جميع ما ذكر في الصورة الأولى، من انصراف أدلة المنع وغيره من الوجوه في هذا المورد، لا سيما ما ذكرناه من أن البيع إبقاء الوقف وحفظ الموقوف بما هو مال.

وأما المورد الثاني: فقد يستظهر من القائلين بالجواز في الصورة الأولى، الجواز في هذا المورد، بحمل قولهم: (لا يجدي نفعاً) على إرادة عدم النفع المعتد به. كما أنه قد يستظهر المنع بحمله على إرادة عدم النفع بالمرة. وكيف كان، فالمتبع هو الدليل.

وغاية ما قيل في وجه الجواز، ما أفاده المحقق الإصفهاني عليه السلام، وحاصله: إن غرض الواقف من الوقف أمران: حفظ خصوصية العين الموقوفة، وحفظ خصوصية الانتفاع، وحيث أن الغاية المقصودة هي الانتفاع الخاص، وحبس العين بما هي مقصود بالتبع،

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 لا يكون إلا مع بطلان الوقف، وعرفت وجه النظر فيه. ثم وجه بطلان الوقف في الصورة الأولى بفوات شرط الوقف المراعى في الابتداء والاستدامة، وهو كون العين ممّا ينتفع بها مع بقاء عينها، وفيه ما عرفت سابقاً من أن بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحاً لا وجه له في الوقف المؤبد، مع أنه لا دليل عليه، مضافاً إلى أنه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور في الاستدامة، فإن الشرط في العقود الناقلة يكفي وجودها حين النقل، فإنه قد يخرج المبيع عن المالية، ولا يخرج بذلك عن ملك المشتري، مع أن جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم إلى الجواز كما تقدّم. ثم ذكر أنه قد يقال بالبطلان أيضاً بانعدام عنوان الوقف، فيما إذا وقف بستاناً مثلاً ملاحظاً في عنوان وقفه البستانيّة. فخربت حتى خرجت عن قابليّة ذلك، فإنه وإن لم تبطل منفعتها أصلاً لإمكان الانتفاع بها داراً مثلاً، لكن ليس من عنوان الوقف، واحتمال بقاء العرصّة على الوقف، باعتبار أنها جزء من الوقف وهي باقية، وخراب غيرها وإن اقتضى بطلانه فيه، لا يقتضى بطلانه فيها، يدفعه أن العرصّة كانت جزءاً من الموقوف من حيث كونه بستاناً لا مطلقاً، فهي حينئذ جزء عنوان الوقف الذي فرض

ولا يكاد يزاحم المقصود بالتبع ما هو المقصود بالإصالة، فلا محالة يقدّم الأوّل فيجوز البيع، واشتراء ما ينتفع به بمثل تلك المنفعة الخاصّة.

وفيه: إن غرض الواقف العقدي إنما هو تسبيل المنفعة، لا مرتبة خاصّة من الإنتفاع، فمع بقاء المنفعة وإمكان الإنتفاع، لا وجه لجواز التبديل، كما لا يخفى. فالأظهر عدم الجواز في هذا المورد.

١. وأما المورد الثالث: فقد اختار صاحب الجواهر رحمته صحته وبطلان الوقف بانعدام

العنوان، وخالفه المصنّف رحمته.

أقول: لا إشكال في أن وقف العنوان من حيث هو لا يصحّ، لعدم وجود الثمرة المسبلة له، ولا أظنّ ذهاب أحدٍ إلى جوازه، والظاهر أن نظر صاحب الجواهر رحمته إلى أنه

خرابه، ولو فرض إرادة وقفها ليكون بستاناً أو غيره، لم يكن إشكال في بقائها، لعدم زهاب عنوان الوقف.

وربما يؤيد ذلك في الجملة ما ذكره في باب الوصية^١، من أنه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصي، بطلت الوصية لانتهاء موضوعها. نعم، لو لم يكن الدارية والبستانيّة ونحو ذلك مثلاً عنواناً للوقف، وإن قارنت وقفه، بل كان المراد به الانتفاع به في كل وقت على حسب ما يقبله، لم يبطل الوقف بتغيير أحواله، ثم ذكر أنّ في عود الوقف إلى ملك الواقف أو وارثه بعد البطلان، أو الموقوف عليه وجهين.

أقول: يرد على ذلك ما قد يقال بعد الإجماع على أنّ انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل ولا جواز البيع، وإن اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه، لكنّه غير تغير

يمكن وقف العين الخاصّة ما دامت معنونة بعنوان البستانيّة مثلاً. والكلام في ذلك: تارة في مقام الثبوت، وأخرى في مقام الإثبات. أمّا في مقام الثبوت: فلا أرى فيه محذوراً، فإنّ الملكيّة قابلة للتحديد من حيث الزمان أو الزماني، بأن تعتبر ملكيّة الشيء ما دام معنوّناً بالبستانيّة. ويمكن تاييده بملكيّة الخلّ ما دام خلّاً، وإذا انقلب خمراً خرجت عن الملكيّة، وبملكيّة الأرض المحيية على القول بدوران الملكيّة مدار الحياة، وكذلك الأمر في الحبس ملكاً، ومقتضى عمومات الوقف والمعاملات، صحّة مثل هذا الوقف، فيكون كالوقف المنقطع الآخر.

ودعوى: أنّه يدلّ على بطلانه ما دلّ على اعتبار التأييد في الوقف. مندفعة: بأنّه لا دليل عليه سوى الإجماع، وهو مختصّ بالتأييد من حيث الزمان. وتمام الكلام في محلّه.

وأما في مقام الإثبات: فلا يبعد ظهور جعل الوقف متعلّقاً بالعنوان، في كونه للإشارة إلى المعنون، وأنّ تمام الموضوع هو المعنون، فلو قصد وقف العنوان بالنحو المعقول لا بدّ من ذكره والتصريح به.

١. قوله: (وربما يؤيد ذلك في الجملة ما ذكره في باب الوصية).
أقول: لا يخفى أنّه في باب الوصية فرّق الأصحاب فيما لو أوصى بدارٍ فانهدمت،

العنوان، كما لا يخفى أنّه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان، لأنّه إن أُريد بالعنوان ما جُعِل مفعولاً في قوله: (وقفت هذا البستان) فلا شكّ أنّه ليس إلّا كقوله: (بعثت هذا البستان) أو (وهبته). فإنّ التّمليك المعلق بعنوان لا يقتضي دوران الملك، مدار العنوان. فالبستان إذا صار ملكاً، فقد ملك منه كلّ جزء خارجي، وإن لم يكن في ضمن عنوان البستان، وليس التّمليك من قبيل الأحكام الجعليّة المتعلّقة بالعنوانات، وإن أُريد بالعنوان شيء آخر، فهو خارج عن مصطلح أهل العرف والعلم^١، ولا بدّ من بيان المراد منه، هل يُراد ما اشترط لفظاً أو قصداً في الموضوع زيادة على عنوانه؟ وأمّا تأييد ما ذكر بالوصيّة، فالمناسب أن يقيس ما نحن فيه بالوصيّة بالبستان بعد تمامها، وخروج البستان عن ملك الموصى بموته، وقبول الموصى له، فهل يرضى أحد بالتزام بطلان الوصيّة بصيرورة البستان عرصّة. نعم الوصيّة قبل تمامها يقع الكلام في بقائها وبطلانها من جهات آخر^٢. ثمّ ما ذكروه من الوجهين ممّا لا يعرف له وجه، بعد إطباق كلّ من قال بخروج الوقف المؤبّد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه أبداً.

وبين ما لو كان الإتهام قبل موت الموصى، وبين ما إذا كان بعد موته، وبنوا على بطلان الوصيّة في الأوّل دون الثاني.

وقد أيّد صاحب الجواهر^{رحمته} ما ذكره في المقام بما ذكره في الإتهام قبل الموت. ووجه التأييد واضح، حيث أنّ الوصيّة إذا لم تكن متعلّقة بالعنوان، ودائرة مداره لما كان وجه للبطلان.

والمصنّف^{رحمته} أورد عليه بالنقض بما ذكره في المسألة الثانية، وتتمام الكلام في محلّه.

١. قوله: (إن أُريد بالعنوان شيء آخر، فهو خارج عن مصطلح أهل العرف والعلم). وفيه: إنّ صاحب «الجواهر» يدّعي أنّ المراد بالعنوان ما جعل مفعولاً في قوله: (وقفت هذا البستان) وظاهر ذلك دخالة العنوان في موضوعيّته للوقف.

ولا يقاس ذلك بقوله: (بعثت هذا البستان) إذ البيع لا يُحدّد من حيث الزمان أو الزماني، وهذا بخلاف الوقف وقد تقدّم الكلام في ذلك مستوفى فلا نعيد.

٢. قوله: (يقع الكلام في بقائها وبطلانها من جهات آخر).

لم يذكروا وجهاً للبطلان، فيما إذا كان الإتهام بغير اختيار، سوى انعدام العنوان.

الصورة الثالثة: أن تخرب بحيث يقلّ منفعته، لكن لا إلى حدّ يلحق بالمعدوم^١، والأقوى هنا المنع، وهو الظاهر من الأكثر في مسألة النخلة المنقلعة، حيث جوّز الشيخ في محكي «الخلاف» بيعها، محتجاً بأنّه لا يمكن الانتفاع بها إلا على هذا الوجه، لأنّ الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل، ولا يرجى عوده. ومنعه الحليّ 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)، وحكى موافقته عن الفاضلين والشهيديين والمحقق الثاني وأكثر المتأخّرين، وحكى في «الإيضاح» عن والده رحمته: (أنّ النزاع بين الشيخ والحليّ لفظي) واستحسنه، لأنّ في تعليل الشيخ اعترافاً بسلب جميع منافعها، والحليّ فرض وجود منفعة، ومنع لذلك بيعها وقيل يمكن بناء نزاعهما على رعاية المنفعة المعدّ لها الوقف، كما هو الظاهر من تعليل الشيخ، ولا يخلو عن تأمل.

وكيف كان، فالأقوى هنا المنع، وأولى منه بالمنع ما لو قلّت منفعة الوقف من دون خراب^٢، فلا يجوز بذلك البيع، إلا إذا قلنا بجواز بيعه إذا كان أعود، وسيجيء تفصيله.

الصورة الثالثة

١. الصورة الثالثة: أن يخرب بحيث تقلّ منفعته، لكن لا إلى حدّ يلحق بالمعدوم، وهي تنحل إلى صورتين:

إحدهما: أن تقلّ المنفعة التي لاحظها الواقف مع بقاء مقدارٍ معتدّ به منها. كان الملحوظ جميع المنافع أو نوع خاصّ منها.

ثانيتها: أن تزول المنفعة التي لاحظها الواقف بالمرّة مع وجود غيرها. أمّا في الصورة الأولى: فلا ينبغي التوقّف في عدم الجواز، لأدلة المنع عن بيع الوقف. والمصنّف ذكر هذه الصورة في ذيل كلامه بقوله:

٢. (وأولى منه بالمنع ما لو قلّت منفعة الوقف من دون خراب).

وأما في الصورة الثانية: فالأظهر أنّه بناءً على خروج العين عن الحبسيّة بانتفاء منفعته بالمرّة، تخرج عنها في هذه الصورة، إذ المنفعة المقصودة تكون منتفية بالمرّة، وحيث

الصورة الرابعة: أن يكون بيع الوقف أنفع وأعود للموقوف عليه^١، وظاهر المراد منه أن يكون ثمن الوقف أزيد نفعاً من المنفعة الحاصلة تدريجاً مدة وجود الموقوف عليه، وقد نُسب جواز البيع هنا إلى المفيد. وقد تقدّم عبارته فراجع، وزيادة النفع قد تلاحظ بالنسبة إلى البطن الموجود، وقد تلاحظ بالنسبة إلى جميع البطن، إذا قيل بوجود 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.

أن المنفعة الأخرى ليست متعلّقة للوقف وغرض الواقف، فتخرج العين عن الوقفية بقول مطلق، ويكون حكم هذا الوقف حينئذ حكم الوقف المنقطع الآخر. وعلى ذلك فيمكن بناء نزاع المصنّف رحمته الله والحلي رحمته الله في مسألة النخلة المنقلعة على ذلك، ويكون نظر المصنّف رحمته الله في إفتائه بالجواز إلى الصورة الثانية، ونظر الحلي رحمته الله إلى الصورة الأولى، ويكون النزاع بينهما لفظياً.

الصورة الرابعة

١. الصورة الرابعة: أن يكون بيع الوقف أنفع وأعود للموقوف عليه. لم ينقل القول بجواز البيع في هذه الصورة عن أحد سوى المفيد، ولم يرض العلامة رحمته الله بإسناده إليه، وعليه فلا قائل به. وكيف كان، فالعمدة في المقام خبران: أحدهما: خبر^(١) جعفر بن حنّان، عن الإمام الصادق عليه السلام المذكور في المتن. ثانيهما: التوقيع الشريف^(٢) المذكور في المتن.

(١ و ٢) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٨ و ٩.

وقوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» وغير ذلك، وعدم ما يصلح للمنع عدا رواية ابن محبوب، عن علي بن رئاب، عن جعفر بن حنان. قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف غلة له على قرابته من أبيه، وقرابته من أمه، وأوصى لرجل ولعقبه من تلك الغلة، ليس بينه وبينه قرابة بثلاثمائة درهم في كل سنة، ويقسم الباقي على قرابته وقرابته من أمه؟ فقال: جائز للذي أوصى له بذلك، قلت: رأيت إن لم تخرج من غلة تلك الأرض التي أوقفها إلا خمسمائة درهم؟ فقال: أليس في وصيته أن يعطي الذي أوصى له من الغلة ثلاثمائة درهم، ويقسم الباقي على قرابته من أبيه وأمّه؟ قلت: نعم، قال: ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلة شيئاً حتى يوفي الموصى له ثلاثمائة درهم. ثم لهم ما يبقى ذلك. قلت: رأيت إن مات الذي أوصى له؟ قال: إن مات كانت له ثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها ما بقي أحد منهم، فإن انقطع ورثته ولم يبق منهم أحد، كانت ثلاثمائة درهم لقرابة الميت، يرد إلى ما يخرج من الوقف، ثم يقسم بينهم، يتوارثون ذلك ما بقوا وبقيت الغلة. قلت: فلورثة من قرابة الميت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة؟ قال: نعم، إذا رضوا كلهم، وكان البيع خيراً لهم باعوا»، والخبر المروي عن «الاحتجاج»: «أن الحميري كتب إلى صاحب الزمان جعلني الله فداه: أنه روى عن الصادق عليه السلام خبر ماثور أن الوقف إذا كان على قوم بأعيانهم وأعقابهم، فاجتمع أهل الوقف على بيعه، وكان ذلك أصلح لهم أن يبيعوه، فهل يجوز أن يشتري عن بعضهم، وإن لم يجتمعوا كلهم على البيع، أم لا يجوز إلا أن يجتمعوا كلهم 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 كل قوم ما يقدر على بيعه مجتمعين ومتفرقين إن شاء الله».

دلّت على جواز البيع، أمّا في خصوص ما ذكره الرّواي وهو كون البيع أصلح، وأمّا مطلقاً بناءً على عموم الجواب، لكنّه مقيد بالأصلح، لمفهوم رواية جعفر، كما أنّه يمكن حمل اعتبار رضا الكلّ في رواية جعفر على صورة بيع تمام الوقف، لا اعتباره بما في بيع كلّ واحد بقريئة رواية الاحتجاج، ويؤيد المطلب صدر رواية ابن مهزيار الآتية لبيع حصّة ضيعة الإمام عليه السلام من الوقف.

والجواب: أمّا عن رواية جعفر، فبأنّها إنّما تدلّ على الجواز مع حاجة الموقوف عليهم^١، لا لمجرد كون البيع أنفع. فالجواز مشروط بالأمرين كما تقدّم عن ظاهر «النّزهة» وسيجيء الكلام في هذا القول، بل يمكن أن يقال إنّ المراد بكون البيع خيراً لهم مطلق النّفع^٢ الذي يلاحظه الفاعل، ليكون منشئاً لإرادته، فليس مراد الإمام عليه السلام بيان اعتبار ذلك تعبدًا، بل المراد بيان الواقع الذي فرضه السائل، يعني إذا كان الأمر على ما

أمّاخير جعفر: فأورد عليه بإيرادات :

الأوّل: ضعف السند لجهالة جعفر.

وفيه: إنّ من رجال السند الحسن بن محبوب، الذي هو من أصحاب الإجماع. الثاني: إنّ جمع فيه بين الوقف والوصيّة، فإنّ الوقف إن كان مقدّمًا بطلت الوصيّة، وإن كانت الوصيّة مقدّمة كان الوقف فسخًا لها، وإن كانا متقارنين بإنشاء واحد، فمضافاً إلى عدم معقوليته، لزم بطلان الوصيّة، لتوقّف نفوذها على الموت دون الوقف، فيتّم سبب الوقف، فلا يبقى موقع لنفوذ الوصيّة.

وفيه: إنّ يمكن فرض صدور الوصيّة بعنوان الشرط على الموقوف عليهم في ضمن عقد الوقف، على أنّ يعطوا المقدار المعين للموصى له، فإذا مات الموصى له عادت جميع المنافع إلى الموقوف عليهم، كما هو المفروض في الخبر.

١. الثالث: ما في المتن، وهو أنّه يدلّ على الجواز مع حاجة الموقوف عليهم، لا لمجرد كون البيع أنفع، فالجواز مشروط بالأمرين.

وفيه: إنّ هذا الجواب يكفي إلزاماً للخصم، وإلاّ فيمكن الإلتزام باعتبار الحاجة، أي الحاجة إلى نفع زائد ليفي بمؤنّته، وهذه غير الحاجة الشديدة المعدودة من المسوّغات بنفسها.

٢. الرابع: ما ذكره المصنّف عليه السلام أيضاً، وهو أنّ المراد بالخير يحتمل أن يكون هو الخير الذي يلاحظه يكون الفعل اختياريًا، وهو طلب خير الفعل، لما فيه من الداعي الموافق لغرضه، والجواز في هذا الفرض ممّا لم يقل به أحد.

ذكرت من المصلحة في بيعه جان، كما يقال: (إذا أردت البيع ورأيتَه أصلح من تركه فبع). وهذا ممّا لا يقول به أحد، ويحتمل أيضاً أن يراد من (الخير) هو خصوص رفع الحاجة التي فرضها السائل^١.

وعن «المختلف» وجماعة الجواب عنه بعدم ظهوره في المؤبّد، لاقتصاره على ذكر الأعراب^٢، وفيه نظر، لأنّ الاقتصار في مقام الحكاية لا يدلّ على الاختصاص، إذ يصحّ أن يقال في الوقف المؤبّد أنّه وقف على الأولاد مثلاً، وحينئذ فعلى الإمام عليه السلام أن يستفصل إذا كان بين المؤبّد وغيره فرق في الحكم، فافهم. وكيف كان، ففي الاستدلال بالرواية مع ما فيها من الأشكال على جواز البيع بمجرد الأنفعيّة إشكال، مع عدم الظفر بالقائل به، عدا ما يوهمه ظاهر عبارة المفيد المتقدمة.

وممّا ذكرنا يظهر الجواب عن رواية الحميري^٣.

ثمّ لو قلنا في هذه الصّورة بالجواز كان الثّمّن للبطن الأوّل البائع، يتصرّف فيه

وفيه: إنّ السائل سأل عن البيع الإختياري الموافق لغرضه، وليس هذا أمراً مبهماً كي يحتاج إلى تكراره في الجواب.

١. الخامس: ما ذكره المصنّف رحمته الله أيضاً، وهو أنّه يحتمل إرادة الخيريّة بلحاظ ما فرضه السائل من رفع الحاجة. وقد تقدّم الكلام في ذلك.

٢. السادس: ما عن «المختلف» وجماعة، وهو ظهور في الوقف المنقطع، ومحلّ الكلام الوقف المؤبّد لاقتصاره على ذكر الأعراب.

وفيه: إنّ مقتضى إطلاقه على هذا هو جواز البيع في الطبقات المتوسطة قبل الإنقراض، ومن الواضح عدم الفرق بينه وبين المؤبّد حينئذٍ، إذ الفرق إنّما يصلح في الطبقة الأخيرة أو بعد انقراضهم، كما لا يخفى.

فالحقّ في الجواب عنه: هو إعراض الأصحاب وعدم إفتائهم بمضمونه.

٣. وأمّا الخبر الثاني: فالكلام فيه تارة في ما أرسله عن الإمام الصادق عليه السلام، وأخرى

فيما أجاب عليه السلام به أخيراً.

أمّا الأوّل: فهو يدلّ على جواز البيع إذا كان أصلح، وهو المدعى.

على ما شاء، ومنه يظهر وجه آخر لمخالفة الروايتين للقواعد^١، فإن مقتضى كون العين مشتركة بين البطون، كون بدله كذلك، كما تقدّم من استحالة كون بدله ملكاً لخصوص البائع، فيكون تجويز البيع في هذه الصورة، والتصرف في الثمن، رخصة من الشارع للبائع في إسقاط حقّ اللاحقين أنا ما قبل البيع، نظير الرجوع في الهبة المتحقّق ببيع الواهب، لأنّ يقع البيع على المال المشترك، فيستحيل كون بدله مختصاً.

وأورد عليه بجملة من الإيرادات الواردة على الخبر الأول، وقد تقدّم ما فيها. وقد يقال: إنه يقيد إطلاقه بمفهوم الخبر الأول من حيث التقييد بالحاجة، فيكون أخصّ من المدعى.

وفيه: - مضافاً إلى ما تقدّم - أنه لا مفهوم لكلام الإمام عليه السلام كي يقيد به إطلاق هذا الخبر، إذ الشرط إنّما ذكر في السؤال لا الجواب.

فالحقّ في الجواب عنه: أنه معرض عنه عند الأصحاب.

وأما الثاني: فيرد عليه - مضافاً إلى ذلك - أنه في مقام البيان من حيث الاجتماع والتفرّق، لا في مقام بيان جواز بيع الوقف من حيث هو كي يتمسك بإطلاقه.

١. ما ذكره من مخالفة الروايتين للقواعد إشكال آخر غير ما تقدّم.

وحاصله: أنّ ظاهره بيع الوقف وصرف ثمنه كيف شاء، وهذا أيضاً ممّا لا يمكن الإلتزام به، إذ كون المبدل مشتركاً والبديل مختصّاً غير معقول.

وفيه: إنّ الظاهر منه - كما تقدّم - بيع الوقف إذا كان الثمن أزيد نفعاً. فراجع.

وعن المحقّق النائيني الجواب عنه بوجه آخر، وهو: أنه يدلّ على جواز بيع الوقف مطلقاً، فالنسبة بينه وبين أدلّة المنع هي التباين، وإذا خصصت أدلّة المنع بصورة الخراب، انقلبت النسبة بينهما إلى عموم مطلق، فيخصّص إطلاقه بها.

وفيه: إنّنا لا نقول بانقلاب النسبة في شيء من الموارد، فإذا كانت النسبة هي التباين تعيّن طرحه لوجوه لا تخفى.

الصورة الخامسة: أن يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة^١، وقد تقدّم عن جماعة تجويز البيع في هذه الصورة، بل عن «الانتصار» و«الغنية»: (الإجماع عليه)، ويدلّ عليه رواية جعفر المتقدّم^٢، ويردّه أنّ ظاهر الرّواية أنّه يكفي في البيع عدم كفاية غلّة الأرض لمؤونة سنة الموقوف عليهم، كما لا يخفى، وهذا أقلّ مراتب الفقر الشّرعي، والمأخوذ من عبارة من تقدّم من المجوّزين، اعتبار الضّرورة والحاجة الشّديدة، وبينها وبين مطلق الفقر عموم من وجه^٣، إذ قد يكون فقيراً ولا يتّفق له حاجة شديدة، بل مطلق الحاجة لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التّوسعة عليه، وقد يتّفق الحاجة والضّرورة

الصورة الخامسة

١. الصورة الخامسة: أن تلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة. فقد ذهب جماعة إلى جواز البيع في هذه الصورة، وعن «الانتصار» و«الغنية» دعوى الإجماع عليه. واستدلّ له بالإجماع. وبأنّ الضرورات تبيح المحظورات.
٢. وبخبر جعفر^(١) المتقدّم الدالّ على جواز البيع مع الحاجة، بعد تقييد الحاجة بالشّديدة، للإجماع على عدم كفاية ما دونها من المرتبة. وفي الجميع نظر:

أمّا الأوّل: فلأنّ مصطلحهم في الإجماع غير مصطلح المتأخّرين، فلا يُركن إليه. وأمّا الثاني: فلأنّه يوجب الضّرورة رفع الحرمة لا الحكم الوضعي. وأمّا الثالث: فلما مرّ من أنّ الظاهر منه الحاجة إلى البيع للتبديل بما هو أنفع من حيث وفاء النفع بمؤنته، لا الحاجة إلى البيع، لصرف الثمن في رفع الحاجة التي هي محلّ الكلام.
٣. وأجاب المصنّف^{عليه السلام} عنه بجواب آخر، وحاصله:

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٨.

الشديدة في بعض الأوقات لمن يقدر على مؤونة سنته. فالرّواية بظاهرها غير معمول بها، مع أنّه قد يقال إنّ ظاهر الجواز 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 المتأخّرين، وجماعة من القدماء الى 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 خاصّة على حسب ما يشترط، فقد اختلف كلمات العلامة ومن تأخّر عنه في ذلك، فقال في «الإرشاد»: (ولو شرط بيع الوقف عند حصول ضرر كالخراج والمؤن من قبل الظالم وشراء غيره بثمنه، فالوجه الجواز) انتهى.

إنّ ظاهر الخبر كفاية عدم كفاية غلّة الأرض لمؤونة سنة الموقوف عليهم في جواز البيع، وهذا أقلّ مراتب الفقر الشرعي، والنسبة بينه وبين الحاجة الشديدة هي العموم من وجه، إذ قد يكون فقيراً لا مؤونة له ولا حاجة شديدة إلى البيع لتتميم مؤونته من مال الفقراء، وقد تكون له حاجة شديدة وله مؤونة سنة، وقد يتفقان.

ويمكن دفعه: بأنّ الحاجة إلى تتميم المؤونة بالبيع إن كانت مسوّغة للبيع، كانت الحاجة الشديدة أولى بذلك. فتأمل.

وكيف كان، فالأظهر المنع لعموم الأدلّة.

الصورة السادسة

١. الصورة السادسة: أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة.

أقول: في المسألة أقوال:

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.

وذكر في «الإيضاح» في وجه الجواز رواية جعفر بن حنّان المتقدمة، قال: (فإذا جاز بغير شرط، فمع الشرط أولى، وفي وجه المنع أن الوقف للتأبيد والبيع ينافيه، قال: والأصح أنه لا يجوز بيع الوقف بحال)، انتهى.

وقال الشهيد في «التروس»: (ولو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم، أو وقوع الفتنة بينهم، فأولى بالجواز)، انتهى.

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 قلنا بجواز اشتراط البيع في الوقف، إذا بلغ تلك الحالة لأنه شرط مؤكد، وليس بمناف للتأبيد المعتبر في الوقف، لأنه مقيد واقعاً بعدم حصول أحد أسباب البيع، وإلا فلا للمنافاة، فلا يصح حينئذ حبساً. لأن اشتراط شراء شيء بثمنه يكون وقفاً مناف لذلك، لاقتضائه الخروج من المالك، فلا يكون وقفاً ولا حبساً)، انتهى.

أقول^١: يمكن أن يقال بعد التمسك في الجواز بعموم: «الوقوف على حسب ما يوقفها

نفوذ الشرط، وجواز البيع، إليه ذهب العلامة في محكي «الإرشاد»، وتوقف فيه في محكي «القواعد».

عدم نفوذ الشرط مع إفساده للوقف وعدمه، إليه ذهب جماعة.

التفصيل بين شرط البيع عند عروض المسوّغ له فيجوز، وبين غيره فلا، وإليه ذهب في محكي «جامع المقاصد».

١. مقتضى عموم دليل الوقف، ونفوذ الشرط، صحة الوقف والشرط.

ولكن تنقيح القول في المقام بالبحث، في موضعين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: فيما يقتضيه النص الخاص.

أهلها»، و«المؤمنون عند شروطهم»، بعدم ثبوت كون جواز البيع منافياً لمقتضى الوقف^١. فلعله مناف لإطلاقه، ولذا يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرق مسوغاته، فإنّ التّحقيق كما عرفت سابقاً أنّ جواز البيع لا يبطل الوقف، بل هو وقفٌ يجوز بيعه، فإذا بيع خرج عن كونه وقفاً.

أمّا الأوّل: فقد يقال بفساد الشرط لوجهين:

الوجه الأوّل: أنّه مخالف لمقتضى العقد إمّا من جهة أنّ الوقف بمعنى الحبس والممنوعيّة من التصرفات، فينافيه شرط البيع، أو من جهة أنّ الوقف للتأبّد، والوقف إلى مدّة باطل، والتأبّد مناف لجواز البيع.

والمصنّف رحمته تصدّى للجواب عن ذلك حيث قال:

١. (بعدم ثبوت كون جواز البيع منافياً لمقتضى الوقف).

الوجه الثاني: أنّه مخالف للسنة، لما دلّ من النصوص^(١) على عدم جواز بيع الوقف. والحقّ أنّه إن كان الشرط بيعه عند تحقّق شيء من المسوغات، فلا إشكال فيه أصلاً، إذ الجواز حاصل والشرط مؤكّد له. وإن كان بيعه لا عند تحقّق شيء من المسوغات، فإنّما أن يكون الشرط مطلقاً، وإمّا أن يكون معلقاً على تقدير خاصّ، وعلى التقديرين إمّا أن يكون الشرط البيع مع كون الثمن وقفاً، وإمّا أن يكون البيع مع عدم كون الثمن وقفاً. فإن كان الشرط مطلقاً مع عدم كون الثمن وقفاً، فلا ينبغي التوقّف في فساد الشرط، لكونه منافياً لمقتضى العقد - بناء على ما عرفت من أخذ عدم البيع في مفهومه - ومخالفاً للسنة، لما دلّ على عدم جواز بيع الوقف من السنة.

وإن كان مطلقاً مع كون العوض وقفاً، فالأظهر صحّته، لأوّل ذلك إلى وقف الشيء بما أنّه مال، أي يكون الوقف الجامع بين المال وبدله، فيكون الشرط منافياً لمقتضى إطلاق الوقف لا أصله.

وإن كان معلقاً، فإن كان الشرط بيعه وجعل ثمنه وقفاً صحّ، لأنّه يؤوّل إلى وقف العين بما أنّها مال مع خصوصيّة إلى زمان حصول ذلك التقدير، وبعده تكون وقفاً بما

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١ - ٤ - و - باب ١٧ - من أبواب عقد البيع.

ثم إنّه لو سلّم المنافاة، فإنما هو بيعة للبطن الموجود وأكل ثمنه. وأمّا تبديله بوقف آخر، فلا تنافي بينه وبين مفهوم الوقف، فمعنى كونه حبساً كونه محبوساً من أن يتصرّف فيه بعض طبقات المالك على نحو الملك المطلق. وأمّا حبس شخص الوقف، فهو لازم، لإطلاقه وتجزّده عن مسوغات الإبدال، شرعية كانت كخوف الخراب أو بجعل الواقف كالاترابط في متن العقد، فتأمل.

ثم إنّه روى صحيحاً في «الكافي» ما ذكره أمير المؤمنين عليه السلام في كيفية وقف ماله في عين يتبّع^١ وفيه: «فإن أراد - يعني الحسن عليه السلام - أن يبيع نصيباً من المال ليقضي به الدين، فليفعل إن شاء، لا حرج عليه فيه، وإن شاء جعله شروى الملك. وأنّ ولد عليّ ومواليهم وأموالهم إلى الحسن بن عليّ، وإن كانت دار الحسن بن عليّ غير دار الصدقة، فبدا له أن يبيعها فليبيعها إن شاء، ولا حرج عليه فيه، فإن باع فإنّه يقسم ثمنها ثلاثة أثلاث، فيجعل ثلثاً في سبيل الله، ويجعل ثلثاً في بني هاشم وبني المطلب، وثلثاً في آل أبي طالب، وأنّه يضعه فيهم حيث يراه الله.

أنّها مال، فهذا أيضاً مناف لمقتضى إطلاق العقد لا أصله، وأدلة المنع عن بيع الوقف لا تشمل البيع بعد الشرط، كي يكون الشرط منافياً للسنة.

وإن كان معلّقاً، وكان الشرط بيعة وصرف ثمنه، أي عدم كونه وقفاً:

فإن قلنا: بأنّ عدم البيع مأخوذاً في حقيقة الوقف صحّ ذلك، فإنّه يرجع إلى أنّه وقف ما لم يتحقّق التقدير الخاصّ الذي علق عليه جواز البيع، وإذا تحقّق فلا وقف، ومقتضى إطلاق أدلة الوقف ونفوذ المعاملات صحّة مثل هذا الوقف.

ودعوى: أنّه مناف للتأييد المعتبر في الوقف.

مندفعة: بعدم الدليل على اعتباره، وأنّه يصحّ الوقف مع عدمه، لا سيما إذا كان مردداً بين الإنقطاع وعدمه.

وإن قلنا: بأنّه من أحكامه لا من مقوماته، فالأظهر عدم الصحّة، إلّا مع إنشاء الوقف إلى زمان حصول ذلك التقدير، فإنّ عدم جواز بيع الوقف ولزومه ليس من الحقوق، بل من الأحكام، فالشرط مناف للسنة.

وبما ذكرناه يظهر ما في كلمات المصنّف عليه السلام.

١. وأمّا الثاني: أي ما يقتضيه النصّ الخاصّ، وهو الصحيح الحاكي لوقف أمير

ثم قال: وإن حدث في الحسن أو في الحسين حدثاً، فإن الآخر منهما ينظر في بني عليّ. إلى أن قال: فإنه يجعله في رجل يرضاه من بني هاشم، وأنه يشترط على الذي يجعله إليه أن يترك هذا المال على أصوله، وينفق الثمرة حيث أمره من سبيل الله ووجهه، وذوي الرّحم من بني هاشم وبني المطلّب، والقريب والبعيد، لا يباع شيء منه ولا يوهب ولا يورث». الرواية. وظهرها جواز اشتراط البيع في الوقف لنفس البطن الموجود، فضلاً عن البيع لجميع البطون، وصرف ثمنه فيما ينتفعون به^١، والسند

المؤمنين عليهم السلام ماله بينبع: المذكور في المتن^(١).

١. وهذا أيضاً يدلّ على الجواز، ومورد الاستدلال به قوله عليه السلام: «فإن أراد أن يبيع نصيباً من المال... الخ».

وأورد عليه بإيرادات:

الأول: أنه يدلّ على جواز بيع الوقف عند الحاجة، فيخرج عن محلّ الكلام. وفيه: أنه ظاهر في كونه في مقام إعطاء السلطنة للموقوف عليه في ضمن الوقف على البيع، وهذا هو الإشتراط.

الثاني: أنه محمول على الوصية، نظراً إلى ما في صدره من قوله عليه السلام: «هذا ما أوصى به وقضى في ماله عبدالله علي»، وقوله في آخره: «ولا يحلّ - إلى قوله - أن يغيّر شيئاً ممّا أوصيتُ به».

وفيه: أنه ينافيه قوله عليه السلام: «الذي كتبتُ من أموالي هذه صدقة واجبة بتلة حياً أنا أو ميتاً». ولا تكون الوصية بتلة واجبة في حياته، بل الوقف كذلك، وإطلاق الوصية على جميع ما يدبره الإنسان من شؤون ماله بنحو الإيضاء به لمن يقوم بعده بالأمر شائع، واختصاص الوصية بالمعهودة إنما هو في لسان الفقهاء خاصة.

الثالث: أنه قابل للحمل على إرادة قضاء الدين من حاصل الوقف.

(١) الوسائل - باب ١٠ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٤.

صحيح، والتأويل مشكل، والعمل به أشكل^١.

وفيه: إنه مناف لقوله: «أن يبيع»، ولقوله: «جعله شروى الملك» أي ملكاً نفسياً لنفسه.

الرابع: أن مورده الوقف العام، ولا إشكال في عدم جواز البيع فيه. وقد تقدّم الجواب عنه، وأنه لا فرق بين الوقف العام والخاص.
١. قوله: (والتأويل مشكلٌ والعمل به أشكل).

أقول: ولكن الإنصاف أن الخبر لا إشكال فيه دلالة، كما لا إشكال فيه سنداً، فيدلّ على جواز البيع مع الشرط، إذ قد عرفت أنه مقتضى القاعدة. وربما يستدلّ للجواز بجملة أخرى من الرواية، وهي قوله عليه السلام: «فبدا له أن يبيعها فليبيعها إن شاء لا حرج عليه».

ولكن يمكن الإيراد عليه: بعدم ثبوت كون مورده وقفاً، وذلك لوجهين: الأول: قوله: «وإن كان دار الحسن بن علي غير دار الصدقة» أي غير الصدقات العامة، وهذا كما يمكن حمله على ما إذا كانت من الأوقاف الخاصة على الذرية، يمكن حمله على دار الصدقة التي فوّض أمرها إليه، وجعل له سكنها ما دامت الحاجة، وبعده بعنوان الوصية يفعل ما أمره به.

اللهم إلا أن يقال: إن المراد بهذه الجملة أنه إن كان دار الحسن التي هي مسكنه، غير دار الصدقة، ولم يكن له حاجة إلى دار الصدقة، ورأى المصلحة في بيعها، فليبيعها إن شاء، ويصرف ثمنها في المصارف المذكورة.

الثاني: إن تلك الدار لم تكن داخلة فيما وقفه في أول هذا الخبر، فإنّ الموقوف هو ماله بينبع وما حولها وبوادي القرى وبديمة وباذينة، وكلّ تلکم ليست إلا المزارع، وليست الدار داخلة فيها ولكن في الجملة الأولى كفاية.

الصورة السابعة: أن يؤدي بقاءه إلى خرابه علماً أو ظناً، وهو المعبر عنه بخوف الخراب في كثير من العبائر المتقدمة، والأداء إلى الخراب قد يكون للخلف بين أربابه، وقد يكون لآله، والخراب المعلوم والمخوف قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع نفعاً معتدأ به، وقد يكون على وجه نقص المنفعة. وأمّا إذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر، كانتفاعه السابق أو أزيد، فلا يجوز بيعه إلا على ما استظهره بعض من تقدّم كلامه سابقاً، من أنّ تغيّر عنوان الوقف يسوّغ بيعه، وقد عرفت ضعفه، وقد عرفت من عبائر جماعة تجويز البيع في صورة التّأدية إلى الخراب، ولو لغير الإختلاف، ومن أخرى تقيدهم به.

الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال والنفس، وإن لم يعلم أو يظن بذلك، فإنّ 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.

الصورة العاشرة: أن يلزم فساداً يستباح منه الأنفس، والأقوى الجواز مع تأدية البقاء إلى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعاً يعتدّ به عرفاً، سواء كان لأجل الاختلاف غيره، والمنع في غيره من جميع الصور، أمّا الجواز في الأوّل فلما مرّ من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع، فإنّ الغرض من عدم البيع، عدم انقطاع شخصه، فإذا فرض العلم

الصورة السابعة

١. الصورة السابعة: (أن يؤدي بقاءه إلى خرابه علماً أو ظناً).

وقد ذهب جماعة منهم المانعون عن بيع الوقف مطلقاً، والمفيد والديلمي والفاضلان في أكثر كتبهما، والشهيدان في غير «الدروس»، والمحقّق الكرّكي وغيرهم إلى المنع، وعن الشيخ في «النهاية»، وابن سعيد في كتابيه، والطوسي والعلوي والعلامة في بيع «التحرير»، والشهيد في «الدروس» وغيرهم اختيار الجواز، واختاره المصنّف رحمه الله،

أو الظنّ بانقطاع شخصه فدار الأمر بين انقطاع شخصه ونوعه، وبين انقطاع شخصه لا نوعه، كان الثاني أولى، فليس فيه منافاة لغرض الواقف أصلاً.

وأما الأدلة الشرعية فغير ناهضة لاختصاص الإجماع، وانصراف النصوص إلى غير هذه الصورة. وأما الموقوف عليهم فالمفروض إذن الموجود منهم، وقيام الناظر العام والخاص مقام غير الموجود^١. نعم، قد يشكل الأمر فيما لو فرض تضرر البطن الموجود من بيعه، للزوم تعطيل الانتفاع الى زمان وجدان البديل، أو كون البديل قليل المنفعة بالنسبة إلى الباقي.

وقد استدل للجواز بوجوه:

١. ما أفاده المصنّف رحمته ومقصوده دفع الموانع عن التمسك بعمومات نفوذ البيع، وحاصله أنّ المانع عن التمسك بها في الوقف أمور:
 - أحدها: حقّ الواقف.
 - ثانيها: حقّ الموقوف عليه.
 - ثالثها: الأدلة المانعة عن بيع الوقف.
 - وشيء منها لا يصلح للمنع في المقام.
- أما الأول: فلأنّ غرض الواقف المتعلّق بالانتفاع بشخص العين فائت لا محالة لأوله إلى الخراب، وغرضه المتعلّق بالانتفاع به بما أنّه مال يتوقّف على البيع، فالبيع ليس منافياً لغرضه.
- وأما الثاني: فلأنّ المفروض أن انتفاع الموقوف عليهم لا يفوت لانتفاعهم بالبديل، والانتفاع بشخص العين غير ممكن، وأما حقّهم في تصدّي البيع، فالمفروض أنّه يسباع بإذن البطن الموجود وأولياء البطن اللاحقة.
- وأما الثالث: فلانصراف الأدلة عن صورة أول العين إلى الخراب المخرج إياها عن حدّ الانتفاع.
- وفيه: إنّ هذا يتمّ في صورة الخراب، وأمّا قبله فغرض الواقف المتعلّق بالانتفاع بشخص العين ممكن، وحقّ الموقوف عليهم في الانتفاع به كذلك، والأدلة غير منصفة، فالأظهر عدم ارتفاع الموانع عن التمسك بالعمومات.

ومما ذكر يظهر أنه يجب تأخير البيع إلى آخر أزمنة إمكان البقاء، مع عدم فوات الإستبدال فيه، ومع فوته ففي تقديم البيع إشكال. ولو دار الأمر بين بيعه والإبدال به، وبين صرف منفعته الحاصلة مدة من الزمان لتعميره، ففي ترجيح حقّ البطن الذي يفوته المنفعة، أو حقّ الواقف وسائر البطون المتأخّرة المتعلّق بشخص الواقف وجهان، لا يخلو أولهما عن قوّة إذا لم يشترط الواقف إصلاح الوقف من منفعته مقدّمًا على الموقوف عليه. وقد يستدلّ على الجواز فيما ذكرنا بما عن «التنقيح»: (من أنّ بقاء الوقف على حاله، والحال هذه إضاعة وإتلاف للمال، وهو منهي عنه شرعاً، فيكون البيع جائزاً) ^١، 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، مقدّمًا على البيع، أو إذا لم يمكن البيع.

والحاصل: أنّ ضعف هذا الدليل بظاهره واضح، ويتّضح فساده على القول بكون الثمن للبطن الموجود لا غير، ويتلوه في الضعف ما عن «المختلف» و«التذكرة» و«المهدّب» و«غاية المرام»، من أنّ الغرض من الوقف استيفاء منافعه. وقد تعدّرت، فيجوز إخراجها عن حدّه، تحصيلاً للغرض منه، والجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض ^٢، كما أنّه لو تعطلت الهدى ذبح في الحال، وإن اختصّ بموضع، فلمّا تعدّرت مراعاة المحل ترك مراعاته لتخلّص المتعدّر.

١. الثاني: ما عن «التنقيح»، وهو: (أنّ إبقاء الوقف على حاله، والحال هذه إضاعة وإتلاف للمال وهو منهي عنه شرعاً، فيكون البيع جائزاً).
- وفيه: ما تقدّم من أنّ التضييع المحرّم هو ما لم يكن بأمر من الشارع، وحيث أنّ إبقاء الوقف يكون بأمر منه، فلا يشمل دليل حرمة التضييع.
٢. الثالث: ما عن «المختلف» و«التذكرة» و«المهدّب» وغيرها، وهو: أنّ الغرض من الوقف استيفاء منافعه، وقد تعدّرت، فيجوز إخراجها عن حدّه تحصيلاً للغرض منه، والجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض.
- وفيه: إنّ هذا لو تمّ فإنّما هو في آخر أزمنة بقائه الذي خرجت العين فيه عن حيّز

وفيه: إنَّ الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف، لأنَّه الذي دلَّ عليه صيغة الوقف، والمفروض تعذُّره، فيسقط. وقيام الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص، لكونه أقرب إلى مقصود الواقف، فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الأقرب إلى غرض الواقف، بعد تعذُّر أصل الغرض، فالأولى منع جريان أدلَّة المنع من خوف الخراب المسقط للمنفعة رأساً، وجعل ذلك مؤيداً.

وأما المنع في غير هذا القسم من الصَّورة السَّابعة، وفيما عداها من الصَّور اللاحقة لها، فلعموم قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلَّة في ملكك»، فإنَّ ترك الاستفصال فيه عن علم المشتري، بعدم وقوع بيع الوقف على بعض الوجوه المجوزة وعدمه، الموجب لحمل فعل البائع على الصَّحة، يدلُّ على أنَّ الوقف ما دام له غلَّة لا يجوز بيعه، وكذا قوله عليه السلام: «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله»، وما دلَّ على أنَّه يترك حتَّى يرثها وارث السَّماوات والأرض، هذا كلُّه مضافاً إلى الاستصحاب في جميع هذه الصَّور، وعدم الدليل الوارد عليه، عدا المكاتبه المشهورة^١ التي انحصرت في جميع هذه الصَّور، وعلم الدليل الوارد عليه، وهي مكاتبه ابن مهزيار. قال: «كتبتُ إلى

الإنتفاع، وأما قبله فالغرض من الوقف الاستيفاء من شخص العين، وهو ممكن، فلا يجوز.

الرابع: ما أفاده المحقق النائيني عليه السلام، وهو: أنَّه إذا احتمل احتمالاً عقلاً تاديته إلى الخراب على نحو لو كان فعلاً خراباً لجاز بيعه، جاز بيعه، لأنَّ حكم الإحتمال حكم الخراب، ولكن من حيث كونه طريقاً، لأنَّه بعد اعتبار هذا الإحتمال عند العقلاء، فكأنَّه صار خراباً فعلاً.

وفيه: إنَّ هذا لو تمَّ فإنَّما هو في احتمال الخراب الفعلي، لا في احتمال تاديته إلى الخراب، لأنَّ هذا الإحتمال ليس طريقاً إلى الخراب بالفعل، كما هو واضح.

١. الخامس: ما كتبه عليه السلام في جواب ابن مهزيار^(١) المذكور في المتن.

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٦.

أبي جعفر الثاني عليه السلام: أن فلاناً ابتاع ضيعة فأوقفها، وجعل لك في الوقف الخمس، ويسألك عن رأيك في بيع حصتك من الأرض، أو تقويمها على نفسه بما اشتراها، أو يدعها موقوفة؟ فكتب إلي: أعلم فلاناً إنني 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: فكتبت إليه أن الرجل ذكر أن بين من وقف عليهم بقية هذه الضيعة اختلافاً شديداً، وأنه ليس يأمن أن يتفاقم 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^١ الخبر.

حيث إنه يمكن الاستدلال للجواز بها في القسم الثاني من الصورة السابعة، بناءً على أن قوله: «فإنه... إلى آخره» تعليل لجواز البيع في صورة الاختلاف، وأن المراد بالمال هو الوقف، فإن ضم النفوس إنما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف، لأن المناطق في الحكم هو اجتماع الأمرين كما لا يخفى، فيكون حاصل التعليل أنه كل ما كان الوقف في معرض الخراب جاز بيعه.

١. بتقريب: أن قوله عليه السلام: «فإنه... الخ» تعليل لجواز البيع في صورة الاختلاف، وأن المراد من (المال) الوقف، فإن ضم النفوس إنما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف، إذ على ذلك يصير المتحصل من الرواية أنه كلما كان الوقف في معرض الخراب جاز بيعه.

وفيه: أن كون المراد من (المال) العين الموقوفة مما لم يشهد به شاهد، بل بقرينة ضم النفوس إلى الأموال يصير ظاهراً في المال الآخر، إذ الاختلاف يوجب صرف المال في الغلبة على الخصم، وإدائه إلى المقاتلة الموجبة لإتلاف النفوس، وهذا بخلاف تلف الوقف الذي هو أجنبي عن تلف النفس.

فالأظهر عدم جواز بيع الوقف إن خيف أوله إلى الخراب، لا سيما إذا كان الخراب المترقب بعد مدة طويلة. نعم، يجوز البيع في آخر أزمته بقائه، إذ لا منفعة حينئذ.

وفيه: إنَّ المقصود جواز بيعه إذا أدّى بقاءه إلى الخراب علماً أو ضمناً، لا مجرد كونه ربّما يؤدّي إليه، المجامع للاحتمال المساوي أو المرجوح على ما هو الظاهر من لفظ ربّما، كما لا يخفى على المتتبع لموارد استعمالاته، ولا أظنّ أحداً يلتزم بجواز البيع بمجرد احتمال اداء بقاءه إلى الخراب، لأنّ كلمات من عبّر بهذا العنوان كما عرفت بين قولهم أدّى بقاءه إلى خرابه، وبين قولهم يخشى أو يخاف خرابه، والخوف عند المشهور، كما يعلم من سائر موارد إطلاقاتهم مثل قولهم يجب الإفطار والتّيمم مع خوف الضرر، ويحرم السّفر مع خوف الهلاك، لا يتحقّق إلّا بعد قيام أمانة الخوف، هذا، مع أنّ مناط الجواز على ما ذكر تلف الوقف رأساً. وهو القسم الأوّل من الصّورة السّابعة الذي جوّزنا فيه البيع، فلا يشمل الخراب الذي لا يصدق معه التّلف، مع أنّه لا وجه بناء على عموم التّعليل للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف، بل كلّما خيف تلف مال جاز بيع الوقف.

الصورة الثامنة

الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلافٌ لا يؤمن معه تلف المال. فكلّما القوم في هذه الصورة متشّته، فلا يصغى إلى نقل شهرة في الباب، فالمهمّ صرف عنان الكلام إلى الحجج والأدلة. وقد استدللّ للمنع في المكاسب: بعموم أدلّة المنع عن بيع الوقف^(١) وبالاستصحاب. وصرّح في بيان الحكم في الصورة السابعة، أنّ عموم الأدلّة، والاستصحاب دليلان للمنع في الصور اللاحقة.

أقول: ما ذكره رحمته من عموم الأدلّة متين في نفسه.

وأما الاستصحاب: فغاية ما يمكن أن يقال في تقرّيبه: إنّ عموم دليل نفوذ البيع خُصّص بما دلّ على عدم جواز بيع الوقف، وهو وإن اختصّ بما قبل وقوع الاختلاف المزبور، ولم يكن له عموم شامل له، إلّا أنّه من جهة كون دليل نفوذ البيع والوفاء بالعقد ممّا لا عموم أزمارني له، بل هو متضمّن لبيان حكم واحد مستمرّ لكلّ فرد من أفراد البيع والعقد، ومع الشكّ في أنّ الخارج هو في زمان أو دائماً جري الاستصحاب، ولا يكون

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١ - ٤ - و - باب ١٧ - من أبواب عقد البيع.

وأما تقريب الاستدلال بالمكاتبة على جواز البيع في الصورة الثامنة، وهي صورة وقوع الاختلاف الذي ربّما أوجب تلف الأموال والنّفوس، فهو أنّ الحكم بالجواز معلق على الاختلاف، إلّا أنّ قوله: «فإنّه ربّما الخ» مقيد بالاختلاف الخاصّ، وهو الذي لا يؤمن معه من التّلف، لأنّ العلة يقيد المعلول، كما في قولك: (لا تأكل الرّمان لأنّه حامض). وفيه أنّ اللّازم على هذا، تعميم الجواز في كلّ مورد لا يؤمن معه من تلف الأموال والنّفوس، وإن لم يكن من جهة اختلاف الموقوف عليهم، فيجوز بيع الوقف لإصلاح كلّ فتنة، وإن لم يكن لها دخل في الوقف^١. اللهمّ إلّا أن يدعي سوق العلة مساق التّقريب لا التّعليل الحقيقيّ، حتّى يتعدّى إلى جميع موارد، لكن تقييد الاختلاف حينئذ بكونه ممّا لا يؤمن ممنوع، وهو الذي فهمه الشهيد^٢ في «الرّوضة» كما تقدّم كلامه، لكنّ الحكم على هذا الوجه مخالف للمشهور، فلا يبقى حينئذ وثوق بالرّواية، بحيث يرفع اليد بها عن العمومات والقواعد، مع ما فيها من ضعف الدّالة، كما سيّجيء إليه الإشارة.

مورد التمسك بالعموم.

وفيه: - مضافاً إلى عدم تمامية المبنى كما حقّقناه في الأصول - أنّه لا يكون منطبقاً على المقام، من جهة أنّه ليس هناك فرد واحد يكون خارجاً عن تحت عموم دليل نفوذ البيع في زمان، ويشكّ بعده في خروجه، بل البيع قبل عروض العارض المشكوك الحال فرد مقدّر الوجود، والبيع بعد العروض فرد مقدّر آخر. وعليه فمع عدم شمول دليل المخصّص، يتعيّن الرجوع إلى عموم دليل النفوذ، للشكّ في التخصيص الزائد، بل لو لم يكن هناك عموم، لما كان مورد لإجراء الإستصحاب.

واستدلّ للجواز: بمكاتبة ابن مهزيار المتقدّمة في الصورة السابقة:

١. وأورد عليه المصنّف^٣ بما حاصله: إنّ قوله^٤: «فإنّه ربّما جاء في الإختلاف» إمّا أن يكون تعليلاً لجواز البيع عند الإختلاف، أو يكون حكمة له.

وعلى الأوّل: يتعيّن البناء على جواز بيع الوقف إذا لزم تلف المال والنفس، ولولا لدخل فيه، لأنّ العلة كما تخصّص تعميم. وعلى الثاني: يتعيّن البناء على جواز البيع مع الإختلاف مطلقاً، وشيء منهما لا يمكن الإلتزام به، لعدم إفتاء المشهور به. وفيه: أنّه يحمل على التعليل كما هو ظاهره، ولكن العلة هي لزوم تلف المال

ومما ذكرنا يظهر تقريب الاستدلال على الصورة التاسعة وردّه^١.

والنفس من ترك البيع وإبقاء الوقف على حاله، فإن الظاهر منها أن عليّة ما ذكر من جهة أن الوقف صدقة جارية يتقرّب بها إلى الله تعالى، وهذا لا يلائم مع تلف المال والنفس، ولا مانع من الإلتزام بالتعميم على هذا، أي الإلتزام بجواز البيع في كل مورد لزم من بقائه تلف المال والنفس.

ودعوى: أنها معرض عنها، ولم يعمل بها الأصحاب، قد تقدّم ما فيها، فالمكاتبة تدلّ على الجواز في هذه الصورة. هذا مع قطع النظر عن الإشكالات المشتركة بين جميع الصور التي سيتعرض لها المصنّف رحمته، وستعرف عدم ورود شيء منها، فالأظهر هو جواز البيع فيها.

وربما يستدلّ له بحديث^(١) لا ضرر الحاكم على الأدلة الواقعيّة.

وفيه: إن الموقوف عليهم باختيارهم يتلفون المال والنفس، وفي مثل ذلك لا يوجب الحديث رفع التكليف الواقعي.

وبه يظهر ما في الاستدلال له بدليل وجوب حفظ النفس، فيما إذا لزم من ترك البيع تلف النفس.

الصورة التاسعة

الصورة التاسعة: أن يؤدّي الإختلاف بينهم إلى ضررٍ عظيم.

١. وقد استدللّ للمنع عن البيع في هذه الصورة:

بعموم الأدلة.

والإستصحاب.

وقد تقدّم أنّ الإستدلال بالعموم متين.

ولكن الإستدلال بالإستصحاب في غير محلّه.

وقد استدللّ للجواز بوجهين:

الأول: لا ضرر. وقد تقدّم ما فيه.

الثاني: مكاتبة ابن مهزيار المتقدّمة، بدعوى أنّه يستفاد منها أنّ ذكر تلف النفس

(١) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار.

وأما تقريب الإستدلال على الصّورة العاشرة، فهو أنّ ضمّ تلف النّفس إلى تلف الأموال، مع أنّ خوف تلف الأنفس يتبعه خوف تلف المال غالباً، يدلّ على اعتبار بلوغ الفتنة في الشدّة إلى حيث يخاف منه تلف النّفس^١، ولا يكفي بلوغها إلى ما دون ذلك، بحيث يُخاف منه تلف المال فقط. وفيه أنّ اللّازم على هذا عدم اختصاص موجب الفساد بوقوع الفتنة بين الموقوف عليهم، بل يجوز حينئذ بيع الوقف لرفع كلّ فتنة^٢، مع أنّ ظاهر الرّواية كفاية كون الاختلاف بحيث ربّما جاء فيه تلف الأموال والنّفوس. والمقصود - كما يظهر من عبارة «الجامع» المتقدّمة - هو اعتبار الفتنة التي يستباح بها الأنفس.

والحاصل: أنّ جميع الفتاوى المتقدّمة في جواز بيع الوقف، الرّاجعة إلى اعتبار أداء

والمال إنّما يكون من باب المثال لمطلق الضرر العظيم، والإحتياط سبيل النجاة.

الصورة العاشرة

الصورة العاشرة: أن يلزم فسادٌ تستباح منه الأنفس.

وقد استدللّ للمنع بما تقدّم، وللجواز بما ذكرناه آنفاً.

١. وتقريب الإستدلال بالمكاتبة: أن ذكر تلف الأموال وضمّه إلى تلف النفوس إنّما هو من جهة التلازم الغالبي، إذ خوف تلف الأنفس يتبعه خوف تلف الأموال لا لخصوصيّة فيه، بل المدار على خوف تلف النفوس خاصّة.

٢. وأورد عليه المصنّف^{رحمته} بما تقدّم من: (أنّ مقتضى عموم العلة جواز البيع لدفع كلّ

فتنة مؤدّية إلى ذلك)، وقد عرفت الجواب عنه.

فالحقّ في الإيراد عليه - مضافاً إلى منع التلازم الغالبي - أن حمل القيد على ذلك

خلاف الظاهر، فإنّ الظاهر كون كلّ قيد مأخوذ في لسان الدليل للإحتراز.

مع أنّ لازم التمسك بالمكاتبة، البناء على كفاية خوف الأداء إلى استباحة الأنفس،

لا اعتبار الإستباحة الواقعيّة.

بقاء الوقف علماً أو ظناً أو احتمالاً إلى مطلق الفساد أو فساد خاص، أو اعتبار الاختلاف مطلقاً، أو اختلاف خاص، مستندة إلى ما فهم أربابها من المكاتب المذكورة، والأظهر في مدلولها هو إناطة الجواز بالاختلاف الذي ربّما جاء فيه تلف الأموال والنّفوس، لا مطلق الاختلاف، لأنّ الذيل مقتيد، ولا خصوص المؤدّي علماً أو ظناً، لأنّ موارد استعمال لفظة (ربّما) أعمّ من ذلك، ولا مطلق ما يؤدّي إلى المحذور المذكور، لعدم ظهور الذيل في التعليل، بحيث يتعدّى عن مورد النصّ، وإن كان فيه إشارة إلى التعليل. وعلى ما ذكرنا فالمكاتب غير مفتى بها عند المشهور^١، 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.

لكنّ الإنصاف أنّ هذا لا يمنع من جبر ضعف دلالة الرواية، وقصور مقاومتها للعمومات المانعة بالشبهة، لأنّ اختلاف فتاوى المشهور إنّما هو من حيث الاختلاف في فهم المناط الذي أُنيط به الجواز، من قوله عليه السلام: «إن كان قد علم الاختلاف» المنضمّ إلى قوله: «فإنّه ربّما جاء في الاختلاف».

وأما دلالة المكاتب على كون مورد السؤال هو الوقف المؤبد التام، فهي على تقدير قصورها، منجبرة بالشبهة، فيندفع بها ما يدعى من قصور دلالتها من جهات مثل عدم ظهورها في المؤبد، لعدم ذكر البطن اللّاحق^٢، وظهورها في عدم إقباض الموقوف

وربما أورد على الاستدلال بالمكاتب في هذه الصور بإيرادات:

١. الأول: إعراض الأصحاب عنها.

وقد عرفت أنّ الأصحاب عملوا بها، وإنّما الخلاف بينهم في موضوع الجواز من جهة اختلافهم في فهم المراد منها.

٢. الثاني: أنّ الظاهر من عدم ذكر الأعقاب فيه، كون الوقف منقطعاً لا مؤبداً الذي هو

محلّ البحث.

وفيه: إنّ عدم ذكر الأعقاب إنّما هو من جهة عدم الإحتياج إليه، فلو لم ندّع أنّ

إطلاق الوقف ظاهر في المؤبد، لا كلام في أنّ مقتضى ترك الإستفصال البناء على عدم

عليهم، وعدم تمام الوقف، كما عن «الإيضاح»^١، 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، ويشتد لحصول الإختلاف بينهم قبل الدفع إليهم في تلك الضيعة، أو في أمر آخر، فهل يدفعها موقوفة ويدفعها إليهم؟ أو يرجع عن الوقف لعدم لزومه بعد ويدفع إليهم ثمنها، أيهما أفضل). انتهى موضع الحاجة.

والإنصاف: أنه توجيه حسن، لكن ليس في السؤال ما يوجب ظهوره في ذلك، فلا يجوز رفع اليد عن مقتضى ترك الإستفصال 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 الإنجبار بالشهرة، ثبوت حكم الرواية للوقف التام المؤبد، لا تعيين ما أنيط به الجواز من كونه مجرد الفتنة أو ما يؤدي الفتنة إليه، أو غير ذلك، مما تقدم من الإحتمالات في الفقرتين المذكورتين. نعم يحتاج إلى الاعتضاد

الفرق في ذلك بين المؤبد والمنقطع.

١. الثالث: ما عن «الإيضاح»، وهو ظهورها في عدم إقباض الموقوف عليهم، وعدم تمام الوقف، وعن المحدث المجلسي والبحراني الجزم به، واحتمله سيد العروة، فهي تدل على جواز البيع ما لم يتحقق الوقف، ومحل الكلام هو بيع الوقف. وفيه أولاً: إن الظاهر من الوقف والموقوف عليهم وغيرهما من التعبيرات فيها، تحقق الوقف الصحيح.

وثانياً: إنه لو تنزلنا عن ظهورها في ذلك، يكفي في الحكم عدم الإستفصال بين تحقق الوقف والقبض وعدمه.

بالشهرة من جهة أخرى، وهي أن مقتضى القاعدة - كما عرفت - لزوم كون بدل الوقف كنفسه مشتركاً بين جميع البطون، وظاهر الزواية تقريره للسائل في تقسيم ثمن الوقف على الموجودين^١، فلا بد إما من رفع اليد عن مقتضى المعاوضة إلا بتكلف سقوط حق سائر البطون عن الوقف آنماً قبل البيع، لتنع المعاوضة في مالهم. وإما من حمل السؤال على الوقف المنقطع، أعني الحبس الذي لا إشكال في بقائه على ملك الواقف، أو على الوقف الغير التام، لعدم القبض، أو لعدم تحقق صيغة الوقف، وإن تحقق التوطن عليه وتسميته وقفاً بهذا الاعتبار.

ويؤيده تصدي الواقف بنفسه للبيع، إلا أن يحمل على كونه ناظراً، أو يقال أنه أجنبي استأذن الإمام عليه السلام في بيعه عليهم حسبة، بل يمكن أن يكون قد فهم الإمام عليه السلام من جعل السائل قسمة الثمن بين الموجودين مفروغاً عنها، مع أن المركز في الأذهان اشتراك 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 الخل وأمثاله بفهم الأصحاب الوقف المؤبد التام، ويقال إنه لا بأس بجعل الخبر المعتضد بالشهرة مخصصاً لقاعدة المنع عن بيع الوقف، وموجباً لتكلف الالتزام لسقوط حق اللاحقين عن الوقف عند إرادة البيع، أو نمنع تقرير الإمام عليه السلام للسائل في قسمة الثمن إلى الموجودين.

١. الرابع: أن الظاهر من الخبر كون الثمن للموجودين، مع أنه منافٍ لحق البطون، ولقول المجوزين، لأنهم يقولون بجواز البيع وشراء عوض الوقف بثمنه. وفيه أولاً: إن عدم عمل الأصحاب بهذه الجملة، لا يوجب سقوط سائر الجملات عن الحجية.

وثانياً: إن الالتزام بذلك في خصوص مورد الوقف الذي لا يرتفع الإختلاف إلا بتقسيم الثمن من جهة أنه جاء من جهة الإشتراك في الوقف، لا أرى فيه محذوراً. وثالثاً: إن المحكي عن الأكثر العمل بها.

ويبقى الكلام في تعيين المحتملات في مناط جواز البيع، وقد عرفت الأظهر منها، لكن في النَّفس 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، أنّ المناط في ذلك القسم العلم أو الظنّ بتلف الوقف رأساً، والمناط هنا خراب الوقف الذي يتحقق به تلف المال وإن لم يتلف الوقف، فإنّ الزائد من المقدار الباقي مال قد تلف، وليس المراد من التّلف في الرواية تلف الوقف رأساً، حتّى يتحد مع ذلك القسم المتقدّم، إذ لا يناسب هذا مع ما هو الغالب في تلف الضيعة التي هي مورد الرواية، فإنّ تلفها غالباً يسقطها عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شأنها.

ثمّ إنّ الظاهر من بعض العبارات المتقدمة، بل المحكى عن الأكثر أنّ الثمن في هذا البيع للبطن الموجود.

إلا أنّ ظاهر كلام جماعة بل صريح بعضهم كجامع المقاصد: (هو أنّه يشتري بثمنه ما يكون وقفاً، على وجه يندفع به الخلف تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الإمكان). وهذا منه عليه السلام مبني على وجه 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 البديل كالمبديل، لكنّ الوجه الثاني ينافي قوله باختصاص الموجودين بثمن ما يباع للحاجة الشديدة، تمسكاً برواية جعفر، فتعين الأول وهو منع التقرير، لكنّه خلاف مقتضى التأمل في الرواية.

الخامس: أنّه لو جاز بيع الوقف، فإنّما يجوز للموقوف عليهم لا للأجنبي، والمكاتبة تدلّ على جوازه للأجنبي كما لا يخفى.

وفيه: أنّه يمكن أن يكون ذلك من جهة كونه ناظراً، أو أنّه استاذن من الإمام عليه السلام في ذلك لكونه من الأمور الحسبيّة.

هذا كلّ في الدائم.

وأما الوقف المنقطع: وهو ما إذا وقف على من ينقرض^١ بناءً على صحته، كما هو المعروف^٢، فإما أن نقول ببقائه على ملك الواقف، وإما أن نقول بانتقاله إلى

الوقف المنقطع

١. وأما الوقف المنقطع، وهو ما إذا وقف على من ينقرض، فالكلام فيه يقع في جهات:

الجهة الأولى: في صحّة الوقف المنقطع.

الوقف المنقطع على قسمين:

القسم الأول: ما يجعل وقفاً مؤقتاً، كما لو قال: (وقفتُ هذا عشر سنين) وهذا لا خلاف بينهم في بطلانه، كما عن ظاهر «جامع المقاصد» و«المسالك»، بل عن «الغنية» و«المختلف» و«السرائر» و«الجواهر» دعوى الإجماع عليه، وكفى به مدركاً. القسم الثاني: ما يجعل على من ينقرض غالباً، والأظهر صحته وقفاً كما هو المشهور بين الأصحاب، لأنّ: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها».

ودعوى: أخذ التأييد في مفهوم الوقف، كما ترى، لأنّ حقيقة الوقف حسب العين وتسبيل الثمرة، سواء كان ذلك دائماً أم مؤقتاً.

والإجماع على اعتبار التأييد في الوقف، وإن كان لا يُنكر، إلا أنّ مراد المجمعين عدم توقيته مدّة لا كونه دائماً.

وبعبارة أخرى: المراد به عدم الإقتران بمدّة، وأما ارتفاع الوقف بانتفاء الموقوف عليه كارتفاعه بانتفاء العين الموقوفة، فلا ينافي الدوام.

ويشهد لصحته صحيح الصقّار: «كتبتُ إلى أبي محمد عليه السلام أسأله من الوقف الذي يصحّ كيف هو؟ فقد روي أنّ الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة، وإذا كان مؤقتاً فهو صحيح ممضي؟ قال قوم: إنّ الموقت هو الذي يُذكر فيه أنّه وقف على فلان وعقبه، فإذا انقرضوا فهو للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، وقال

الموقوف عليهم، وعلى الثاني فيما أن يملكوه ملكاً مستقراً، بحيث ينتقل منهم إلى ورثتهم عند انقراضهم. وإما أن يُقال بعوده إلى ملك الواقف. وإما أن يقال بصيرورته في سبيل الله^١.

آخرون هذا موقت إذا ذكر أنه لفلان وعقبه ما بقوا، ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن عليها، والذي هو غير موقت أن يقول هذا وقف ولم يذكر أحداً، فما الذي يصح من ذلك وما الذي يبطل؟ فوقع ^{الوقف}: الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله^(١).

فإنه يدل على صحة الوقف الموقت بكلا تفسيريه.

١. الجهة الثانية: في أنه بعد الانقراض يرجع الوقف إلى الواقف وورثته، أو إلى ورثة الموقوف عليه، أو يُصرف في وجوه البر، وجوه:

أقواها الأول، لأن خروج الوقف عن ملكه لو قلنا به إنما يكون خروجاً مادامياً، أي ما دامت حياة الموقوف عليه، فلا محالة يرجع إلى مالكة بموته، فإنه لم يخرج عن ملكه إلا إلى أجل.

ودعوى: أن مقتضى إطلاق أدلة الإرث انتقاله إلى ورثة الموقوف عليه.

مندفعة: بأنها إنما تدل على الإرث فيما هو للميت، لا ما ليس له بعد موته، ومقتد ملكيته بحياته، فإنه ليس مما تركه الميت. وتام الكلام في محله.

هذا على القول بخروجه عن ملك الواقف، وإلا فهو ملك له من الأول وبموته ينتقل إلى ورثته، ولعل الأظهر ذلك، لأن ما ذكرناه في وجه خروجه عن ملك الواقف في المؤبد، من أن اعتبار الملكية له لغو.

ومن إطلاق الصدقة عليه، لا سيما بما في بعض النصوص من التقييد بالبتلة، لا يجري في المقام.

أما الأول فواضح، وأما الثاني فلعدم إطلاقها مع هذا القيد على الوقف المنقطع.

(١) الوسائل - باب ٧ - من أبواب الوقوف والصدقات، حديث ٢.

فعلى الأول: لا يجوز للموقوف عليهم البيع لعدم الملك، وفي جوازه للواقف مع جهالة مدة استحقاق الموقوف عليهم إشكال، من حيث لزوم الغرر بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به^١، ولذا منع الأصحاب - كما في «الإيضاح» على ما حكى عنهم - بيع مسكن المطلقة المعتدة بالإقراء لجهالة مدة العدة، مع عدم كثرة التفاوت. نعم المحكي عن جماعة كالمحقق والشهيد في «المسالك» و«الدروس» وغيرهم صحة البيع في السكنى الموقوفة بعمر أحدهما، بل ربما يظهر من محكي

الجهة الثالثة: في جواز بيعه وعدمه.

الظاهر أنه إن قلنا بانتقال الوقف إلى الموقوف عليه، لا ينبغي التوقف في عدم جواز بيعه، لعموم ما دلّ على عدم جواز بيع الوقف^(١) الشامل للمؤبد والمنقطع. ومن الغريب عدم ذكر المصنف^{رحمته} هذه الجهة برغم ما ذكره من البسط والاطناب. نعم، لو قلنا ببقائه على ملك الواقف، لا يبعد دعوى عدم شمول الأدلة المانعة عن البيع له، أما دليل الوقف، فلظهوره في أن المنع عن البيع الذي أنشأه الواقف إنما هو من خصوصيات إنشائه ملكية الموقوف عليهم - أي يملكهم بالملكية الساكنة غير المتعدية عنهم - فلو لم يقع أصل الملك كيف تقع خصوصياته، وأما غيره فللانصراف إلى ما لو كان البيع منافعاً للوقف.

وعلى القول بعدم شمول الأدلة المانعة له، يقع الكلام فيما تقتضيه القواعد.

أقول: الحق أن بيع الواقف حينئذ يتصور على وجوه:

أحدها: أن يبيع العين الموقوفة من الأجنبي، مع عدم انتقال منفعه إليه، وحيث أن المقتضي للصحة وهو الملك موجود، فلا بد من البحث عن المانع، وهو ليس الجهل بمقدار المنفعة التي يستحقها الموقوف عليه للجهل بأمد انقضاءها - فإن الجهل بنفسه وإن كان من الموانع لصحة البيع، إلا أن الجهل بالمبيع والمنافع ليست داخله فيه، وإن أوجبت زيادة المائبة - بل المانع هو الغرر، وقد وجهه المصنف^{رحمته} بقوله:

١. (بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به).

وأورد عليه المحقق الإصفهاني^{رحمته}: بأنه إذا كان المبيع معلوماً ذاتاً ووصفاً وتسليماً،

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١ - ٤ - و - باب ١٧ - من أبواب عقد البيع.

«التنقيح» الإجماع عليه، ولعلّه إمّا لمنع الغرر وإمّا للنصّ، 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 في زمان حياته ولعقبه من بعده؟ قال: هي له ولعقبه من بعده كما شرط، قلت: فإن احتاج إلى بيعها؟ قال: نعم، قلت: فينقض البيع السكّنى؟ قال: لا ينقض البيع السكّنى، كذلك سمعت أبي يقول، قال أبو جعفر: لا ينقض البيع الإجارة ولا السكّنى، ولكن يبيعه على أن الذي يشتريه لا يملك ما أشترته حتى ينقضي السكّنى على ما شرط» الخبر^١. ومع ذلك فقد توقّف في المسألة العلامة وولده والمحقّق الثاني. ولو باعه من الموقوف عليه المختصّ بمنفعة الوقف، فالظاهر جوازه، لعدم الغرر، ويحتلّ عدم لأنّ معرفة المجموع المركّب من ملك البائع وحقّ المشتري، لا يوجب معرفة المبيع. وكذلك لو باعه ممّن انتقل إليه حقّ الموقوف عليه. نعم لو انتقل إلى الواقف، ثمّ باع صحّ جزماً.

وكان المجهول وقت التسليم لا يكون ذلك غررياً. وعلى فرض التنزّل وتسليم صدقه عليه لا دليل على مبطليّته، لأنّ العمدة في مانعيّته الإجماع، وهو غير ثابت في المقام. وفيه: إنّ الجهل بوقت التسليم، والجهل بمقدار المنفعة موجبان لصدق الغرر. أمّا الثاني: فلأنّ الثمن إنّما يدفع بإزاء العين بلحاظ المنافع، فالجهل بمقدارها موجب للغرر. وأمّا الأوّل: فلأنّه كما يصدق الغرر مع الجهل بأصل التسليم، كذلك يصدق مع الجهل بوقته.

ودعوى: أنّ عمدة دليل مانعيّة الغرر الإجماع غير الشامل للمقام. مندفعة: بأنّ عمدة دليله النبوي^(١) المنجبر بالعمل الشامل للمقام. فالأظهر بحسب القاعدة البطلان.

١. وأمّا مصحّح الحسن بن نعيم المذكور في المتن، الدالّ على جواز بيع المالك داره التي جعل سكنها لرجل ولعقبه من بعده^(٢)، فهو يخصّص دليل الغرر، وعليه فإنّ أمكن

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ٢ - من أبواب أحكام السكنى والحبس حديث ٢.

وأما مجرد رضا الموقوف عليهم، فلا يجوز البيع من الأجنبي^١، لأن المنفعة مال لهم، فلا ينتقل إلى المشتري بلا عوض، اللهم إلا أن يكون على وجه الإسقاط لو صححناه 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 التأمّل فيما حكى عن «التنقيح» من أنّه لو اتّفق الواقف والموقوف عليه على البيع في المنقطع جاز، سواء أراد بيع الواقف أو بيع الموقوف عليه، كما يدلّ عليه كلامه المحكي عنه في مسألة السكنى، حيث أجاز استقلال مالك العين بالبيع ولو من دون رضا مالك الانتفاع أو المنفعة. نعم، لو كان للموقوف عليه حقّ الانتفاع من دون تملك للمنفعة - كما في السكنى على قول - صحّ ما ذكره، لإمكان سقوط الحقّ بالإسقاط بخلاف المال فتأمّل، وتمام الكلام في هذه المسائل في باب السكنى والحبس إن شاء الله تعالى.

وعلى الثاني: فلا يجوز البيع للواقف، لعدم الملك، ولا للموقوف عليه، لاعتبار الواقف بقاءه في يدهم إلى انقراضهم. وعلى الثالث فلا يجوز البيع للموقوف عليه وإن أجاز الواقف، لمنافاته لا اعتبار الواقف في الوقف بقاء العين، كما لا يجوز أيضاً للواقف الغير المالك فعلاً، وإن أجاز الموقوف عليه، إلا إذا جوّزنا بيع ملك الغير مع عدم اعتبار

إلغاء الخصوصية، يتعدّى من مورده إلى الوقف المنقطع، ويحكم بجواز بيعه وإلا فلا.
١. بقي الكلام في إجازة الموقوف عليه، وأنّ رضاه ببيع الواقف هل يوجب صحته أم لا؟

والمقصود من ذلك أنّ تكون عينه وجميع منافعه منتقلة إلى المشتري، فلا يلزم الغرر. والأظهر عدم كفايته، فإنّ المنفعة لا تنتقل إلى المشتري لا بلا عوض ولا معه إلا بالصلح. أمّا عدم انتقالها بلا عوض، فلأنّ الناقل إمّا هو الهبة أو الإسقاط أو الإبراء، ولا مورد لشيء منها في المقام، أمّا الهبة فلا اعتبار تعلّقها بالعين، وأمّا الإسقاط فلاّنه يتعلّق بالحقّ والمنفعة ملك، وأمّا الإبراء فلاّنه يتعلّق بالملك الذمّي كالدين والمنفعة ملك خارجي.

مجيز له في الحال، بناءً على أنّ الموقوف عليه الذي هو المالك فعلاً، ليس له الإجازة، لعدم تسلّطه على النّقل، فإذا انقرض الموقوف عليه وملكه الواقف لزم البيع.

ثمّ إنّه قد أورد على القاضي رحمته حيث جوّز للموقوف عليه بيع الوقف المنقطع، مع قوله ببقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف، ويمكن دفع التّنافي بكونه قائلاً بالوجه الثالث من الوجوه المتقدّمة، وهو ملك الموقوف عليهم، ثمّ عوده إلى الواقف.

إلّا أنّ الكلام في ثبوت هذا القول بين من اختلف في مالك الموقوف في الوقف المنقطع، ويتضح ذلك في مراجعة مسألة في كتاب الوقف. وعلى الرّابع فالظاهر أنّ حكمه حكم الواقف المؤبّد كما صرح به المحقّق الثاني على ما حكى عنه،

وأما عدم انتقالها بالعوض؛ فلأنّ نقلها إمّا الإجارة أو البيع على قول، ويعتبر في كلّ منهما عدم الغرر، وفي المقام كلّ من المعاملتين - أي المعاملة التي يوقعها الواقف أصالةً، والتي يوقعها عن الموقوف عليه غرريّة - وإن كان لا غرر بعد تماميّة العقدين فيتعيّن ان يكون ذلك بعنوان الصلح، ولا بأس به.

إلّا أنّه يصحّ صلح الواقف ماله من العين المجرّدة عن مقدار من المنفعة، من دون حاجة إلى إجازة الموقوف عليه.

ثانيها: أن يبيع العين الموقوفة من الموقوف عليهم، وقد أفاد المحقّق الإصفهاني رحمته:
أنّه لا ينبغي النزاع في صحّتها بيعاً حيث لا غرر ولا جهالة.

وفيه: إنّ المشتري بعد البيع وإن كان يعلم بماله من العين والمنافع، إلّا أنّ الميزان في الصّحة والفساد كون البيع بنفسه غررياً وعدمه، وهذا البيع بنفسه غرري، والعلم بعد تحقّقه بماله لا يوجب عدم صدق الغرر.

ألا ترى أنّه لو صالح أحد الشريكين الذي له مقدار من العين غير المعين شخصاً، فباعه بعد ذلك الشريك الآخر حصّته، لا إشكال في صدق الغرر، وبطلان البيع، مع أنّ المشتري بعد البيع يعلم بما انتقل إليه وأنّ العين بتمامها له.

لأنه حقيقة وقف مؤبد، كما لو صرح بكونه في سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليه الخاص^١. ثم إن ما ذكرنا في حكم الوقف المنقطع، فإنما هو بالنسبة إلى البطن الذي لا بطن بعده يتلقى الملك من الواقف. وأما حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعدهم. فإن قلنا بعدم تملكهم للمنقطع فهو كما تقدم. وأما على تقدير القول بملكهم، فحكم بيع غير الأخير من البطون حكم بيع بعض البطون في الوقف المؤبد، فيشترك معه في المنع في الصور التي منعنا، وفي الجواز في الصورة التي جؤزنا بالإشتراك دليل المنع والجواز، ويتشارك أيضاً في حكم الثمن بعد البيع.

ثالثها: ما إذا انتقلت منفعة العين الموقوفة إلى غير الموقوف عليهم، ثم بيع العين منه، فإن حكم هذه الصورة حكم الصورة المتقدمة.

رابعها: ما إذا انتقلت المنفعة إلى الواقف فباع العين، فإنه لا إشكال في الصحة لوجود المقتضي وعدم المانع.

هذا كله بناءً على بقاءه على ملك الواقف، وأما لو قلنا بانتقاله إلى الموقوف عليه، فلا يجوز البيع لا للواقف ولا للموقوف عليه وذلك لوجهين:

الوجه الأول: الأدلة المانعة عن بيع الوقف.

الوجه الثاني: أن الواقف لا يجوز له البيع لعدم الملك، كما أن الموقوف عليه أيضاً لا يجوز له ذلك من جهة أن ملكيته محدودة ليست مرسلّة، فإن باع ونقل الملكية المرسلّة يكون قد نقل ما ليس له، وإن نقل الملكية المحدودة بطل من جهة أن البيع هو نقل الملكية المرسلّة.

ولا فرق فيما ذكرناه بين عود الملك إلى الواقف، أو انتقاله إلى ورثة الموقوف عليه، أو صيرورته في سبيل الله تعالى.

١. قوله ﷺ: (لأنه حقيقة وقف مؤبد... الخ).

وفيه: إن صيرورة الوقف في سبيل الله إن كانت بإنشاء الواقف، كان مقتضاه حبس العين، وصرف منافعتها في سبيل الله تعالى، وإن كانت من جهة انقضاء أمد ملك الموقوف عليه، لا مانع من صرفها بنفسها في سبيل الله تعالى.

مسألة: ومن أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً كونه مرهوناً^١، فإنّ الظاهر بل المقطوع به الاتفاق على عدم استقلال المالك في بيع ملكه لمرهون، وحكي عن «الخلاف» إجماع الفرقة وأخبارهم على ذلك. وقد حُكي الإجماع عن غيره أيضاً، وعن «المختلف» في باب تزويج الأمة المرهونة أنّه أرسل عن النبي ﷺ: «إنّ الرّاهن والمرتهن ممنوعان من التصرف»^٢.

بيع العين المرهونة

١. قوله: (من أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً، كونه مرهوناً).

أقول: في بيع العين المرهونة أقوال:

الصحة وعدم الوقوف على الإجازة، اختاره بعض المحققين من المتأخرين.

الصحة مع الوقوف على الإجازة، أو سقوط حقه بإسقاطه، أو بالفك، ذهب إليه الشيخ

وابن حمزة، وجمهور المتأخرين عدا شاذّ منهم.

البطلان، وهو الظاهر من عبارات جماعة من القدماء وغيرهم، وصرّح به صاحب

«المقاييس»^٣.

والكلام يقع في مقامين:

الأول: في أنّه هل يصحّ بيع الراهن مستقلاً أم لا ؟

الثاني: في أنّه على فرض عدم الصحة كذلك، هل يبطل رأساً أم يمكن تصحيحه

بالإجازة أو سقوط حقّ المرتهن بالإسقاط أو الفكّ ؟

أمّا المقام الأول: فقد استدللّ لعدم الصحة:

بالإجماع على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون.

٢. وبالمرسل عن النبي ﷺ: «الراهن والمرتهن ممنوعان عن التصرف في الرهن»^(١)

المنجبر ضعفه بالعمل.

وبقاعدة السلطنة^(٢). إذ البيع ينافي سلطنة المرتهن على حقه.

(١) المستدرک - باب ١٧ - من ابواب كتاب الرهن حديث ٦.

(٢) البحار ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث - وج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم.

وإنما الكلام في أنّ بيع الرّاهن هل يقع باطلاً من أصله؟ أو يقع موقوفاً على الإجازة؟ أو سقوط حقه باسقاطه أو بالفك، فظاهر عبائر جماعة من القدماء وغيرهم الأول، إلا أنّ صريح الشيخ في «النهاية»، وابن حمزة في «الوسيلة»، وجمهور المتأخرين عدا شاذّ منهم هو كونه موقوفاً، وهو الأقوى، للعمومات السليمة عن المخصّص^١، لأنّ معقد الإجماع والأخبار الظاهرة في المنع عن التصرف هو الاستقلال، كما يشهد به عطف المرتهن على الرّاهن، مع ما ثبت في محلّه من وقوع تصرف المرتهن موقوفاً لا باطلاً.

وفي الجميع نظر.

أمّا الأول: فلأنّ هذا الإجماع ليس إجماعاً تعبدياً كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام، بل منشأه منافاة البيع لحقّ المرتهن.

وبعبارة أخرى: معقد الإجماع هو عدم استقلال المالك في التصرفات المنافية لحقّ المرتهن، ومن صرح بالبيع فإنّما هو من جهة أنّه رأى منافاته لحقّ المرتهن، وعليه فحيث أنّ البيع ليس منافياً لحقيقة الرهن ولحقّ المرتهن. إذ لا يعتبر في العين المرهونة أن تكون ملكاً للراهن، وقد اتفقوا على جواز استعارة عين للرهن، فإذا جاز ذلك ابتداءً جاز بالأولى بيع العين المرهونة، فتنتقل العين المرهونة إلى المشتري، ويكون حقّ الرهانة باقياً متعلقاً بها. نعم، مع جهل المشتري بالحال يثبت له الخيار.

وأمّا الثاني: فلأنّ التصرف فيه لا يعمّ التصرف الإعتباري كالبيع، كما حقّق في مبحث الفضولي.

مع أنّه على فرض الشمول، أنّ النهي عنه متعلّق بعنوان جامع بين التصرف الإعتباري والخارجي، ولا يكون ظاهراً في الإرشاد، بل هو ظاهر في المبعوضة والحرمة النفسية. وقد مرّ في أوّل الجزء الأوّل عدم دلالة النهي عن المعاملة على الفساد. وأمّا الثالث: فلما عرفت أنّها من أنّ البيع ليس منافياً لسلطنة المرتهن على حقه، فالأظهر هي الصحة والنفوذ، وعدم الوقوف على الإجازة، أو سقوط حقّ المرتهن.

وأمّا المقام الثاني: فقد استدللّ المصنّف رحمته الله للصحة مع الإجازة بوجوه:

١. الأوّل: العمومات السليمة عن المخصّص، فإنّ معقد الإجماع والأخبار الظاهرة

وعلى تسليم الظهور في بطلان التصرف رأساً، فهي موهونة بمصير جمهور المتأخرين على خلافه. هذا كله مضافاً على ما يستفاد من صحة نكاح العبد بالإجازة، معللاً: «بأنه لم يعص الله وإنما عصى سيده»^(١) إذ المستفاد منه أن كل عقد كان النهي عنه لحق الآدمي، يرتفع المنع ويحصل التأثير بارتفاع المنع، وحصول الرضا، وليس ذلك كمعصية الله أصالة في إيقاع العقد التي لا يمكن أن يلحقها رضى الله تعالى.

في المنع عن التصرف هو الإستقلال.

وأورد عليه المحقق الإيرواني: بأن بيع الراهن خارج عن العمومات بالقطع، والمتيقن وإن كان خروج ما قبل الإجازة من المرتهن، إلا أنه لا مجال للتمسك بها بعدها، لعدم عموم أزماني فيها، بل عمومها أفرادي فقط، بإزاء كل عقد إيجاب واحد للوفاء لا إيجابات متعددة، حتى إذا خرج الفرد في زمان صح التمسك بها في زمان آخر. وفيه: إن خروج فرد في زمان إن كان لأجل مانع، وكان ذلك المانع مقروناً بالعقد، ومن حين تحققه، فارتفع ذلك المانع، لا مانع من شمول الدليل له بعد ارتفاع المانع، والكبرى التي أشار إليها لو تمت إنما هي فيما إذا كان خروج الفرد في الأثناء كما حقق في محله.

فالإنصاف أنه بناءً على كون حق الرهانة من الحقوق القابلة للإرتفاع بإذن من له الحق - كما هو الحق. ولذا يجوز بيع الرهن بإذن المرتهن إذا أجاز المرتهن وارتفع المانع عن تأثير العقد وصحته - صح بمقتضى العمومات.

١. الثاني: أن المستفاد من تعليل صحة نكاح العبد بالإجازة، بأنه: «لم يعص الله وإنما عصى سيده»^(١) أن كل عقد كان النهي عنه لحق الآدمي، يرتفع المنع ويحصل التأثير بارتفاع المنع وحصول الرضا.

وأورد عليه: بأن الحقوق مختلفة، فبعضها قابل للإرتفاع بإذن من له الحق، وبعضها

(١) الوسائل - باب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

هذا كله مضافاً إلى فحوى أدلة صحة الفضولي^١، لكن الظاهر من «التذكرة» أن كل من أبطل عقد الفضولي أبطل العقد هنا.

وفيه نظر؛ لأن من استند في البطلان في الفضولي إلى مثل قوله ﷺ: «لا بيع إلا في ملك» لا يلزمه البطلان هنا، بل الأظهر ما سيجيء عن «إيضاح النافع» من أن الظاهر وقوف هذا العقد. وإن قلنا ببطلان الفضولي، وقد ظهر من ذلك ضعف ما قواه بعض من عاصرناه من القول بالبطلان، متمسكاً بظاهر الإجماعات والأخبار^٢ المحكية على المنع والنهي.

لا يقبل ذلك كحق الاستيلاء والوقف ونحوهما.

وكون الرهن من قبيل الأول غير ثابت، ومع عدم إحرازه لا سبيل إلى الاستدلال بعموم العلة.

وفيه: إن المستفاد من ما دلّ على كفاية إذن المرتهن، وأن به يجوز البيع، كونه من قبيل الأول.

١. الثالث: فحوى أدلة^(١) صحة الفضولي.

أورد عليه المحقق الإيرواني^{رحمته}: بأن من المحتمل كون هذا الحق من قبيل حق أم الولد موجباً لفساد البيع، فلا أولوية، بل ولا المساواة.

وفيه: إنه قد عرفت عدم كونه من قبيل حق أم الولد، وكونه من الحقوق القابلة للإرتفاع، وعليه فالأولوية واضحة، فإن في بيع مال الغير جهتين مانعتين عن الصحة واللزوم: إحداها فقدان رضا المالك. وثانيتهما عدم استناد البيع إلى المالك. وفي المقام ينحصر المنع بالجهة الأولى فلا محالة يكون أولى.

وقد استدل صاحب «المقاييس»^{رحمته} لما ذهب إليه من البطلان بما يرجع محضه إلى وجوه:

٢. منها: أن المستفاد من ظاهر الإجماعات والأخبار المحكية تعلق النهي بالمعاملة لأمر داخل راجع إلى أحد العوضين، لاستحقاق المرتهن إياه، لا لأمر خارج كما في البيع

(١) راجع مبحث الفضولي من هذا الكتاب.

قال: (وهو موجب للبطلان، وإن كان لحقَّ الغير إذ العبرة بتعلُّق النهي بالعقد لا لأمر خارج منه، وهو كاف في اقتضاء الفساد كما اقتضاء في بيع الوقف وأمّ الولد وغيرهما، مع استوائهما في كون سبب النهي حقَّ الغير، ثمَّ أورد على نفسه بقوله: فإن قلت: فعلى هذا يلزم بطلان عقد الفضولي وعقد المرتهن، مع أنّ كثيراً من الأصحاب ساووا بين الرّاهن والمرتهن في المنع، كما دلّت عليه الرّواية، فيلزم بطلان عقد الجميع أو صحّته، فالفرق تحكّم.

قلنا: إنّ التصرف المنهي عنه إن كان انتفاعاً بمال الغير، فهو محرّم، ولا يحلّ له الإجازة المتعقّبة، وإن كان عقداً أو إيقاعاً فإن وقع بطريق الاستقلال لا على وجه النيابة عن المالك. فالظاهر أنّه كذلك، كما سبق في الفضولي، وإلا فلا يعدّ تصرفاً يتعلّق به النهي فالعقد الصّادر عن الفضولي قد يكون محرّماً، وقد لا يكون كذلك. وكذا الصّادر عن المرتهن إن وقع بطريق الاستقلال المستند إلى البناء على ظلم الرّاهن وغصب حقّه، أو إلى زعم التسلط عليه بمجرد الارتهان كان منهيّاً عنه، وإن كان بقصد النيابة عن الرّاهن في مجرّد إجراء الصّيغة، فلا يزيد عن عقد الفضولي، فلا يتعلّق به نهى أصلاً.

وقت النداء، والنهي في المعاملات إذا كان كذلك يقتضي الفساد. ثمَّ أورد على نفسه: بأنّه على هذا يلزم البناء على بطلان بيع الفضولي. وأجاب عنه: بأنّ الفضولي إن باع على وجه الاستقلال بطل لذلك، وإن باع على وجه النيابة عن المالك - حيث أنّه لا يعدّ تصرفاً عرفياً - فلا يكون منهيّاً عنه، فلا يكون باطلاً، ولا يعقل في المقام النيابة والبيع الاستقلالي تصرف عرفياً. وفيه أولاً: ما تقدّم من عدم دلالة الأدلّة المشار إليها على حرمة البيع. وثانياً: إنّ النهي عن المعاملة لا يدلّ على الفساد. وثالثاً: إنّ ما ذكره من القسمين يتصوّر في بيع الرّاهن، فإنّه يمكن أن يبيع رجاء لإجازة المرتهن ولا ينوي الاستقلال. ورابعاً: إنّّه قد عرفت صحّة بيع الفضولي وإن كان على وجه الاستقلال لو تعقّبه الإجازة.

وأما المالك فلما حجر على ماله برهنه، وكان عقده لا يقع إلا مستنداً إلى ملكه وانحصار المالكية فيه، ولا معنى لقصد النيابة، فهو منهي عنه، لكونه تصرفاً مطلقاً ومنافياً للحجر الثابت عليه، فيخصص العمومات بما ذكر، ومجرد الملك لا يقضي بالصحة، إذ الظاهر بمقتضى التأمل أن الملك المسوغ للبيع، هو ملك الاصل مع ملك التصرف فيه، ولذا لم يصح البيع في مواضع وجد فيها سبب الملك، وكان ناقصاً للمنع عن التصرف، ثم قال: (وبالجملة فالذي يظهر بالتتابع في الأدلة أن العقود ما لم تنته إلى المالك، فيمكن وقوعها على إجازته.

وأما إذا انتهت إلى إذن المالك أو إجازته، أو صدرت منه، وكان تصرفه على وجه الأصاله، فلا تقع على وجهين، بل تكون فاسدة أو صحيحة لازمة إذا كان وضع العقد على اللزوم^١. وأما التعليل المستفاد من الرواية المروية في النكاح من قوله: «لم يعص الله وإنما عصى سيده الخ» فهو جار فيمن لم يكن مالكا، كما أن العبد لا يملك أمر نفسه. وأما المالك المحجور عليه فهو عاص لله بتصرفه^٢، ولا يقال إنه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا. وإنما منع الله من تفويت حقه بالتصرف، وما ذكرناه جار في كل مالك متمول لأمر نفسه إذا حجر على ماله لعارض كالفسل وغيره، فيحكم بفساد الجميع.

١. ومنها: أن البيع إن صدر عن غير المالك، وقوعه موقوفاً على الإجازة، فإن له بقاء، وبالإجازة يستند إلى المالك فتشمله العمومات. وإن صدر عن المالك فلا مورد لتوقفه على إجازة شخص آخر، فإما أن يصح، أو يبطل ولا ثالث. وحيث أنه لا يمكن الالتزام بالصحة لكونه منافياً لحق الرهانة، فلا بد من البناء على البطلان. وفيه: إنه حيث يكون للعقد بقاء، فإذا صدر عن المالك ولم يؤثر لإقترانه بالمانع، فإن ارتفاع المانع يؤثر أثره.

٢. ومنها: أن التعليل الوارد في نكاح العبد بغير إذن سيده من قوله ﷺ: «إنه لم يعص الله وإنما عصى سيده»^(١) يدل على الفساد في المقام، فإنه يدل على أن عصيان الله علة موجب للفساد، وعصيان غيره لا يوجب البطلان لإمكان ارتفاعه كما في نكاح العبد

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.

وربما يتّجه الصّحة فيما إذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشفعة^١، فالقول بالبطلان هنا - كما اختاره أساطين الفقهاء - هو الأقوى، انتهى كلامه رفع مقامه. ويرد عليه: بعد منع الفرق في الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الإستقلال، وبيعه على وجه النّيابة، ومنع اقتضاء مطلق النّهي لا لأمر خارج للفساد: أولاً: أنّ نظير ذلك يتصوّر في بيع الرّاهن، فإنّه قد يبيع رجاء لإجازة المرتهن،

وبيع غير المالك، وفي المقام من جهة كونه محجوراً عليه، يكون عاصياً لله تعالى بتصرّفه، ولا يقال إنّه عصى المرتهن لعدم كونه مالكاً، وإنّما منع الله من تفويت حقّه بالتصرف، فيكون بيعه فاسداً.

وفيه: إنّ المراد من العصيان فيه ليس هو العصيان التكليفي، وإلا فإنّ عصيان السيّد عصيان لله تعالى لأنّه أمر بإطاعته ونهى عن مخالفته، بل المراد به العصيان الوضعي، فيكون مفاد التعليل أنّه كلّما كان عدم الصّحة لرعاية حقّ الغير القابل للإسقاط يمكن تصحيح المعاملة بإسقاطه.

وفي المقام حيث أنّ عدم الصّحة إنّما يكون لرعاية حقّ المرتهن، فيمكن تصحيحه بإجازته أو سقوط حقّه، فالأظهر هي الصّحة في هذا المقام أيضاً.

١. قوله: (وربما يتّجه الصّحة فيما إذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشفعة). أقول: لا يخفى أنّ صاحب المقاييس^٢، لمّا حكم ببطلان بيع المالك المحجور، توجه إلى إشكال، وهو أنّ لازم ذلك بطلان بيع السفیه مع أنّهم حكموا بصحّته لو أجازه الولي. وأجاب عن ذلك بأنّه يتّجه الصّحة فيه من جهة أنّ المنع عن بيعه ليس رعاية لحقّ الغير، بل رعاية لمصلحة نفسه.

وبهذا يظهر أنّ عبارة الكتاب غلط، والصحيح هكذا - وربما يتّجه الصّحة فيما إذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة نفسه كالسفه.

وأما قوله: (فالقول بالبطلان هنا)، فهو راجع إلى ما قبل ربما.

وفيه: إنّه لو كان منشأ البطلان الوجه الثاني الذي نقلناه عنه، وهو أنّ بيع المالك لا يتصوّر فيه الوقوف على الإجازة، بل إنّما أن يقع باطلاً أو صحيحاً، اتّجه البناء على البطلان في المقام.

ولا ينوي الاستقلال. وقد يبيع جاهلاً بالرهن أو بحكمه أو ناسياً، ولا حرمة في شيء من ذلك.

وثانياً: إنَّ المتيقن من الإجماع والأخبار على منع الرهن، كونه على نحو منع المرتهن، على ما يقتضيه عبارة معقد الإجماع والأخبار، أعني قولهم: (الرهن والمرتهن ممنوعان).

ومعلوم أنَّ المنع في المرتهن إنما هو على وجه لا ينافي وقوعه موقوفاً. وحاصله: يرجع إلى منع العقد على الرهن، والوفاء بمقتضاه على سبيل الاستقلال وعدم مراجعة صاحبه في ذلك، وإثبات المنع أزيد من ذلك يحتاج إلى دليل، ومع عدمه يرجع إلى العمومات. وأمَّا ما ذكره من منع جريان التعليل في روايات العبد فيما نحن فيه مستنداً إلى الفرق بينهما، فلم أتحمق الفرق بينهما، بل الظاهر كون النهي في كلِّ منهما لحق الغير، فإنَّ منع الله جلَّ ذكره من تفويت حق الغير ثابت في كلِّ ما كان النهي عنه لحق الغير، من غير فرق بين بيع الفضولي ونكاح العبد، وبيع الرهن. وأمَّا ما ذكره من المساواة بين بيع الرهن وبيع الوقف وأمِّ الولد. ففيه أنَّ الحكم فيهما تعبد، ولذا لا يؤثر الإذن السابق في صحة البيع، فقياس الرهن عليه في غير محله.

وبالجملة: فالمستفاد من طريقة الأصحاب، بل الأخبار أنَّ المنع من المعاملة إذا كان لحق الغير الذي يكفي إذنه السابق، لا يقتضي الإبطال رأساً، بل إنما يقتضي الفساد، بمعنى عدم ترتب الأثر عليه مستقلاً من دون مراجعة ذي الحق، ويندرج في ذلك الفضولي وعقد الرهن والمفلس والمريض، وعقد الزوج لبنت أخت زوجته أو أخيها، وللأمة على الحرَّة وغير ذلك. فإنَّ النهي في جميع ذلك إنما يقتضي الفساد، بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من العقد عرفاً، وهو صيرورته سبباً مستقلاً لآثاره، من دون مدخلة رضاء غير المتعاقدين.

وقد يتخيَّل وجه آخر لبطلان البيع^١ هنا، بناءً على ما سيجيء من أنَّ ظاهرهم كون الإجازة هنا كاشفة، حيث أنه يلزم منه كون مال غير الرهن وهو المشتري رهناً للبائع.

وهاهنا إشكالان آخران على القول بالصحة موقوفاً على الإجازة، توهم

اختصاصهما بالمقام دون سائر أقسام الفضولي:

أحدهما: ما ذكره المصنَّف رحمته الله بقوله:

١. (وقد يتخيَّل وجه آخر لبطلان البيع هنا).

وبعبارة أخرى: الرهن والبيع متنافيان، فلا يحكم بتحققهما في زمان واحد، أعني ما قبل الإجازة. وهذا نظير ما تقدّم في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه، من أنه على تقدير صحة البيع، يلزم كون الملك لشخصين في الواقع، ويدفعه أنّ القائل يلتزم بكشف الإجازة عن عدم الرهن في الواقع، وإلا لجرى ذلك في عقد الفضولي أيضاً، لأنّ فرض كون المجيز ملكاً للمبيع نافذ الإجازة، يوجب تملك مالكين لملك واحد قبل الإجازة. وأمّا ما يلزم في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه، فلا يلزم في مسألة إجازة المرتهن. نعم، يلزم في مسألة افتكاك الرهن، وسيجيء التنبيه عليه إن شاء الله تعالى.

وحاصله: أنه بناءً على الكشف يلزم أن يكون مال غير الراهن وثيقة للدين من غير رضا صاحبه، إذ الإجازة تكشف عن ملك المشتري للعين المرهونة من حين البيع، فلا بدّ إمّا من البناء على بطلان البيع أو بطلان الرهانة.

وفيه: إنّ القائل بالكشف يلتزم ببطلان الرهانة من حين صدور البيع، ولا يلزم محذور، مع أنّ هذا الإيراد مشترك الورود، فإنّه في المقام إن لزم اجتماع ملك الغير مع الرهن، لزم اجتماع مالكين على شيء واحد في سائر أقسام الفضولي.

ثانيهما: ما ذكره المصنّف رحمه الله بقوله:

١. (وهذا نظير ما تقدّم في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه).

وحاصله: أنّ المقام يدخل في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه، غاية الفرق أنه في تلك المسألة يصير البائع الفضولي مالكا للمبيع، وفي المقام يصير مالكا للمبيع.

وفيه: إنه على الكشف نلتزم بكشف الإجازة عن حصول الملكية من حين العقد.

بيان فائدة إجازة المرتهن

وتمام الكلام في المقام يقتضي البحث في جهات:

الجهة الأولى: قد يقال إنّ إجازة المرتهن لا شأن لها في المقام، إلا من جهة دلالتها على سقوط حق المرتهن، إذ الإجازة في عقد الفضولي إنّما تؤثر في استناد العقد إلى المالك، وبها يصير مخاطباً بـ ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، والمرتهن لا يمكن توجيه هذا الخطاب

ثم إنَّ الكلام في كون الإجازة من المرتهن كاشفة وناقلة، هو الكلام في مسألة الفضولي^١.

ومحصّله أنّ مقتضى القاعدة النّقل، إلا أنّ الظاهر من بعض الأخبار هو الكشف والقول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى^٢؛ لأنّ إجازة المالك أشبهه بجزء المقتضى

إليه، فلا أثر لإجازته.

ولكنّه يمكن دفعه: بأنّ المرتهن وإن لم يكن مالكا للعين، إلا أنّ له حقّاً متعلّقاً بها، فله سلطنة عليها من جهة كونها موضوعه حقّه، وعليه فله أعمال هذه السلطنة في موضوع حقّه، بأن يجيز العقد ويمضيه وأن يرد العقد ويحلّه، وعدم توجّه خطاب ﴿أَوْفُوا﴾ إليه لا يصلح مانعاً عن كون إجازته مؤثّرة في العقد، وموجبة لتماميّة أركانه، ومشمولاً لأدلة الصّحة والنفوذ.

هذا بناءً على القول بالصّحة موقوفاً على الإجازة، وأمّا على المختار من الصّحة بدونها فإجازته لا شأن لها.

١. الجهة الثانية: في أنّ إجازة المرتهن كاشفة أو ناقلة؟

فعلى المختار من صّحة عقد الراهن، وعدم منافاة البيع لحقّ الرهانة، لا يبقى مجال لهذا النزاع، ولا يترتّب على إجازته شيء سوى أنّها بالملازمة تكشف عن إسقاط حقّه، ولا معنى لكشف الإجازة عن الإسقاط من حين العقد.

وأما بناءً على توقّف الصّحة على الإجازة، فعلى القول بالكشف على القاعدة نلتزم به في المقام بعين ذلك المناط لا بالألويّة، إذ كما يقال في إجازة المالك أنّها إمضاء للعقد من حين حصوله، وتكون رضاً بمضمونه وهو النقل من حينه.

كذلك يقال في إجازة المرتهن، فإنّه من جهة تعلق حقّه بالعين، وثبوت هذه السلطنة له، له الرضا بالعقد وإمضائه من حين حدوثه.

وأما إن التزمنا في الفضولي بالكشف على خلاف القاعدة، فلا يمكن البناء على الكشف في المقام، إذ لا وجه للتعدّي.

٢. سوى ما ذكره المصنّف رحمته من الأولويّة.

وهي هنا من قبيل رفع المانع، ومن أجل ذلك جَوِّزوا عتق الرَّاهن هنا مع تعقُّب إجازة المرتهن^١، مع أنَّ الإيقاعات عندهم لا تقع مراعاة، والإعتذار عن ذلك ببناء العتق على التغليب - كما فعله المحقِّق الثاني في كتاب الرهن في مسألة عفو الرَّاهن عن جناية الجاني على العبد المرهون - مناف لتمسُّكهم في العتق بعمومات العتق. مع أنَّ العلامة رحمته في تلك المسألة قد جَوِّز العفو مراعى بفك الرهن، هذا إذا رضي المرتهن بالبيع وأجازه. أمَّا إذا أسقط حقَّ الرهن، ففي كون الإسقاط كاشفاً أو ناقلاً كلام يأتي في افتكك الرهن أو إبراء الدين. ثمَّ إنَّه لا إشكال في أنَّه لا ينفع الرد بعد الإجازة وهو واضح، وهل ينفع الإجازة بعد الرد؟^٢ وجهان: من أنَّ الرد في معنى عدم رفع اليد عن حقه، فله إسقاطه بعد ذلك، وليس ذلك كردَّ بيع الفضولي لأنَّ المجيز هناك في معنى أحد المتعاقدين.

بتقريب: أنَّ إجازة المالك أشبهه بجزء المقتضى، وهي هنا من قبيل رفع المانع، فإذا كانت إجازة المالك كاشفة كانت إجازة المرتهن أولى بذلك. وهو غير تامٍّ، لما ذكرناه مراراً من أنَّ باب العقود غير باب الأسباب الحقيقية والتأثير والتاثر، وأنَّه لا يصحَّ تطبيق أجزاء العلة من المقتضى والشرط وعدم المانع على أجزاء العقد وتسميتها بأسمائها، فكما أنَّ إجازة المالك دخيلة في الصحة من جهة كونه مالكاً للمبيع، كذلك إجازة المرتهن دخيلة فيها من جهة كونه متعلِّقاً لحقه. مع أنَّه لو سلّم كون إجازة المالك جزء المقتضى، وإجازة المرتهن من قبيل رفع المانع، لا وجه لإسراء الحكم الثابت للمقتضى لعدم المانع، لأنَّ مناطة الأحكام غير معلومة، فلعلَّ المناط مختصٌّ به.

١. وأمَّا ما ذكره المصنّف رحمته مؤيداً لما ذكره من تجويز الفقهاء عتق الراهن هنا، مع تعقُّب إجازة المرتهن، مع أنَّ الإيقاعات عندهم لا تقع مراعاة. فيرد عليه: أنَّ عدم وقوع الإيقاعات مراعاة إنَّما قلنا به للإجماع، وحيث أنَّه ليس في إيقاع المالك، فلا وجه للبناء على عدم الوقوع، فهذا ليس تأييداً لما ذكره.
٢. الجهة الثالثة: في أنَّه هل تنفع الإجازة بعد الرد أم لا؟

وقد تقرّر أنّ ردّ أحد العاقدين يبطل لإنشاء العاقد الآخر بخلافه هنا، فإنّ المرتتهن أجنبيّ له حقّ في العين، ومن أنّ الإيجاب المؤثّر إنّما يتحقّق برضا المالك والمرتتهن، فرضاً كلّ منهما جزءاً مقوم للإيجاب المؤثّر، فكما أنّ ردّ المالك في الفضولي يبطل للعقد بالتقريب المتقدّم، كذلك ردّ المرتتهن، وهذا هو الأظهر من قواعدهم. ثمّ إنّ الظاهر أنّ فكّ الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة^١، لسقوط حقّ المرتتهن بذلك، كما صرّح به في «التذكرة».

وحكى عن فخر الإسلام والشهيد في الحواشي، وهو الظاهر من المحقّق والشهيد الثّانين، ويحتمل عدم لزوم العقد بالفكّ كما احتمله في «القواعد»، بل مطلق السقوط الحاصل بالإسقاط أو الإبراء أو بغيرهما، نظراً إلى أنّ الزّاهن تصرف فيما فيه حقّ المرتتهن، وسقوطه بعد ذلك لا يؤثّر في تصحيحه، والفرق بين الإجازة والفكّ، أنّ مقتضى ثبوت الحقّ له هو صحّة إمضائه للبيع الواقع في زمان حقّه، وإنّ لزم من الإجازة سقوط حقّه فيسقط حقّه بلزوم البيع.

الظاهر بناءً على عدم توقّف الصحّة على الإجازة - حيث أنّه لا معنى لردّه سوى عدم إسقاط حقّه - فله الإجازة بعد ذلك وإسقاط حقّه. وأمّا بناءً على توقّفها على الإجازة فإنّ قلنا بأنّ الردّ يكون حلاً للعقد، لم تنفع الإجازة، وإلاّ كفت في المقام، وإنّ لم تكف في الفضولي، فإنّ مدرك عدم كفايتها حينئذ الإجماع، وحيث أنّه ليس في المقام إجماع، فالأظهر كفايتها.

وأما ما ذكره المحقّق النائيني^{رحمته} من: أنّ الردّ إنّما يؤثّر في المقام في مورد فعليّة حقّ المرتتهن، وهو ما إذا حلّ أجل الدّين، وأمّا لو لم يحل فلا يؤثّر، فله الإجازة بعد ذلك. فيرد عليه: أنّ حقّ الرهانة إنّما يكون ثابتاً من الأوّل، ولا ربط له بحلول الدين، وهو موجب لتأثير ردّه.

حكم عقد الرهن لو سقط حقّ المرتتهن

١. الجهة الرابعة: إذا عقد الرهن على المرهون ثمّ سقط حقّ المرتتهن، إمّا بالإسقاط، أو بإبراء الدّين، أو بأدائه. فعلى القول بأنّ حقّ المرتتهن متعلّق بالعين لا بالعقد ولا ينافي

وبالجملة: فالإجازة تصرف من المرتهن في الرهن حال وجود حقه - أعني حال العقد - بما يوجب سقوط حقه، نظير إجازة المالك، بخلاف الإسقاط أو السقوط بالإبراء أو الأداء، فإنه ليس فيه دلالة على مضي العقد حال وقوعه، فهو أشبه شيء ببيع الفضولي أو الغاصب لنفسهما، ثم تملكهما^١، وقد تقدم الإشكال فيه عن جماعة. مضافاً إلى استصحاب عدم اللزوم، الحاكم على عموم: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ بناءً على أن هذا العقد غير لازم قبل السقوط، فيستصحب حكم الخاص، وليس ذلك محل التمسك بالعام، إذ ليس في اللفظ عموم زمني حتى يقال إن المتيقن خروجه هو العقد قبل السقوط، فيبقى ما بعد السقوط داخلاً في العام، ويؤيد ما ذكرناه بل يدل عليه، ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة نكاح العبد بدون إذن سيده بمجرد عتقه، ما لم يتحقق الإجازة، ولو بالرضا المستكشف من سكوت السيد مع علمه بالنكاح. هذا ولكن الإنصاف ضعف الاحتمال المذكور، من جهة أن عدم تأثير بيع المالك في زمان الرهن، ليس إلا لمزامنة حق المرتهن المتقدم على حق المالك بتسليط المالك، فعدم الأثر ليس لقصور في المقتضى، وإنما هو من جهة المانع، فإذا زال أثر المقتضى^٢، ومرجع ما ذكرنا إلى أن أدلة سببية البيع المستفادة من نحو: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و«الناس مسلطون على

مع البيع، فمن حيث الصحة لا كلام، ولكن بما أنه قد عرفت أنه لو كان المشتري جاهلاً، ثبت له الخيار لو سقط حق الرهانة قبل اعمال خياره.

يقع الكلام في أنه هل يسقط خياره أم لا؟، وسيأتي الكلام في ذلك في خيار العيب في مسألة ما لو زال العيب قبل اعمال الخيار .

وأما على القول بالمنافاة، وأنه لا يصح العقد بدون إجازة المرتهن، فهل يصح البيع لسقوط حقه أم لا؟ وجهان.

قد استدلل للبطلان وعدم الصحة بوجوه:

١. الأول: أن المرتهن كان شريكاً في سلطان الراهن، ولم يكن الراهن مالكاً للبيع مستقلاً، فإذا سقط حقه وصار الراهن مالكاً للبيع، يدخل في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه، فعلى القول بالبطلان في تلك المسألة يتعين البناء على البطلان في المقام.
٢. وأجاب عن ذلك المصنف رحمته الله وتبعه المحقق النائيني رحمته الله بما حاصله: أنه في مسألة

أموالهم» ونحو ذلك عامّة، وخروج زمان الرهن، يعلم أنّه من جهة مزاحمة حقّ المرتهن الذي هو أسبق، فإذا زال المزاحم وجب تأثير السبب، ولا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب وارتفاعه^١، فالمقام من باب وجوب العمل بالعام لا من مقام استصحاب حكم الخاصّ، فافهم.

وأما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون إذن سيّده، فهو قياس مع الفارق، لأنّ المانع عن سببية نكاح العبد بدون إذن سيّده، قصور تصرّفاته عن الاستقلال في التّأثير، لا مزاحمة حقّ السيّد لمقتضى النّكاح، إذ لا منافاة بين كونه عبداً وكونه زوجاً.

من باع شيئاً ثمّ ملكه، يكون البيع صادراً من غير المالك، فلا مقتضى للصحة، وبعد صيرورته مالكا لم يصدر عنه عقد، فيحكم بالفساد. وأمّا في المقام فليس عدم الأثر لتصور في المقتضي، وإنّما هو من جهة المانع، فإذا زال أثر المقتضي. وفيه: ما تقدّم من أنّ تطبيق أجزاء العلة من المقتضي والشرط وعدم المانع على أجزاء العقد وما يعتبر فيه لا مورد له، لعدم كون باب العقود باب المؤثّرات والآثار، فلا يصحّ أن يقال الملكيّة مقتضية، وحقّ الرهانة مانع، بل كلّ ما أخذ في العقد يكون اعتباره على حدّ سواء، كيف وقد صرح هو عليه السلام فيما سبق بأنّ الملكيّة شرط. فالحقّ تماميّة هذا الوجه، فيكون المقام على هذا المسلك نظير من باع شيئاً ثمّ ملكه.

الثاني: إنّ العقد قبل سقوط حقّ المرتهن لم يكن مشمولاً لأدلة الصحة واللّزوم، وبعده يشكّ في بقاء حكم الخاصّ، فيجري الاستصحاب، ولا مورد للتمسك بعموم العام لعدم عموم زمني له.

١. وأجاب عنه المصنّف عليه السلام: بأنّه من جهة العلم بمناط المستصحب، وأنّ الخارج إنّما يكون من جهة حقّ الرهانة، فبعد سقوطه لا وجه لإجراء الإستصحاب، ويكون المقام من باب وجوب العمل بالعام.

وفيه: إنّ عليه السلام صرح في الأصول بأنّ العام المخصّص في زمان إذا لم يكن له عموم أزمني، لا يتمسك به بعد مضيّ الزمان المتيقّن، وإن لم يجر الإستصحاب.

ولأجل ما ذكرنا لو تصرف العبد لغير السيد ببيع أو غيره، ثم انعتق العبد، لم ينفع في تصحيح ذلك التصرف. هذا، ولكن مقتضى ما ذكرنا كون سقوط حق الرهانة بالفك أو الإسقاط أو الإبراء أو غير ذلك ناقلاً ومؤثراً من حينه، لا كاشفاً عن تأثير العقد من حين وقوعه^١، خصوصاً بناءً على الاستدلال على الكشف بما ذكره جماعة ممن قارب عصرنا، من أن مقتضى مفهوم الإجازة إمضاء العقد من حينه. فإن هذا غير متحقق في افتكك الرهن، فهو نظير بيع الفضولي ثم تملكه للمبيع، حيث أنه لا يسع القائل بصحته إلا التزام تأثير العقد من حين انتقاله عن ملك المالك الأول، لا من حين العقد، وإلا لزم في المقام كون ملك الغير رهناً لغير مالكة كما يلزم في تلك المسألة كون المبيع لمالكين في زمان واحد، لو قلنا بكشف الإجازة للتأثير من حين العقد هذا، ولكن ظاهر كل من قال بلزوم العقد، هو القول بالكشف. وقد تقدم عن «القواعد» في مسألة عفو

فالحق في الجواب أن يقال: إنَّ المقام حيث يكون التخصيص من الأول، تعيّن الرجوع في غير مورد التخصيص إلى عموم العام، وإن لم يكن له عموم زمني. الثالث: إنَّ ظاهر بعض النصوص^(١) أنَّ نكاح العبد لا يصحّ بدون إذن سيّده، وإن أعتق، ويكون المقام نظير ذلك.

وفيه: إنَّ عدم نفوذ تصرف العبد ليس لأجل كونه تصرفاً في مملوك المولى خاصّة، بل المتصرف أيضاً مملوك، ولذا لو كان موضوع التصرف غير مال المولى توقّف على إجازته أيضاً.

فالصحيح الاستدلال له بالوجه الأول.

١. الجهة الخامسة: في أن سقوط حق الرهانة، هل يجري فيه نزاع الكشف والنقل أم لا؟ الظاهر أنه لا بدّ من البناء على النقل في المقام، وإن قلنا بالكشف في الإجازة، فإنَّ الإجازة إمضاء وإنفاذ للعقد الذي هو النقل من حينه. وأمّا سقوط الحقّ فهو رفع للمانع، فالعقد من حين السقوط يكون مشمولاً لدليل الصحة، فلا وجه للقول بحصول الملكيّة من الأول.

(١) الوسائل - باب ٢٦ - من أبواب نكاح العبيد والإماء.

الرَّهْن عن الجاني على المرهون أَنَّ الْفَكَّ يَكْشِفُ عَنْ صِحَّتِهِ. وَيَدُلُّ عَلَى الْكَشْفِ أَيْضاً مَا اسْتَدَلُّوا بِهِ عَلَى الْكَشْفِ فِي الْفُضُولِيِّ، مِنْ أَنَّ الْعَقْدَ سَبَبٌ تَامٌّ إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرَهُ فِي «الرَّوْضَةِ» وَ«جَامِعِ الْمَقَاصِدِ».

ثُمَّ إِنَّ لَزَامَ الْكَشْفِ - كَمَا عُرِفَتْ فِي مَسْأَلَةِ الْفُضُولِيِّ - لَزُومَ الْعَقْدِ قَبْلَ إِجَازَةِ الْمَرْتَهِنِ مِنْ طَرَفِ الرَّاهِنِ كَالْمَشْتَرِيِّ الْأَصِيلِ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ فَسْخُهُ، بَلْ وَلَا إِبْطَالَهُ بِالْإِذْنِ لِلْمَرْتَهِنِ فِي الْبَيْعِ.

نَعَمْ، يُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ بِوُجُوبِ فَكِّهِ مِنْ مَالٍ آخَرَ، إِذْ لَا يَتِمُّ الْوَفَاءُ بِالْعَقْدِ الثَّانِي إِلاَّ بِذَلِكَ^١، فَالْوَفَاءُ بِمَقْتَضَى الرَّهْنِ غَيْرُ مَنَافٍ لِلْوَفَاءِ بِالْبَيْعِ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ إِنَّهُ إِنَّمَا يَلْزَمُ الْوَفَاءُ بِالْبَيْعِ، بِمَعْنَى عَدَمِ جَوَازِ نَقْضِهِ، وَأَمَّا رَفْعُ حَقُوقِ الْغَيْرِ وَسُلْطَنَتُهُ فَلَا يَجِبُ، وَلِذَا لَا يَجِبُ عَلَى مَنْ بَاعَ مَالَ الْغَيْرِ لِنَفْسِهِ، أَنْ يَشْتَرِيَهُ مِنْ مَالِكِهِ وَيُدْفَعَهُ إِلَيْهِ، بِنَاءً عَلَى لَزُومِ الْعَقْدِ بِذَلِكَ^٢.

وَكَيْفَ كَانَ، فَلَوْ امْتَنَعَ فَهَلْ يَبَاعُ عَلَيْهِ لِحَقِّ الْمَرْتَهِنِ لِاِقْتِضَاءِ الرَّهْنِ ذَلِكَ، وَإِنْ لَزِمَ مِنْ ذَلِكَ إِبْطَالُ بَيْعِ الرَّاهِنِ، لِتَقَدُّمِ حَقِّ الْمَرْتَهِنِ، أَوْ يَجْبِرُ الْحَاكِمُ الرَّاهِنَ عَلَى فَكِّهِ مِنْ مَالٍ آخَرَ، جَمْعاً بَيْنَ حَقِّي الْمَشْتَرِيِّ وَالْمَرْتَهِنِ الْأَلْزَمِينَ عَلَى الرَّاهِنِ الْبَائِعِ؟ وَجِهَانٌ: وَمَعَ انْحِصَارِ الْمَالِ فِي الْمَبِيعِ، فَلَا إِشْكَالَ فِي تَقْدِيمِ حَقِّ الْمَرْتَهِنِ.

وَمَا أَفَادَهُ الْمُحَقِّقُ النَّائِبِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: فِي وَجْهِ إِمْكَانِ الْبِنَاءِ عَلَى الْكَشْفِ عَلَى الْقَوْلِ بِالْكَشْفِ فِي إِجَازَةِ، مِنْ أَنَّ السَّقُوطَ يَكْشِفُ عَنِ كَوْنِ الْعَقْدِ سَبَباً تَامّاً فَيُؤَثِّرُ مِنَ الْأَوَّلِ. غَيْرُ سَدِيدٍ: فَإِنَّ هَذَا الْمَعْنَى مِنَ الْكَشْفِ لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا التَّزَمْنَا بِالْكَشْفِ فِي إِجَازَةِ، لَمَّا أَشْرْنَا إِلَيْهِ غَيْرَ الشَّامِلِ لِلْمَقَامِ.

١. الْجِهَةُ السَّادِسَةُ: بِنَاءً عَلَى تَوَقُّفِ صِحَّةِ عَقْدِ الرَّاهِنِ عَلَى إِجَازَةِ أَوْ سَقُوطِ حَقِّ الرَّهَانَةِ لَوْ أَوْجَدَ الْعَقْدُ الرَّاهِنَ، هَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ فَكُّ الرَّهْنِ مِنْ مَالٍ آخَرَ، إِذْ لَا يَتِمُّ الْوَفَاءُ بِالْعَقْدِ الثَّانِي إِلاَّ بِذَلِكَ.

أَمْ لَا يَجِبُ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَلْزَمُ الْوَفَاءَ بِالْبَيْعِ، بِمَعْنَى عَدَمِ جَوَازِ نَقْضِهِ، وَأَمَّا رَفْعُ حَقُوقِ الْغَيْرِ وَسُلْطَنَتُهُ فَلَا يَجِبُ؟ وَجِهَانٌ.

٢. اخْتَارَ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللهُ الثَّانِي، وَقَاسَ الْمَقَامَ بِمَنْ بَاعَ شَيْئاً لَيْسَ لَهُ، فَإِنَّهُ لَمْ يَلْزَمْ أَحَدٌ

بوجوب شرائه من مالكة ودفعه إلى المشتري.
أقول: ولكن الأظهر لزوم الفك، وذلك لأنه يجب عليه أداء الدين، وهو إنما يكون ببيع العين المرهونة، وأداء الدين منها أو أدائه من مال آخر وفك الرهن بذلك، فحيث أنه باعها ويجب عليه الوفاء به، فليس له بيعها بشخص آخر، فيتعيّن الأداء من مال آخر وفاء بالعقد.

وبهذا يظهر الفرق بين المقام وبيع الفضولي.
نعم، لو باع الرهن قبل حلول أجل الدين، لا يجب عليه الفك قبله لما ذكره رحمته الله.
فالأظهر هو التفصيل، فتدبر حتى لا تبادر بالإشكال.

تم الجزء الرابع من كتابنا «منهاج الفقهة» ويتلوه الجزء الخامس إن شاء الله تعالى،
والحمد لله أولاً وآخراً.

الجزء الرابع فهرس المحتوى

٥	بيع الفضولي.....
١٠	بيع الفضولي للمالك مع عدم سبق المنع.....
٣٠	أدلة بطلان بيع الفضولي والجواب عنها.....
٤٠	بيع الفضولي للمالك مع سبق المنع.....
٤٣	بيع الفضولي لنفسه.....
٥٨	لو كان مال الغير في ذمته لا عيناً.....
٦٣	الفضولي في المعاطاة.....
٦٨	القول في الإجازة.....
٨٢	الثمرة على القول بالكشف أو النقل.....
٩٧	ثمرات ذكرها بعض متأخري المتأخرين.....
١٠١	ثمرات ذكرها بعض
١٠٣	التنبيه الأول من تنبيهات الإجازة.....
١٠٧	كفاية الرضا الباطني في الإجازة.....
١٠٩	حول اعتبار عدم سبق الرد.....
١١٢	الإجازة لا تورث.....
١١٣	إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن.....
١١٨	الإجازة ليست على الفور.....
١١٩	إعتبار مطابقة الإجازة للعقد.....
١٢٢	اعتبار كون المجيز جائز التصرف حال الإجازة.....
١٢٣	عدم اشتراط كون العقد له مجيز في الحال.....
١٢٧	عدم اشتراط كون المجيز جائز التصرف حين العقد.....
١٢٩	لو كان المالك حين العقد غير جائز التصرف.....
١٣٢	من باع شيئاً ثم ملك.....

١٥٣	صور بيع من باع ثم ملك.
١٥٧	حكم ما إذا لم يجز البائع بعد تملكه
١٦٢	لو باع لنفسه وانكشف كونه ولياً
١٦٣	لو باع عن المالك فانكشف كونه مالكاً
١٦٩	لو باع لنفسه فانكشف كونه ولياً
١٧٢	لو باع لنفسه فانكشف أنه له
١٧٣	القول في المجاز
١٧٦	يعتبر كون المجاز معلوماً تفصيلاً
١٧٨	حكم العقود المترتبة
١٨٥	حكم تتابع العقود في صورة علم المشتري بالغصب
١٩٢	أحكام الرد
١٩٦	حكم التصرفات غير المنافية لملك المشتري
٢٠٠	حكم رجوع المالك إلى المشتري لو لم يجز
٢٠١	حكم رجوع المشتري إلى الغاصب
٢١٢	حول الغرامة التي غرمها المشتري
٢٢٨	تعاقب الأيدي
٢٣٦	بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره
٢٤٣	بيع نصف الدار
٢٥٢	بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله
٢٥٥	ولاية الأب والجد
٢٥٧	حول اعتبار العدالة
٢٦٠	حول اعتبار المصلحة في التصرف
٢٦٤	مشاركة الجد للأب
٢٦٦	ولاية النبي ﷺ والإمام علياً
٢٦٨	ثبوت الولاية التكوينية للمعصومين
٢٧٠	ثبوت منصب الحكومة والرئاسة للحجة علياً
٢٧٥	ولاية التصرف في الأموال والأنفس
٢٧٨	وجوب إطاعة المعصوم علياً

- ٢٨٠ اشتراط تصرف الغير بإذنه
- ٢٨٣ ولاية الحاكم الشرعي
- ٢٨٥ تشكيل الحكومة من وظائف المجتهد
- ٢٩٣ العالم المختلف إلى أبواب الحكام آفة الدين
- ٢٩٥ في تراحم المجتهدين
- ٢٩٦ عدم أولوية الفقيه بالتصرف في الأموال والأنفس
- ٢٩٨ ضابط التصرفات المتوقف جوازها على إذن الفقيه
- ٣٠٥ ولاية عدول المؤمنين
- ٣٠٨ اشتراط العدالة في المؤمن
- ٣١٨ حول مزاحمة الولي
- ٣٢١ توضيح الآية الشريفة
- ٣٢٩ حول اعتبار المصلحة
- ٣٣٣ بيان حقيقة المال والملك
- ٣٣٦ الدليل على اعتبار المالية والملكية في العوضين
- ٣٤٠ أقسام الأرضين وأحكامها
- ٣٤١ الأرض الموات بالأصالة وإحيائها
- ٣٤٦ حول الأرض العامرة
- ٣٤٩ حول الأرض العامرة بعد الموت
- ٣٥١ حول الأرض الميَّنة بعد العمارة
- ٣٥٤ حول الأرض المفتوحة عنوة
- ٣٦٤ ما ينفصل من المفتوح عنوة
- ٣٦٦ حول اعتبار كون ملك كل من العوضين طلقاً
- ٣٦٩ حول بيع الوقف
- ٣٧٧ الوقف قد يكون تملكاً وقد يكون فكاً
- ٣٨٨ بيع الوقف مع عدم كونه ملكاً
- ٣٩٥ صور بيع الوقف - الصورة الأولى
- ٤٠١ حكم الثمن على تقدير البيع
- ٤٠٤ حكم بدل العين الموقوفة

٤٠٧	من له ولاية البيع
٤١١	الصورة الثانية
٤١٦	الصورة الثالثة
٤١٧	الصورة الرابعة
٤٢٢	الصورة الخامسة
٤٢٣	الصورة السادسة
٤٢٩	الصورة السابعة
٤٣٤	الصورة الثامنة
٤٣٦	الصورة التاسعة
٤٣٧	الصورة العاشرة
٤٤٢	الوقف المنقطع
٤٤٩	بيع العين المرهونة
٤٥٧	فائدة إجازة المرتهن
٤٦٠	حكم عقد الراهن لو سقط حق المرتهن
٤٦٦	فهرس المحتوى