



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه  
صباح  
الرمضان

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# أَسْئَلَةُ الْجَالِبِ

فِي شَرْحِ الْمَكِّيِّ

كاتبه

أبو الزبير

أبو

عبد الله بن محمد بن عبد الله

بن عبد الله بن عبد الله بن عبد الله

بن

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# ارشاد الطالب فى شرح المكاسب [مرتضى الانصارى ]

كاتب:

آيت الله شيخ جواد تبريزى

نشرت فى الطباعة:

دارالصديقه الشهيد سلام الله عليها

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

# الفهرس

٥	الفهرس
٨	ارشاد الطالب فى شرح المكاسب [مرتضى الانصارى] المجلد ٤
٨	اشاره
٩	اشاره
١٣	اعتبار مطابقه الإجازة للعقد
١٨	انحلال البيع وعدمه
٢١	فى شرائط المجيز
٢٨	من باع شيئاً ثم ملكه
٦٦	لو باع عن المالك وكاله ثم بان انعزاله
٦٧	لو باع عن المالك فانكشف كونه ولياً
٦٩	لو باع لنفسه فانكشف كونه ولياً
٧١	لو باع عن المالك فانكشف كونه مالكاً
٨٠	لو باع لنفسه باعتقاد أنه لغيره فانكشف أنه له
٨٠	شرائط العقد المجاز
٨٧	تتبع العقود
٨٨	الرد وأحكامه
١٠٥	حكم المالك مع المشتري لو لم يجز
١٠٧	حكم المشتري مع الفضولى
١١٦	ضمان البائع فضولاً الثمن
١٢٠	ضمان سائر الغرامات
١٢٥	حكم غرامه المشتري للمالك
١٢٩	قرار الضمان على البائع
١٤٢	تعاقب الأيادى
١٤٧	ما أفاده صاحب الجواهر فى وجه الرجوع

- ١٤٧ ..... المناقشه فيما أفاده صاحب الجواهر
- ١٥٠ ..... لو كانت العين باقيه في الأباى المتعاقبه
- ١٥٢ ..... بيع الفضولى مال نفسه مع مال غيره
- ١٥٧ ..... كيفيه تقسيط الثمن
- ١٦٣ ..... بيع من له نصف الدار نصفها
- ١٦٩ ..... الإقرار بالحضه للغير
- ١٧٦ ..... مسأله الإقرار بالنسب
- ١٧٧ ..... بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله
- ١٨٢ ..... ولايه الأب والجد
- ١٨٥ ..... اعتبار العدالة فى ولايه الأب والجد
- ١٩٠ ..... اعتبار الصلاح فى تصرف الأب والجد
- ١٩٨ ..... اعتبار عدم المفسده فى تصرف الأب والجد
- ١٩٩ ..... حكم ما إذا فقد الأب وبقي الجد القريب والبعيد
- ٢٠٢ ..... ولايه الفقيه
- ٢٠٥ ..... ولايه النبي صلى الله عليه و آله والإمام عليه السلام
- ٢١٠ ..... ولايه الفقيه
- ٢١٤ ..... الاستدلال على ولايه الفقيه
- ٢٢٤ ..... ولايه الفقيه
- ٢٤٠ ..... ولايه عدول المؤمنين
- ٢٥٥ ..... ولايه فقيه لفقيه آخر
- ٢٦٠ ..... معانى القرب فى «ولا تقربوا مال اليتيم»
- ٢٨٠ ..... اعتبار المالىه فى العوضين
- ٢٨٧ ..... الأرض الموات بالأصاله
- ٢٩٥ ..... الأرض العامره بالأصاله
- ٣٠٠ ..... الموت
- ٣٠١ ..... ما عرض له الموت بعد العماره

٣٠٦	الاراضى المفتوحه عنوه
٣٠٧	بيع الاراضى الخراجيه
٣١٤	حكم الأراضى الخراجيه
٣١٨	التصرف فى الأراضى الخراجيه
٣٢٤	اعتبار كون ملك العوضين طلقا
٣٣٠	عدم جواز بيع الوقف
٣٤٠	أقسام الوقف
٣٤٧	المناقشه فيما أفاده صاحب الجواهر وكاشف الغطاء
٣٥٧	الفهرس
٣٦١	تعريف مركز

## ارشاد الطالب في شرح المكاسب [مرتضى الانصاري] المجلد ٤

### اشاره

سرشناسه : تبریزی، جواد، ۱۳۰۵ - ۱۳۸۵.

عنوان قراردادی : المكاسب. شرح

عنوان و نام پدیدآور : ارشاد الطالب في شرح المكاسب [مرتضى الانصاري] / جواد التبریزی.

مشخصات نشر : قم : دارالصدیقه الشهیده (س)، ۱۴۳۰ق. = ۱۳۸۸-

مشخصات ظاهری : ۷ج.

شابك : دوره ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۵-۸ : ج ۱. ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۱-۰ : ج ۲. ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۲-۷ : ج ۳. ۹۶۴-۹۷۸-۸۴۳۸-۷۳-۴ :

وضعیت فهرست نویسی : برونسپاری

یادداشت : عربی.

یادداشت : چاپ قبلی تحت عنوان " ارشاد الطالب الى التعليق على المكاسب " منتشر شده است .

یادداشت : ج ۱ و ۲ (چاپ ششم: ۱۴۳۱ق. = ۱۳۸۹).

یادداشت : ج ۳ (چاپ اول: ۱۴۳۱ق. = ۱۳۸۹).

مندرجات : ج ۱. کتاب المكاسب المحرمه. - ج ۲. کتاب المكاسب الحرمه و البيع. - ج ۳. کتاب البيع

موضوع : انصاری، مرتضى بن محمد امين، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. . المكاسب -- نقد و تفسیر

موضوع : معاملات (فقه)

شناسه افزوده : انصاری، مرتضى بن محمد امين، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. . المكاسب . شرح

رده بندی کنگره : ۱/۱۹۰/۱BP/الف م ۲۱۲۸ ۷۰۲۱۲۸ ۱۳۸۸

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : ۱۸۴۷۵۶۵



ص: ۱

اشاره

الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب البيع

ص: ٢



الموسوعه الفقيه للميرزا التبريزي قدس سره

ارشاد الطالب في شرح المكاسب

كتاب البيع

الجزء الرابع

ص: ٤

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

الشرح:

[١] اختلاف الإجازة مع العقد فى العموم والخصوص تارة يكون باعتبار العوضين، وأخرى باعتبار الاشتراط وعدمه بأن يبيع الفضولى شيئين بثمن كذا ويجيز المالك بيع أحدهما، أو أن يبيع الفضولى متاعاً ويجيز المالك بيع نصف ذلك المتاع بنحو المشاع، أو يبيع الفضولى بشرط كذا فيجيز المالك بلا شرط، أو يبيع بلا شرط ويجيزه المالك مع الاشتراط. وإذا كانت الإجازة مختلفه مع العقد فى العوضين باعتبار الكل والجزء فلا يوجب ذلك بطلان الإجازة، بل يتم معها البيع فى البعض وضرر تبعض الصفقه على الأصيل يجبر بالخيار، نظير ما إذا باع المالك متاعين بثمن وظهر أحدهما غير مملوك فإنه يتم البيع بالإضافة إلى الآخر ويثبت خيار التبعض للمشتري.

والوجه ما ذكرنا سابقاً من انحلال البيع إلى البيوع المتعدده بالإضافة إلى الأبعاض المشاعه للعوضين وبالإضافه إلى الجزء الخارجى المعين فيما كان بيعه مع الآخر بنظر العرف من بيع المتعدّد والإجازة، كما تقدم من أحكام الملك، فيجوز للمالك إجازة بعض تلك البيوع.

... .

الشرح:

وبهذا يظهر الفرق بين الإجازة وخيار الفسخ، حيث لا يجوز لذى الخيار إلا فسخ البيع بتمامه، ووجه الظهور أن الإجازة من آثار الملك فللمالك أن يبيع بعض ماله كما أنّ له أن يبيع كله، ولكن بخلاف الخيار فإنه حق وسلطنه على فسخ العقد، وظاهر أدله

ص: ٥

الخيار ثبوت حق واحد بالإضافة إلى البيع المنشأ ابتداءً لا ثبوت حقوق متعدّده بالإضافة إلى البيوع المنحلّه.

وذكر المصنف رحمه الله بطلان الإجازة فيما كان العقد مشروطاً بشرط على المالك فأجاز المالك العقد بلا شرط، ولا يقاس الفرض بإجازة بيع البعض، وذلك فإنّ البيع كما تقدم ينحلّ إلى البيوع المتعدّده بالإضافة إلى أبعاض العوضين، فتكون إجازة بعضها نافذه، بخلاف الاشتراط في العقد فإنّ العقد لا ينحلّ بالإضافة إلى الشرط حتّى تصحّحه الإجازة؛ ولذا يكون بطلان الشرط في العقد موجباً لبطلانه، بخلاف بطلان البيع في الجزء.

وذكر النائني رحمه الله (1) أنّه يحكم بصحّح البيع دون الشرط، فإنّ الشرط في المعاملات التزام آخر غير الالتزام العقدي، فإجازة الثاني وعدم إجازة الأول أمر ممكن، غايه الأمر يكون عدم إجازة الشرط من قبيل تعذّر الشرط الذي يوجب للمشروط له وهو الأصيل في مقام الخيار.

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

الشرح:

ارتباطه بالعقد أن أصل الالتزام المعاملي من المشروط له معلق على التزام الآخر بالشرط، أي المشروط، فقوله: «بعت المال بكذا على أنّ تخيط لي هذا الثوب»، معناه أنّ أصل البيع من البائع معلق على التزام المشتري بالخياطه لا أنّه معلق على نفس الخياطه المعبّر عنها بالمشروط.

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

ص: ٦

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

والحاصل: أنه إذا قبل المشتري الإيجاب المزبور والتزم بالخياطة تتم المطابقيه المعتبره بين الإيجاب والقبول، ويتم البيع حتى وإن لم يفعل المشتري ما التزم على نفسه بترك الخياطة، غايه الأمر يثبت للآخر معه خيار تخلف الشرط؛ لأن مرجع التزامه بالخياطة ثبوت حق الفسخ للبائع، على تقدير عدم حصول الشرط بمعنى المشروط.

وبهذا يظهر أنّ فساد الشرط في البيع أو غيره لا- يوجب فساد أصل البيع أو سائر العقد، كما ذكر المصنف رحمه الله، فإنّ في موارد فساده يكون التطابق بين الإيجاب والقبول حاصلًا؛ لحصول الالتزام من الطرف الآخر، وفساد الشرط معناه عدم وجوب الوفاء للالتزام المزبور، أي الإتيان بالمشروط.

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

الشرح:

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

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

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

فإنه يقال: ما ذكرنا من أنه يعتبر تطابق الإجازة والعقد فلا مناص من الالتزام به في كلّ مورد؛ لما بينا من أنّ المصحح لاستناد البيع بمدلوله إلى المالك هي الإجازة فكيف

تكون مصححه للاستناد مع الاختلاف؟ ولكن إذا كان الشرط بمعنى المشروط هو الفعل، كما إذا قال: «بعتك المتاع بكذا على أن أخط لك ثوباً»، وقال المشتري: «قبلت»، فما يكون الإيجاب والقبول معلقاً عليه هو الالتزام بأمرين: أحدهما الفعل، أى الخياطة، والثانى الالتزام بثبوت الخيار للمشتري على تقدير عدم الفعل. وإذا كان الشرط، أى المشروط غير فعل فما علق عليه الإيجاب والقبول هو الالتزام بأمر واحد، وهو ثبوت الخيار على تقدير عدم حصول المشروط، كما إذا قال: «بعتك هذا العبد بكذا على أنه كاتب»، وقبله المشتري فإن مرجع اشتراط كون العبد كاتباً إلى ثبوت الخيار للمشتري. . . .

الشرح:

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

وذكر رحمه الله فيما إذا كان العقد مطلقاً والإجازه مشروطه بشرط على الأصيل وجوهاً ثلاثة:

الأول: تمام العقد بالإجازه المزبوره ولزوم الشرط على الأصيل فى فرض رضاه بالشرط، نظير رضا الموجب بالشرط الذى يشترطه عليه القابل فى قبوله، ومع عدم رضاه تلغى الإجازه.

والثانى: صحه العقد بالإجازه المزبوره، ولا يلزم الشرط على الأصيل حتى فى فرض رضاه فإنه من الشرط بعد الإيجاب والقبول.

والوجه الثالث الذى قوّاه رحمه الله: بطلان الإجازه وعدم صحه عقد الفضولى بها حتى مع رضا الأصيل؛ لأنّ الإجازه مع الشرط أمر واحد، وإذا بطل شرطها باعتبار وقوعها خارج المعامله تكون الإجازه باطله.

أقول: الأظهر صحه الإجازه مع رضا الأصيل بالشرط فيتم عقد الفضولى بها، ويجب على الأصيل رعايه الشرط أخذاً بعموم وجوب الوفاء بالعقود(١) ونفوذ

ص: ٨

---

١- (١) يعنى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» سورة المائده: الآيه ١ .



الشروط؛ لأنَّ الشرط في الإجازة مع رضا الأصيل به لا يكون شرطاً ابتدائياً، بل هو . . . . .

الشرح:

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

بقي في المقام أمور:

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

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

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

الشرح:

ص: ٩

يقال: إن البيع المزبور قرارات ويوع متعدده بعدد صفحات الكتاب، وأنه لو انحل البيع بالإضافة إلى الأجزاء المشاعه يتعين الالتزام بأن البيع الواحد يوع إلى غير النهايه، حيث إن الجزء المشاع لا يقف على حد وأن الإنشاء كالأخبار في عدم الانحلال. وكما أنه لا ينحل الخبر بالإضافة إلى مدلوله، مثلاً: إذا قال: «كل ما في الأرض جماد»، لا يمكن أن يلتزم بأن المخبر قد كذب كذباً متعدداً بعدد ما في الأرض من الحيوان والإنسان والنبات والشجر، كذلك لا يمكن الالتزام بتعدد البيع فيما إذا قال: «بعت الدار بكذا»، وقال الآخر: «قبلته»، فإنه لا ينحل إلى يوع متعدده. وكذا الحال في النذر والحلف ونحوهما، فإنه إذا قال: «لله علي صوم كل جمعه»، يكون النذر واحداً، ولو ترك الصوم في جمعه واحده لحصل الحث ووجب الكفاره، ولا يجب الصوم بعده لأنه نذر لصوم كل جمعه وجمعه على سبيل الاستقلال والاستيعاب ولكن قد التزم هذا القائل الجليل بالانحلال فيما إذا باع ما يملك وما لا يملك، وفيما إذا كان المتاع لاثنين فباعه أحدهما، وفيما إذا جمع بين متاعين مالكهما في إيجاب البيع وقبل المشتري بيع أحدهما، أو باعهما فضولي وأجاز المالك بيع أحدهما، ولا انحلال في غير ذلك.

أقول: أما الاستشهاد بعدم انحلال البيع بأن بيع الكتاب لا ينحل عرفاً إلى بيع كل ورقه ورقه من أوراقه فقد ذكرنا أن مع وحده المتاع لا ينحل بيعه إلى الأجزاء الخارجيه وإنما يكون الانحلال بالإضافة إلى أجزائه المشاعه، وهذا الانحلال لا يستلزم البيوع إلى غير النهايه؛ لأن الأجزاء المشاعه وإن لا تقف إلى حد، إلا أن عدم وقوفها لا يلزم عدم وقوف بيعها، وذلك فإنه يعتبر في البيع أن تكون للمعوض كالمعوض ماله، ولا تكون الماليه في الأجزاء المشاعه للمتاع إلا إلى حد معين. فإن الماليه للجزء كما يأتي في مسأله تقسيط الثمن، أن يكون له قيمه في بيعه بانفراده، وعليه فنصف العشر الأقوى: التفصيل، فلو أوقع العقد على صفقه فأجاز المالك بيع بعضها، فالأقوى الجواز كما لو كانت الصفقه بين مالكين فأجاز أحدهما، وضرر التبعض على المشتري يجبر بالخيار.

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

الشرح:

من الكيلو من الحنطه إذا فرض كونه خمسين حبه فلا- ينحل بيع الكيلو إليه، حيث إن الخمسين من حبه الحنطه لا مالیه لها، بل ولا غرض في تملكها.

ثم إنه لا فرق بين الإنشاء والإخبار في الانحلال وعدمه، وأن الانحلال فيهما باعتبار الدلاله والمدلول لا باعتبار الدال.

وبتعبير آخر: أن الدال وإن لا يتّصف بكونه دالاً إلا مع فرض المدلول له، كما أنه لا يكون مدلول إلا مع فرض الدال عليه، كما هو الحال فيمتضايين، إلا- أن الانحلال يكون في ناحيه الدلاله والمدلول لا في ناحيه الدال، وعليه فإن كان موضوع الحكم عنواناً ينطبق على الدال كحرمه الكذب، حيث إن الكذب عباره عن التكلم بكلام لا يكون المقصود منه مطابقاً للواقع فلا يتعدّد ذلك الحكم ولو كان مدلول ذلك الكلام منحللاً- إلى المتعدّد. بخلاف ما إذا كان الموضوع عنواناً ينطبق على الدلاله أو المدلول فإنه يتعدّد بتعددهما كما في حرمه الاغتياي، كما ذكرنا في المكاسب المحرّمه، فإنها كشف ما ستره الله على المؤمن من العيب، وإذا قال المخبر: «كلّ أولاد زيد قد شربوا الخمر، فقد اغتاب بعدد أولاده، حيث إن الاغتياي ينطبق على الكشف والدلاله لا على الدال كما لا يخفى.

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

وأما القول في المجيز، فاستقصاؤه يتمّ ببيان أمور:

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

وأما النذر أو العهد فكل منهما عنوان للالتزام ويتعدّد بتعدّد الملتزم به، وإذا قصد الناذر في قوله: «لله على صوم كلّ يوم جمعه»، الالتزام بصوم كلّ جمعه على سبيل الاستغراق والاستقلال فيتعدّد الحنث، بخلاف ما إذا كان الملتزم به صوم مجموع تلك

الأيام، ويشهد لانحلال الالتزام بتعدد الملتزم به سقوط بعض الدين بأداء ذلك البعض أو بإبراء الدائن.

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

[١] يعنى: بناءً على نفوذ منجزات المريض تكون إجازته مفيدة في صحه عقد ولا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف والنقل [١]

الثانى: هل يشترط في صحه عقد الفضولى وجود مجيز حين العقد فلا يجوز بيع مال اليتيم لغير مصلحه ولا ينفعه إجازته إذا بلغ أو إجازته وليه إذا حدثت المصلحه بعد البيع، أم لا يشترط؟ قولان:

أولهما للعلامة في ظاهر القواعد. واستدل له بأن صحه العقد والحال هذه ممتنعه، فإذا امتنع في زمان امتنع دائماً وبلزوم الضرر على المشتري، لامتناع تصرفه في العين [٢] لإمكان عدم الإجازة، ولعدم تحقق المقتضى ولا في الثمن، لإمكان الشرح:

الفضولى بتمام مدلوله على النقل والكشف، وبناءً على أنّها كالوصيه في نفوذها من ثلث التركة فتكون صحه الإجازة مراعى بأن يكون المال الجارى عليه العقد فضولاً بمقدار ثلث تركه المجيز أو أقل.

[١] أمّا على النقل والكشف الحكمى فظاهر، حيث إنّ تصرف المالك في ماله يكون بإجازته فيعتبر كونه حال الإجازة مالاً للتصرف، وأما بناءً على الكشف الحقيقى فالإجازة الكاشفه عن الملك بالعقد هي إجازة المالك الذى يجوز له التصرف في ماله، حيث إنّ الإجازة لا بد من كونها بنحو لو كانت مقارنة للعقد كان العقد مفيداً في النقل والانتقال، بلا فرق بين اعتبار الإجازة بنحو الشرط المتأخر أو بتعقب العقد بها.

[٢] أى لا يجوز تصرف الأصيل في العين التى اشتراها؛ لإمكان عدم الإجازة

ولإمكان عدم المقتضى، يعنى دخول تلك العين في ملكه، ولا في الثمن؛ لإمكان عدم تحقق الإجازة.

أقول: لا- يخفى أنّ احتمال الإجازة لا يمنع عن الأخذ بأصالة بقاء الثمن في ملكه فتجوز تصرفاته ظاهراً، مع أنّ هذا مبنى على لزوم العقد على الأصيل قبل الإجازة، فقد تقدم منعه سابقاً وأنّ لزومه على تقديره يسقط في موارد الضرر.

تحقق الإجازة، فيكون قد خرج عن ملكه. ويضعف الأوّل مضافاً إلى ما قيل: من انتقاضه بما إذا كان المجيز بعيداً امتنع الوصول إليه عادة: منع ما ذكره من أنّ امتناع صحه العقد في زمانٍ يقتضى امتناعه دائماً. سواء قلنا بالثقل أم بالكشف، وأما الضرر فيتدارك بما يتدارك به صورته النقض المذكوره. هذا كله مضافاً إلى الأخبار الواردة في تزويج الصّغار فضلاً الشامله لصوره وجود وليّ النّكاح وإهماله

الشرح:

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

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

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

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

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

الإجازة إلى بلوغهم، وصوره عدم وجود الولي، بناءً على عدم ولايه الحاكم على الصغير في النكاح، وانحصار الولي في الأب والجدّ والوصي على خلاف فيه [١].

وكيف كان، فالأقوى عدم الاشتراط، وفاقاً للمحكّي عن ابن المتوّج البحراني والشّهيد والمحقّق الثّاني وغيرهم، بل لم يرّجّحه غير العلامه رحمه الله .

ثمّ اعلم أنّ العلامه في القواعد مثّل لعدم وجود المجيز: بيع مال اليتيم.

وحكى عن بعض العامه وهو البيضاوي على ما قيل الإيراد عليه: بأنّه لا يتمّ على مذهب الإماميّة من وجود الإمام عليه السلام في كلّ عصر. وعن المصنّف قدس سره أنّه

الشرح:

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

ولا يخفى أنّ اعتبار وجود المجيز حال العقد باحتمالاته الثلاثة على تقديره ينبغي أنّ يعدّ في شرائط المجاز لا من شرائط المجيز الذي يلحق إجازته بعقد الفضولي، كما في الشرطين الأول والثالث.

[١] أي على خلاف في ولايه الوصي.

أجاب بأنّ الإمام غير متمكّن من الوصول إليه.

واتتصر للمورد بأنّ نائب الإمام عليه السلام وهو المجتهد الجامع للشرائط موجود، بل لو فرض عدم المجتهد فالعدل موجود، بل للفساق الولايه على الطفل في مصالحه مع عدم العدول.

لكنّ الانتصار في غير محلّه إذ كما يمكن فرض عدم التمكّن من الإمام عليه السلام يمكن عدم اطلاع نائبه من المجتهد والعدول أيضاً، فإنّ أريد وجود ذات المجيز،

فالأولى منع تسليم دفع الاعتراض [١] بعدم التمكن من الإمام عليه السلام . وإن أُريد وجوده مع تمكنه من الإجازة، فيمكن فرض عدمه في المجتهد والعدول إذا لم يطلعوا على العقد.

فالأولى: ما فعله فخر الدّين والمحقّق الثّاني من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحه 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 [٢] حال العقد، سواء كان

الشرح:

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

[٢] هذا الأمر ناظر إلى أنّ من يجيز العقد فعلاً، وأنه هل يعتبر في نفوذ إجازته أنّ يكون حال العقد أيضاً نافذ التصرف بحيث لو كانت إجازته في ذلك الزمان لتّم بها العقد، أو أنّه لا يعتبر في نفوذ إجازته إلاّ كونه جائز التصرف حال الإجازة فتصحّ إجازته عدم جواز التصرف لأجل عدم المقتضى أو للمانع، وعدم المقتضى قد يكون لأجل عدم كونه مالكاً ولا مأذوناً حال العقد، وقد يكون لأجل كونه محجوراً عليه لسفه أو جنون أو غيرهما. والمانع كما لو باع الزّاهن بدون إذن المرتهن، ثمّ فكّ الرهن. فالكلام يقع في مسائل:

الشرح:

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

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

الأولى: ما إذا بيع المال وكان حال البيع فاقداً لما يعتبر في البائع من القيود من

كونه بالغاً أو عاقلاً أو رشيداً أو عدم الحجر عليه بتعلّق حق الغير بماله، وصار حال الإجازة واجداً لتلك القيود.

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

أما الأولى فنقول: إذا بيع المال حال جنونه أو صغره أو سفهه ثم أفاق أو بلغ أو صار رشيداً فأجاز البيع فإنه لا ينبغي الريب في صحه البيع المزبور، باعتبار أنه يتم بالإجازة الموضوعه لاعتبار المعامله وإمضاءها، حيث يتم بها استناد المعامله المزبوره إلى المالك البالغ الرشيد والاستناد السابقى على تقدير المباشرة فى إنشاء البيع كان ملغى؛ لخروج بيع الصغير والمجنون والسفيه عن موضوع الإمضاء ولزوم الوفاء، لا باعتبار تعلّق حق الغير بالمال، بل لقصور أنفسهم. وإذا باع مع المانع، أى مع تعلّق حق الغير بماله ثم ارتفع ذلك المانع بسقوط ذلك الحق تتم المعامله ويشملها دليل الاعتبار من غير حاجه إلى الإجازة، حيث إن استنادها إلى المالك العاقل البالغ الرشيد المسأله الأولى: أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة لكن المميز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجره. والأقوى صحه الإجازة بل عدم الحاجه إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلّق حق الغير كما لو باع الزهن ففكّ الزهن قبل مراجعه المرتهن فإنه لا حاجه إلى الإجازة كما صرّح به فى التذكرة.

الشرح:

كان من قبل، وإنما لم يشملها دليل الاعتبار لتعلق حق الغير بالمال الذى وقع مورد المعامله، ففى أىّ زمان سقط ذلك المانع يشملها دليل الاعتبار.

وإن شئت فلاحظ المعامله التى يكون القبض شرطاً فى تمامها، فإنّ دليل الاعتبار لا يعمها ما لم يحصل القبض، ففى أىّ زمان حصل القبض يعمها دليل اعتبارها.

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

ص: ١٦



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

ومما ذكرنا يظهر أنه لو باع الراهن أو المفلس عين الرهن أو عين ماله فأجاز المرتهن أو الغرماء البيع لا تكون إجازتهم كاشفه عن النقل والانتقال من حين العقد [المسألة] الثانية: أن يتجدد الملك بعد العقد فيحيز المالك الجديد [١] سواء كان هو البائع أو غيره، لكنَّ عنوان المسألة في كلمات القوم هو الأول، وهو ما لو باع شيئاً، ثم ملكه وهذه تتصور على صور، لأنَّ غير المالك إمَّا أن يبيع لنفسه أو للمالك والملك إمَّا أن ينتقل إليه باختياره كالشراء، أو بغير اختياره كالإرث، ثمَّ

الشرح:

لا- بكشف حقيقى ولا- بكشف حكمى، بل تكون إجازتهم كفكَّ الرهن أو ارتفاع الفليس موجباَ لانتقال العوضين من حين الإجازة، وذلك فإنَّ المال بالإضافة إلى الأزمنة السابقة غير قابل للنقل والانتقال، وفي أى زمان سقط الحقَّ عن المال وصار ملك طلق يقبل النقل من ذلك الزمان. ولا- يقاس بإجازة المالك في بيع الفضولى المعروف، حيث التزمنا فيه بالكشف الحكمى باعتبار أنَّ المال كان قابلاً للنقل فى زمان سابق، إلاَّ أنَّ البيع الناقل لم يكن مستنداً إلى المالك أو من له ولايه النقل، وبإجازته يستند النقل من ذلك الزمان إلى المجيز على ما تقدم.

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

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

الأولى: ما إذا باع غير المالك لنفسه ثم ملك المال، وأجاز البيع، والثانية: ما إذا باع المال لنفسه ثم ملكه ولم يجزه، والثالثة: هل فرق بين ما إذا باع غير المالك لنفسه ثم ملكه أو أجازة أو لم يجزه، وبين ما إذا باع المال لمالكة ثم ملكه وأجاز أو لم يجز؟

فنقول: قد يقال بأن غير المالك إذا باع المال لنفسه ثم ملكه وأجازة يصح المبيع

ص: ١٧

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

الشرح:

وبتعبير آخر: لا- يعتبر فى المميز أن يكون مالكا للمال حين إنشاء عقد الفضولى، كما هو ظاهر المحقق فى باب الزكاه من «المعتبر»<sup>(١)</sup>، حيث ذكر أنه لو باع المالك النصاب قبل إخراج الزكاه أو رهنه صح البيع والرهن بالإضافة إلى غير مقدار الزكاه، فإن أدى الزكاه من مال آخر، قال الشيخ<sup>(٢)</sup>: صح البيع والرهن فى تمام النصاب، وفيه إشكال؛ لأن حصه الزكاه مملوكة لأرباب الزكاه وإذا أدى المالك الزكاه من مال آخر ملك تلك الحصه بملك جديد، فافتقر بيع تلك الحصه إلى إجازة جديده، كما فى مسأله من باع شيئاً ثم ملك. انتهى. فإن ظاهر هذا الكلام أن المحقق رحمه الله يرى تمام البيع فيما إذا باع المال ثم ملكه وأجازه.

بل يمكن أن يستظهر ممّا حكاه عن الشيخ رحمه الله عدم الحاجه فى تمام البيع المزبور إلى الإجازة، ولكن الاستظهار قابل للخدشه، فإنه يحتمل أن يكون تعلق الزكاه من قبيل الكلى على الذمه، وأن العين الزكويه كالرهن لذلك الكلى، فلو امتنع مالك النصاب عن أداء ما عليه من الزكاه، يجوز لوئيتها الأخذ بتلك العين؛ لاستيفاء ما على عهده مالك النصاب، نظير أخذ المرتهن بالعين المرهونه، لاستيفاء ما على عهده الراهن فى فرض امتناعه عن أداء دينه. وعلى ذلك فالعين الخارجيه بتمامها ملك لمالك النصاب، غاية الأمر يتعلق بها حق الزكاه، ويسقط ذلك الحق بأدائها من مال آخر، نظير ما إذا باع أمّا المسأله الأولى: فقد اختلفوا فيها، فظاهر المحقق فى باب الزكاه من المعتبر فيما إذا باع المالك النصاب قبل إخراج الزكاه أو رهنه: أنه صح البيع والرهن فيما عدا الزكاه، فإن اغترم حصه الفقراء، قال الشيخ رحمه الله: صح البيع والرهن. وفيه اشكال؛ لأن العين مملوكة وإذا أدى العوض ملكها ملكاً مستأنفاً فافتقر بيعها

ص: ١٨

١- (١) المعتبر ٢: ٥٦٣.

٢- (٢) أنظر المبسوط ١: ٢٠٨.

إلى إجازة مستأنفه، كما لو باع مال غيره، ثم اشتراه انتهى.

الشرح:

الراهن العين المرهونه ثم فكَّ الرهن بأداء دينه فإنه قد مرَّ عدم الحاجة في صحَّه هذا البيع إلى الإجازة، كما يحتمل أن يكون تعلق الزكاه بالعين الخارجيه كتعلق حق الجنايه بالعبد في جنايته خطأً بأن يجوز لمالك النصاب بيعه بتمامه ويصح منه البيع، كجواز بيع العبد الجاني. وتتعلق الزكاه بذمه المالك، غايه الأمر أن المالك لو امتنع عن أداء الزكاه وإفراغ ذمته منه، يجوز لولى الزكاه أخذ الزكاه من النصاب بإبطال البيع المزبور وفسخه في مقدارها، كما في امتناع مولى العبد الجاني من أداء أرش الجنايه، فيمكن أن يكون ظاهر كلام الشيخ رحمه الله في عدم الحاجة إلى الإجازة مبيّناً على ذلك، فلا يرتبط عدم الحاجة إلى الإجازة في الفرع المزبور بمسأله من باع شيئاً ثم ملك.

وذكر السيد اليزدى رحمه الله (1) في تعليقه أن تعلق الزكاه بالنصاب لا- يحتمل كونه من قبيل تعلق حق الجنايه بالعبد الجاني خطأً؛ لأنَّ المعروف بينهم أنه يجوز للساعي والحاكم تتبع العين فيما إذا باع المالك النصاب قبل أداء الزكاه من مال آخر.

أقول: إن كان مرادهم من تتبع العين فيما إذا لم يؤدَّ الزكاه بعد بيع النصاب تتبعها مع امتناع المالك من مال آخر فحق الرهانه وحق الجنايه مشتركان في ذلك، وإن كان مرادهم تتبعها ولو من غير امتناعه فالأمر أيضاً كذلك؛ لأنَّ جواز تتبع العين لا يلزم بل يظهر ممَّا حكاه عن الشيخ: عدم الحاجة إلى الإجازة إلا أن يقول الشيخ بتعلق الزكاه بالعين كتعلق الدين بالرهن، فإنَّ الراهن إذا باع فكَّ الرهن قبل

الشرح:

جواز تملكها مطلقاً، بل جواز التملك يكون بعد امتناع المالك من أداء الزكاه من مال آخر، سواء كان تعلقها من قبيل حق الرهانه أو من قبيل حق أرش الجنايه.

والحاصل: أن الفرق بين تعلق حق الرهن وتعلق حق الجنايه بعدم تمام بيع العين المرهونه إلا- بفكَّ الرهن أو إجازة المرتهن، بخلاف بيع العبد الجاني خطأً فإنه يتم، ولكن يكون للمجنى عليه أو وليه حق فسخ بيعه في فرض امتناع مولاه البائع عن أداء أقل الأمرين من قيمته، وأرش الجنايه غير منافٍ لما هو المعروف بينهم من جواز تتبع

ص: ١٩

العين. وفي صحيحه عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام «رجل لم يزك إبله أو شاته عامين، فباعها على من اشتراها أن يزكها لما مضى، قال: نعم، تؤخذ منها زكاتها ويتبع بها البائع أو يؤدى زكاتها البائع»<sup>(١)</sup>. وظهرها لا ينافي كون الزكاه من قبيل حق الرهن أو حق أرش الجنايه.

ولكن الأظهر عدم كون الزكاه من قبيلهما، ولا من قبيل الكلي في المعين؛ لعدم حساب التالف على مالك النصاب فقط، كما لا تكون من الإشاعه في العين، كما هو مقتضى إيجاب الشاه في نصاب الإبل، بل بنحو الإشاعه في الماليه. ويجوز للمالك التصرف في بعض النصاب فيما إذا كان قصده إخراجها من الباقي؛ لأن القصد المزبور عزل للزكاه في الباقي، ويصح بيع تمام النصاب مع إخراج الزكاه من مال آخر ولو بعد البيع، وتام الكلام في محله.

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

الشرح:

[١] أي صرح الشهيد رحمه الله في «الدروس»<sup>(٢)</sup> بصحة البيع فيما إذا باع المال لنفسه ثم ملكه وأجازته، وهذا أيضاً ظاهر المحكي عن الصيبري<sup>(٣)</sup>، ولكن المحكي عن المحقق الثاني في تعليق «الإرشاد» هو البطلان<sup>(٤)</sup>، ومال إليه بعض المتأخرين<sup>(٥)</sup>، والأقوى هو القول بالصحة؛ للأصل والعمومات.

أقول: لعل مراده رحمه الله من الأصل هو الإطلاق والعموم في أدله إمضاء البيع ووجوب الوفاء بالعقود فتكون العمومات السليمه عطفاً تفسيراً، ولو كان مراده

ص: ٢٠

١- (١) وسائل الشيعه ٩: ١٢٧، الباب ١٢ من أبواب زكاه الأنعام، الحديث الأول.

٢- (٢) الدروس ٣: ١٩٣.

٣- (٣) حكاة المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٤، وراجع غايه المرام (مخطوط): ٢٧٥.

٤- (٤) حاشيه الإرشاد (مخطوط): ٢١٩، وحكى عنه ذلك المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٣٤.

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

بالأصل أصاله عدم اشتراط كون المجيز مالكاً حال إنشاء العقد فقد ذكر رحمه الله في موارد من أن مقتضى الأصل العملي في المعاملات هو الفساد؛ لأصاله عدم ترتب الأثر عليها.

لا يقال: ما الفرق بين المقام، أي ما إذا شك في شرطيته ملك المجيز حال العقد في صحه البيع، وبين الشك في شرطيته شيء لمتعلق الأمر على ما هو المعروف في دوران أمر الواجب بين الأقل والأكثر الارتباطيين، حيث يرجع هناك بأصاله عدم الشرطيته ولا يرجع إليها في المقام.

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

الشرح:

فإنه يقال: المراد بأصاله عدم الشرطيته في دوران أمر الواجب بين كونه مطلقاً أو مشروطاً هي البراءة عن وجوب المشروط، والفرق بين هناك والمقام أن الحكم المزبور في مسأله دوران الواجب بين الأقل والأكثر واحد، يتردد متعلقه بين كونه الطبيعي بنحو اللابشرط أو كونه بشرط شيء، فتجرى أصاله البراءة في ناحيه تعلقه بالطبيعي بشرط شيء، بعد معارضه استصحاب عدم تعلق الوجوب بالطبيعي بشرط شيء، مع أصاله عدم تعلقه بالطبيعي بنحو اللابشرط. وأصاله البراءة عن وجوب الطبيعي المشروط بشيء لا يعارضها أصاله البراءة عن وجوب الطبيعي بنحو لا بشرط؛ لأن رفع التكليف على تقدير تعلقه بالطبيعي بنحو اللابشرط خلاف الامتنان، ولكن لا يجري ذلك في مثل المقام مما يكون الحكم فيه انحلالياً، كحل البيع أو وجوب الوفاء بالعقد، فإن كل بيع يكون مجيزه مالكاً حال إنشائه تعلق به الحل ولزوم الوفاء جزماً. والشك في تعلق حل آخر أو وجوب الوفاء بالبيع الآخر أيضاً وهو البيع الذي لا يكون مجيزه حال إنشائه مالكاً للمال، واستصحاب عدم تعلق الحل والإمضاء ووجوب الوفاء به يجري بلا معارض؛ ولذا يحتاج في الحكم بصحه البيع فيما إذا باع شيئاً ثم ملك وأجاز، إلى إثبات الإطلاق والعموم في أدله الإمضاء ولزوم العقد.

[١] يعنى: ربما لا يأتي في توجيه الصحه في هذه المسأله ما وجه به صحه البيع فيما إذا بيع المال فضولاً وأجازه من كان مالكاً له زمان العقد، حيث تقدم في توجيه الصحه هناك أن العاقد ولو قصد البيع لنفسه إلا أنه في الحقيقة قاصد البيع للمالك حال

العقد، فإن قصده البيع لنفسه مبنى على كونه مالكا للمال ولو عدواناً فيتم البيع للمالك وفيه: أنه قد سبق أن الأقوى صحته وربما يسلم هنا عن بعض الإشكالات الجارية هناك مثل مخالفته الإجازة لما قصده المتعاقدان.

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

الشرح:

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

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

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

[١] وحاصله: قد التزمنا بأن عقد الفضولى المعروف يتم بإجازة مالك المال، مع كون العاقد غير مالك للمال ولم يكن عقده بإذن المالك وبرضاه، كما أنه لم يكن قادراً على تسليم المال؛ لأن ملك المال والرضا والتمكن على التسليم يعتبر فى المالك حال العقد الذى يجيزه؛ لأنه البائع حقيقه، والمفروض فى مسأله من باع شيئاً ثم ملك وأجاز المالك المزبور لم يجز العقد، بل أجازة من تملك المال بعد ذلك العقد. وأجاب رحمه الله التصرف فيها بغير رضاهم، وهذا المعنى لا يقتضى أزيد مما ذكرنا. وأما القدره على التسليم فلا تضايق من اعتبارها فى المالك حين العقد، ولا يكتفى بحصولها فيمن هو مالك حين الإجازة، وهذا كلام آخر لا يقدح التزامه فى صحه البيع المذكور، لأن الكلام بعد استجماعه للشروط المفروغ عنها.

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

الشرح:

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

أقول: لاوجه لاعتبار قدره على التسليم في المالك حال العقد، بل يعتبر التمكن فيمن يجب عليه الوفاء بالعقد في ظرف استحقاق الطرف المطالبه بالمال، ويأحرز هذا التمكن حال العقد ينتفى الغرر ويتم البيع، كما هو مقتضى إطلاق أدله الإمضاء وعموم دليل وجوب الوفاء بالعقد.

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

الشرح:

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

وفيه: أنّ ما ذكر من اعتبار الإجازة بنحو الكشف لا- يختص بمورد دون مورد صحيح، إلّا- أنّه ليس لازم ذلك تمام الملك للطرفين من حين العقد فضولاً، أي من زمان إيجابه وقبوله؛ فالهبة الفضولية كاشفه عن تمام الملك للمتّهب من حين حصول

القبض، وبما أنّ من شرط تمام الملك للأصيل انتقال المال إليه من البائع المجيز؛ لأنّه المالك حال الإجازة وبها يستند البيع إليه، فيكون انتقال مال المجيز إلى الأصيل من زمان كون المجيز مالاً. وهذا معنى كون الإجازة معبره بنحو الكشف، وليس في الالتزام بذلك أيّ محذور، لا محذور فقد مقتضى، أي فقد الدليل على اعتبار الإجازة فإنه يكفي في اعتبارها إطلاق دليل إمضاء المعاملات وعموم وجوب الوفاء بالعقود على ما مرّ آنفاً. ولا محذور المانع، سواء كان من ناحيه العقل أو من الشرع بأن قام دليل على إلغاء هذا النحو من الكشف.

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

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

الشرح:

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

أقول: لا- يخفى أنّ إجازة البائع في المسألة تتعلق بالعقد السابق بتمام مدلوله وهو جعل ملكيه المال للمشتري من حين ذلك العقد، ولكن لا- يتبع الإمضاء الشرعي تلك الإجازة إلا من زمان تملك المجيز جمعاً بين مثل قوله سبحانه: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» (١) وما دل على عدم سلطته الإنسان بمال الغير، فيكون التفكيك في المقام نظير عدم تبعيه الإمضاء الشرعي للبيع في الصرف والسلم إلا- من حين حصول القبض. ولو أجاز البائع في المسألة بعد تملكه المال العقد السابق، لا بتمام مدلوله، كما لو صرح بإجازة ذلك العقد بإمضاء بعض مدلوله وهي الملكيه من حين تملكه، فلا- تكون إجازته مطابقيه لمدلوله، من غير فرق بين المقام وإجازة عقد الفضولي المعروف، كما إذا أجاز المالك

ص: ٢٤



فيه على مسلك الكشف بنحو النقل، حيث تقدم فساد تلك الإجازة.

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

وذكر النائيني رحمه الله (١) في المقام أن هناك فرق بين عقد الفضولي وتمامه بإجازة المالك حال العقد وبين مسأله من باع شيئاً ثم ملك وأجاز، حيث إن الإجازة في الثاني لا تؤثر شيئاً، والوجه في ذلك أن من شرط الإجازة ونفوذها عدم ردّ العقد قبلها، وأن مع وفيه: منع كون الإجازة كاشفه مطلقاً عن خروج الملك عن ملك المجيز من حين العقد حتى فيما لو كان المجيز غير مالك حين العقد، فإن مقدار كشف الإجازة تابع لصحة البيع، فإذا ثبت بمقتضى العمومات أن العقد الذي أوقعه البائع لنفسه عقد صدر من أهل العقد في المحلّ القابل للعقد عليه، ولا مانع من وقوعه إلاّ عدم رضا مالكة، فكما أن مالكة الأول إذا رضى يقع البيع له، فكذلك مالكة الثاني إذا رضى يقع البيع له، ولا دليل على اعتبار كون الرضا المتأخر ممّن هو مالك حال العقد، وحينئذٍ فإذا ثبت صحته بالدليل فلا- محيص عن القول بأن الإجازة كاشفه عن خروج المال عن ملك المجيز في أول أزمته قابليته، إذ لا- يمكن الكشف فيه على وجه آخر، ولا- يلزم من التزام هذا المعنى على الكشف محال عقلي ولا شرعي حتى يرفع اليد من أجله عن العمومات المقتضية للصحة، فإن كان لا بدّ من الكلام فينبغي في المقتضى للصحة، أو في القول بأن الواجب في الكشف عقلاً أو شرعاً أن يكون عن خروج المال عن ملك المجيز وقت العقد.

الشرح:

الردّ لا يبقى عقد لتعلق به الإجازة، وبيع المالك المال من البائع ردّ فعلى لذلك العقد فلا ينفعه إجازة البائع بعد تملك المال. ولكن لا يخفى ما فيه، فإنه كما تقدم سابقاً لا أثر لردّ المالك، وأنّ عقد الفضولي لا يكون معه ملغى، وعلى تقدير الالتزام بنفوذ الردّ فلا ينبغي الريب في أنّ الردّ من الأمور الإنشائية تحتاج إلى القصد، والمفروض في المقام أن المالك باع المال من بايعه

ص: ٢٥

١- (١) حاشية المحقق النائيني رحمه الله على المكاسب ٢: ١٦٢.

ولم يرد إلغاء العقد السابق. وينتفى بيعة قابليه عقد الفضولى لإجازة المالك حال العقد، حيث يخرج بيعة عن كونه مالكا للمال وتبقى قابليته لإجازة البائع الذى تملك المال من مالكة.

أضف إلى ذلك أنه ربما يكون تملك البائع المال فضولاً لا بالمعاملة مع المالك، وقد عرفت أن لا كلام فى مقتضى الصيحه، ولذا لم يصدر من المستدل على البطلان، وأنه لا مانع عقلاً ولا شرعاً من كون الإجازة كاشفه من زمان قابليه تأثيرها. ولا يتوهم أن هذا نظير ما لو خصص المالك الإجازة بزمان متأخر عن العقد، إذ التخصيص إنما يقدر مع القابليه، كما أن تعميم الإجازة لما قبل ملك المجيز بناءً على ما سبق فى دليل الكشف من أن معنى الإجازة إمضاء العقد من حين الوقوع أو إمضاء العقد الذى مقتضاه النقل من حين الوقوع غير قاذح مع عدم قابليه تأثيرها إلا من زمان ملك المجيز للمبيع.

الزابع: أن العقد الأول [١] إنما صح وترتب عليه أثره بإجازة الفضولى وهى

الشرح:

بل بالإرث ونحوه، ومعه لا مجال لتوهم الرد.

[١] وبتعبير آخر: صحه الإجازة من البائع موقوفه على تمام البيع الثانى لىتملك البائع المزبور المال من مالكة الأصلى؛ ليجيز بيعة الأول الذى كان فضولياً، ففى زمان البيع الثانى لا بد من كون المال ملكاً لمالكه الأصلى؛ ليجعل ملكه للبائع المجيز بالبيع المزبور، كما يلزم أن يكون ملكاً للمشتري فى البيع الأول الذى اشتراه من البائع الفضولى باعتبار أن ذلك مقتضى اعتبار الإجازة وصحتها بنحو الكشف.

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

لا يقال: يأتى هذا الإشكال فى كل بيع فضولى، فإن صحه الإجازة موقوفه على كون المجيز مالكا حال الإجازة، حيث يعتبر فى تمام البيع فضولاً لإجازة المالك وصحه إجازته، واعتبارها بطور الكشف مقتضاها كون المال فى زمان الإجازة ملكاً للمشتري فى ذلك البيع الفضولى فاجتمع فى مال واحد فى زمان واحد ملكان.

فإنه يقال: يكفى فى الإجازة ونفوذها الملك الظاهرى للمجيز الحاصل له بالاستصحاب، بخلاف صحه البيع الثانى فى مسأله من باع شيئاً ثم ملكه بالشراء وأجاز متوقفه على صحه العقد الثانى المتوقفه على بقاء الملك على ملك مالكة

الأصلي، فيكون صحّهُ الأوّل مستلزماً لكون المال المعين ملكاً للمالك والمشتري معاً في زمان واحد [١]، وهو محال، لتضادّهما، فوجود الثاني يقتضى عدم الأوّل، وهو موجب لعدم الثاني أيضاً، فيلزم وجوده وعدمه في آن واحد، وهو محال.

فإن قلت: مثل هذا لازم في كلّ عقد فضوليّ، لأنّ صحّته موقوفه على الإجازة المتأخّره المتوقّفه على بقاء ملك المالك ومستلزمه لملك المشتري كذلك، فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك والمشتري معاً في آن واحد، فيلزم إمّا بطلان عقد الفضوليّ 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، لأنّها في الحقيقة رفع اليد وإسقاط للحقّ، ولا يكفي الملك الصّوري في العقد الثاني.

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

الشرح:

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

[١] يعنى: تكون صحّهُ بيع البائع فضولاً بلحوق إجازته مستلزمه لكون المتاع ملكاً للمالك الأصلي؛ ليشتره البائع منه ويجوز البيع الأوّل، وأن يكون ملكاً للمشتري من البائع فضولاً في ذلك الزمان، كما هو مقتضى كون الإجازة كاشفه، فوجود الثاني أى صحّهُ بيع المالك الأصلي يقتضى عدم صحّهُ بيع البائع فضولاً وأن لا يكون المتاع ملكاً للمشتري الأوّل. وصحّهُ بيع البائع أى الأوّل فضولاً- يقتضى بطلان بيع المالك الأصلي وأن لا- يكون المالك الأصلي في زمان البيع الثاني مالاً للمتاع، فيلزم أن يكون المالك الأصلي في زمان مالاً وغير مال.

العقد، وحينئذ فتوقّف إجازة العاقد الأوّل على صحّهُ العقد الثاني مسلّم، وتوقّف صحّهُ العقد الثاني على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي إلى زمان العقد مسلّم أيضاً، فقوله: «صحّهُ الأوّل تستلزم كون المال ملكاً للمالك والمشتري في زمان» ممنوع، بل صحّته تستلزم خروج العين عن ملكيه المالك الأصلي.

نعم، إنّما يلزم ما ذكره من المحال إذا ادّعى وجوب كون الإجازة كاشفه عن الملك حين العقد، ولكن هذا أمر تقدّم دعواه في الوجه الثالث وقد تقدّم منعه،

فلا وجه لإعادته بتقرير آخر، كما لا يخفى.

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

الشرح:

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

[١] الإشكال العام مبني على مسلك الكشف الحقيقي، فإنه بناءً عليه يكون المال قبل حصول الإجازة ملكاً للمشتري، كما هو مقتضى اعتبارها بنحو الكشف، ويكون ملكاً للمجيز؛ لتكون إجازته نافذه، حيث يعتبر ملك المجيز. وإذا انضم هذا الإشكال العام إلى الإشكال الجاري في خصوص المقام يلزم كون المال قبل وقوع البيع الثاني ملكاً لثلاثة: المالك الأصلي؛ ليصحّ بيعه من العاقد، وللعاقد فإنه مقتضى تلقى نعم، يلزم من ضمّ هذا الإشكال العام إلى ما يلزم في المسألة على القول بالكشف من حين العقد اجتماع ملاك ثلاثة على ملك واحد قبل العقد الثاني، لوجوب التزام مالكيه المالك الأصلي حتى يصحّ العقد الثاني، ومالكيه المشتري له لأنّ الإجازة تكشف عن ذلك، ومالكيه 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 يخرج ملك الغير إلى غيره.

ثمّ إنّ ما أجاب به عن الإشكال الوارد في مطلق الفضولي لا- يُسمن ولا- يغني، لأنّ الإجازة إذا وقعت، فإن كشفت عن ملك المشتري قبلها كشفت عمّا يبطلها، لأنّ الإجازة لا تكون إلاّ من المالك الواقعي، والمالك الظاهري إنّما يجدي إجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكاً حين الإجازة، ولذا لو تبين في مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع إجازته، لأنّ المالكيه من الشرائط الواقعيه دون العلميه.

الشرح:

المشترى الملك منه، وللمشترى، كما هو مقتضى اعتبار الإجازة بنحو الكشف. وما ذكر في دفع الإشكال العام بكفايه الملك الظاهري الحاصل للمجيز بالاستصحاب فاسد؛ لأن استناد البيع إلى المجيز وكشف إجازته عن حصول الملك للطرف يتوقف على كون ذلك المجيز مالكا، وإذا أحرز بعد ذلك عدم كونه مالكا فلا تفيد إجازته، حيث لا أثر للحكم الظاهري بعد انكشاف الواقع، فيكون الفرض كما إذا انكشف أن المال كان ملكا لشخص آخر.

والحاصل: أن اعتبار الملك في المجيز شرط واقعي.

وأيضاً ما ذكره في مقام التفرقة بين نفوذ الإجازة ونفوذ البيع الثاني من اعتبار الملك الواقعي في الثاني دون الإجازة فإن الإجازة إسقاط حق يكفي فيه الملك الظاهري لا يمكن المساعدة عليه، فإن تمام بيع المالك يكون بإجازته فيلزم كونه مالكا ثم إن ما ذكره في الفرق بين الإجازة والعقد الثاني من كفايه الملك الصوري في الأول دون الثاني تحكّم صِرف، خصوصاً مع تعليقه بأن الإجازة رفع لليد وإسقاط للحق، فليت شعري! أن إسقاط الحق كيف يجدي وينفع مع عدم الحق واقعاً؟ مع أن الإجازة رفع لليد عن الملك أيضاً بالبدية.

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

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

الشرح:

واقعا، بل إذا لم يكن له ملك واقعا أو حق كذلك فكيف يصح منه الإسقاط؟

أقول: لو قام الدليل على اعتبار الإجازة بنحو الكشف الحقيقي فلا بد من الالتزام بأن المعتبر في الإجازة كون المجيز مالكا لولا الإجازة، ولا وجه لما يظهر من المصنف رحمه الله من التزام بالإشكال العام، وأنه يلزم عليه اجتماع ملكين مستقلين في مال واحد على مسلك الكشف الحقيقي كما لا يخفى.

ص: ٢٩

[١] وهذا الوجه أيضاً مبنى على كون الإجازة كاشفه عن حصول الملك للمشتري الأصلي من حين وقوع البيع الأول، فإنه عليه تكون إجازة البائع البيع الأول بعد تملكه المال كاشفه عن حصول ملك ذلك المال للمشتري من حين البيع الأول، فيكون بيع المالك الأصلي ذلك المال من البائع الأول مصادفاً لملك المشتري الأصلي واقعاً، فيتوقف نفوذ البيع الثاني على إجازة ذلك المشتري. نظير ما صدر البيع الثاني عن أجنبي وأجاز المالك الأصلي البيع الأول، فإن معها تكون صحه البيع الثاني الصادر المشتري البيع الثاني حتى يصح ويلزم، فعلى هذا يلزم توقف إجازة كل من الشخصين على إجازة الآخر، وتوقف صحه كل من العقدين على إجازة المشتري الغير الفضولي، وهو من الأعاجيب! بل من المستحيل، لاستلزام ذلك عدم تملك المالك الأصلي شيئاً من الثمن والمثمن، وتملك المشتري الأول المبيع بلا- عوض إن اتحد الثمنان، ودون تمامه إن زاد الأول، ومع زياده 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 كاشفه عن الملك من حين العقد، وهو ممنوع.

الشرح:

عن الأجنبي موقوفه على إجازة المشتري الأول بلا كلام، وحيث إن في المقام صحه البيع الأول موقوفه على إجازة البائع فضولاً تكون النتيجة توقف نفوذ كل من إجازتي المشتري الأول والبائع فضولاً- على الأخرى، وتكون صحه كلا البيعين موقوفه على إجازة المشتري الأول؛ لاعتبار رضاه في تمام البيع الثاني؛ ولتوقف تمام البيع الأول على البيع الثاني الموقوف على إجازته على الفرض.

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

وبهذا يظهر أن المشتري المزبور يستحق المبيع بأقل من الثمن في البيع الأول فيما إذا كان الثمن فيه أكثر من الثمن في البيع الثاني، ويستحقه مع زائد فيما إذا كان الأمر

بالعكس.

والحاصل: أنّ منشأ الوجوه الثلاثة الأخيره شىء واحد، والمحال على تقديره مسلّم بتقاريرات مختلفه قد تبّه عليه فى الإيضاح وجامع المقاصد.

السادس: أنّ من المعلوم أنّه يكفى [١] فى إجازة المالك وفسخه فعل ما هو من لوازمهما، ولما باع المالك ماله من الفضولى بالعقد الثانى فقد نقل المال عن نفسه وتملّك الثمن، وهو لا يجامع صحّه العقد الأوّل، فإنّها تقتضى تملّك المالك للثمن الأوّل، وحيث وقع الثانى يكون فسخاً له وإن لم يعلم بوقوعه، فلا يجدى الإجازة المتأخّره.

الشرح:

[١] وحاصل هذا الوجه أنّ بيع المالك الأصلي المال من العاقد الفضولى فسخ فعلى لبيع الفضولى فلا يكون ذلك البيع قابلاً للإجازة، والوجه فى كونه فسخاً فعلياً أنّ عقد الفضولى لا يزيد على العقد الخيارى، وكما أنّ تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه بيعه من آخر فسخ فعلى لذلك البيع الخيارى كذلك تصرف المالك الأصلي فى ماله ببيعه من العاقد الفضولى أو غيره فسخ وإبطال لبيع الفضولى، بل يكون تصرف المالك الأصلي أولى بالفسخ من تصرف ذى الخيار، حيث يمكن أنّ يقال: إنّ البيع بعد انعقاده لا يكون ملغى إلا بالفسخ القولى، بخلاف إلغاء بيع الفضولى فهو باعتبار عدم تمامه قبل الإجازة يكون ملغى بالفعل قطعاً.

وأجاب المصنف رحمه الله عن هذا الوجه بأن مجرد تصرف المالك الأصلي فى ماله الجارى عليه البيع فضولاً لا يكون ردّاً وإلغاءً لعقد الفضولى حتّى لا يكون قابلاً للإجازة، بل غاية الأمر يكون تصرفه موجباً لفوت محل الإجازة؛ إما مطلقاً كما إذا زوّجت المنكوحه فضولاً نفسها من الآخر، أو بالإضافة إلى المتصرف فقط كما فى مسأله بيع المالك الأصلي، فإن للتملّك إجازة البيع الجارى على ذلك المال فضولاً. وقياس تصرف المالك الأصلي بتصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه فاسد؛ لأنّ تصرف وبالجملة، حكم عقد الفضولى قبل الإجازة كسائر العقود الجائزه بل أولى منها، فكما أنّ التصرف المنافى مبطل لها فكذلك عقد الفضولى.

والجواب: أنّ فسخ عقد الفضولى هو إنشاء رده، وأمّا الفعل المنافى لمضيه كتزويج المعقوده فضولاً نفسها من آخر وبيع المالك ماله المبيع فضولاً من آخر

ص: ٣١

فليس فسخاً له، خصوصاً مع عدم التفاته إلى وقوع عقد الفضولي، غاية ما في الباب أنّ الفعل المنافي لمضى العقد مفوّت لمحلّ الإجازة، فإذا فرض وقوعه صحيحاً فات محلّ الإجازة ويخرج العقد عن قابليته الإجازة، إمّا مطلقاً كما في مثال التزويج، 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 الشرح:

ذى الخيار فيما انتقل عنه لا يمكن إلّا بفسخ البيع الخيارى وإبطاله، بخلاف تصرف المالك الأصلي فإنّ المال باعتبار عدم تمام البيع فضولاً باق على ملكه، فيجوز له التصرف فيه مع إمكان إجازة البيع الأوّل ولحوق الإجازة به من مالكة الجديد.

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

أقول: قد تقدّم في ذيل نقل هذا الوجه عن النائينى رحمه الله أنّه لا موجب لرفع اليد عن عموم وجوب الوفاء بالعقد وإطلاق دليل حل البيع بالإضافة إلى البيع الأوّل فيما إذا أجازته المالك الجديد حتّى في مورد قصد المالك الأصلي إلغاء ذلك البيع، فإنّه ذكرنا عدم الأثر لقصد الإلغاء ولا يمكن إثباته بحديث «الناس مسلّطون على أموالهم»<sup>(١)</sup>.

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

نعم، لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل فسخ العقد بحيث يعدّ فسخاً فعلياً، لم يبعد كونه كالإنشاء بالقول، لكن الالتزام بذلك لا يقدح فى المطلب، إذ المقصود أنّ مجرد بيع المالك لا يوجب بطلان العقد، ولذا لو فرضنا انكشاف فساد

ص: ٣٢

١- (١) عوالى اللآلى ٣: ٢٠٨، الحديث ٤٩.



هذا البيع بقى العقد على حاله من قابليته لحق الإجازة. وأما الالتزام فى مثل الهبة والبيع فى زمان الخيار بانفساخ العقد من ذى الخيار بمجرّد الفعل المنافى، فلأنّ صحّه التصرف المنافى يتوقّف على فسخ العقد، وإلا وقع فى ملك الغير، بخلاف ما نحن فيه، فإنّ تصرف المالك فى ماله المبيع فضولاً صحيح فى نفسه لوقوعه فى ملكه، فلا يتوقّف على فسخه، غاية الأمر أنّه إذا تصرف فات محلّ الإجازة. ومن ذلك يظهر ما فى قوله رحمه الله أخيراً: «وبالجملة حكم عقد الفضولى حكم سائر العقود الجائزه، بل أولى»، فإنّ قياس العقد المتزلزل من حيث الحدوث، على المتزلزل من حيث البقاء قياس مع الفارق، فضلاً عن دعوى الأولويّه، وسيجيء مزيد بيان لذلك فى بيان ما يتحقّق به الردّ.

السابع: الأخبار المستفيضه الحاكيه لنهى النبى صلى الله عليه وآله عن بيع ما ليس عندك [١]

الشرح:

[١] الأخبار المذكوره فى هذا الوجه على طوائف ثلاث:

الأولى: بعض الأخبار الضعاف الحاكيه لنهى النبى صلى الله عليه وآله عن بيع ما ليس عندك، فإنّ النهى فيها إمّا لفساد البيع المذكور مطلقاً بالنسبه إلى المخاطب وإلى المالك، فيكون دليلاً على فساد العقد الفضولى، وإمّا لبيان فساده بالنسبه إلى المخاطب خاصّه كما استظهرناه سابقاً فيكون دالاً على عدم وقوع بيع مال الغير لبائعه مطلقاً ولو ملكه فأجاز، بل الظاهر إرادته حكم خصوص صورته تملكه بعد البيع، وإلا فعدم

الشرح:

كروايتى الحسين بن زيد وسليمان بن صالح (١)، والنهى المزبور يعم ما إذا كان بيع ما ليس عنده من بيع الكلى أو الشخصى ولكن يتعيّن رفع اليد عن إطلاقه بالحمل على صورته كون المبيع شخصاً لِمَا نشير إلى الروايات المعبره الداله على جواز بيع الكلى على العهده، مع عدم ملك الشخص حال البيع، كما أنّ النهى المزبور إمّا إرشاد إلى فساد بيع ما ليس عنده بالإضافة إلى كلّ من بايعه ومالك المال، أو إلى فساده بالإضافة إلى بايعه فقط.

وعلى الأول يرفع اليد عن الإطلاق بالإضافة إلى مالك المال؛ لما تقدم من الدليل

ص: ٣٣

على صحّحه بيع الفضولى وتمامه بإجازة المالك، وعلى التقديرين يكون مقتضى النهى عدم تمام ذلك البيع بالإضافه إلى بايعه، سواءً تملك المال وأجاز بيعه أم لا، بل الظاهر إرادته صورته تملكه؛ لأنّ عدم تمام البيع بالإضافه إلى بائعه فى غير صورته تملكه لا يحتاج إلى البيان.

وأجاب المصنف رحمه الله عن الاستدلال بأنّه لا- نظر فى النهى المزبور إلى صورته إجازته بائعه بعد تملكه؛ لأنّ المنفى بالنهى الإرشادى الصحّحه التى يراها المتبايعان بحسب معاملتهم، وهى انتقال ذلك المتاع إلى المشتري وانتقال الثمن إلى البائع بحيث يكون للمشتري حق إلزام البائع بتحصيل ذلك المتاع وللبائع حق إلزام المشتري بأخذه وقوعه له قبل تملكه ممّا لا يحتاج إلى البيان. وخصوص روايه يحيى بن الحجّاج المصحّحه إليه، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول لى: اشترى لى هذا الثوب وهذه الدابّة وبعتها، أربحك كذا وكذا. قال: لا بأس بذلك، اشترها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها».

الشرح:

والتصرف فى الثمن. وأما الصحّحه التى يلتزم بها فى المقام، وهى ترتب أثر المعامله على البيع بإجازته بايعه بعد تملكه المتاع أخذاً بإطلاق دليل حل البيع وعموم وجوب الوفاء بالعقد، فلا دلالة للنهى المزبور على نفيها.

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

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

والحاصل: أنّ المنفى بالنهى هى صحّحه المعامله شرعاً، وهى حصول النقل والانتقال كما فى النهى عن البيع فى سائر الموارد، ومقتضى إطلاقه وعدم تقييده بمثل قوله: «إلا أن يجيزه إذا صار المال عندك»، عدم صحّته بإجازته بائعه.

نعم، بالإضافه إلى إجازته المالك حال العقد فيرفع اليد عن إطلاق النهى على

تقديره بما دل على تمام بيع الفضولي بإجازته، أى بالروايات الخاصه الداله على صحه بيع الفضولي بإجازته المالك حال العقد، لا بإطلاق خطاب حل البيع وعموم وجوب وروايه خالد بن الحجاج، قال: «قلت لأبى عبدالله عليه السلام: الرجل يجيئني ويقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا. قال: ليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟ قلت: بلى. قال: لا بأس به، إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام» بناءً على أن المراد بالكلام عقد البيع، فيحلل نفيًا ويحرم إثباتًا، كما فهمه فى الوافى، أو يحلل إذا وقع

الشرح:

الوفاء بالعقد(١) كما لا يخفى.

الطائفة الثانيه: ما تضمن النهى عن بيع الكلى مع عدم ملك الشخص حال البيع، كما هو ظاهر صحيحه معاويه بن عمار قال: قلت لأبى عبدالله عليه السلام: «يجيئني الرجل يطلب منى بيع الحرير وليس عندى منه شىء، فيقاولنى عليه وأقوله فى الربح والأجل حتى يجتمع على شىء، ثم أذهب فأشترى له الحرير فأدعوه إليه، قال: رأيت إن وجد بيعاً هو أحب إليه مما عندك أيسطيع أن ينصرف إليه ويدعك، أو وجدت أنت ذلك أيسطيع أن تنصرف إليه وتدعه؟ قلت: نعم، قال: فلا بأس»(٢). فلا بد من أن يحمل النهى فى هذه على الكراهه، أو على التقيه؛ لأنها معارضه بالروايات المعبره الداله على جواز بيع الكلى مع عدم تملك الفرد منه حال البيع، كصحيحه عبدالرحمن بن الحجاج قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشترى منه حالاً، قال: ليس به بأس. قلت: إنهم يفسدونه عندنا، قال: وأى شىء يقولون فى السلم؟ قلت: لا يرون به بأساً، يقولون: هذا إلى أجل، وإذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح، فقال: فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود، ثم قال: لا بأس بأن يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه، وإلى أجل»، الحديث(٣). وقريب منها غيرها.

بعد الاشتراء ويحرم إذا وقع قبله، أو أن الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرم إذا كان بعنوان العقد الملزم ويحلل إذا كان على وجه المساومه والمراضاه.

وصحيحه ابن مسلم، قال: «سألته عن رجل أتاه رجل، فقال له: ابتع لى متاعاً

ص: ٣٥

١- (١) فى قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، سورة المائده: الآية ١.

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

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

لعلّي اشتريه منك بنقد أو نسيئه، فابتاعه الرجل من أجله، قال: ليس به بأس إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه».

الشرح:

وأما صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل أتاه رجل فقال: ابتع لي متاعاً لعلّي اشتريه منك بنقد أو نسيئه، فابتاعه الرجل من أجله، قال: ليس به بأس، إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه»<sup>(١)</sup>. فقد يقال بظهورها في خصوص بيع العين الخارجيه.

ولكن لا يخفى ما فيه، فإنّ ظهورها في تعلق الشراء الثاني بنفس ما ابتاعه البائع وأن لا ينكر، إلا أنه لم يفرض فيها أنّ ما ابتاعه البائع كانت عيناً خارجيه أو كلياً على العهده ويبيعه من طالبه بعد قبضه، بل يعم ما إذا كان ما اشتراه كلياً ويبيعه من الطالب قبل قبضه. ونظيرها صحيحه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل أمر رجلاً يشتري له متاعاً فيشتره منه، قال: لا بأس بذلك، إنّما البيع بعد ما يشتريه»<sup>(٢)</sup>.

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

الطائفة الثالثة: ما ورد في بيع العين الخارجيه، كمصححه يحيى بن الحجاج قال: وصحيحه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجل أمر رجلاً ليشتري له متاعاً فيشتره منه، قال: لا بأس بذلك إنّما البيع بعد ما يشتريه».

وصحيحه معاوية بن عمّار، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام: يجيئني الرجل فيطلب بيع الحرير، وليس عندي شيء فيقاولني عليه وأقاوله في الرّبح والأجل حتّى نجمع على شيء، ثمّ أذهب لأشتري الحرير فأدعوه إليه، فقال: أرايت إن وجد مبيعاً هو أحبّ إليه ممّا عندك، أيستطيع أن ينصرف إليه ويدعك؟ أو وجدت أنت ذلك أتستطيع أن تنصرف عنه وتدعه؟ قلت: نعم. قال: لا بأس»، وغيرها من الروايات.

ص: ٣٦

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

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

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

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

والجواب عن العمومات: أنها إنما تدل 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 الشرح:

ولكن قد يخطر في النفس بالإضافة إلى الروايتين احتمال آخر، وهو أن يكون الثوب أو الدابة المزبوره فيهما كونهما ملكاً للمشتري وطلب من الرجل اشتراءه منه نقداً أو يبيعه منه ثانياً نسيئته، كما هو قسم من بيع العينه ومعه يكون بيع الرجل الثوب أو الدابة قبل تملكه محكوماً بالبطلان. ولو قيل في مسأله «من باع شيئاً ثم ملك وأجاز» بصحه البيع الأول، وذلك فإن الثوب أو الدابة يبيعه من المشتري قبل تملكه من بيع المال من

١- (١) المصدر السابق: ٥٢، الحديث ١٣.

٢- (٢) المصدر السابق: ٥٠، الحديث ٤.

مالكه، وهذا أمر باطل. وفي روايه الحسين بن المنذر قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: يجيئني الرجل فيطلب عينه فأشترى له المتاع مرابحه، ثم أبيع إياه ثم اشتره منه مكاني، قال: إذا كان بالخيار إن شاء باع وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشترت وإن شئت لم تشتري فلا بأس. فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد، ويقولون: إن جاء به بعد أشهر صلح، قال: إنما هذا تقديم وتأخير فلا بأس» (١).

والمتحصل من جميع ما ذكرنا: أنه يتعين الحكم بالبطلان في مسأله «من باع شيئاً ثم ملك وأجاز»، لا بمجرد بعض الروايات الحاكبه لنهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع ما ليس يطالب البائع بتسليم المبيع. ومنه يظهر الجواب عن الأخبار [١]، فإنها لا تدلّ خصوصاً بملاحظه 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 حاجه إلى إجازته، وهى المسأله الآتية، أعنى لزوم البيع بنفس الاشتراء من البائع من دون حاجه إلى الإجازته، وسيأتى أن الأقوى فيها البطلان.

الشرح:

عندك؛ ليقال: إنها ضعيفه سنداً لا- يمكن الاعتماد عليها، ولا- بهاتين الروايتين؛ ليقال: إنهما غير ظاهرتين في المفروض في المقام، بل للنهي المستفاد من صحيحتي محمد بن مسلم (٢) ومنصور بن حازم (٣). ويرفع اليد عن عموم ذلك النهى بالإضافه إلى بيع الكلى، ويشير إلى أن مجرد تملك البائع وإجازته لا يفيد في المقام مصححه الحسن بن زياد الطائي قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إننى كنت رجلاً- مملوكاً فتزوجت بغير إذن مولاي، ثم أعتقني الله بعد فأجدد النكاح، قال: فقال: علموا أنك تزوجت، قلت: نعم، قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لى شيئاً، قال: ذلك إقرار منهم أنت على نكاحك» (٤). ونحوها صحيحه معاويه بن وهب (٥). ووجه الإشاره أن مع عتق العبد يكون نكاحه بيده، ولو كان لحق إجازته بنكاحه السابق موجباً لتمامه لما كانت حاجه

ص: ٣٨

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

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٥١ ، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٨ .

٣- (٣) المصدر السابق : ٥٠ ، الحديث ٦ .

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

٥- (٥) المصدر السابق: ١١٧، الحديث الأول.

إلى الاستفسار عن علم مولاه بنكاحه وسكوته كما لا يخفى.

[١] يعنى: يظهر ممّا تقدّم من أنّ الصّحّه التي يلتزم بها في المقام ترتب الأثر على البيع السابق بإجازه بئنه بعد تملكه المتاع أخذاً بإطلاق دليل حل البيع ووجوب الوفاء وما قيل: من أنّ تسليم البائع للمبيع بعد اشتراؤه إلى المشتري الأول مفروض في مورد الروايات وهي إجازة فعلية، مدفوع: بأنّ التسليم إذا وقع باعتقاد لزوم البيع السابق وكونه من مقتضيات لزوم العقد وأنه ممّا لا اختيار للبائع فيه بل يجبر عليه إذا امتنع، فهذا لا يعدّ إجازة ولا يترتب عليه أحكام الإجازة في باب الفضولي، لأنّ المعبر في الإجازة قولاً وفعلاً ما يكون عن سلطنه واستقلال، لأنّ ما يدلّ على اعتبار طيب النفس في صيروره مال الغير حلالاً لغيره، يدلّ على عدم كفايه ذلك.

الشرح:

بالعقد، ونفى هذه الصّحّه لا يستفاد من قوله صلى الله عليه وآله: «لا تبع ما ليس عندك» (١) وإنّما يستفاد منه نفى الصّحّه التي يراها المشتري والبائع بحسب البيع السابق وهي انتقال المتاع إلى المشتري وانتقال الثمن إلى البائع بحيث يكون للبائع التصرف في ذلك الثمن، وللمشتري إلزام البائع بتحصيل المتاع بلا حاجة إلى إجازة البائع ثانياً.

الجواب عن سائر الأخبار وأنها أيضاً ناظره إلى نفى هذه الصّحّه، خصوصاً بقرينه قوله عليه السلام في صحيحه يحيى بن الحجاج: «ولا تواجهه البيع» (٢)، أي لا تتم البيع مع المشتري المزبور قبل شرائك.

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

فإنه يقال: لا يكون الدفع إجازة، حيث إنّ وقع بعنوان الوفاء بالبيع الذي حصل قبل تملك البائع ويرى البائع أنه يلزم بالعمل به، وهذا لا يحسب إجازة، فإنّه يعتبر في نعم، يمكن أن يقال: إنّ مقتضى تعليل نفى البأس في روايه خالد المتقدمه 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

ص: ٣٩

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

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

عقد الفضولى فسخ معامله قبل إجازة المالك أو رده، لكن الظاهر بقريته النهى عن مواجهه البيع فى الخبر المتقدم إرادته لزوم من الطرفين.

والحاصل: أنّ دلالة الزوايات عموماً وخصوصاً على النهى عن البيع قبل الملك ممّا لا مساغ لإنكاره، ودلاله النهى على الفساد أيضاً ممّا لم يقع فيها المناقشه فى هذه المسأله، إلاّ أنّا نقول: إنّ المراد بفساد البيع عدم ترتّب ما يقصد منه عرفاً

الشرح:

الإجازة إظهار رضاه به من غير جهه الالتزام السابق، كما هو مقتضى ما دل على دخل طيب النفس فى صيروره المال حلالاً للغير.

لا- يقال: لا-يمكن الحكم بصحّه البيع السابق بإجازة بايعه؛ لأنّ صحّته بها ينافى مافى روايه خالد بن الحجاج، حيث ذكر فيها: «أليس إن شاء ترك، وإن شاء أخذ؟»<sup>(١)</sup>، ووجه المنافاه أنه بناءً على صحّته السابق وتماهه بإجازة بايعه لا يكون للمشتري الامتناع ورفع اليد عن البيع حتّى قبل إجازة بايعه؛ لما تقدم سابقاً من لزوم عقد الفضولى على الأصيل ولو قبل إجازة المالك، مع أنّ ظاهر الروايه خلاف ذلك، وأنّ البيع السابق لا يوجب على المشتري أمراً.

فإنه يقال: قوله عليه السلام: «أليس إن شاء . . .» ولو بقريته صحيحه يحيى بن الحجاج كنايه عن أنّه لا يكون قبل تملك البائع البيع اللازم على الطرفين، ولا ينافى حصول اللازم من طرف المشتري فقط.

من الآثار، فى مقابل الصّحّه التى هى إمضاء الشّارع لما يقصد عرفاً من إنشاء البيع، مثلاً لو فرض حكم الشّارع بصحّه بيع الشىء قبل تملكه على الوجه الذى يقصده أهل المعامله، كأن يترتب عليه بعد البيع التّقل والانتقال، وجواز تصرّف البائع فى الثّمن، وجواز مطالبه المشتري البائع بتحصيل المبيع من مالكة وتسليمه، وعدم جواز امتناع البائع بعد تحصيله عن تسليمه، ففساد البيع بمعنى عدم ترتّب جميع ذلك عليه، وهو لا ينافى قابليه العقد للحقوق الإجازة من مالكة حين العقد أو ممّن يملكه بعد العقد. ولا يجب على القول بدلاله النهى على الفساد وقوع المنهى عنه لغواً غير مؤثّر أصلاً، كما يستفاد من وجه دلالة النهى على الفساد، فإنّ حاصله:

ص: ٤٠

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



دعوى دلالة النهى على إرشاد المخاطب وبيان أن مقصوده من الفعل المنهى عنه وهو الملك والسِّلْطَنه من الطرفين لا يترتب عليه، فهو غير مؤثر في مقصود المتبايعين، لا أنه لغو من جميع الجهات، فافهم.

اللهم إلا أن يقال: إنَّ عدم ترتب جميع مقاصد المتعاقدين على عقد بمجرد إنشائه، مع وقوع مدلول ذلك العقد في نظر الشارع مقيداً بانضمام بعض الأمور اللاحقه كالتبضع في الهبه ونحوها والإجازة في الفضولى لا يقتضى النهى عنها بقولٍ مطلق، إذ معنى صحه المعامله شرعاً أن يترتب عليها شرعاً المدلول المقصود من إنشائه ولو مع شرط لاحق، وعدم بناء المتعاملين على مراعاة ذلك الشرط لا- يوجب النهى عنه إلا- مقيداً بتجرده عن لحوق ذلك الشرط، فقصدهم ترتب الملك المنجز على البيع قبل التملك بحيث يسلمون الثمن ويطالبون المبيع لا يوجب الحكم عليه بالفساد.

فالإنصاف: أن ظاهر النهى في تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع وعدم ترتب أثر الإنشاء المقصود منه عليه مطلقاً حتى مع الإجازة، وأما صحته بالنسبه إلى المالك إذا أجاز، فلأن النهى راجع إلى وقوع البيع المذكور للبائع، فلا تعرض فيه لحال المالك إذا أجاز، فيرجع فيه إلى مسأله الفضولى.

نعم، قد يחדش فيها: أن ظاهر كثير من الأخبار المتقدمه، ورودها في بيع الكلى، وأنه لا يجوز بيع الكلى في الذمه ثم اشتراء بعض أفراده وتسليمه إلى المشتري الأول، والمذهب جواز ذلك وإن نسب الخلاف فيه إلى بعض العبائر، فيقوى في النفس: أنها وما ورد في سياقها في بيع الشخصى أيضاً كروايتى يحيى وخالد المتقدمتين أريد بها الكراهه، أو وردت في مقام التقيّه، لأن المنع عن بيع الكلى حالاً مع عدم وجوده عند البائع حال البيع مذهب جماعه من العايمه كما صرح به في بعض الأخبار مستنديين في ذلك إلى النهى النبوى عن بيع ما ليس عندك.

لكن الاعتماد على هذا التوهين في رفع اليد عن الروايتين المتقدمتين الواردتين في بيع الشخصى، وعموم مفهوم التعليل في الأخبار الوارده في بيع الكلى، خلاف الإنصاف، إذ غاية الأمر حمل الحكم في مورد تلك الأخبار وهو بيع الكلى قبل التملك على التقيّه، وهو لا يوجب طرح مفهوم التعليل رأساً، فتدبر.

فالأقوى: العمل بالروايات والفتوى بالمنع عن البيع المذكور.

ومما يؤيد المنع مضافاً إلى ما سيأتى عن التذكرة والمختلف من دعوى الاتفاق: رواه الحسن بن زياد الطائي الواردة في نكاح العبد بغير إذن مولاه، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني 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 إقرار منهم، أنت على نكاحك... الخبر»، فإنها ظاهرة بل صريحة في أنّ علّه البقاء بعد العتق على ما فعله بغير إذن مولاه هو إقراره المستفاد من سكوته، فلو كان صيرورته حراً مالكاً لنفسه مسوغاً للبقاء مع إجازته أو بدونها لم يحتج إلى الاستفصال عن أنّ المولى سكت أم لا، للزوم العقد حينئذٍ على كلّ تقدير.

ثم إنّ الواجب على كلّ تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات [١]، وهو ما لو باع البائع لنفسه واشترى المشتري غير مترقب لإجازته المالك ولا لإجازته البائع إذا صار مالكاً، وهذا هو الذي ذكره العلامة رحمه الله في التذكرة نافية للخلاف في فساده.

الشرح:

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

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

ويظهر ذلك أيضاً من العلامة في «التذكرة» (١) و«المختلف» (٢)، حيث علل المنع بالغرر وبعدم قدره البائع على التسليم، ومع تعليق البيع على تملكه المال، أو على

ص: ٤٢

١- (١) التذكرة ١ : ٤٦٣، وفيه: «... سواء كان حالاً أو مؤجلاً فإنه جائز وكذا لو اشترى عيناً شخصيه غائبه مملوكه للبائع موصوفه بما ترفع الجهاله فإنه جائز إجماعاً».

٢- (٢) لم نقف عليه بعينه، نعم في مقابس الأنوار : ١٣٤، بعد نقل عبارته التذكرة، ونسبه البطان إلى ظاهر التحرير هكذا: وهو الظاهر من المختلف.

إجازته بعد تملكه، لا- يحصل البيع قبل الشرط ليكون غررًا، أو لم يكن متمكنًا على تسليم المال، بل فعليته تكون مع حصول الشرط، ولا يكون في ذلك الزمان في البين غرر ولا عجز عن التسليم.

أقول: تقييد البيع بإجازه بايعه بعد تملك المال أو بنفس تملكه وإن يقتضى عدم قال: لا يجوز أن يبيع عينًا لا يملكها ويمضى ليشتريها ويسلمها، وبه قال الشافعي وأحمد، ولا- نعلم فيه خلافًا، لقول النبي صلى الله عليه وآله: «لا- تبع ما ليس عندك» ولاشتمالها على الغرر، فإن صاحبها قد لا يبيعها، وهو غير مالك لها ولا قادر على تسليمها، أما لو اشترى موصوفًا في الذمه سواء كان حالًا أو مؤجلًا فإنه جائز إجماعًا، انتهى.

وحكى عن المختلف أيضاً الإجماع على المنع أيضاً، واستدلالة بالغرر وعدم القدره على التسليم ظاهر، بل صريح في وقوع الاشتراء غير مترقب لإجازه مجيز، الشرح:

حصول البيع إلا بعد فعلية الإجازة أو بعد تملك المال، حيث إن الشروط لا يكون فعلية إلا بحصول شرطه، ومع فعلية البيع كما ذكرنا لا يكون فيه غرر، أي جهاله في وصول المال إلى المشتري، وتحصل القدره على التسليم؛ لأن القدره المعتره هي القدره عند تمام البيع وفي ظرف لزوم الوفاء بالعقد، إلا أنه مع ذلك يحكم بطلان البيع في صورتين، أخذًا بإطلاق ما دل على اعتبار إنشاء البيع بعد الشراء والتملك، كما هو ظاهر صحيح حتى محمد بن مسلم ومنصور بن حازم المتقدمين، فإن مقتضاهما أن البيع لا يقع لبائعه إلا إذا كان إنشاؤه بعد تملك المال.

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

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

لا يقال: قد تقدم سابقًا أنه لا مانع من تعليق المعامله على ما يتوقف عليه صحتها.

فإنه يقال: نعم، ولكن قد ذكرنا في المسألة أن تملك البائع ما باعه وأجاز بيعه بعدها لا يصحح البيع السابق، فلا يكون تعليق البيع على أحدهما موجبًا لخروجه عن التعليق المبطل.

بل وقع على وجه يلزم على البائع بعد البيع تحصيل المبيع وتسليمه. فحينئذ لو

تبايعاً 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 تبايعاً على أن يكون اللزوم موقوفاً على تملك البائع دون إجازته، فظاهر عبارته الدروس: أنه من البيع المنهى عنه في الأخبار المذكورة، حيث قال: وكذا لو باع ملك غيره ثم انتقل إليه فأجاز، ولو أراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده، وقد نهى عنه، انتهى.

الشرح:

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

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

ويمكن الجواب عن ذلك بأنه لا مانع عن تملك المال بإزاء الثمن باعتبار البائع نفسه مالكاً لذلك المال عند بيعه، لا عدواناً، بل باعتبار أنّ عليه تحصيل ذلك المال لكنّ الإنصاف: ظهورها في الصورة الأولى، وهي ما لو تبايعا قاصدين لتنجز النقل والانتقال وعدم الوقوف على شيء.

وما ذكره في التذكرة كالصريح في ذلك، حيث علل المنع بالغرر وعدم القدره على التسليم. وأصرح منه كلامه المحكى عن المختلف في فصل التقد والنسيه.

ولو باع عن المالك فاتفق انتقاله إلى البائع فأجازته [١] فالظاهر أيضاً الصحة، لخروجه عن مورد الأخبار.

نعم قد يشكل فيه من حيث إنّ الإجازة لا متعلق لها لأنّ العقد السابق كان

ص: ٤٤

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

إنشاءً للبيع عن المالك الأصلي، ولا معنى لإجازته هذا بعد خروجه عن ملكه. ويمكن دفعه بما اندفع به سابقاً الإشكال في عكس المسألة، وهي ما لو باعه الفضولي لنفسه فأجازته المالك لنفسه، فتأمل.

الشرح:

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

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

ولو باع لثالث معتقداً لتملكه [١] أو بائياً عليه عدواناً، فإن أجاز المالك فلا الشرح:

والحاصل: أن دعوى خروج الفرض عن مورد الأخبار كدعوى خروج الفرضين المتقدمين بلا وجه. نعم، دعوى بطلان الإجازة في الفرض لا- لما ذكرنا، بل لأن الإجازة لا متعلق لها في الفرض؛ لأن البيع السابق المنشأ يكون عن المالك الأصلي ولا معنى لإجازته بعد خروج المال عن ملكه، والبيع عن البائع المجيز غير منشأ لا يمكن المساعدة عليها؛ لما تقدم سابقاً من أن البيع عبارة عن تملك المال بالعوض. وأما تعيين مالك المثلن أو الثمن فلا يدخل في حقيقته البيع، ومقتضى المعاوضة دخول الثمن في ملك من يخرج عن ملكه المعوض، وإسناد الغاصب البيع لنفسه وقصده تملك الثمن كان باعتبار بنائه على أنه مالك المثلن فلا ينافي إنشاء المعاوضة وقصدها.

وفيما نحن فيه أيضاً حقيقته البيع عبارة عن تملك العين بعوض، وحيث إن

ص: ٤٥

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

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

المثمن حال إنشاء البيع كان لمالكة الأصلي فقصده دخول الثمن في ملكه لا- ينافي إنشاء المعاوضه، بل يلائمها، ثم إذا انتقل ذلك المال إلى البائع فبعد تملكه وإجازته البيع لا تختلف الإجازة عن العقد المجاز.

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

ووجه دخوله فيها أنه قد استفيد من الأخبار المتقدمه فيها أنّ إجازة المالك الجديد لا تصحّح العقد المنشأ حال عدم ملكه المال، فتدبر.

كلام في الصّححه، بناءً على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع عن المالك، وإن ملكه الثالث وأجازته، أو ملكه البائع فأجازته. فالظاهر أنّه داخل في المسأله السّابقه.

ثمّ إنّّه قد ظهر ممّا ذكرنا في المسأله المذكوره [١] حال المسأله الأخرى، الشّرح:

[١] وحاصله: أنه إذا لم يصحّ البيع في المسأله السّابقه، أى فيما إذا باع المال ثم ملكه وأجاز بيعه، لم يصحّ البيع فيما إذا باع المال ثم ملكه بطريق الأولويّه؛ لأنّ المفروض في المسأله الثانيه عدم إجازته البيع السابق وعدم رضاه به بعد تملكه المال. ويزيد هذه على السّابقه فى أنّ مقتضى سلطنه المالك على ماله وعدم حلّه لغيره إلّا بطيب نفسه عدم تمام البيع السابق بمجرد تملك المال، حيث يكون ظاهر روايه السلطنه واعتبار طيب نفس المالك فى تملك الغير ماله سلطنته وطيب نفسه حال كونه مالكاً.

لا يقال: مقتضى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) و«المؤمنون عند شروطهم» (٢) لزوم البيع السابق وتماهه باتفاق انتقال المال إلى بائعه؛ ولذا ذكر فى «الإيضاح» (٣) أنّه بناءً

ص: ٤٦

١- (١) سورة المائده: الآية ١ .

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

٣- (٣) أنظر إيضاح الفوائد ١ : ٤١٩ .

على تمام بيع الفضولى وصحته بإجازته المالك يصح بيع البائع لنفسه بمجرد اتفاق ملكه المال الذى باعه قبل ذلك من غير حاجه إلى إجازته.

فإنه يقال: إن بيعه السابق كان خارجاً عن عموم وجوب الوفاء بالعقد فيستصحب الخروج بعد اتفاق ملكه، والمقام من موارد استصحاب الخروج لا- التمسك بعموم العام، حيث إن عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بالإضافة إلى الأزمنة استمرارى لا أفرادى، وعلى تقدير الإغماض عن ذلك يكون عموم وجوب الوفاء بالعقود معارضاً بعدم حل المال وهى: ما لو لم يجز البائع بعد تملكه، فإن الظاهر بطلان البيع الأول لدخوله تحت الأخبار المذكوره يقيناً، مضافاً إلى قاعده تسلط الناس على أموالهم، وعدم صيرورتها حلالاً- من دون طيب النفس، فإن المفروض أن البائع بعد ما صار مالكا لم تطب نفسه بكون ماله للمشتري الأول، والتزامه قبل تملكه بكون هذا المال المعين للمشتري ليس التزاماً إلا بكون مال غيره له.

اللهم إلا- أن يقال: إن مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود والشروط على كل عاقد وشارط هو اللزوم على البائع بمجرد انتقال المال إليه وإن كان قبل ذلك أجنبياً لا حكم لوفائه ونقضه، ولعله لأجل ما ذكرنا رجح فخر الدين فى الإيضاح بناء الشرح:

للغير إلا بطيبه نفس مالكة(١)، فيرجع إلى أصله الفساد. هذا مع جريان فحوى ماورد فى نكاح العبد بدون إذن مولاه، وأن عتقه لا يفيد فى صحه النكاح السابق حتى مع رضاء العبد بالنكاح المزبور بعد عتقه الذى هو بمنزله كونه مالكا لنفسه، بل المجدى فى تمامه سكوت مولاه بعد اطلاعه على نكاحه(٢).

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

ص: ٤٧

١- (١) هذا مضمون لحديث، عوالى اللآلى ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩، تحف العقول: ٣٤، وسائل الشيعه ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى، الحديث ١ و ٣.

٢- (٢) هذا مضمون لحديث، وسائل الشيعه ٢١: ١١٧ و ١١٨، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١ و ٣.

أقول: قد تقدّم أنّ خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ظاهره العقود المنتسبه إلى الملاك بأن على صحّحه الفضولي صحه العقد المذكور بمجرد الانتقال من دون توقّف على الإجازة. قيل: ويلوح هذا من الشّهاد الثاني في هبه المسالك، وقد سبق استظهاره من عبارته الشيخ المحكيه في المعتمر.

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

مضافاً إلى معارضة العموم المذكور بعموم سلطنه الناس على أموالهم وعدم حلّها لغيرهم إلاّ عن طيب النّفس، وفحوى الحكم المذكور في روايه الحسن بن زياد المتقدّمه في نكاح العبد بدون إذن مولاه وأنّ عتقه لا يجدي في لزوم النّكاح لولا سكوت المولى الذي هو بمنزله الإجازة. ثمّ لو سلّم عدم التوقّف على الإجازة فإنّما هو فيما إذا باع الفضولي لنفسه، أمّا لو باع فضولاً للمالك أو لثالثٍ ثمّ ملك هو، فجرىان عموم الوفاء بالعقود والشروط بالنّسبه إلى البائع أشكال. ولو باع وكالة عن المالك [١] فبان انزاله بموت الموكل فلا إشكال في عدم وقوع البيع له بدون الإجازة ولا معها، نعم يقع للوارث مع إجازته.

الشرح:

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

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

[١] ولو باع عن المالك وكالة ثم بان انزاله عن الوكالة حال إنشاء البيع بموت الموكل ونحوه، فلا ينبغي الريب في عدم وقوع البيع للبائع، سواء أجاز البيع أم لا؛ لأنّ البائع أجنبي عن المال. نعم، يقع البيع للوارث مع إجازته، حيث إنّ الفرض بالإضافه إلى الوارث يدخل في مسأله بيع الفضولي المعروف. والتقييد بالانزال باعتبار أنّ مع المسأله الثالثه: ما لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف [١] فبان كونه جائز الشرح:

عزله وظهوره بعد البيع يقع البيع للموكل، حيث دلّت الروايه على أنّ بيع الوكيل قبل عزله إليه نافذ على الموكل.



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

ويقع الكلام في هذه المسألة في صور أربع:

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

التصرف وعدم جواز التصرف المنكشف خلافه، إما لعدم الولاية فانكشف كونه ولياً، وإما لعدم الملك فانكشف لكونه مالكاً. وعلى كل منهما، فإما أن يبيع عن المالك، وإما أن يبيع لنفسه، فالصور أربع:

الشرح:

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

أحدهما: ما إذا كان إظهار المالك رضاه ببيع الآخر عند نفسه فقط، فإن هذا الرضا لا يصحح استناد البيع الصادر عن الغير إليه، حيث لا فرق بين البيع المزبور وبين البيع

الصادر عن الأجنبي المقارن لطيب نفس المالك واقعاً، وقد تقدم عدم خروج العقد بمجرد ذلك عن الفضوليه.

وثانيهما: ما إذا باع مال المولى عليه باعتقاد عدم الولايه ثم ظهرت ولايته على المال، والوجه في الحاجه إلى الإجازة عدم رضاه المولى بتمليك المال بما هو مولى، ويعتبر في نفوذ التصرف في مال المولى عليه إذن المولى ورضاه بما هو مولى؛ ولذا لو كان ملتفتاً إلى أنه مولى فربما لا يرضى بالبيع المزبور ويختار فرداً آخر من المعامله، وهذا كاشف عن عدم رضاه بما هو مولى.

أقول: لا يبعد اعتبار الإجازة في المورد الأول، فإنه لا ينبغي الريب في اعتبار استناد البيع الصادر عن الأجنبي إلى مالك المال بالإذن أو الإجازة، وقد ذكرنا مراراً أنّ كلاً من الإذن والإجازة من الأمور الإنشائية ويكون الإبراز مقوماً لهما، ومجرد إظهار المالك عند نفسه رضاه بالمعامله التي تصدر عن الغير أو صدرت عنه لا يكون إذناً أو إجازة، بل لابد من كون الإظهار بحيث يصل إلى الغير، سواء كان ذلك الغير هو العاقد أو غيره. وبتعبير آخر: لا يكون في الحقيقة إظهار فيما إذا كان الإبراز بحيث لا يصل إلى الأولى: أن يبيع عن المالك فانكشف كونه ولياً على البيع، فلا ينبغي الإشكال في اللزوم حتى على القول ببطلان الفضولى لكن الظاهر من المحكى عن القاضى أنه إذا أذن السيد لعبده في التجاره، فباع واشترى وهو لا يعلم بإذن سيده ولا علم به أحد، لم يكن مأذوناً في التجاره، ولا يجوز شيء مما فعله، فإن علم بعد ذلك واشترى وباع جاز ما فعله بعد الإذن، ولم يجز ما فعله قبل ذلك، فإن أمر السيد قوماً أن يبيعوا العبد والعبد لا يعلم بإذنه له كان بيعه وشراؤه منهم جائزاً وجرى ذلك مجرى الإذن الظاهر، فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم وباع جاز، انتهى.

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

الثانيه: أن يبيع لنفسه فانكشف كونه ولياً [١]. فالظاهر أيضاً صحه العقد، الشرح:

الغير، ولا يبعد أن يكون المحكى عن القاضى في المقام يرجع إلى ما ذكر.

وأما المورد الثاني فلا يحتاج العقد فيه إلى الإجازة، فإن استناد البيع إلى المولى

حاصل بمباشرته لإنشاء العقد، ولا فرق بين رضا الولي بذلك العقد وبين رضا الأجنبي به، إلا في نفوذ رضا الأول وعدم الأثر لرضا الثاني. واحتمال دخاله رضا الولي بالمعامله مع التفاته بأنه ولي، مدفوع ببعض الإطلاقات الواردة في نفوذ نكاح الأب والجد، ويتعدى إلى مثل بيعهما باعتبار عدم احتمال الفرق في ذلك بين المعاملات.

[١] وأما الصورة الثانية، فهي ما إذا باع الولي أو المأذون لنفسه مع غفلته عن كونه ولياً أو مأذوناً وقصده البيع لنفسه يكون بينائه على تملك المال عدواناً أو اشتبهاً، وعلى تقدير يصح البيع للمولى عليه من غير حاجه إلى الإجازة، فإن الحاجه إلى الإجازة إما لتصحيح استناد البيع إلى الولي أو المالك أو باعتبار دخاله رضاهما في لما عرفت من أن قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفع ولا يقدر. وفي توقفه على إجازته للمولى عليه وجه، لأن قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون، فتأمل.

الشرح:

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

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

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

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

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

ص: ٥١

وبتعبير آخر: ما يذكر في الصورة الثالثة في وجه الحاجه إلى الإجازة يجرى في الفرض أيضاً.

الثالثة: أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا [١]. وقد مثله الأ-كثر بما لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتاً، والمشهور الصحه، بل ربّما استفيد من كلام العلامة في القواعد والإرشاد في باب الهبة الإجماع، ولم نعثر على مخالف صريح، الشرح:

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

ويقع الكلام في هذه الصورة في جهتين:

الأولى: في صحه البيع وفساده، بمعنى كونه لغواً لا يترتب عليه أي أثر.

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

أمّا الجبه الأولى، فقد قيل بطلان البيع (١)؛ لوجه:

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

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

والثالث: أنّ العاقد غير قاصد للبيع، فإنّ مع اعتقاده حياه أبيه وأنه مالك المال ولم يأذن له في بيعه لا يحصل إنشاؤه وقصده حقيقه ولكن لا- مجال لشيء مما ذكر، فإن قصد بيع المال عن الغير لاعتقاد أنّ الغير ملكه تملكه في الحقيقه عن المالك، وما ذكرنا ثانياً في كون هذا البيع من البيع المعلق ينافي الأمر الأول، حيث إنّ مقتضى التعليق كونه منشأ البيع لنفسه ومقتضى الوجه الأول وقوع البيع لغيره.

إلا- أنّ الشهيد رحمه الله ذكر في قواعده: أنّه لو قيل بالبطلان أمكن، وقد سبقه في احتمال ذلك العلامة وولده في النّهاية والإيضاح، لأنّه إنّما قصد نقل المال عن الأب، لا عنه، ولأنّه وإن كان منجزاً في الصوره إلاّ أنّه معلق، والتقدير: إن مات مورثي فقد

ص: ٥٢

١- (١) القواعد والفوائد ٢: ٢٣٨، ذيل القاعده ٢٣٨، نهايه الإحكام ٢: ٤٧٧، إيضاح الفوائد ١: ٤٢٠.

بعتك، ولأنه كالعابث عند مباشرة العقد، لاعتقاده أن المبيع لغيره، انتهى.

الشرح:

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

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

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

وذكر المصنف رحمه الله أن الأظهر وفقاً لجماعه(١) توقف تمامه على إجازته العاقد بعد التفاته إلى كونه مالك المال، وليس الوجه في الاحتياج إلى إجازته ما ذكره في «جامع المقاصد»(٢)، حيث قال: إن العاقد لم يكن قاصداً لنقل المال إلى المشتري منجزاً، بل كان قصده هو النقل مع إجازته المالك، حيث باع المال عن الغير باعتقاد أن الغير مالكة، أقول: أما قصد نقل الملك عن الأب فلا يقدح في وقوعه، لأنه إنما قصد نقل الملك عن الأب من حيث إنه مالك باعتقاده، ففي الحقيقة إنما قصد النقل عن المالك لكن أخطأ في اعتقاده أن المالك أبوه، وقد تقدم توضيح ذلك في عكس المسألة، أى: ما لو باع ملك غيره باعتقاد أنه ملكه.

الشرح:

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

وتوضيح الإيراد: أن توقف انتقال المال شرعاً على إجازته المالك أو بمجرد العقد ليس من مدلول العقد؛ ليعتبر قصده أو يقدح عدم قصده أو قصده معلقاً أو منجزاً، بل

ص: ٥٣

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

٢- (٢) جامع المقاصد ٤: ٧٦.

الانتقال المزبور حكم شرعى والمنشأ لمدلول العقد هو النقل فى اعتبار العاقد وهو منجز، بل عدم قصده النقل شرعاً إلا مع حصول الإجازة لا- يضرّ على الكشف، حيث يكون النقل على ذلك المسلك قبل حصولها، ويمكن أن يكون قصد النقل عند حصولها مضرّاً على مسلك الكشف.

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

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

ولو قال: «إنّ هذه زوجتى» فطلقها، وبعد الطلاق ظهر أنها كانت زوجه المباشرة نعم، من أبطل عقد الفضولى لأجل اعتبار مقارنه طيب نفس المالك للعقد قوى البطلان عنده هنا، لعدم طيب نفس المالك بخروج ماله عن ملكه، ولذا نقول نحن كما سيجىء باشتراط الإجازة من المالك بعد العقد، لعدم حصول طيب النفس حال العقد.

وأما ما ذكر: من أنّه فى معنى التعليق، فيه مع مخالفته لمقتضى الدليل الأول، كما لا يخفى: منع كونه فى معنى التعليق، لأنه إذا فرض أنّه يبيع مال أبيه لنفسه، كما هو ظاهر هذا الدليل، فهو إنّما يبيعه مع وصف كونه لأبيه فى علمه، فبيعه كبيع الغاصب مبنى على دعوى السّيطنه والاستقلال على المال، لا على تعليقٍ للنقل بكونه منتقلاً إليه بالإرث عن مورثه، لأنّ ذلك لا يجمع مع ظنّ الحياه. اللهم إلا- أن يراد أنّ القصد الحقيقى إلى النقل معلّق على تملك الناقل، وبدونه فالقصد صورى، على ما تقدّم من المسالك من أنّ الفضولى والمكره قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله.

الشرح:

ص: ٥٤

للطلاق فلا يصحّ، وكذا لو قال: «هذا عبدى» فأعتقه، وبعد العتق ظهر أنه كان عبداً للمباشر فإنه يحكم ببطلان العتق.

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

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

وكيف كان، فلا- ينبغي الإشكال في صحّة العقد، إلاّ- أنّ ظاهر المحكى من غير واحد لزوم العقد وعدم الحاجة إلى إجازة مستأنفه، 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، وإلاّ توجه عدم وقوع العقد له.

الشرح:

وبتعبير آخر: اعتقاد العاقد أنّ المال للغير وقصده البيع عن المالك بالإضافة إلى البيع لا تكون جهة تقييده؛ لما ذكرنا من أنّ قصد كونه لنفسه أو لغيره خارج عن حقيقه إنشاء البيع، وأما بالإضافة إلى رضاه بانتقال المال إلى الطرف بإزاء الثمن جهة تقييده، حيث لم يرض بانتقال المال منه إلى الآخر بإزاء الثمن المزبور، بل إنّما رضى بانتقاله إلى الآخر من ناحيه الغير. نعم، لو أجاز العاقد البيع بعد التفاته إلى كونه مالك المال يتم البيع ويصير تراضياً معاملياً له.

وبهذا يظهر أنّ الإجازة إنّما تفيد في العقود، حيث تجرى الفضوليه فيها، وأما في الإيقاعات نظير ما أعتق عبداً باعتقاد أنه عبد الغير ثم بان أنه عبده فيحكم ببطلان العتق؛ لعدم جريان الفضوليه في الإيقاعات، وأيضاً يظهر أنه لا تهافت في كلام من حكم في

المسألة بتوقف البيع على إجازة العاقد بعد التفاته إلى كونه مالك المال وبين حكمه بطلان العتق المزبور. وإنما يكون التهافت ممن حكم في مسأله البيع بلزومه وعدم حاجته إلى الإجازة، وفي مسأله العتق بالبطلان، حيث إن مقتضى الحكم بلزوم البيع كفايه الرضا به ولو مع عدم الالتفات إلى كونه مالك المال، ومقتضى الحكم بطلان لكن الأقوى وفاقاً للمحقق والشهيد الثانيين: وقوفه على الإجازة، لا- لما ذكره في جامع المقاصد من أنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن، بل مع إجازة المالك، لاندفاعه بما ذكره بقوله: إلا- أن يقال: إن قصده إلى أصل البيع كافٍ. وتوضيحه: أن انتقال المبيع شرعاً بمجرد العقد أو بعد إجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتى يعتبر قصده أو يقدره قصد خلافه، وإنما هو من الأحكام الشرعية العارضة للعقود بحسب اختلافها في التوقف على الأمور المتأخره وعدمه، مع أن عدم القصد المذكور لا يقدر بناءً على الكشف، بل قصد النقل بعد الإجازة ربما يحتمل قدحه، فالدليل على اشتراط تعقب الإجازة في اللزوم هو عموم تسلط الناس على أموالهم، وعدم حلها لغيرهم إلا بطيب أنفسهم، وحرمة أكل المال إلا بالتجاره عن تراض.

وبالجملة، فأكثر أدله اشتراط الإجازة في الفضولى جاريه هنا. وأما ما ذكرناه من أن قصد نقل ملك نفسه إن حصل أغنى عن الإجازة، وإلا فسد العقد.

ففيه: أنه يكفي في تحقق صورته العقد القابله للحقوق اللزوم القصد إلى نقل المال المعين. وقصد كونه ماله أو مال غيره مع خطأه في قصده أو صوابه في الواقع لا يقدر ولا ينفذ، ولذا بنينا على صحه العقد بقصد مال نفسه مع كونه مالا لغيره.

وأما أدله اعتبار التراضى وطيب النفس، فهي داله على اعتبار رضا المالك بنقل خصوص ماله بعنوان أنه ماله، لا بنقل مال معين يتفق كونه ملكاً له في الواقع، فإن حكم طيب النفس والرضا لا يترتب على ذلك، فلو أذن 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 امرأه وكاله عن غيره فبان زوجته، لأن القصد المقارن إلى طلاق زوجته وعتق مملوكه معتبر فيهما، فلا تنفع الإجازة. ولو غره الغاصب فقال: «هذا عبيدى أعتقه عنك» فأعتقه عن نفسه، فبان كونه له، فالأقوى أيضاً عدم التفوذ، وفاقاً للمحكي عن التحرير وحواشي



الشَّهيد وجامع المقاصد مع حكمه بصحَّه البيع هنا ووقوفه على الإجازة، لأنَّ العتق لا يقبل الوقوف، فإذا لم يحصل القصد إلى فكِّ ماله مقارناً للصيغه وقعت باطله، بخلاف البيع، فلا تناقض بين حكمه ببطلان العتق وصحَّه البيع مع الإجازة، كما يتوهم.

نعم، ينبغي إيراد التناقض على من حكم هناك بعدم النفوذ، وحكم في البيع باللزوم وعدم الحاجه إلى الإجازة، فإنَّ القصد إلى إنشاء يتعلّق بمعيّن هو مال المنشئ في الواقع من غير علمه به، إن كان يكفي في طيب النَّفس والرِّضا المعتبر في جميع إنشاءات النَّاس المتعلّقه بأموالهم وجب الحكم بوقوع العتق، وإن اعتبر في طيب النَّفس المتعلّق بإخراج الأموال عن الملك، العلم بكونه مالاً له ولم يكف مجرّد مصادفه الواقع، وجب الحكم بعدم لزوم البيع.

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

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

العتق عدم كفايه الرضا المزبور.

[١] يعنى: كما أنّ الإجازة في عقد الفضولي مصحّحه للعقد بحيث يتم بها استناده إلى المالك ويكون تراضياً معاملياً له كذلك استناد العقد في المقام إلى المالك، ورضاه المعتبر بمدلوله يحصل بها فيكون العقد مترلزلاً حدوداً، بخلاف موارد الخيار التي كما قوّاه بعض من قارب عصرنا وتبعه بعض من عاصرناه معللاً بقاعده نفي الضّرر، إذ فيه: أنّ الخيار فرع الانتقال، وقد تقدّم توقّفه على طيب النَّفس.

وما ذكرناه من الضّرر المترتب على لزوم البيع، ليس لأمرٍ راجعٍ إلى العوض والمعوض، وإنّما هو لانتقال الملك عن مالكه من دون علمه ورضاه إذ لا- فرق في الجهل بانتقال ماله بين أن يجهل أصل الانتقال كما يتفق في الفضولي، أو يعلمه ويجهل تعلّقه بماله.

الشرح:

يكون البيع فيها تاماً حدوثاً ومرتزلاً بقاءً.

وبتعبير آخر: ثبوت الخيار الذي هو في حقيقته ملك فسخ العقد وإزاله بقائه فرع حدوث البيع بأن يكون إنشاؤه واستناده إلى من يعتبر استناده إليه، ورضاه بمدلوله مفروغاً عنه، ويثبت الخيار لتضرر أحد المتعاملين باعتبار خصوصيته في أحد العوضين، ككونه معيوباً أو فيه غبن، فيكون الضرر في لزوم البيع.

وهذا بخلاف البيع في المسألة، فإنه في حدوثه غير تام؛ لتوقف حدوثه على رضا المالك بالبيع مع التفاته إلى كونه مالكا للمال.

والحاصل: أنه لا وجه لما ذهب إليه صاحب «الجواهر»<sup>(١)</sup> رحمه الله من أن البيع في هذه الصورة كبيع المتعلق به الخيار مرتزل بقاءً، فإن الضرر في المقام كالضرر في إجازة بيع الفضولي المعروف يكون في أصل انتقال المال عن مالكه؛ إما لجهله بأصل الانتقال كما في بيع الفضولي المعروف، أو لجهله بكون المال له كما في مفروض الكلام.

أقول: الضرر هو النقص في المال أو في غيره من العرض والنفس ونحوهما، وهو يحصل في موارد الغبن أو العيب بأصل البيع، حيث يخرج به ماله عن ملكه ومن المعلوم أن هذا الضرر هو المثلث لتوقف عقد الفضولي على الإجازة إذ لا يلزم من لزومه بدونها سوى هذا الضرر. ثم إن الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفه [١] على القول بصحة عقد الفضولي بل يجيء على القول بالبطلان إلا أن يستند في بطلانه بما تقدم من قبح التصرف في مال الغير فيتجه عنده حينئذ البطلان. ثم يغرم المثلث وإن كان جاهلاً.

الشرح:

بعوض معيوب أو بالأقل، كما إذا باع المتاع بأقل من ثمن المثل أو اشترى المال بأكثر منه. ولو جرت قاعده اللاضرر في تلك الموارد يكون مفادها فساد العقد لا انتفاء لزومه، ولكن الصحيح أنه لا مجرى للقاعده في موارد ثبوت الخيار كما لا مجرى لها في البيع المزبور في المقام، ولا في البيع في مسألة بيع الفضولي المعروف؛ لما ذكرنا من عدم تمام البيع في المقام وفي مسألة بيع الفضولي باعتبار عدم استناد المعامله إلى من

ص: ٥٨

## لو باع عن المالك فانكشف كونه ولياً

يعتبر استنادها إليه بحيث تكون تراضياً معاملياً له. وفي مورد الغبن والعيب باعتبار اشتراط سلامه أو عدم النقص في المالىه في ناحيه العوضين، ومرجع الاشتراط كما تقدم إلى جعل الخيار في صورته التخلّف، وحيث لا امتنان في رفع الحكم عن البيع المجموع فيه الخيار فلا تجرى فيه قاعده نفى الضرر؛ لعدم ثقل على المكلف في وضع البيع المزبور وامضائه كما لا يخفى.

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

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

الرابعه: أن يبيع لنفسه باعتقاد أنّه لغيره فانكشف أنّه له والأقوى هنا أيضاً الصحّه ولو على القول ببطلان الفضولى والوقوف على الإجازة بمثل ما مرّ في الثالثه وفي عدم الوقوف هنا وجه لا يجرى في الثالثه [١]، ولذا قوى اللزوم هنا بعض من قال بالخيار في الثالثه.

وأما القول في المُجاز:

فاستقصاؤه يكون بيان أمور:

الأول: يشترط فيه كونه جامعاً لجميع الشروط [٢] المعتبره في تأثيره عدا رضا المالك، فلا يكفي إتّصاف المتعاقدين بصحّه الإنشاء ولا إحراز سائر الشروط الشرح:

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

[١] الظاهر عدم توقف تمام البيع في صورته الرابعه على الإجازة؛ لأنّ الحاجه إليها إما لتصحيح استناد البيع إلى المالك، أو لرعايه رضاه بملكيه المال للطرف بإزاء

الثلث بما هو مالک والمفروض حصول كلا الأمرين في الفرض، كما هو مقتضى بيع المالك المال لنفسه ولو باعتقاد أنه عدوان على الغير كما لا يخفى.

[٢] إذا باع الفضولي صبره من الحنطه من زيد بمئه دينار وزيد يعلم كيل الصبره ولكن البائع لا- يعلمها، وفرض ظهور مقدار الصبره و كيلها لمالكها فأجاز البيع المزبور، فظاهر ما ذكر المصنف رحمه الله في هذا الأمر عدم تمام البيع المزبور، وذلك فإن الإجازة تكون مفيدة في بيع يكون تاماً حين إنشائه من غير جهه الإجازة، ولا- يكون بالنسبة إلى الأصيل فقط على الكشف؛ للزومه عليه، حينئذ بل مطلقاً لتوقف تأثيره الثابت ولو على القول بالنقل عليها، وذلك لأن العقد إما تمام السبب أو جزؤه، وعلى أي حال فيعتبر اجتماع الشروط عنده، ولهذا لا يجوز الإيجاب في حال جهل القابل بالعوضين، بل لو قلنا بجواز ذلك لم يلزم منه الجواز هنا، لأن الإجازة على القول بالنقل أشبه بالشرط، ولو سلم كونها جزءاً فهو جزء للمؤثر لا للعقد. فيكون جميع ما دل من النص والإجماع على اعتبار الشروط في البيع ظاهره في اعتبارها في إنشاء النقل والانتقال بالعقد.

الشرح:

البيع في الفرض كذلك باعتبار جهاله كيله وعدم تعيينه حال البيع لغير المشتري.

وبتعبير آخر: يجب حصول الشروط المعتره في المتعاقدين لكل من الأصيل والبائع فضولاً؛ ليعتبر إنشأؤهما، وكذا سائر الشروط في نفوذ البيع وصحته يعتبر حصولها حال إنشاء البيع، حيث إن ظاهر دليل اعتبارها حصولها في إنشاء البيع، وأدله اعتبار إجازة المالك مقتضيه لتمام البيع فيما إذا كان تاماً عند إنشائه من غير جهه رضاه وإذنه. وكما لا يخفى حصول تلك الشروط بعد الإيجاب وقبل القبول في سائر البيوع، كما إذا باع المالك متاعاً مجهولاً جنسه أو قدره للمشتري ولكن ظهر المتاع جنساً وقدرًا للمشتري قبل قبوله كذلك في المقام.

بل لو قيل بالصحة في المثال باعتبار أن العلم بالبيع قبل القبول علم بحال المبيع قبل تمام إنشاء البيع فلا يمكن القول بالصحة في المقام، حيث إن الإجازة لا تكون جزء البيع ليكون حصول الشرط قبلها من حصول الشرط قبل تمام البيع، بل البيع كما تقدم في أول الكتاب هو الحاصل بالإيجاب والقبول، فلا تكون الإجازة مقومه لعنوان البيع عرفاً، ولو أطلق عليها الجزء فهو باعتبار كونها مقومه لعنوان البيع المؤثر، أي البيع

المنتسب إلى المالك.

نعم لو دلّ دليل على اعتبار شرط في ترتب الأثر الشرعي على العقد من غير ظهور في اعتباره في أصل الإنشاء أمكن القول بكفايه وجوده حين الإجازة، ولعلّ من هذا القبيل: القدره على التسليم، وإسلام مشتري المصحف والعبد المسلم.

ثم هل يشترط بقاء الشرائط المعتبره حين العقد إلى زمان الإجازة أم لا؟ لا ينبغي الإشكال في عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما حتى على القول بالنقل. نعم، على القول بكونها بيعاً مستأنفاً يقوى الاشتراط.

وأما شروط العوضين، فالظاهر اعتبارها بناءً على النقل، وأما بناءً على الكشف فوجهان، واعتبارها عليه أيضاً غير بعيد.

الشرح:

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

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

الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوماً للمجيز بالتفصيل [١] من تعيين العوضين وتعيين نوع العقد من كونه بيعاً أو صلحاً، فضلاً عن جنسه من كونه نكاحاً لجاريته أو بيعاً لها أم يكفي العلم الإجمالي بوقوع عقد قابل للإجازة؟ وجهان: من كون الإجازة كالإذن السابق فيجوز تعلقه بغير المعين إلا إذا بلغ حدّاً لا يجوز

معه التوكيل، ومن أن الإجازة بحسب الحقيقة أحد ركني العقد، لأن المعاهده الحقيقيه إنما تحصل بين المالكين بعد الإجازة، فيشبه القبول مع عدم تعيين الإيجاب عند القابل.

ومن هنا يظهر قوه احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد، ولا يكفي مجرد احتمال فيجيزه على تقدير وقوعه إذا انكشف وقوعه، لأن الإجازة وإن لم تكن من العقود الشرح:

لا يقال: العلم بالعوذين ومقدارهما يعتبر في صحه البيع، ولكن المعتبر علم المتبايعين لا الأجنبي واستناد البيع إلى المالك يكون بإجازته، وعلى ذلك فاللازم اعتبار علم المالك بمقدار المبيع والتمن ولو من زمان إنشاء البيع، لا العاقد الفضولي فإنه من الأجنبي بالإضافة إلى البيع المزبور، كما هو ظاهر المصنف رحمه الله في الأمر الثاني.

فإنه يقال: الإجازة بمنزله الإذن التفويضي في اعتبار العرف، والعاقد فضولاً وإن كان أجنبياً عن المال إلا أن مع إجازة المالك يعتبر العاقد بمنزله المأذون المفوض لا مجرد المأذون في إجراء الإيجاب والقبول، وفي مثل ذلك يعتبر علم المأذون بمقدار العوذيين لا المالك، كما يأتي.

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

ولا يخفى أن عد ذلك من شرائط صحه الإجازة أولى من عدّه من شرائط العقد المجاز.

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

الشرح:

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

ولكن لا يخفى ما في الاستشهاد، وذلك فإن المجيز وإن يضاف العقد بعد إجازته إليه فيعمه ما دل على وجوب الوفاء على المتعاقدين، إلا أن نسبه العقد إليه بعد إجازته

ليست من جهه كون إجازته عقداً أو منزلته؛ لثلا تقبل التعليق أو عدم التعيين، بل بإجازته يستند العقد الصادر سابقاً إليه كاستناده إليه بالإذن. فالذى لا يقبل التعليق أو عدم التعيين هو العقد الصادر سابقاً، وأما إجازته فليست من العقود.

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

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

فإنه يقال: مضافاً إلى عدم تمام الإجماع على بطلان كلّ إيقاع بالتعليق، بل مورده هى الإيقاعات التى لها عناوين خاصه، كالطلاق والعق و نحوهما، أنّ الإجماع المزبور على تقدير مقتضاه علم المجيز بوقوع العقد لا اعتبار علمه بتعيين العوضين أو نوع العقد، فإنّ الإجازة تصحّ استناد العقد إلى المجيز كالإذن. وتكفى فيه الإجازة مطلقاً الثالث: المجاز، إمّا العقد [١] الواقع على نفس مال الغير، وإمّا العقد الواقع على عوضه، وعلى كلّ منهما إمّا أن يكون المجاز أول عقد وقع على المال أو عوضه أو آخره أو عقداً بين سابق ولا- حق واقعين على مورده، أو بدله، أو بالاختلاف. ويجمع الكلّ فيما إذا باع عبداً لمالك بفرس، ثمّ باعه المشتري بكتاب ثمّ باعه الثالث بدينار، وباع البائع الفرس بدرهم، وباع الثالث الدينار بجاريه، وباع بائع الفرس الدرهم برغيف، ثمّ بيع الدرهم بحمار، وبيع الرغيف بعسل.

الشرح:

وبنحو العموم، وقد تقدم أنّ الإجازة ليست بمنزله الإذن فى مجرد إنشاء العقد بأن يكون المأذون نظير الآله فى إنشاء العقد، بل بمنزله الإذن التفويضى بحيث تكون المساومه والمناقشه فى تعيين الثمن والمثمن بعهده المأذون، وفى مثله يعتبر علم المأذون بمقدار الثمن والمثمن ولا يعتبر علم المالك.

[١] المجاز إمّا العقد الواقع على نفس مال الغير وإمّا العقد الواقع على عوضه، والمراد بالعوض الأعم من العوض الأوّلى لمال المالك أو العوض لعوضه، وقوله رحمه الله: «على كل منهما»، أى على كلّ تقدير يكون المجاز أول عقد وقع على المال الأصلى

للمالك أو على عوضه، أو يكون المجاز آخر العقد المتعلق بأحدهما، أو يكون عقداً بين سابق ولاحق واقعين على مورده، أي على المال الأصلي للمالك، أو على بدله، أو بالاختلاف بأن يقع السابق على العقد المجاز على عين ذلك المال واللاحق على بدله أو بالعكس. ويجمع الكل، أي كلّ فروض العقد المجاز بيوع ثمانيه؛ ثلاثه منها واقعه على عين مال المالك المجيز المفروض كونه عبداً: (الأول) بيع العبد بفرس (الثاني) بيع العبد بكتاب (الثالث) بيع العبد بدينار، واثنان منها واقعان على عوض مال المالك، أي على عوضه الأولى وهما: (الرابع) بيع الفرس بدرهم (الخامس) وبيع الدينار بجاريه. وثلاثه منها واقعه على بدل بدل المالك، وهي: (السادس) بيع الدرهم برغيف أمّا إجازة العقد الواقع على مال المالك أعنى العبد بالكتاب فهي ملزمه له ولما بعده مّياً وقع على مورده أعنى العبد بالدينار بناءً على الكشف، وأمّا بناءً على النّقل فيبني على ما تقدّم من اعتبار ملك المجيز حين العقد وعدمه وهي فسخ بالنّسبه إلى ما قبله ممّا ورد على مورده، أعنى بيع العبد بفرس بالنّسبه إلى المجيز.

أمّا بالنّسبه إلى من ملك بالإجازة وهو المشتري بالكتاب فقابلتيه للإجازة مبتيه على مسأله اشتراط ملك المجيز حين العقد. هذا حال العقود السّابقه واللاحقه على مورده، أعنى مال المجيز.

الشرح:

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

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

وأمّا صحّه ذلك البيع الأول بالإضافه إلى من ملك العبد بإجازة مالكة الأول، فمبني



على عدم اشتراط كون المجيز مالِكاً حال العقد، والمالك الجديد هو المشتري الثالث للعبد على الكشف بلا كلام، وهو أو المشتري الثاني على النقل، وإجازه كل منهما العقد الأول، أى بيع العبد بفرس، داخل فى مسأله «من باع ثم ملك وأجاز» كما لا يخفى.

وأما العقود الواقعه على عوض مال المجيز [١]: فالسابقه على هذا العقد وهو بيع الفرس بالدرهم يتوقف لزومها على إجازه المالك الأصلي للعوض وهو الفرس. واللاحقه له أعنى بيع الدينار بجاريه تلزم بلزوم هذا العقد. وأما إجازه العقد الواقع على العوض [٢] أعنى بيع الدرهم برغيف فهى ملزمه للعقود السابقه عليه، سواء وقعت على نفس مال المالك أعنى بيع العبد بالفرس أو على عوضه وهو بيع الفرس بالدرهم، وللعقود اللاحقه له إذا وقعت على المعوض، وهو بيع الدرهم بالحمار.

الشرح:

[١] قد تقدم أن العقود الواقعه على عوض مال الغير خمسه؛ اثنان منها واقعان على عوضه الابتدائى، وهما: بيع الفرس بالدرهم وبيع الدينار بالجاريه، حيث إن كلاً من الفرس والدينار عوض فى البيوع الجاريه على نفس العبد. وثلاثة منها جاريه على عوض مال الغير، أى على عوض عوض العبد، وهى: بيع الدرهم برغيف وبيع الدرهم بحمار وبيع الرغيف بعسل. فالأول من هذه البيوع وهو بيع الفرس بالدرهم، تتوقف تماميته وصحته على إجازه المالك الأصلي للفرس.

وقوله رحمه الله: «وأما العقود الواقعه على عوض مال المجيز»، من تتمه فرض إجازه المالك بيع عبده بالكتاب، فإن مع إجازته تكون صحته بيع الفرس بالدرهم موقوفاً على إجازه المالك الأصلي للفرس وبدونها لا تصح، واللاحق وهو بيع الدينار بالجاريه يكون صحيحاً بمجرد إجازه مالك العبد هذا البيع، يعنى بيع العبد بالكتاب، فإنه بناءً على اعتبار إجازته يكون بيع العبد بالدينار وبيع الدينار بالجاريه كلاهما صحيحاً.

[٢] يعنى: إجازه مالك العبد العقد الواقع على العوض لعوض العبد، يعنى بيع الدرهم برغيف، صحتها ونفوذها موقوفه على دخول الدرهم فى ملك المالك الأصلي للعبد، ودخوله فى ملكه موقوف على إجازته بيع الفرس بالدرهم وبيع عبده بالفرس؛ أما الواقعه على هذا البديل المجاز أعنى بيع الرغيف بالعسل فحكمها حكم العقود الواقعه على المعوض ابتداءً.

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

الشرح:

ولذا قال رحمه الله: فهي ملزمه للعقود السابقه عليه، سواء وقعت تلك العقود على نفس مال المالك، أعني بيع العبد بالفرس، أو على عوضه وهو بيع الفرس بالدرهم. كما أنها ملزمه للعقود اللاحقه على تقدير جريان اللاحق على المعوض، أي على المعوض في بيع الدرهم برغيف وهو بيع الدرهم بالحمار، فإن الإجازة المزبوره تكون كاشفه عن دخول الدرهم في ملك صاحب الرغيف فيتم له بيع ذلك الدرهم بالحمار.

وأما العقد اللاحق الجاري على العوض في ذلك العقد المجاز، أي بيع الرغيف بالعسل، فصحته موقوفه على إجازة المجيز له مستقلاً، وهذا هو المراد من قوله رحمه الله: «وأما الواقعه على هذا البدل المجاز»، أي بيع الرغيف بالعسل، فحكمها حكم العقود الواقعه على المعوض ابتداءً.

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

وقد يقال: إنه كيف يجوز للمالك إجازة العقد الجاري على بدل ماله، وكيف ولعل هذا هو المراد من المحكى عن الإيضاح والدروس في حكم ترتب العقود: من أنه إذا أجاز عقداً على المبيع صح وما بعده، وفي الثمن ينعكس؛ فإن العقود المترتبه على المبيع لا يكون إلا من أشخاص متعدده. وأما العقود المترتبه الشرح:

تكون إجازته ملزمه للعقود الجارية على عين ماله أو بدله، فإن بيع الدرهم بالرغيف مثلاً أجنبي عن مالك العبد فكيف يجوز له إجازته، بل يتعين إجازته بيع العبد بالفرس أولاً، ثم إجازته بيع الفرس بالدرهم ثم إجازته بيع الدرهم بالرغيف. ودعوى أن

إجازه بيع الدرهم بالرغيف مستلزمه لإجازه البيوع السابقه أو أنها بنفسها إجازه للعقود السابقه فاسدٌ، فإن المفروض أنّ الإجازه تعلقت ببيع الدرهم بالرغيف، ولو كانت هذه إجازه للعقد السابق لصحّ السابق دون اللاحق.

وأما الاستلزام فالأمر في دعواه أفسد؛ لأنّ إجازه بيع الدرهم بالرغيف فعل اختياري له مبادٍ، وإجازه بيع العبد بالفرس فعل اختياري آخر يكون له مبادٍ، ولا يعقل أن يكون أحد الفعلين الاختياريين مستلزماً لفعل اختياري آخر. نعم، إجازه اللاحق تكشف عن الرضا بالعقد السابق عليه، ولكن الرضا لا يكفي في إجازه العقد كما تقدم.

أقول: يرد عليه النقض ببيع ذى الخيار والواهب، فإنهم ذكروا أنّ بيع ذى الخيار المال المنتقل عنه فسخ للبيع السابق وكذا بيع الواهب المال الموهوب رجوع في الهبه، مع أنّ كلاً من البيع والفسخ والرجوع كالأجازه فعل اختياري، وحلّه بأنّ إرادته أحد الفعلين موجباً لانقداح إرادته الفعل الآخر، كما في إرادته ذى المقدمه بالإضافة إلى الفعل الآخر الذى هو مقدمه له. والفسخ والرجوع مقدمه لبيع ذى الخيار والواهب، كما أنّ إجازه العقد السابق مقدمه للعقد اللاحق، وبما أنّ كلاً من الفسخ والرجوع والإجازه كالتملك من الأمور الإنشائية وتحتاج بعد الاعتبار إلى الإبراز يكون إبراز الأمر الاعتباري الموقوف على الأمر الاعتباري الأول إبرازاً للأمر الأول أيضاً.

على الثمن، فليس مرادهما أن يعقد على الثمن الشخصى [١] مراراً، لأنّ حكم ذلك حكم العقود المترتبه على المبيع على ما سمعت سابقاً من قولنا: أمّا الواقعه على هذا البدل المجاز . . . الخ، بل مرادهما ترامي الأثمان في العقود المتعدده. كما صرح بذلك المحقق والشهيد الثانين.

وقد علم من ذلك أنّ مرادنا بما ذكرنا في المقسم من العقد المجاز على عوض مال الغير، ليس العوض الشخصى الأول له، بل العوض ولو بواسطه.

ثمّ إنّ هنا إشكالاً في شمول الحكم [٢] بجواز تتبع العقود لصوره علم المشتري بالغصب، أشار إليه العلامة رحمه الله في القواعد. وأوضحه قطب الدين والشهيد في الحواشى المنسوبه إليه.

الشرح:

وأيضاً ما تقدم من عدم كفايه الرضا فى خروج العقد عن الفضوليّه هو مجرد الرضا الباطنى من دون إظهاره، وفى المقام إجازه العقد الجارى على البدل يكون مبرزاً للرضا

بالبیوع السابقه أيضاً كما لا يخفى.

[١] یعنی: ليس مرادهما (١) أنّ يعقد أشخاص على الثمن الشخصى بأن يشتري الفضولى ثوباً بعشره دنانير وباع الآخر تلك العشره بمئه درهم وباع الثالث تلك العشره بمئتي درهم، فإنّ حكم وقوع البيوع المتعدده من أشخاص على الثمن الشخصى المملوك للغير حكم البيوع المتعدده من أشخاص الواقعه على المفروض كونه للغير فى أنّ إجازة السابق من البيوع يكون موجباً لصحّه اللاحق على الكشف.

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

فقال الأول [١] فيما حكى عنه: إنّ وجه الإشكال أنّ المشتري مع العلم يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، ولذا لو تلف لم يكن له الرجوع، ولو بقى ففيه الوجهان، فلا ينفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه بفعل المسلط بدفعه ثمناً عن مبيع اشتراه، ومن أنّ الثمن عوض عن العين المملوكة ولم يمنع من نفوذ الملك فيه إلاّ عدم صدوره عن المالك. فإذا أجاز جرى مجرى الضيادر عنه، انتهى.

الشرح:

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

[١] یعنی: قال قطب الدين (٢) فى توضيح الإشكال الذى أشار إليه العلامة فى قواعده (٣): إن المشتري العالم بالحال يكون دفعه الثمن إلى البائع الغاصب تسليطاً له على الثمن، ولو تلف ذلك الثمن فى يد البائع المزبور لا يكون للمشتري الرجوع إليه؛ لعدم الضمان فى مورد تسليط الغير على ماله مجاناً، وفى جواز رجوعه إليه مع بقائه

ص: ٦٨

١- (١) یعنی مراد صاحب الإيضاح ١ : ٤١٨ ، وصاحب الدروس ٣ : ١٩٣ ، وحكى عنهما المحقق الثانى فى جامع المقاصد ٤ : ٧٠ ، والسيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ١٩١ ، وغيرهما .

٢- (٢) لا يوجد لدينا كتابه، وحكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ١٩٢ .

٣- (٣) القواعد ١ : ١٢٤ .

وجهان. وعلى أى حال فلا تنفذ إجازته مالك المبيع فى الثمن المزبور فيما إذا تلف بفعل المسلط بالفتح يعنى بفعل البائع فضولاً، كما إذا دفع هذا البائع ذلك الثمن عوضاً لمتاع اشتراه، وهذا وجه عدم نفوذ إجازته مالك المبيع فى الثمن المزبور.

وأما وجه نفوذها أنّ الثمن قبل دفعه إلى البائع الغاصب قد جعل عوضاً للعين المملوكة للغير وعدم اتصاف ذلك الثمن بكونه عوضاً لها؛ لأجل عدم صدور البيع عن وقال فى محكّم الحواشى: إنّ المشتري مع علمه بالغصب [١] يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، فلا يدخل فى ملك ربّ العين، فحينئذٍ إذا اشترى به البائع متاعاً فقد اشتراه لنفسه وأتلفه عند الدفع إلى البائع فيتحقّق ملكيته للمبيع، فلا- يتصوّر نفوذ الإجازة هنا لصيرورته ملكاً للبائع وإن أمكن إجازته البيع، مع احتمال عدم نفوذها أيضاً، لأنّ ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له فى إتلافه فلا- يكون ثمناً، فلا تؤثر الإجازة فى جعله ثمناً، فصار الإشكال فى صحّحه البيع وفى التسبّع. ثمّ قال: إنّ يُلزم من القول ببطالان التسبّع بطلان إجازته البيع فى المبيع، لاستحاله كون المبيع بلا ثمن، فإذا قيل: إنّ الإشكال فى صحّحه العقد كان صحيحاً أيضاً، انتهى.

الشرح:

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

أقول: ما فى كلامه رحمه الله من أنّ فى رجوع المشتري إلى الثمن مع بقائه ضعيفٌ لوجهين، بل لا- ينبغى الإشكال فى جواز رجوعه إليه، فإن دفعه إليه مع علمه بالحال إما تمليك مجانى أو إباحه مالكيه، ولا كلام فى جواز الرجوع فى الهبه المجانيه والإباحه المالكيه.

[١] حاصل ما ذكر الشهيد رحمه الله (١) أنه لا يصلح لمالك المبيع إجازته العقد الجارى على الثمن، بل لا يصحّ له إجازته العقد الجارى على المبيع بذلك الثمن، وذلك فإنّ دفع المشتري العالم بالحال ذلك الثمن إلى البائع الغاصب تسليط للغاصب على الثمن المزبور وإذن له فى إتلافه، وإذا اشترى الغاصب بذلك الثمن متاعاً يكون اشتراؤه إتلافاً

ص: ٦٩

واقصر في جامع المقاصد على ما ذكره الشهيد أخيراً في وجه سرايه هذا الإشكال إلى صحّحه عقد الفضولي مع علم المشتري بالغصب.

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

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

أقول: لا وجه للإشكال أصلاً، سواء على الكشف أو على النقل، بل على كلّ منهما يجوز لمالك المبيع إجازة العقد الجارى على عين ماله أو بدله، وذلك فإنّ دفع المشتري العالم بالحال الثمن إلى البائع فضولاً ليس فيه إنشاء آخر ليكون ذلك الإنشاء من الهبة مجاناً أو إباحة ماله، بل الدفع المزبور بعنوان الوفاء بالعقد، حيث إنّ الملك بغير مالك، وهو محال، فيكون قد سبق ملك الغاصب للثمن على سبب ملك المالك له أى الإجازة فإذا نقل الغاصب الثمن عن ملكه لم يكن للمالك إبطاله، ويكون ما يشتري الغاصب بالثمن وربحه له، وليس للمالك أخذه لأنّه ملك الغاصب. وعلى القول بأنّ إجازة المالك كاشفه، فإذا أجاز العقد كان له، ويحتمل أن يقال: لمالك العين حقّ تعلّق بالثمن [١] فإنّ له إجازة البيع وأخذ الثمن، وحقّه

مقدم على حق الغاصب، لأن الغاصب يؤخذ بأخس أحواله وأشققها عليه، والمالك بأجود الأحوال، ثم قال: والأصح عندي أنه مع وجود عين الثمن، للمشتري العالم أخذه، ومع التلف ليس له الرجوع به. انتهى كلامه رحمه الله .

وظاهر كلامه رحمه الله : أنه لا وقع للإشكال على تقدير الكشف، وهذا هو المتجه، إذ حينئذ يندفع ما استشكله القطب والشهيد رحمهما الله: بأن تسليط المشتري للبائع على الثمن على تقدير الكشف تسليط على ما ملكه الغير بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالإقباض، فإذا انكشف ذلك بالإجازة عمل مقتضاه، وإذا تحقق الرد انكشف كون ذلك تسليطاً من المشتري على ماله، فليس له أن يسترده، بناءً على ما نقل من الأصحاب.

الشرح:

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

[١] كأن مراده (١) أنه بناءً على مسلك النقل أيضاً يحتمل تقديم إجازة المالك نعم، على القول بالنقل يقع الإشكال في جواز إجازة العقد الواقع على الثمن، لأن إجازة مالك المبيع له موقوفه على تملكه للثمن، لأنه قبلها أجنبي عنه، والمفروض أن تملكه الثمن موقوف على الإجازة على القول بالنقل. وكذا الإشكال في إجازة العقد الواقع على المبيع بعد قبض البائع الثمن أو بعد إتلافه إياه على الخلاف في اختصاص عدم رجوع المشتري على الثمن بصوره التلف وعدمه، لأن تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة.

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

ص: ٧١

## لو باع لنفسه باعتقاد أنه لغيره فانكشف أنه له

يكون حق المجيز أسبق؟

نعم، يمكن أن يقال: إنَّ حكم الأصحاب بعدم استرداد الثمن، لعلَّه لأجل التَّسليط المراعى بعدم إجازة مالك المبيع، لا لأنَّ نفس التَّسليط علَّه تامَّه لاستحقاق الغاصب على تقديرى الردِّ والإجازة، وحيث إنَّ حكمهم هذا مخالف للقواعد الشَّرْح:

لتعلق حقه بالثمن قبل تملك الغاصب الثمن مجاناً، وهذا الاحتمال كما يذكر المصنف رحمه الله ضعيف، فإنَّ تملك الغاصب الثمن غير موقوف على شىء، بخلاف تملك المالك المجيز فإنه موقوف على بقاء ذلك الثمن فى ملك المشتري إلى حين إجازته، وهذا غير حاصل فى الفرض.

وأضف إلى ذلك أنه لا- حق للمالك المجيز فى الثمن أصلاً، فإنَّ الحقَّ بمعنى الملك غير ثابت وبمعنى غيره غير معهود، وقد تقدم أن جواز إجازة المالك من أحكام الملك شرعاً لا من الحقِّ فى عقد الفضولى فضلاً عن الثمن المقرر فيه.

الدَّالَّة على عدم حصول الانتقال بمجرد التَّسليط المتفرِّع على عقد فاسد، وجب الاقتصار فيه على المتيقن، وهو التَّسليط على تقدير عدم الإجازة، فافهم [١].

## شروط العقد المُجاز

مسألة فى أحكام الردِّ:

لا يتحقَّق الردُّ قولاً إلا بقوله: «فسخت» و«رددت» وشبه ذلك ممَّا هو صريح فى الردِّ [١] لأصالة بقاء اللزوم [٢] من طرف الأصيل وقابليته من طرف المجيز، وكذا يحصل بكلِّ فعلٍ مخرجٍ له عن ملكه [٣] بالنقل أو بالإتلاف وشبههما، كالتحقُّ الشَّرْح:

[١] لعلَّه إشارته إلى أنَّ حكمهم بتملك الغاصب الثمن ليس لوجه تعبدى ليؤخذ به فى مورد اليقين، بل تعليلهم ذلك الحكم بأنَّ دفع المشتري الثمن إلى البائع الغاصب مع علمه بالحال تسليط له على ذلك الثمن، مقتضاه كونه للتَّسليط على قاعده التَّسليط.

[١] بل يكفى ما يكون ظاهراً فى الردِّ؛ لأنَّ اعتبار الظهور يعم المقام، بل يأتى كفايه دلالة الفعل ولا يختص الاعتبار باللفظ.

[٢] لا- يخفى أنَّ رجوع الوفاء بالعقد بالإضافة إلى الأصيل كما تقدم سابقاً غير ثابت ليستصحب، وعلى تقديره فاستصحابه لا يثبت إضافته العقد إلى المجيز بإجازته بعد احتمال إلغاء العقد قبلها، فإنه من إثبات الموضوع باستصحاب حكمه، نظير



استصحاب بقاء وجوب الصلاه وإثبات عدم خروج وقتها، بل ما نحن فيه من قبيل ما إذا قبل القابل الإيجاب في زمان يحتمل إلغاء الموجب إيجابه بالشبهه الحكميه أو الموضوعيه فإن المتيقن في مثله الحكم ببقاء الإيجاب وضمه إلى القبول المحرز بالوجدان ويثبت البيع بذلك. فإن ترتب البيع المضاف إلى المالكين على الإيجاب والقبول شبيه بترتب المسبب الجعلي على السبب، حيث يمكن فيه إثبات جزء السبب بالوجدان والجزء الآخر بالأصل.

[٣] يعنى: يحصل الرد بكل فعل يكون ذلك الفعل مخرجاً للمال عن ملك والبيع والهبة والتزويج [١] ونحو ذلك والوجه في ذلك: أن تصرفه بعد فرض صحته مفوت لمحل الإجازة لفرض خروجه عن ملكه.

الشرح:

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

نعم، إذا قصد بها إلغاءه تكون رداً كسائر الأفعال المراد بها رده.

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

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

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

والحاصل: أن مع شمول خطابات الصحه والنفوذ للتصرفات المزبوره لا يبقى

مورد فى العقد السابق؛ لعموم وجوب الوفاء وحل البيع ونحوه كما لا يخفى.

وأما التصرف الغير المخرج عن الملك [١] كاستيلاء الجاربه وإجاره الدار وتزويج الأمه فهو وإن لم يخرج الملك عن قابليه وقوع الإجازة عليه. إلا أنه مخرج له عن قابليه وقوع الإجازة من زمان العقد، لأن صحه الإجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطله، وإذا فرض وقوعها صحيحه منعت عن وقوع الإجازة.

والحاصل: أن وقوع هذه الأمور صحيحه، 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.

الشرح:

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

نعم، إذا انتفع المالك بماله بالسكنى أو باللبس ونحوهما فلا ينافى ذلك نفوذ الإجازة بنحو الكشف، غايه الأمر يثبت على المالك بعد إجازته أجره المثل للمشتري وبالجملة: كل ما يكون باطلاً على تقدير لحوق الإجازة المؤثر من حين العقد، فوقعه صحيحاً مانع من لحوق الإجازة لامتناع اجتماع المتنافيين. نعم، لو انتفع المالك بها قبل الإجازة بالسكنى واللبس كان عليه أجره المثل إذا أجاز، فتأمل.

ومنه يعلم: أنه لا فرق بين وقوع هذه مع الإطلاع على وقوع العقد، ووقوعها بدونه. لأن التنافى بينهما واقعي. ودعوى: أنه لا دليل على اشتراط قابليته للتأثير من حين العقد [١] في الإجازة، ولذا صحّ جماعه كما تقدّم إجازة المالك الجديد في من باع شيئاً ثم ملكه. مدفوعه: بإجماع أهل الكشف على كون إجازة المالك حين العقد مؤثّره من حينه.

الشرح:

باعتبار أنه قد فوّت عليه المنفعة بسكناه أو لبسه.

[١] لو تمّت هذه الدعوى لكانت نتيجهتها صحّح الإجازة مع التصرفات التي لا تخرج العين عن ملك مالكها، وصحّح الإجازة عبارته عن كونها موجهة لانتقال المبيع مثلاً إلى المشتري بعد انقضاء مدّة الإجاره حتّى لو قيل بأنّ مدلول العقد هو النقل من حين العقد وأنّ الإجازة تتعلق بهذا المدلول، ولكن تأثيرها في النقل يكون من زمان كونه قابلاً وهو في الفرض زمان انقضاء الإجاره.

وأجاب رحمه الله عن ذلك بأنّ نفوذ الإجازة على الوجه المذكور بأن يكون الانتقال من زمان انقضاء الإجاره خلاف إجماع أهل الكشف فإنّهم يلتزمون بأنّ الإجازة تكون كاشفه عن حصول النقل والانتقال من حين العقد فيما كان مجيزه مالكاً حال العقد، وبما أنّ المجيز في الفرض مالك حال العقد فلا بد من كون إجازته كاشفه عن النقل والانتقال من حين العقد، ولازم ذلك عدم إمكان الإجازة مع صحّح التصرفات المزبوره.

نعم، لو قلنا بأنّ الإجازة كاشفه بالكشف الحقيقي [١] الرّاجع إلى كون المؤثّر التام هو العقد الملحق بالإجازة كانت التصرفات مبنيّه على الظاهر وبالإجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك فتبطل هي وتصحّح الإجازة.

الشرح:

أقول: الظاهر التفصيل في المقام، وهو أنه لا يصحّح الإجازة بعد استيلاء الأمه المبتاعه فضولاً؛ لما تقدم سابقاً من أنّ استناد البيع إلى المالك يكون بإجازته، سواءً على النقل أو الكشف، وعليه فإنّ إجازة المالك بيع أمته بعد استيلاها بيع لأم الولد فلا يصحّح، كما هو مقتضى النهي عن بيع أمهات الأولاد الظاهر في الإرشاد إلى فساد بيعهن.

وأما إجازة بيع الدار بعد إجارته فلا بأس بها، فإنّ الفرض لا يزيد عما إذا آجر

المالك داره سنه مثلاً ثم باعها من آخر، فإنه تصحّ الإجاره والبيع معاً، غايه الأمر مع جهل مشتري الدار بالإجاره يثبت له خيار الفسخ باعتبار أنّ نقص منفعتها ولو بالإجاره عيب، ويثبت هذا الخيار في مفروض الكلام باعتبار حدوث العيب في الدار قبل إجاره بيعها.

وبهذا يظهر الحال في إجاره بيع الأمه التي زوّجها سيدها قبل إجاره بيعها وأنه يصحّ البيع والتزويج معاً، غايه الأمر يثبت لمشتريها خيار الفسخ باعتبار أنّ التزويج في الأمه عيب.

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

فإنه يقال: فرق بين هذا القسم والتصرفات السابقه، فإنّ مع تلك التصرفات بقى الكلام في التصرفات الغير المنافيه لملك المشتري من حين العقد [١] كتعريض المبيع للبيع، والبيع الفاسد، وهذا أيضاً على قسمين: لأنّه إمّا أن يقع حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولى على ماله، وإمّا أن يقع في حال عدم الالتفات.

الشرح:

ونفوذها لا يكون المجيز مالاً لتنفيذ إجازته، فإنّ من شرط الإجاره وقوعها عن المالك لولا الإجاره، بخلاف مثل الاستيلاء وإجاره البيت أو تزويج الأمه المملوكه فإنّ هذه التصرفات لا ينتفى ملك المالك بها حتّى لا تنفذ إجازته.

ثم إنّ الظاهر عدم الفرق في ذلك بين الالتزام بكون الإجاره كاشفه محضاً أو كون لحوقها بالعقد شرطاً، فإنّ الكاشف إجاره المالك لولا الإجاره كما لا يخفى.

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

وذكر رحمه الله أنّ مثل هذه التصرفات فيما كانت مع التفات المالك إلى تعلق العقد

فضولاً بماله تكون ردّاً، وفيما لم يكن ملتفتاً إلى تعلق العقد بماله فلا ردّ ويجوز إجازته بعدها. واستشهد على كونها مع الالتفات المزبور ردّاً بوجه:

الأول: انطباق عنوان الردّ الوارد في بعض الروايات عليها، مثل ما ورد في تزويج العبد بغير إذن مولاه، وفي موثقه زراره: «ذلك لمولاه إن شاء فزق بينهما وإن شاء أجاز»<sup>(١)</sup>، أو من زوجته أمّه وهو غائب من قوله عليه السلام: «إن شاء المتزوج قبل وإن شاء ترك»<sup>(٢)</sup>.

أمّا الأول، فهو ردّ فعلى للعقد، والدليل على إلحاقه بالردّ القولي مضافاً إلى صدق الردّ عليه، فيعمّه ما دلّ على أنّ للمالك الردّ، مثل: ما وقع في نكاح العبد والأمه بغير إذن مولاه. وما ورد في من زوجته أمّه وهو غائب، من قوله عليه السلام: «إن شاء قبل وإن شاء ترك»، إلاّ أن يقال: إن الإطلاق مسوق لبيان أنّ له التّرك، فلا تعرّض فيه لكيفيته: أنّ المانع من صحّحه الإجازة بعد الردّ القولي موجود في الردّ الفعلى، وهو خروج المجيز بعد الردّ عن كونه بمنزله أحد طرفى العقد، مضافاً إلى فحوى الإجماع المدعى على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل، كالوطء والبيع والعتق، فإنّ الوجه في حصول الفسخ هي دلالتها على قصد فسخ البيع، وإلاّ فتوقّفها على الملك لا يوجب حصول الفسخ بها، بل يوجب بطلانها، لعدم حصول الملك المتوقّف على الفسخ قبلها حتّى تصادف الملك.

وكيف كان، فإذا صلح الفسخ الفعلى لرفع أثر العقد الثابت المؤثّر فعلاً، صلح لرفع أثر العقد المترلزل من حيث الحدوث القابل للتأثير، بطريق أولى.

الشرح:

ولكن أورد رحمه الله على هذا الوجه بأنّ مدلول الروايه أنّ للمجيز ترك عقده الفضولى، وأما كيفية تركه وأنه إذا تركه يكون كالردّ القولى بحيث يخرج المالك المجيز عن كونه أحد طرفى العقد وأنه لا تنفعه إجازته بعد ذلك فلا دلاله للروايه عليه.

الوجه الثانى: أنّ الردّ اللفظى كان موجباً لخروج المجيز عن صلاحيه كونه أحد طرفى العقد، وهذا المانع موجود فى الردّ الفعلى أيضاً، بمعنى أنه لا يحتمل الفرق بين الردّ فعلاً وردّ ذلك العقد قولاً فى المزبور.

ص: ٧٧

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

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

والوجه الثالث: فحوى حصول الفسخ في العقد الخيارى بالفعل كوطئ البائع الأمه التي باعها بخيار أو بيعها من آخر أو عتقها زمان خياره، فإن حصول الفسخ بمثل هذه الأفعال باعتبار دلالتها على حل ذى الخيار العقد، وإذا اعتبر دلاله الفعل على حل وأما الثانى وهو ما يقع فى حال عدم الالتفات فالظاهر عدم تحقق الفسخ به، لعدم دلالاته على إنشاء الرد، والمفروض عدم منافاته أيضاً للإجازة اللاحقه، ولا يكفى مجرد رفع اليد عن الفعل بإنشاء ضده مع عدم صدق عنوان الرد الموقوف على القصد والالتفات إلى وقوع المردود، نظير إنكار الطلاق الذى جعلوه رجوعاً ولو مع عدم الالتفات إلى وقوع الطلاق، على ما يقتضيه إطلاق كلامهم.

الشرح:

العقد وإزالته الذى هو فى الحقيقه رفع لأثر العقد المؤثر بالفعل اعتبرت دلالاته على إلغاء العقد المتزلزل من حيث الحدوث.

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

والحاصل: أنه لا بد فى إنشاء الرد قصده، ومجرد الالتفات إلى وقوع العقد لا يلزم قصده، والحكم بحصول الفسخ فى مثل وطئ البائع الأمه التى باعها أو عتقها بعد بيعها حكم ظاهرى مستفاد من دليل حمل فعل الغير على الصحيح، وحصول الفسخ واقعاً موقوف على قصد البائع وإنشائه بالفعل، وهذا الكلام لا يجرى فى مثل تعريض المال للبيع أو إجراء العقد الفاسد، فإنه لا مجال فى مثلها لأصالة الصحه، فىكون الحكم بالردّ بذلك موقوفاً على قرينه داله على قصده إنشاء الردّ كما لا يخفى.

هذا كله مع الالتفات إلى العقد فضولاً، وأما مع عدمه فلا يكون مجرد الفعل ردّاً إلا أن يقوم دليل خاص على كون الفعل ردّاً كما فى الرجوع فى عدّه الطلاق، وذلك لما أشرنا إليه مراراً من أن الردّ كالإجازة من الإنشائيات وهى لا تحصل بدون القصد.

نعم، لو ثبت كفايه ذلك فى العقود الجائزه كفى هنا بطريق أولى، كما عرفت، لكن لم يثبت ذلك هناك فالمسأله محلّ إشكال، بل الإشكال فى كفايه سابقه أيضاً،

فإنَّ بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتِّفاق على اعتبار اللفظ في الفسخ كالإجازة، ولذا استشكل في القواعد في بطلان الوكالة بإيقاع العقد الفاسد على متعلِّقها جاهلاً بفساده، وقرره في الإيضاح وجامع المقاصد على الإشكال.

والحاصل: أنَّ المتيقِّن من الرَّد هو الفسخ القولي، وفي حكمه تفويت محل الإجازة بحيث لا يصحَّ وقوعها على وجه يؤثِّر من حين العقد. وأمَّا الرَّد الفعلي وهو الفعل المنشأ به مفهوم الرَّد فقد عرفت نفى البعد عن حصول الفسخ به.

وأما مجرَّد إيقاع ما ينافي مفهومه قصد بقاء العقد من غير تحقُّق مفهوم الرَّد لعدم الالتفات إلى وقوع العقد فالاكتفاء به مخالف للأصل. وفي حكم ما ذكرنا: الوكالة والوصاية [١] ولكنَّ الاكتفاء فيهما بالرَّد الفعلي أوضح. وأمَّا الفسخ في العقود الجائزه بالذات أو الخيار. فهو منحصر باللفظ أو الرَّد الفعلي. وأمَّا فعل ما لا يجمع صحَّه العقد كالوطء والعرق والبيع فالظاهر أنَّ الفسخ بها من باب تحقُّق القصد قبلها لا لمنافاتها لبقاء العقد، لأنَّ مقتضى المنافاة بطلانها، لا انفساخ العقد، عكس ما نحن فيه وتام الكلام في محلّه.

ثمَّ إنَّ الرَّد إنّما يثمر في عدم صحَّه الإجازة بعده. وأمَّا انتزاع المال من المشتري لو أقبضه الفضولي فلا يتوقَّف على الرَّد بل يكفي فيه عدم الإجازة، الشرح:

[١] يعنى: لا يحصل فسخ الوكالة والوصاية بمجرد إرادته الفعل المنافي؛ لبقاء عقدهما من دون قصد فسخهما، نعم جواز إنشاء فسخهما بالفعل أوضح من جواز فسخ البيع؛ للزوم البيع في نفسه، وهما من العقود الجائزه والأمر في فسخها وإنشائها أهون.

والظاهر أنَّ الانتزاع بنفسه ردّ مع القرائن الدالّة على إرادته منه، لا مطلق الأخذ، لأنّه أعمّ، ولذا ذكروا أنَّ الرجوع في الهبة لا يتحقَّق به.

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

[١] وحاصله: أنه لا موضوع لرجوع المالك إلى غيره مع عدم إجازته العقد فيما إذا كان

المبيع بيده، وأما مع كونه بيد غيره فله أخذه منه مع بقاءه، ولو استوفى الغير من منافعه يرجع إليه ببدل تلك المنفعة أيضاً، كما هو مقتضى قاعده إتلاف مال الغير، بل له الرجوع إلى بدل غير المستوفاه على خلاف تقدم في البحث عن أحكام بيع الفاسد. هذا مع بقاء المبيع.

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

أقول: لا- يختص رجوع المالك بمن يكون المبيع بيده كما هو ظاهره رحمه الله ، بل له الرجوع إلى كل من يجرى يده على المبيع وإن تلف في يد غيره، كما هو مقتضى ضمان اليد، ويكون رجوع المالك إليه بإلزامه بأخذ المبيع من الغير وردّه عليه. نعم، لا- يبعد أن لا- يكون للمالك الرجوع إليه بأخذ قيمه المبيع منه مع عدم تمكنه على تحصيل المبيع وتمكن المالك على أخذه ممن يكون بيده، كما أنّ للمالك مع تلفه الرجوع إلى كل من جرت يده على المبيع، غايه الأمر لو رجع إلى من تلف بيده فلا يرجع ذلك إلى القيم من زمان وقع في يده. ولو كان قبل ذلك في ضمان آخر، وفرض زياده قيمه عنده، ثم نقصت عند الأخير، اختص السابق بالرجوع بالزيادة عليه كما صرح به جماعه في الأيدي المتعاقبه. هذا كلّ حكم المالك مع المشتري. وأما حكم المشتري مع الفضولي، فيقع الكلام فيه تاره في الثمن، وأخرى في ما يغرمه للمالك زائداً على الثمن، فهنا مسألتان:

الشرح:

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

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



ثم إنه قد تقدم سابقاً أنّ المستفاد من صحيحه أبي ولاد(1) أنّ المعيار في الضمان بقيمه يوم حدوث الضمان، وعليه فإن رجوع المالك إلى من تلف المال بيده وأخذ منه قيمه يوم دخوله في ضمانه فلا يرجع ذلك الضامن إلى غيره، وإن رجع المالك إلى غيره وأخذ قيمه العين منه يوم دخولها في ضمانه يرجع ذلك الغارم إلى من تلف المال بيده بقيمه العين يوم دخولها في ضمان من تلف المال بيده، سواءً كانت أقل مما دفعها إلى المالك أو أكثر، كذا الحال بالإضافة إلى منافعها.

ولو كانت العين فاقده لوصف في يد الضامن الأول ثم صار موصوفاً به في يد من تلف المال بيده فليس للمالك الرجوع إلى الضامن الأول ببديل ذلك الوصف، حيث لم الأولى: أنه يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلاً بكونه فضولياً سواء كان باقياً أو تالفاً ولا يقدر في ذلك اعترافه بكون البائع مالكا [1] لأن اعترافه مبني على ظاهر يده.

الشرح:

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

[1] إذا كان اعتراف المشتري بكون الثمن للبائع مبنياً على قاعده اليد القاضيه بأن المبيع كان ملكاً له فبظهور عدم ملك البائع للمبيع بالبينه أو حتى حكم الحاكم ينتفى الاعتراف المزبور، كما هو مقتضى كون الاعتراف من جهة الأخذ بظاهر اليد، وإذا كان اعتراف المشتري بكون الثمن للبائع؛ لاعتقاده بأن المبيع للبائع حتى بعد علمه بقيام البينه على أنه للغير لا- للبائع، فلا يجوز له الرجوع إلى البائع بالثمن حتى مع أخذ الغير المبيع من يده بالمرافعه مع البائع أو معه عند الحاكم؛ لأن أخذ الغير باعتقاده ظلم وإضرار فلا يجوز له تدارك هذا الضرر بإضرار البائع. وإذا لم يعلم حال اعتراف المشتري، كما إذا لم يذكر عند اعترافه بأنه مبني على يد البائع للمبيع أو أنه يعلم بأن المبيع له، فهل للحاكم الأخذ بظاهر إقراره؛ ليحكم بأن الثمن ملك للبائع وليس للمشتري الرجوع به إليه، أو يقدم ظاهر الحال وأن اعترافه مبني على قاعده اليد؟ لم

ص: ٨١

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

يذكر المصنف رحمه الله ترجيح أحد الوجهين على الآخر، وربما يذكر أن اعتراف المشتري يحتمل على كونه مبنياً على قاعده اليد لا للأخذ بظاهر الحال، فإنّ الظهور ليس ظهوراً لفظياً ليكون معتبراً. وظاهر الحال لا يخرج عن مطلق الظن الذي لا يغني عن الحق شيئاً، بل لأنّ البيّنه القائمه على كون المبيع للغير بالدلاله الالتزاميه تدل على كون الثمن المزبور ملك للمشتري، ودليل اعتبارها كما يقتضى اعتبارها في الدلاله المطابقه نعم لو اعترف به على وجه يعلم عدم استناده إلى اليد كأن يكون اعترافه بذلك بعد قيام البيّنه لم يرجع بشيء. ولو لم يعلم استناد الاعتراف إلى اليد أو إلى غيره، ففي الأخذ بظاهر الحال من استناده إلى اليد أو بظاهر لفظ «الإقرار» من دلالتة على الواقع وجهان. وإن كان عالماً بالفضوليه [١]، فإن كان الثمن باقياً استردّه وفقاً للشرح: كذلك يدل على اعتبارها في الدلاله الالتزاميه.

نعم، لو أحرز أنّ الاعتراف من المشتري كان مطلقاً يكون موجباً لإلغاء تلك الدلاله الالتزاميه باعتبار أنه لا مجال للبيّنه مع الإقرار على نفسه بخلافها، وأنه يقدم الاعتراف عليها.

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

نعم، إذا أحرز أنّ الاعتراف مبنى على قاعده اليد التي لا مجال لها مع البيّنه الكاشفه عن الواقع لا يكون في البيّنه اعتراف؛ ليكون موجباً لإلغاء البيّنه.

هذا، مع أنه لا يلزم أنّ يكون حكم الحاكم بأن المبيع للغير بالبيّنه، بل يمكن كونه لليمين المردوده من البائع، ومعه لا يكون في البيّنه تلك الدلاله الالتزاميه.

[١] يقع الكلام فيما إذا كان المشتري عالماً بعدم ملك البائع للمبيع ومع ذلك قد دفع الثمن إليه في جهات:

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

الثانيه: في جواز تصرف البائع في ذلك الثمن.

الثالثه: في جواز رجوع المشتري إلى البائع بذلك الثمن مع تلفه. وذكر للعلامه وولده والشّهيدين والمحقّق الثّاني رحمهم الله إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه

شرعاً، ومجرد تسليطه عليه لو كان موجباً لانتقاله لزم الإنتقال في البيع الفاسد، لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله، ولأنّ الحكم بصحة البيع لو أجاز المالك كما هو المشهور يستلزم تملك المالك للثمن، فإنّ تملكه البائع قبله يلزم فوات محلّ الاجازة، لأنّ الثمن إنّما ملكه الغير فيمتنع تحقّق الاجازة، فتأمل.

الشرح:

المصنف رحمه الله في الجبهه الأولى جواز رجوعه إلى البائع بالثمن وفاقاً للعلامة (١) وولده (٢) والشهيد (٣) والمحقق الثاني (٤)؛ لوجوه ثلاثه:

الأول: أنه ليس في البين ما يكون موجباً لدخول الثمن في ملك البائع المزبور.

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

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

أقول: ما ذكر رحمه الله أولاً من أنه ليس في البين ما يوجب انتقال الثمن إلى البائع وهل يجوز للبائع التصرف فيه؟ وجهان، بل قولان، أقواهما عدم، لأنه أكل مالٍ بالباطل.

الشرح:

الفضولي صحيح، ولكن لو فرض انتقاله إليه يكون الانتقال المزبور من الهبة المجانية التي يجوز للواهب الرجوع فيها مع بقاء العين، كما هو الفرض.

وما ذكر ثانياً: من أنه لو كان دفع الثمن إلى البائع الفضولي موجباً لدخوله في ملكه

ص: ٨٣

١- (١) القواعد ١: ١٢٤، والتذكرة ١: ٤٦٣.

٢- (٢) إيضاح الفوائد ١: ٤١٨ و ٤٢١.

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

٤- (٤) جامع المقاصد ٤: ٧٧.

لزم الالتزام بالانتقال في جميع الموارد التي يدفع المشتري فيها الثمن إلى البائع مع علمه بفساد البيع، غير صحيح، فإنه يمكن القول بأن في سائر الموارد التي يكون البائع فيها مالكا للمبيع يكون دفع الثمن بإزاء المبيع بعنوان المعاوضة، وحيث لا تكون المعاوضة ممضاه شرعاً فلا يدخل الثمن في ملك البائع، بخلاف المقام فإن المفروض فيه عدم كون المبيع ملك البائع حتى في علم المشتري، فيكون دفعه الثمن إليه من تملكه مجاناً لا بعنوان المعاوضة.

وكذا لا يصح ما ذكر رحمه الله ثالثاً، فإن الإجازة من المالك كاشفه عن انتقال الثمن إلى ملك المالك من حين العقد فلا ينفذ تصرف المشتري في الثمن المزبور، فإن دفعه إلى البائع تسليطاً للبائع على ملك الغير ولعله رحمه الله أشار إلى ذلك الأمر بالتأمل.

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

وكيف كان، فقد ظهر مما ذكرنا في الجبهه الأولى الحال في الجبهه الثانيه، وأنه لا يجوز للبائع فضلاً التصرف في الثمن المزبور، فإنه تصرف بلا مجوز؛ لأن المجوز يكون بالملك أو إذن المالك المعبر عنه بالإباحه المالكه أو إذن الشارع المعبر عنه هذا كله إذا كان باقياً وأما لو كان تالفاً [١]، فالمعروف عدم رجوع المشتري، بل المحكى عن العلامة وولده والمحقق والشهيد الثانيين وغيرهم الاتفاق عليه، ووجهه كما صرح به بعضهم كالحلى والعلامة وغيرهما ويظهر من آخرين أيضاً: أنه سلطه على ماله بلا عوض. توضيح ذلك: أن الضمان إما لعموم «على اليد ما أخذت»، وإما لقاعده الإقدام على الضمان الذي استدل به الشيخ وغيره على الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه.

الشرح:

بالإباحه الحكيمه. وقد تقدم عدم حصول ملك الثمن للبائع، كما أن المفروض عدم الإباحه الحكيمه وإذن المشتري ورضاه بتصرف البائع بعنوان أن الثمن ملكه بإزاء المبيع، لا الإذن في تصرفه مع بقاءه في ملك المشتري كما لا يخفى.

[١] هذا شروع في الجبهه الثالثه، وهى جواز رجوع المشتري إلى البائع بالثمن مع

تلفه وقد منع المشهور عن ذلك، بل فى المحكى (١) عن العلامة (٢) وولده (٣) والشهيد (٤) والمحقق (٥) الثانيين الإجماع عليه، وقد اختاره المصنف رحمه الله وذكر أنّ عدم الضمان مقتضى تسليط المشتري البائع على الثمن من غير تضمين.

وبيان ذلك: أنّ ضمان اليد (٦) الجارى فى سائر موارد الضمان لا يجرى فى المقام؛ والأول مخصّص بفحوى ما دلّ على عدم ضمان من استأمنه المالك ودفعه إليه لحفظه كما فى الوديعة، أو الانتفاع به كما فى العارية، أو استيفاء المنفعة منه كما فى العين المستأجره، فإنّ الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان، فالتسليط على التصرف فيه وإتلافه له ممّا لا يوجب ذلك بطريق أولى.

الشرح:

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

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

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

ص: ٨٥

١- (١) لم نعثر على الحاكي بعينه، نعم حكى السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه (٤ : ١٩٣ ١٩٤) ما يظهر منه هذا، وراجع الجواهر ٢٢ : ٣٠٦ ٣٠٥.

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

٣- (٣) إيضاح الفوائد ١ : ٤٢١.

٤- (٤) أنظر المسالك ٣ : ١٦٠، والروضه البهيه ٣ : ٢٣٥.

٥- (٥) أنظر جامع المقاصد ٤ : ٧٧ و ٦ : ٣٢٦.

٦- (٦) يعنى ما ورد من أنّ «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»، عوالى اللآلى ١ : ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢.

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

وبعبارة أخرى: قصد المعاوضة من المشتري التي هي معنى التضمين حقيقي ودعوى: أنه إنّما سلّطه في مقابل العوض، لا مجانا حتى يشبه الهبة الفاسده التي تقدّم عدم الضمان فيها.

مندفعه: بأنه إنّما سلّطه في مقابل ملك غيره، فلم يُضمّنه في الحقيقة شيئا من كيسه، فهو يشبه الهبة الفاسده والبيع بلا ثمن والإجاره بلا أجره، التي قد حكم الشّهد وغير واحد بعدم الضمان فيها.

الشرح:

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

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

والحاصل: أنّ الضمان في صورته جهل المشتري بعدم ملك المبيع للبائع ليس للإقدام والتضمين، بل لقاعده اليد، وكذا يثبت ضمان البائع بالثمن في موارد علم المشتري بفساد البيع من سائر الجهات لا من جهه علمه بعدم كون البائع مالكا للمبيع، حيث إنّ التضمين وهو قصد خروج البدل من كيس البائع في تلك الموارد حقيقي،

غايه الأمر لا يكون هذا الضمان المعاملى ممضى شرعاً؛ ولذا يثبت فيه التضمين أو ومن ذلك يعلم عدم جريان الوجه الثانى للضمان وهو الإقدام على الضمان هنا، لأنّ البائع لم يُقدّم على ضمان الثمن إلاّ 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 المعاوضه كما تقدّم فى تصحيح بيع الغاصب لنفسه فهو إنّما سلّطه على وجه يضمنه بماله، إلاّ أن كلاً منهما لما قطع النظر عن حكم الشّارع بعدم ملكيه البائع للمثمن، وتعاقدا مُعرضين عن ذلك كما هو الشّأن فى المعاوضات الوارده على أموال النّاس بين السّراق والظلمه بل بنى المشتري على كون المثمن ملكاً للبائع، فالتسليط ليس مجاناً، وتضمينه البائع بمقابل الثمن من ماله حقيقى، إلاّ أنّ كون المثمن مالاً له ادّعائى، فهو كما لو ظهر المثمن المعين ملكاً للغير، فإنّ المشتري يرجع إلى البائع بالثمن مع التّلف اتّفاقاً، مع أنّه إنّما ضمّنه الثمن بإزاء هذا الشّى الذى هو مال الغير، فكما أنّ التّضمين هنا حقيقى، وكون المثمن مالاً له اعتقادى لا يقدر تخلفه فى التّضمين، فكذلك بناء المشتري فى ما نحن فيه على ملك المثمن عدواناً لا يقدر فى التّضمين الحقيقى بماله.

الشّرح:

ضمان اليد كما لا يخفى.

أقول: قد ذكرنا أنّ التّضمين المعاملى عبارته عن قصد المعاوضه وإنشائها، وإذا فرض أنّ المتبايعين، أى البائع الفضولى والمشتري، قد قصدا المعاوضه فبإنشائها يحصل التّضمين المعاملى، وأما ضمان اليد فهو تابع على الاستيلاء على مال الغير مع عدم إسقاط ذلك الغير احترام ماله وجعله للأخذ مجاناً. والمفروض فى مورد الكلام أنّ المشتري لم يجعل الثمن للبائع مجاناً، وإلاّ كان الثمن له مجاناً فيجوز له تصرفه فيه، مع أنّ المصنّف رحمه الله صرّح فى الجهتين المتقدمتين بعدم انتقال الثمن إلى البائع وأنه لا يجوز قلت: الضمان كون الشّى فى عهده الضامن وخسارته عليه، وإذا كان المضمون به ملكاً لغير الضامن واقعاً فلا يتحقّق الضمان الحقيقى مع علمهما بذلك.

وما ذكر: من بناء المتعاقدين فى هذا العقد على كون المثمن ملكاً للبائع

الغاصب مع كونه مال الغير، فهو إنما يُصَحَّح وقوع عقد التمليك والتملك منهما ادعاءً، مع عدم كون البائع أهلاً لذلك في الواقع، وإلا فأصل المعاوضة حقيقه بين المالكين والضمان والتضمين الحقيقي بالنسبة إليهما، ولذا ينتقل الثمن إلى مالك المبيع ويدخل في ضمانه بمجرد الإجازة.

والحاصل: أنه لا- تضمين حقيقه في تسليط المشتري البائع على الثمن، وأما رجوع المشتري مع اعتقاد المتبائعين لمالكيه البائع للمثمن عند انكشاف الخطأ مع أنه إنما ضمَّنه بمال الغير فلعدم طيب نفسه على تصرف البائع فيه من دون الشرح: التصرف فيه.

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

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

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

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

وجه الفساد: أن التضمين الحقيقي حاصل هنا، لأن المضمون به مال الضامن، غايه الأمر أن فساد العقد مانع عن مضى هذا الضمان والتضمين في نظر الشارع،



لأنّ المفروض فساد، فإذا لم يمض الشّارع الضّمان الخاصّ صار أصل إقدام الشّخص على الضّمان الحقيقي، أو قاعده إثبات اليد على مال من دون تسليط مجّانى أو استئمان عن مالكة، موجّباً لضمانه على الخلاف فى مدرك الضّمان فى فاسد ما يضمن بصحيحه وشىء منهما غير موجود فيما نحن فيه، كما أوضحناه بما لا مزيد عليه، وحاصله: أنّ دفع المال إلى الغاصب ليس إلّا كدفعه إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكاً للمبيع وتسليطه على إتلافه، فى أنّ ردّ المالك لا يوجب الرّجوع إلى هذا الثالث.

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

الشرح:

[١] قد ظهر ممّا ذكرنا ثبوت الضمان حتّى فى مورد عدم قبول العوض الملك شرعاً، وأنّ دفع الثمن إلى بائع الخمر بعنوان المعاوضه على الخمر لا- يكون إسقاطاً لهذا ولكن إطلاق قولهم: «إنّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» [١] يقتضى الضّمان فيما نحن فيه وشبهه، نظراً إلى أنّ البيع الصّحيح يقتضى الضّمان بفاسده كذلك، إلّا أنّ يفسّر بما أبطلناه سابقاً: من أنّ كلّ عقد يضمن على فرض صحّته يضمن على فرض فساده، ولا ريب أنّ العقد فيما نحن فيه وفى مثل المبيع بلا ثمن والإجاره بلا أجره إذا فرض صحيحاً لا يكون فيه ضمان، فكذلك مع الشرح:

لحرمة الثمن، بأنّ ينتقل الثمن إلى بائع الخمر مجاناً، بل يكون الدفع بعنوان الوفاء بالمعاوضه المزبوره؛ ولذا لا يجوز لبائع الخمر التصرف فيه. كيف وقد دل النص على كون ثمن الخمر أو الكلب سحتاً، ولو كان تسليط البائع على الثمن تملكاً مجّانياً لكان التملك من الهبه الصحيحه ولما كان الثمن سحتاً للبائع كما نقول بتلك الهبه فيما إذا قال المالك: «بعتك المتاع بلا ثمن»، مع قصد تملك المتاع، فإنّه يجوز للقابل التصرف فى المتاع المزبور من غير ضمان؛ لصيرورته ملكاً له مجاناً، على ما هو الأظهر من جواز إنشاء المعامله بكل لفظ يدل عليها ولو بالقرينه.

ونظيره ما إذا جعل العوض ما لا يعتبر لأحد فى بناء العقلاء، كما إذا قال: «بعتك

المال بماء البحر»، وقبله المشتري، فإن دفع البائع المال إلى القابل يعتبر من القبض في الهبة، كما في قوله: «بعتك المال بلا ثمن»، فلاحظ وتدبر.

[١] يعنى: إطلاق قولهم: «كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده»، يقتضى ضمان البائع فضولاً الثمن المدفوع إليه ولو مع علم المشتري بالحال. نعم، يحتمل أن لا تقتضى القاعده الضمان، فإنه يحتمل أن يكون المراد بمدخول كلّ في قولهم: كلّ عقد، الفرد الخارجى من العقد، وحيث إنّ الفرد لا يمكن اتصافه بالصحة والفساد معاً فلا بد من حمل الصحة والفساد فيه على التقدير والفرض بأن يكون معنى القاعده: أنّ كلّ فرد من أفراد العقد كان فيه ضمان على تقدير صحته يكون فيه ضمان على تقدير الحكم بالفساد، لكنك عرفت ضعف هذا المعنى فيما ذكرناه سابقاً فى توضيح هذه القضية، فإنّ معناه: أنّ كلّ عقد تحقّق الضمان فى الفرد الصحيح منه يثبت الضمان فى الفرد الفاسد منه، فيختصّ موردها بما إذا كان للعقد فردان فعليّان، لا الفرد الواحد المفروض تاره صحيحاً وأخرى فاسداً.

الشرح:

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

ولكن هذا المعنى فى أصل القاعده وعكسها ضعيف، فإنّ المراد بمدخول كلّ نوع المعامله أو صنفها، ويكون فى ضمن ذلك النوع أو الصنف فرد صحيح وفرد فاسد، وإذا لم يكن فى الفرد الصحيح منهما ضمان لم يكن فى فاسده أيضاً ضمان، ومقتضى ذلك أن يكون فى البيع بلا- ثمن وفى الثمن فى محل الكلام ضمان؛ لأنه مقتضى ثبوت الضمان فى الفرد الصحيح من البيع، اللهم إلا أن يطبق عدم الضمان فى مسأله البيع بلا ثمن. وفى محل الكلام على تلك القاعده بأن لا يراد من أصلها وعكسها الفرد الخارجى من العقد أو خصوص النوع المتعارف، أى المسمّى باسم خاصّ، بل الأعمّ منه ومن النوع الغير المتعارف الذى لا يكون مسمّى باسم خاصّ ويكون فيه صحيح وفاسد فعلاً، كما فى تملك المال مجاناً فإن هذا النوع الغير المتعارف كما يعم تملك العين مجاناً بقوله: «وهبتك المال» ونحوه، المعبر عنه بالهبة، كذلك يعم تملك

العين أو المنفعة مجاناً، كما في قوله: «بعتك المال بلا ثمن أو أجرته بلا أجره»، وما إذا دفع المشتري الثمن إلى البائع فصولاً مع العلم بالحال.

أقول: هذا لا يوجب انطباق عدم الضمان في مورد الكلام على القاعده المزبوره، نعم، يمكن تطبيق المعنى المختار فيما نحن فيه وشبهه، بأن لا يكون المراد من العقد في موضوع القضييه خصوص النوع المتعارف من أنواع العقود كالبيع والصلح بل يراد مطلق المعامله المائيه التي يوجد لها فردان صحيح وفساد، فيقال: إن ما نحن فيه، والبيع بلا ثمن والإجاره بلا أجره، تمليك بلا عوض من مال الآخر، والفرد الصحيح من هذه المعامله وهى الهبه الغير المعوضه لا ضمان فيها، ففاسدها كذلك، فتأمل.

وبالجملة، فمستند المشهور في مسألتنا لا يخلو من غموض، ولذا لم يصرح أحد بعدم الضمان في «بعتك بلا ثمن» مع اتفاقهم عليه هنا، وصرح بعضهم بضمان المرتشى مع تلف الرشوه التي هي من قبيل الثمن فيما نحن فيه. نعم، ذكر الشهيد رحمه الله وغيره عدم الضمان في الإجاره بلا أجره.

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

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

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

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

في التصرف فيه فضلاً عن إتلافه، ولعلّ كلماتهم ومعاهد اتفاقهم تختصّ بالغاصب البائع لنفسه، وإن كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم في مطلق الفضولى مع علم

المشتري بالفضوليه. وكذا يقوى الرجوع لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشتري بل أخذه بناءً على العقد الواقع بينهما، فإنه لم يحصل هنا من المشتري تسليط إلا بالعقد والتسليط العقدي مع فساد غير مؤثر في دفع الضمان، ويكشف عن ذلك تصريح غير واحد منهم بإباحه تصرف البائع الغاصب فيه مع اتفاقهم ظاهراً على عدم تأثير العقد الفاسد في الإباحه. وكذا يقوى الضمان لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن [١] لو أخذ العين صاحبها. ولو كان الثمن كلياً فدفعت إليه المشتري بعض أفرادها، فالظاهر عدم الرجوع، لأنه كالثمن المعين في تسليطه عليه مجاناً.

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

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

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

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

الثاني: أن تكون الزيادة في مقابل ما استوفاه المشتري من منافع العين، كما إذا أخذ المالك أجره السكنى أو عوض اللبن أو الصوف أو الثمره . . . إلى غير ذلك مما استوفاه المشتري من العين المبيعه له فضولاً.

الثالث: أن لا يحصل للمشتري بإزاء تلك الزيادة نفع أصلاً، كالنفقه التي صرفها للعين في المده التي كانت بيده، وقيمته الغرس الذي قلعه المالك بعد أخذه الأرض مقابل العين، كزياده قيمه على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري، كأن كانت قيمه المأخوذه منه عشرين والثمن عشره.

وإمّا أن يكون في مقابل ما استوفاه المشتري، كسكنى الدار ووطء الجارية واللبن والصوف والثمره. وإمّا أن يكون غرامه لم يحصل له في مقابلها نفع، كالنفقه وما صرفه في العماره، وما تلف منه أو ضاع من الغرس والحفر، أو إعطائه قيمه للولد المنعقد حزاً ونحو ذلك، أو نقص من الصفات والأجزاء.

الشرح:

ص: ٩٢

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

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

واستدل على عدم جواز رجوعه فيه بأمور:

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

والحاصل: أن ضمان البائع في المقام نظير ضمان شاهد الزور، ضرر المشهود عليه فيما إذا تم الحكم واعترف بعده ببطلان شهادته، وفي صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان بأنه سرق ثم المشتري، إن كان عالماً فلا رجوع في شيء من هذه الموارد، لعدم الدليل عليه.

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

الشرح:

فقطع يده، حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا: هذا السارق وليس الذي قطعت يده وإنما شبّهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما أن غرّمهما نصف الديه، ولم يجر شهادتهما على الآخر» (١). وصحيحه جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في شهاده الزور

ص: ٩٣

قال: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ على صاحبه، وإلا ضمن بقدر ما أتلّف من مال الرجل»(١).

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

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

وبتعبير آخر: لا يمكن استفادة حكم المقام ممّا ورد في ظهور بطلان شهاده الشاهد، أو رجوعه بعد الحكم عن شهادته، كما لا دلالة لذلك على اعتبار قاعده وفي السّرائر: أنّه يرجع قولاً واحداً. وفي كلام المحقّق والشّهيد الثّانين في كتاب الضّمان: نفى الإشكال عن ضمان البائع لدرك ما يحدثه المشتري إذا قلعه المالك.

وبالجملة: فالظاهر عدم الخلاف في المسأله، للغرور فإنّ البائع مغرّر للمشتري وموقع إياه في خطرات الضّمان ومتلّف عليه ما يغرمه، فهو كشاهد الزور الذي يرجع إليه إذا رجع عن شهادته ولقاعده نفى الضّرر مضافاً إلى ظاهر روايه جميل أو فحواها: «عن الرّجل يشتري الجاربه من السوق فيولدها، ثمّ يجيء الشّرح:

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

ونظير ما ورد في شاهد الزور أو رجوع الشاهد ما ورد في أنّ تدليس ولي المرأه وظهور حالها بعد الدخول بها وأنه موجب لكون المهر المسمّى على وليها المدلّس،

ص: ٩٤

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

فإنه لا يمكن استفادته حكم غير التدليس في النكاح منه، فراجعه.

نعم، ورد في بعض الموارد ما استظهر منه اعتبار قاعده الغرور، كروايه اسماعيل بن جابر قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر إلى امرأه فأعجبته، فسأل عنها فقيل: هي ابنة فلان، فأتى أباها فقال: زوّجني ابنتك، فزوّجه غيرها فولدت منه، فعلم بها بعد أنّها غير ابنته وأنّها أمه، قال: تردّ الوليده على مواليتها والولد للرجل، وعلى الذى زوّجه قيمه ثمن الولد يعطيه موالى الوليده كما غرّ الرجل وخدعه»<sup>(١)</sup>. ولكن مستحقّ الجاربه، قال: يأخذ الجاربه المستحقّ، ويدفع إليه المبتاع قيمه الولد ويرجع على من باعه بثمن الجاربه وقيمه الولد التى أخذت منه» فإنّ حرّيه ولد المشتري إمّا أن يعدّ نفعاً عائداً إليه أو لا، وعلى التقديرين يثبت المطلوب، مع أنّ فى توصيف قيمه الولد بأنّها أخذت منه نوع إشعار بعليّه الحكم، فيطرد فى سائر ما أخذت منه.

الشرح:

الروايه ضعيفه سنداً ودلاله؛ أمّا سنداً لوقوع محمد بن سنان فيه، وأما دلاله فباعتبار أنّ غايه مدلولها أنّ تغير الرجل الزوج وإيقاعه فى ضرر قيمه الولد موجب لكون تلك القيمه على الغار، وأما تغيره فى غير تلك القيمه من الغرامات فضلاً عن التعدى من النكاح إلى غيره من المعاملات فلا يستفاد منها، ويأتى أنّ ضمان قيمه الولد فى مثل الفرض حكم تعبدى.

الثانى: قاعده نفي الضرر<sup>(٢)</sup>، فإنّ عدم ضمان البائع لما اغترمه المشتري ضرر عليه.

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

ص: ٩٥

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

٢- (٢) يعنى ما ورد من أنّه «لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام»، وسائل الشيعة ٢٦ : ١٤، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث

الأمر الثالث: صحيحه جميل عن أبي عبدالله عليه السلام «في الرجل يشتري الجارية من وأما السّيّكوت عن رجوع المشتري إلى البائع [١] في بعض الأخبار، فهو لعدم كونه مسوقاً لذلك. كروايه زراه: «في رجل اشترى من سوق المسلمين جاريه الشرح:

السوق فيولدها ثم يجيء مستحقّ الجارية، قال: «يأخذ الجارية المستحقّ، ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه» (١).

فإنّ الولد الحرام من قبيل النفع الحاصل للمشتري أولاً، وعلى الأول يكون دلالتها على جواز رجوعه في الغرامه التي لم يحصل في مقابلها نفع بالفحوى، وعلى الثاني تكون الغرامه المزبوره من القسم الثالث، بل توصيف القيمة بالتي أخذت منه فيه إشعار بالعليه وأنّ الموجب لرجوع المشتري إلى البائع هو أخذ المال منه.

أقول: هذه الروايه لا- دلالة لها على حكم المقام أصلاً، لا بالفحوى ولا بغيرها، وذلك فإنّ دفع قيمة الولد إلى المالك حكم تعبدى، باعتبار كون الولد في الإنسان تابعاً للأب فيكون الولد في المفروض حراً، وليس لمالك الأم إلا أخذ الأم وأجره المثل لمنافعها التي استوفاهها المشتري أو فانت بيده، وإذا كان دفع القيمة حكماً تعبدياً فمن المحتمل أن يكون رجوع المشتري إلى بائعها بتلك القيمة حكماً تعبدياً آخر. وأما ما ذكر من أنّ توصيف القيمة بالتي أخذت منه إشعار لعله الحكم، ففيه من المحتمل أن يكون قوله عليه السلام: «التي أخذت منه» من قبيل تقييد القيمة لا توصيفها، بأن يكون المتعين الرجوع بتلك القيمة لا قيمة الولد يوم الرجوع، وقد تقرر في بحث الأصول أنه لا دلالة في التقييد على عله الحكم ولا يستفاد منه المفهوم.

[١] وعن صاحب «الحدائق» (٢) رحمه الله عدم جواز رجوع المشتري إلى البائع بغير فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً، ثم أتاه من يزعم أنّها له وأقام على ذلك البيّنه، قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجارية، ويعوّضه من قيمه ما أصاب من لبنها وخدمتها.

وروايه زريق، قال: «كنت عند أبي عبدالله عليه السلام يوماً إذ دخل عليه رجلان، فقال أحدهما: إنّه كان علىّ مالٌ لرجل من بني عمّار، وله بذلك ذكر حقّ وشهود،

ص: ٩٤

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

٢- (٢) نقله السيّد الخوئي قدس سره في مصباح الفقاهه ٣: ١٧٨.



## حكم المالك مع المشتري لو لم يجز

فأخذ المال ولم أسترجع عنه الذّكر بالحقّ، ولا كتبت عليه كتاباً، ولا أخذت منه براه بذلك، وذلك لأنّي وثقت به، وقلت له: مزّق الذّكر بالحقّ الذى عندك، فمات وتهاون بذلك ولم يمزّقه، وعقب هذا طالبني بالمال ورّاه وحاكمني وأخرجوا بذلك ذكر الحقّ، وأقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم، فأخذت بالمال، وكان المال كثيراً، فتواريت عن الحاكم، فباع عليّ قاضى الكوفه معيشه لى وقبض القوم المال، وهذا رجل من إخواننا أبتلى بشراء معيشتي من القاضى.

الشرح:

الثلث من الغرامات، وعلل ذلك بعدم ذكر جواز رجوعه إليه فى صحيحه زواره وروايه زريق، وفى الأولى: «رجل اشترى جاريه من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً، ثم إن أباه يزعم أنّها له وأقام على ذلك البيه، قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجاريه، ويعوضه فى قيمه ما أصاب من لبنها وخدمتها» (١).

وأشار المصنف رحمه الله إلى الجواب عنه، بأنّ روايه زواره وروايه زريق (٢) لا دلالة لهما على عدم جواز رجوع المشتري إلى البائع؛ لأنّ السكوت، أى عدم التعرض، فيهما على جواز رجوع المشتري إلى البائع الفضولى بالغرامات باعتبار عدم كون الروايتين ثمّ إنّ ورثه الميت أقروا أنّ أباهم قد قبض المال، وقد سألوه أن يردّ عليّ معيشتي ويعطونه الثمن فى أنجم معلومه، فقال: إننى أحبّ أن أسأل أبا عبد الله عليه السلام عن هذا. فقال الرّجل يعنى المشتري: كيف أصنع جعلت فداك؟ قال: تصنع أن ترجع بمالكك على الورثه، وتردّ المعيشه إلى صاحبها وتخرج يدك عنها.

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

قال: نعم، له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلّه من ثمن الثمار، وكلّ ما كان مرسوماً فى المعيشه يوم اشتريتها يجب أن تردّ ذلك، إلّا ما كان من زرع زرعته أنت، فإنّ للزارع إمّا قيمه الزرع، وإمّا أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل ذلك كان ذلك له، وردّ عليك قيمه وكان الزرع له.

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

قال: له قيمه ذلك، أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه. قلت: أرأيت

ص: ٩٧

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

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

إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس وهدم البناء؟ فقال: يردّ ذلك إلى ما كان أو يغرّم القيمه لصاحب الأرض، فإذا ردّ جميع ما أخذ من غلاتها على صاحبها وردّ البناء والغرس وكلّ محدث إلى ما كان، أو ردّ القيمه كذلك، يجب على صاحب الأرض أن يردّ عليه كلّ ما خرج عنه في إصلاح المعيشه، من قيمه غرسٍ أو بناءٍ أو نفقهٍ في مصلحه المعيشه، ودفع النوائب عنها، كلّ ذلك فهو مردود إليه».

وفيه مع أنّا نمنع ورودها إلّا في مقام حكم المشتري مع المالك: أنّ الشرح:

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

السّيّكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل، مع أنّ روايه زراره ظاهرها عدم التمكن [١] من الرجوع إلى البائع مع أنّ البائع في قضيه زريق هو الفاضى فإن كان قضاؤه صحيحاً لم يتوجّه إليه غرم، لأنّ الحاكم من قبل الشارع ليس غاراً [٢] من جهه حكمه على طبق البيئه المأمور بالعمل بها. وإن كان قضاؤه باطلاً الشرح:

[١] وذلك فإنّ المفروض فيها شراء الجاربه من سوق المسلمين وظهور المالك بعدما ولدت من المشتري أولاداً، ومن الظاهر أنّ الأمه المبتاعه في السوق في ذلك الزمان نظير بيع الحيوانات في السوق في زماننا هذا يكون من أشخاص مختلفه، وربما لا يكون البائع في يوم في السوق بائعاً بعد ذلك اليوم فلا يمكن الظفر به، خصوصاً إذا كان ذلك بعد مدّه طويله قد أنجبت فيها الأمه المبتاعه من مشتريها أولاداً.

[٢] أقول: لا يمكن الالتزام بأنّ الحاكم البائع المنسوب من قبل الشارع ليس بغارّ، فإنه لا يعتبر في جريان قاعده الغرور الخديعه، وعلم الغار بأنّ ما يدفعه إلى الغير ليس بماله، بل مال الغير؛ ولذا قالوا في مسأله من قدم طعام للآخر ليأكله: إنّ المالك إذا رجع إلى الأكل فيرجع الأكل إلى مقدمه للغرور، ولم يفصّلوا بين ما كان مقدمه عالماً بالحال أو مشتبهاً بأنّ اعتقد أنّ الطعام له، بل صرّح بعضهم بالتعميم (١). وعليه

ص: ٩٨

فالمشتري من القاضى فى روايه زريق مغرور، غايه الأمر ليس على الحاكم غرم بأن يعطى الغرامه من كيسه، بل له الإعطاء من بيت المال؛ لما دل على أن خطأ القضاء فى بيت مال المسلمين، وهذا على تقدير القول برجوع المشتري إلى البائع الفضولى فى سائر المقدمات.

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

وأما الثانى: وهو ما غرمه فى مقابل النفع الواصل إليه من المنافع والنماء، ففى الرجوع بها خلاف أقواها الرجوع. وفاقاً للمحكى عن المبسوط والمحقق والعلامة فى التجاره والشهيدى والمحقق الثانى وغيرهم. وعن التنقيح أن عليه الفتوى لقاعده الغرور المتفق عليها ظاهراً فى من قدم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله.

ويؤيده: قاعده نفى الضرر [٢] فإنّ تغريم من أقدم على إتلاف شيء من دون عوض مغروراً من آخر بأنّ له ذلك مجاناً، من دون الحكم برجوعه إلى من غره، الشرح:

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

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

[٢] يعنى: يؤيد قرار الضمان على البائع بالإضافة إلى المنافع المستوفاه أيضاً فى ذلك ضرر عظيم، ومجرد رجوع عوضه إليه لا يدفع الضرر.

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

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ١٥٧ ، الباب ٣٣ من كتاب الإجاره، الحديث ٣، و ٢٥ : ٣٨٨ ، الباب ٣ من كتاب الغصب، الحديث ١ .

وكيف كان، فصدق الضرر وإضرار الغاز به ممّا لا يخفى، خصوصاً في بعض الموارد.

فما في الرّياض: من أنّه لا- دليل على قاعده الغرور إذا لم ينطبق مع قاعده نفى الضّرر المفقود في المقام، لوصول العوض إلى المشتري، لا يخلو عن شيء، مضافاً إلى ما قيل عليه: من منع مدخلية الضّرر في قاعده الغرور، بل هي مبنيه على قوّه السبب على المباشر، لكنّه لا يخلو من نظر، لأنّه إنّما يدعى اختصاص دليل الغرور من النصوص الخاصّه والإجماع بصوره الضّرر.

الشرح:

قاعده نفى الضرر(1)، فإنّ عدم ضمان البائع غرامه المشتري في تلك المنافع ضرر على المشتري، ومجرد وصول العوض، أي المنافع إلى المشتري لا- يوجب ارتفاع عنوان الضرر عن عدم ضمان البائع. نعم، وصول العوض أي المنافع مع عدم غرور المشتري ينافي صدق الضرر.

وبهذا يظهر ضعف ما ذكر في «الرياض» من أنّه لا اعتبار لقاعده الغرور فيما لا ينطبق على موردها قاعده نفى الضرر كما في المقام، فإن مع وصول عوض الغرامه إلى المشتري باستيفائه منفعه العين لا ينطبق على غرامته عنوان الضرر.

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

وأما قوّه السبب على المباشر، فليست بنفسها دليلاً على رجوع المغرور، إلّا إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفاً إليه، كما في المكروه وكما في الريح العاصف الموجب للإحراق، والشمس الموجه لإذابه الدهن وإراقته.

والمتمّجه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلاً، كما نُسب إلى ظاهر الأصحاب في المكروه، لكون المباشر بمنزله الآله، وأما في غير ذلك فالضمان أو قرار الضمان فيه يحتاج إلى دليل مفقود، فلا بدّ من الرجوع بالأخره إلى قاعده الضرر، أو الإجماع المدعى في الإيضاح على تقديم السبب إذا كان أقوى، أو

ص: ١٠٠

---

١- (١) يعنى ما ورد من أنّه «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»، وسائل الشيعه ٢٦ : ١٤ ، الباب ١ من أبواب موانع الإرث، الحديث

بالأخبار الواردة في الموارد المتفرقة، أو كون الغاز سبباً في تغريم المغرور، فكان كشاهد الزور في ضمان ما يؤخذ بشهادته.

الشرح:

ثم إنه رحمه الله ذكر لقرار الضمان على البائع في المقام الإجماع، ويظهر هذا من ملاحظته ما ذكره نظير المقام، وهو رجوع آكل الطعام إلى من قدمه إليه ليأكله، والأخبار الواردة في موارد متفرقة كالواردة في ضمان شاهد الزور (١)، وأمّا قاعده الإلتلاف (٢) فلا يكون مقتضاها قرار الضمان على البائع؛ لأنّ مورد قاعده الإلتلاف ما إذا كان المباشر كآله بحيث يستند الإلتلاف إلى السبب، كما لو أضرّم ناراً قرب متاع الغير بحيث أمالت الريح العاصفه النار على المتاع فأحرقته، وكذا إذا وضع السمن المنجمد في إناء مثقوب في الشمس فأذابته بإصابتها، فإنّ إلتلاف السمن يسند إلى واضعه في الشمس وتحسب إصابتها وسيله لإلتلافه، ومثل ذلك ما إذا أعطى مال الغير بيد المجنون أو الطفل الغير المميز، فإنّ الإلتلاف يستند إلى الدافع. وفيما نحن فيه لا يكون المشتري ولا ريب في ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه، أمّا الأخير فواضح، وأمّا الأول فقد عرفته، وأمّا الإجماع والأخبار فهما وإن لم يردا في خصوص المسألة، إلا أنّ تحقّقهما في نظائر المسألة كافٍ، فإنّ رجوع آكل طعام الغير إلى من غزّه بدعوى تملكه وإباحته له مورد الإجماع ظاهراً، ورجوع المحكوم عليه إلى شاهد الزور مورد الأخبار، ولا يوجد فرق بينهما وبين ما نحن فيه أصلاً.

الشرح:

كآله في إلتلاف البائع، ولو كان المتلف هو البائع دون المشتري فلا يجوز رجوع المالك إلى المشتري أصلاً، كما هو مفاد قاعده من ألتف، والقول باعتبار قوه السبب على المباشر فيه ما لا يخفى، فإنه لا دليل على اعتبارها ما لم يكن السبب ممّا ذكر من إسناد الإلتلاف وكون المباشر كآله كما في المكره بالفتح فإنّ الضمان على المكره بالكسر فيما لو أكره الآخر على إلتلاف مال الغير.

أقول: قد تقدّم الكلام في دلالة الأخبار، كما تقدم عدم جريان قاعده نفى الضرر

ص: ١٠١

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

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢ : ٣٢٦ و ٣٢٧ و ٣٣٢ ، الباب ١٠ و ١١ و ١٤ من كتاب الشهادات، و ١٩ : ١٤١ ، الباب ٢٩ من كتاب الإجاره، و ١٨ : ٣٨٥ و ٣٩٠ ، الباب ٥ و ٧ من كتال الرهن .

فى المقام؁ وأما الإجماع الظاهر فى مسأله من قدم طعام الغير إلى الأكل الجاهل بحال الطعام فهو مسبوق بالسيره العقلانيه التى هى العمده فى ضمان التلف فى اليد والإتلاف؁ ومقتضى تلك السيره الإلتزام بقرار الضمان على البائع فى المقام؁ ولكن بالإضافه إلى المنافع التى قدمها البائع إلى المشتري بأن كان البائع مستوليا على تلك المنافع؁ كسكنى الدار وقابليه الحيوان للركوب؁ سواء استوفاهما المشتري أم لا.

وأما مثل الثمره المتجدده على الشجره ممّا تكون المنافع من الأعيان المتجدده فى العين فلا يجرى فيها السيره المزبوره؁ حيث إن هذه المنافع لم تكن فى يد البائع ليكون دفعه العين إلى المشتري الجاهل بالحال تقديما لتلك المنافع إليه مجاناً؁ بل لا يجوز للمالك الرجوع فى تلك المنافع إلى البائع؛ لعدم إتلاف البائع وعدم وضع يده عليها أصلاً؁ فيتعين للمالك الرجوع فيها إلى المشتري لإتلافه إياها كما فى فرض وقد ظهر ممّا ذكرنا فساد منع الغرور فيما نحن فيه؁ كما فى كلام بعض؁ حيث عدل فى ردّ مستند المشهور عمّا فى الرّياض من منع الكبرى؁ إلى منع الصغرى؁ فإنّ الإنصاف أنّ مفهوم الغرور الموجب للرجوع فى باب الإتلاف وإن كان غير منقّح؁ إلاّ أنّ المتيقّن منه ما كان إتلاف المغرور لمال الغير وإثبات يده عليه لا بعنوان أنّه مال الغير؁ بل قصده إلى إتلافه مال نفسه أو مال من أباح له الإتلاف؁ فيكون غير قاصد لإتلاف مال الغير؁ فيشبه المكروه فى عدم القصد[١].

الشرح:

الاستيفاء أو وضع يده عليها كما فى فرض عدم الاستيفاء.

والحاصل: سيره العقلاء جاريه على قرار الضمان فيما إذا كان الشخص المستولى على مال الغير مقدما ذلك المال إلى آخر أو إلى مالكة؛ لإتلافه مجاناً مع جهل المتلف بالحال؁ وأما فى غير ذلك فلا موجب لقرار الضمان على الغار؁ ومن هنا ذكروا أنه لو دخل دار الغير فأكل فيها طعاماً ثم ظهر أنّ الطعام كان ملك الأكل وقد غصبه صاحب الدار فلا ضمان على صاحب الدار؁ بخلاف ما لو دخل داره فقدم إليه الغاصب ذلك الطعام فيكون الغاصب ضامناً.

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

ص: ١٠٢

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

[١] لا يخفى أنّ المكره بالفتح على إتلاف مال الغير قاصد لإتلافه، فإنه لا يمكن الفرق بين المكره على المعاملة والمكره على الفعل الخارجى كالإتلاف، وقد تقدّم من المصنف رحمه الله أنّ المكره على المعاملة قاصد لها فكيف لا يكون المكره على هذا كلّ مضافاً إلى ما قد يقال: من دلاله روايه جميل المتقدمه بناءً على أنّ حرّيه الولد منفعه راجعه إلى المشتري وهو الذى ذكره المحقّق احتمالاً فى الشرائع فى باب الغصب بناءً على تفسير المسالك، وفيه تأمل.

ثمّ إنّ ممّا ذكرنا فى حكم هذا القسم يظهر حكم ما يغرمه فى مقابل العين [١] الشرح:

الفعل الخارجى قاصداً له، بل لا يبعد الالتزام بأنّ الضمان فى مورد الإكراه على إتلاف مال الغير على المكره بالفتح حيث إنّه المتلف للمال، غايه الأمر أنّ جواز ذلك الإتلاف مقتضى الاضطرار ورعايه التراحم. ولا يمكن نفي الضمان عن المكره بالفتح وإثباته للمكره بالكسر بحديث الرفع (١)، فإنّ الحديث المزبور لا يثبت حكماً وإنما يرفع حكماً يكون ثبوته مقتضى الخطابات الأولىه مع الامتنان فى رفعه، ولا امتنان فى نفي الضمان عن المكره بالفتح حيث إنّه مساوق لذهاب مال المالك هدراً.

[١] ذكر رحمه الله أنّ المشتري يرجع إلى البائع الفضولى بالزائد على الثمن المسمى؛ لقرار ضمان تلك الزيادة عليه بمقتضى قاعده الغرور (٢)، مثلاً إذا كانت قيمه العين التالفه عشرين والثمن المسمى فى عقد الفضولى العشره وقد أخذ المالك العشرين من المشتري، فيرجع المشتري إلى البائع بالعشره الزائده.

لا يقال: لا موجب لرجوعه إلى البائع بتلك الزيادة؛ لإقدامه على ضمان العين التالفه، غايه الأمر كان إقدام المشتري على ضمانها بالثمن المسمى، وإذا لم يصحّ الضمان بالثمن المسمى يكون الضمان بالبدل الواقعى، كما هو الحال فى جميع موارد فساد البيع، ومع إقدامه على الضمان لا يكون غرور، وإلا كان قرار ضمان مقدار الثمن

ص: ١٠٣

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

٢- (٢) كما فى الحديث النبوى الشريف «المغرور يرجع إلى من غرّه»، سنن البيهقى ٥ : ٣٣٨ .

من زياده قيمه على الثمن الحاصله وقت العقد، كما لو باع ما يسوى عشرين بعشره، فتلف فأخذ منه المالك عشرين، فإنه لا يرجع بعشره الثمن، وإلا لزم تلفه من كيس البائع من دون أن يغره في ذلك، لأنه لو فرض صدق البائع في دعوى الملكيه لم يزل غرامه المشتري للثمن بإزاء المبيع التالف، فهذه الغرامه للثمن لم تنشأ عن كذب البائع، وأما العشره الزائده، فإنما جاء غرامتها من كذب البائع في دعواه، فحصل الغرور فوجب الرجوع.

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

الشرح:

المسمى أيضا على البائع.

فإنه يقال: نعم المشتري مقدم على ضمان بإزاء الثمن المسمى، وإذا لم يصح له هذا الضمان يكون ضمانها بالبدل الواقعي، أى قيمتها السوقيه، فيصح للمالك الرجوع إلى المشتري بتلك قيمه، ولكن رجوع المالك إلى المشتري ليس لإقدام المشتري على ضمان العين بالقيمه السوقيه، بل لأن الشارع جعل إقدامه على الضمان بالثمن المسمى مع فساد العقد موجبا لضمان العين بها، وبما أن فساد البيع فى المقام ناش عن غرور البائع وكذبه فى دعوى الملكيه يكون غرامه المشتري بالإضافة إلى الزائد على الثمن المسمى ناشئا عن غرور البائع؛ ولذا لو كان البائع صادقا فى دعواه كان عليه تلف العشره فقط دون الزائد.

وإلى ذلك يشير رحمه الله بقوله: والضمان المسبب عن هذا الإقدام، أى الضمان بالبدل الواقعي المسبب عن إقدام المشتري على الضمان المعاملى، يكون لأجل فساد العقد والعقد مسبب عن غرر البائع، فيكون المترتب على فساد العقد وهو ضمان العشره توضيح الاندفاع: أن الإقدام إنما كان على ضمانه بالثمن، إلا أن الشارع جعل القبض على هذا النحو من الإقدام مع فساد العقد وعدم إمضاء الشارع له سبباً لضمان المبيع بقيمته الواقعيه، فالمانع من تحقق الغرور وهو الإقدام لم يكن إلا فى مقابل الثمن، والضمان المسبب عن هذا الإقدام لما كان لأجل فساد العقد المسبب عن تغرير البائع كان المترتب عليه من ضمان العشره الزائده مستقراً على

ص: ١٠٤



الغاز، فغرامه العشره الزائده وإن كانت مسيبه عن الإقدام، إلا أنها ليست مقدماً عليها.

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

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

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

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

الشرح:

[١] أمّا جريان قاعده الغرور فلما مرّ من كون المشتري مغرورا بالإضافة إلى العشره الزائده على الثمن، وأمّا كونه أولى من رجوع المشتري ببديل المنافع المستوفاه فلأنّ استيفاء تلك المنافع مع كونه نحو وصول العوض إلى المشتري لا يمنع عن رجوعه

إلى البائع، ويجرى ضمان زياده القيمة السوقية في مورد تلف العين ولا- يكون معه أى وصول للعوض إلى المشتري، فيكون رجوعه بغرامه المنافع إلى البائع مقتضياً لرجوعه إليه بغرامه العين بالفحوى.

[٢] يحتمل كون الأولويه باعتبار أنّ إقدام المشتري على ضمان العين بالثمن المسمى فى قوه إقدامه على ضمانها بقيمتها السوقية زمان العقد، حيث يكون الاشتراء بالثمن المسمى باعتقاد كونه مساوياً للقيمة السوقية، وأما زياده القيمة السوقية بعد ذلك الزمان فلا يتوهم الإقدام بالإضافه إليها كما لا يخفى.

[٣] الظاهر أنّ تلف الجزء يكون نظير تلف المجموع فيما إذا كان الجزء مما يقسّط عليه الثمن، كما فى بيع المنّ من الحنطه، وأما ما لا يقسّط عليه الثمن فحكمه حكم الوصف، حيث يعدّ المبيع مع تلف ذلك الجزء معيوباً، ويكون فى الوصف قرار الضمان مع الغرور على البائع؛ لأنّ كلاً من البائع والمشتري ضامن للوصف بضمان اليد، ويكون غروره موجبا لقراره على البائع من غير أن يكون من المشتري إقدام على وأمّا ما يغرمه: بازاء أوصافه، فإن كان ممّا لا يقسّط عليه الثمن [١] كما عدا وصف الصحّ من الأوصاف التى يتفاوت بها القيمة، كما لو كان عبداً كاتباً فنسى الكتابه عند المشتري فرجع المالك عليه بالتفاوت فالظاهر رجوع المشتري على البائع، لأنّه لم يُقدم على ضمان ذلك.

ثمّ إنّ ما ذكرنا كلّه من رجوع المشتري على البائع بما يغرمه إنّما هو إذا كان البيع المذكور صحيحاً من غير جهه كون البائع [٢] غير مالك. أمّا لو كان فاسداً الشرح:

ضمان الوصف بمقدار من الثمن كما لا يخفى.

[١] مراده أنّ الأوصاف التى لها دخل فى صحّ المبيع فى مقابل كونه معيباً فيقسط عليها الثمن فيثبت لها حكم الأجزاء، وأما الأوصاف التى لا يكون لها دخل فى صحّ المبيع، كوصف الخياطه، فلا يقسط عليها الثمن، ويرجع المشتري فى غرامه تلفها إلى البائع.

أقول: لا- يقسط الثمن حتّى بالإضافه إلى الأوصاف التى لها دخل فى صحّ الشئ؛ ولذا ذكر المصنف رحمه الله كغيره أنّ الأرش فى مورد خيار العيب لا يكون جزء الثمن، بل هى غرامه تثبت على البائع بمطالبه المشتري ولا يقسط الثمن بالإضافه إلى

أجزاء المبيع، أى أجزائه الخارجيه بأن يكون بعض الثمن بإزاء يد الحيوان وبعضه بإزاء رجله ورأسه إلى غير ذلك، بل يقسط على أجزائه المشاعه. نعم، لو كان المبيع مجموع من المتعدد بنظر العرف، كالمن من الحنطه أو مصراعى الباب، ينحل الثمن بالإضافة إلى أجزائه الخارجيه أيضا كما مر.

[٢] وحاصله أنه لو كان البيع فاسدا من جهه كون بائعه غير مالِك، ومن جهه أخرى أيضا كما إذا كان المبيع عينا غائبه، لم توصف حال العقد بوصف رافع للجها له، وفرض أن المشتري وضع يده عليها بعد البيع وتلفت بيده فرجع المالك بها عليه، فإن من جهه أخرى فلا رجوع على البائع، لأن الغرامه لم تجئ من تغير البائع فى دعوى الملكيه وإتّما جاءت من جهه فساد البيع، فلو فرضنا البائع صادقا فى دعواه لم تزل الغرامه، غايه الأمر كون المغروم له هو البائع على تقدير الصّيدق، والمالك على تقدير كذبه، فحكمه حكم نفس الثمن فى التزام المشتري به على تقديرى صدق البائع وكذبه.

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

الشرح:

المشتري لا يرجع إلى البائع بشيء من الغرامات؛ لأنها لم تكن مسببه عن غرور البائع. وكذبه فى دعواه مالكيه العين، بل لو فرض صدقه فى دعواه كانت تلك الغرامات على المشتري، غايه الأمر على تقدير صدقه يكون المستحق لتلك الغرامات هو البائع، وعلى تقدير كذبه يكون هو المالك فتكون الغرامات المزبوره من قبيل مساوى الثمن الذى تقدم عدم رجوع المشتري به إلى البائع.

لا يقال: لازم ما ذكر من قاعده الغرور عدم ضمان المشتري منافع المبيع، ولو كان فساد البيع من غير جهه كون البائع فضوليا؛ لأنّ البائع مقدم تلك المنافع إلى المشتري مجانا، لوقوع الثمن بإزاء المبيع لا المنافع.

فإنّه يقال: نعم لا يقع الثمن بإزاء المنافع، إلا أنّ المعبر فى قاعده الغرور جهل المقدم عليه بحال المال، والمفروض علم المشتري ببطلان تقديم المنافع؛ لأنّ

تقديمها بتبع البيع الفاسد، بل لو فرض جهله بفساد لما كان الجهل بحكم الشرع موجبا للغرر من البائع كما لا يخفى.

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

قلت: توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمه كل من اليدين ببدل التالف وصورته في عهده كل منهما، مع أنَّ الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار إلا في ذمه واحد، وأنَّ الموصول في قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت» شيء واحد، كيف يكون على كل واحد من الأيدي المتعدده؟

فنقول: معنى كون العين المأخوذة على اليد: كون عهدها ودرورها بعد التلف عليه، فإذا فرض أيدٍ متعدده يكون العين الواحد في عهده كل من الأيدي، لكن ثبوت الشيء الواحد في العهده المتعدده معناه: لزوم خروج كل منها عن العهده عند تلفه، وحيث إنَّ الواجب هو تدارك التالف الذي يحصل ببدل واحد لا- أزيد، كان معناه: تسلط المالك على مطالبه كل منهم بالخروج عن العهده عند تلفه، فهو يملك ما في ذمه كل منهم على البديل، بمعنى أنه إذا استوفى أحدها سقط الباقي، لخروج الباقي عن كونه تداركاً، لأنَّ المتدارك لا يتدارك.

الشرح:

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

نعم، لو أتلف المشتري العين فيمكن القول برجوع البائع إليه فيما إذا دفع البديل إلى المالك باعتبار أنَّ إتلاف المشتري العين، كما أنه إتلافها على المالك كذلك إتلاف والوجه في سقوط حقه بدفع بعضهم عن الباقي: أنَّ مطالبته ما دام لم يصل إليه المبدل ولا- بدله، فأيتها حصل في يده لم يبق له استحقاق بدله، فلو بقى شيء له في ذمه واحد لم يكن بعنوان البدليه، والمفروض عدم ثبوته بعنوان آخر.

ويتحقق ممّا ذكرنا: أنّ المالك إنّما يملك البدل على سبيل البدليه، ويستحيل اتّصاف شيء منها بالبدليه بعد صيروره أحدها بدلاً عن التالف واصلاً إلى المالك.

ويمكن أن يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقه الجمهور<sup>[١]</sup> حيث إنّ ضمّ ذمّه إلى ذمّه أخرى وضمن عهده العوضين<sup>[٢]</sup> لكلّ من البائع والمشتري عندنا الشرح:

للغرامه المزبوره على البائع.

[١] حيث إنّ ضمان الدين على مذهب الخاصّه عباره عن نقل الضامن الدين عن ذمّه المديون إلى ذمته بحيث لا يجوز للدائن بعده مطالبه المديون بذلك الدين، بل يتعيّن عليه الرجوع إلى الضامن، غايه الأمر لو وفى الضامن بالدين يكون له الرجوع إلى المديون، وعلى ذلك فلا يكون اشتغال ذمم متعدّده للمالك الدائن.

وهذا بخلاف الضمان على مذهب الجمهور<sup>(١)</sup>، حيث إنّ الضمان عندهم عباره عن ضمّ ذمه إلى ذمه المديون بأن كان المشغول للمالك الدائن ذمه المديون وبالضمان يشتغل له ذمه الضامن أيضاً، ولكن تملك الدائن ما على الذمتين على البدل، ويلزم ما عليه الجمهور جواز رجوع المالك إلى كلّ من المديون والضامن.

[٢] المراد أن يضمن أحد عن المشتري للبائع بأنه إذا ظهر بطلان البيع يكون الثمن ملك الغير، فعليه مع تلف المبيع بيد المشتري بدل ذلك المبيع، وهذا هو المراد بضمن عهده المبيع للبائع، أو بضمن أحد عن البائع للمشتري بأنه إذا ظهر فساد البيع كما في الإيضاح وضمن الأعيان المضمونه على ما استقر به في التذكرة وقوّاه في الإيضاح وضمن الاثنين لواحد<sup>[١]</sup> كما اختاره ابن حمزه.

الشرح:

بكون المبيع ملك الغير فعليه مع تلف الثمن في يد البائع عوض ذلك الثمن، وهذا هو المراد بضمن عهده الثمن للمشتري. ويكون في ضمان عهده المبيع كلّ من المشتري والضامن المزبور ضامناً للبائع، فله مع تلف المبيع بيد المشتري الرجوع إلى كلّ منهما، كما يكون في صوره ضمان عهده الثمن للمشتري الرجوع إلى البائع والضامن المزبور.

أقول: الضمان في الأعيان المضمونه هو أن يضمن أحد للمالك تلف العين التي

ص: ١٠٩

يأخذها الآخر بيد ضمان كمن ضمن للمالك تلف العين المستعارة التي يأخذها المستعير مع الضمان، كما في عاريه الذهب والفضة، وعلى ذلك فيجوز للمالك الرجوع مع تلف العين إلى الضامن أيضا. ولا يخفى أن هذا الضمان وما تقدم من ضمان عهده المبيع أو الثمن من قبيل ضمان العين الخارجي لا من قبيل ضمان الدين لينتقل الدين إلى ذمه الضامن، فللمالك الرجوع في المورد إلى الضامن وإلى من تلف المال بيده؛ أما الرجوع إلى من تلف المال بيده فلضمان اليد، وأما الرجوع إلى الضامن فإنه مقتضى وجوب الوفاء لعقد الضمان، ولكن ظاهر كلام الأصحاب لا يساعد على رجوع المالك إلى من تلف المال بيده، بل ما دامت باقيه فله الرجوع إلى من بيده العين، ومع تلفها أو عدم إمكان أخذها عن بيده يرجع إلى الضامن.

[١] ينبغي فرض ضمان الاثنين لواحد على سبيل الاستقلال فيما إذا كان كل منهما ضامنا في زمان واحد؛ ليكون شمول ما دل على مشروعيه الضمان بالإضافة إليهما على حد سواء، وإلا فلا بد من الحكم ببطان الثاني لأن مع الضمان أولاً ينتقل المال إلى ذمه الضامن فلا يبقى للدائن مال بذمه المديون ليضمنه الآخر.

والمتحصّل: أن كلاً من المتعدّدين يصحّ أن يضمن للمالك فيجوز له الرجوع إلى وقد حكى فخر الدين والشّهيد عن العلامة رحمه الله في درسه أنه نفى المنع عن ضمان الاثنين على وجه الاستقلال، قال: ونظيره في العبادات: الواجب الكفائي، الشرح:

أى منهم، ولكن إذا رجع إلى واحد منهم سقط حقه عن الباقي، حيث إنه ليس له إلا مال واحد، وقد تسلّمه بأخذ بدله فيكون الرجوع إلى الآخرين بلا موجب، وأما تنزيل هذا الضمان على الواجب الكفائي وأنه كما يجب فيه الفعل على كل من المكلفين ما دام لم يحصل طبعي الفعل كذلك ثبوت البديل على عهده كل من المتعدّدين ما دام لم يدفع البديل إلى المالك، فلا يخلو عن المناقشه فإنّ لانه أن يتعيّن البديل بالجميع فيما إذا كان أداء الجميع دفعه واحده. اللهم إلا أن يقال: المملوك للمستحق طبعي البديل المقيّد بالواحد لا طبعي البديل، ومع أخذ البديل من المتعدّدين يكون ملك المستحق بالإضافة إلى الأموال المأخوذة من الكلى في المعين، فيختار فردا واحدا وعليه ردّ الباقي إلى أربابه.

والحاصل: المتصوّر من ضمان الأشخاص المتعدّده أنحاء ثلاثه:

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

الثاني: أن يكون الضامن من الأول مديوناً بالبديل بأن يثبت البديل بذمته ويكون الثاني ضامناً لأدائه، بمعنى أنه لو لم يؤد الضامن الأول البديل يثبت المال بذمته فعليه أدائه . . . وهكذا، ولازم ذلك عدم تخيير المالك في الرجوع إلى كل واحد منهم، بل له الرجوع إلى الثاني مع عدم تمكنه على الاستيفاء من الأول. أضف إلى ذلك أنّ دليل وفي الأموال: الغاصب من الغاصب. هذا حال المالك بالنسبة إلى ذوى الأيدي. وأمّا حال بعضهم بالنسبة إلى بعض [١] فلا ريب في أنّ اللاحق إذا رُجع عليه لا يرجع إلى السابق ما لم يكن السابق موجباً لإيقاعه في خطر الضمان، كما لا ريب في أنّ السابق إذا رُجع عليه وكان غاراً للاحقه لم يرجع إليه، إذ لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه له، فالمقصود بالكلام ما إذا لم يكن غاراً له.

الشرح:

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

الثالث: أن يقال: ضمان المال ليس على كل واحد واحد من المتعددين، بل يثبت البديل الواحد على الكلى الصالح في انطباقه على كل واحد من المتعددين.

وبتعبير آخر: كما يمكن كون الجامع بين المتعددين مالكا للمال، كما في ملك الزكاه لطبيعي الفقير وسهم السادات لطبيعي الهاشمي الفقير فيصح لكل واحد من الأفراد أخذ ذلك السهم، كذلك يمكن أن يثبت ملك المال للشخص على عهده الجامع بين المتعددين، فيصح لذلك الشخص أخذ ذلك المال من أي من المتعددين.

ولكن مفاد قاعده على اليد ضمان كل من وضع يده على مال الغير لا ضمان الجامع بينهم، فالأظهر في المقام هو النحو الأول، فتدبر.

[١] ما ذكر قبل ذلك كان حال الأشخاص المتعاقبه أيديهم على العين بالإضافة إلى المالك، في أنه إذا أدى إليه بدل تلك العين أحدهم يسقط البديل عن ذمه الباقيين، أي

لا يكون للمالك حق في الرجوع إليهم، وأما حال بعضهم بالإضافة إلى الآخرين منهم في جواز رجوع مؤدى البدل إلى غيره.

فحاصل الكلام فيه: أنه إذا كان المؤدى تلف العين بيده، فمع عدم كونه مغرورا كما هو الفرض لا يرجع إلى غيره، وإذا لم يكن تلفها بيده فله أن يرجع إلى كل من فنقول: إن الوجه في رجوعه هو أن السابق اشتغلت ذمته بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئاً له بدلاً، فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل، إذ لا يعقل ضمان المبدل معيّنًا من دون البدل، وإلا خرج بدله عن كونه بدلاً، فما يدفعه الثاني فإثما هو تدارك لما استقرّ تداركه في ذمّة الأول، بخلاف ما يدفعه الأول، فإنه تدارك نفس العين معيّنًا،

الشرح:

تسلم العين منه ولو بالواسطة إلى أن يستقر الضمان على من تلفت العين بيده.

وذكر رحمه الله في وجه ذلك أن من وضع يده على العين ابتداءً يكون ضمانه العين قبل ضمان من تسلمها منه كما هو مقتضى ضمان اليد، فتكون العين بيد السابق موصوفة بوصف وهو كون العين ذات بدل، وإذا تسلم الثاني العين من السابق يكون ضامنا بتلك العين مع أوصافها التي منها الوصف الحادث فيها بيد السابق. ومرجع ضمان العين ووصفها المزبور هو ضمان تلك العين، أى المبدل، والوصف، أى بدلها الثابت بذمه السابق على سبيل البدل والتخيير، حيث لا يمكن أن يكون اللاحق ضامنا للعين فقط دون وصفها، أى البدل الثابت بذمه السابق، وإلا لخرج البدل الذى يثبت بذمه اللاحق عن كونه بدلاً للعين المزبوره، حيث يجب أن يكون الثابت بذمه الآخر بدلاً عن العين وأوصافها.

والمتخصّيل: أن ما يدفعه اللاحق تدارك للعين الموصوفة، أى التى استقرّ تداركها بذمّه السابق، بخلاف ما يدفعه السابق فإنه تدارك لنفس العين معينا؛ إذا لم يثبت بدلها بذمه أحد قبل أخذه؛ ليكون ضامنا لذلك البدل أيضا بنحو ما ذكر.

ثم إذا أدى اللاحق البدل إلى المالك سقط تدارك السابق؛ لأنّ ضمان اللاحق العين وبدلها الذى كان بذمه السابق تخييرى، بأن كان ضمان العين للمالك وضمان بدلها للسابق، ولا يجوز للسابق مطالبه اللاحق بالبدل قبل أدائه إلى المالك؛ لأنّ ضمان إذ لم يحدث له تدارك آخر بعد، فإن أداه إلى المالك سقط تدارك الأول له.



ولا يجوز دفعه إلى الأوّل قبل دفع الأوّل إلى المالك، لأنّه من باب الغرامه والتدارك، فلا اشتغال للذمّه قبل حصول التّدارك، وليس من قبيل العوض لما في ذمّه الأوّل. فحال الأوّل مع الثّاني كحال الضّامن مع المضمون عنه في أنّه لا يستحقّ الدفع إليه إلاّ بعد الأداء.

الشرح:

اللاحق بذلك البديل السابق من باب الغرامه لا- الدين لذلك السابق. ويكون حال الضامن الأوّل مع الثّاني حال الضامن مع المضمون عنه في عقد الضمان في أنّه كما لا يجوز للضامن قبل أداء المال إلى الدائن مطالبه المضمون عنه كذلك لا يجوز للضامن الأوّل في المقام قبل أدائه البديل إلى المالك مطالبه الضامن اللاحق.

أقول: لا- يصلح ما ذكر رحمه الله وجهها لرجوع السابق إلى اللاحق؛ أمّا أولاً: فلائ الأوصاف المضمونه هي التي يكون لها دخل في ماليه العين، وثبوت البديل لها بدمه السابق لا يوجب زياده ماليتها أو نقصها.

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

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

ورابعاً: فلائّه لا موجب لتقدم ضمان السابق على اللاحق، فإن ضمان العين بمعنى ثبوت البديل على العهده يحصل بتلفها، وقبل التلف لا يثبت البديل لا على ذمه السابق ولا على ذمه اللاحق، ومع تلفها يثبت البديل على عهده كلّ منهما في زمان واحد.

والحاصل: أنّ من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البديل من المالك ومن سبقه في اليد، فيشتغل ذمّته إمّا بتدارك العين، وإمّا بتدارك ما تداركها، وهذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البديل، كما كان في الأيدي المتعاقبه اشتغال ذمّه أشخاص على البديل بشيء واحد لشخص واحد.

وربّما يقال [١] في وجه رجوع غير من تلف المال في يده إلى من تلف في يده لو رجع عليه: إنّ ذمّه من تلف بيده مشغوله للمالك بالبديل وإنّ جاز له إلزام

الشرح:

اللهم إلا أن يقال: إنَّ زمان ثبوت البدل بالذمه هو زمان الاستيلاء على العين، غايه الأمر يكون استقرار ذلك البدل مشروطا بتلف العين بنحو الشرط المتأخر، وعلى ذلك فيكون ضمان اللاحق بمعنى ثبوت البدل بذمته بعد ضمان السابق، ولكن اعتبار التلف بنحو الشرط المتأخر غير ظاهر من أدله الضمان.

[١] القائل صاحب «الجواهر»<sup>(١)</sup>، وحاصل ما ذكره رحمه الله أن رجوع من لم يتلف العين بيده إلى من تلفت بيده باعتبار أن البدل ثابت بذمه من تلف العين بيده فقط، غايه الأمر يجوز للمالك إلزام السابق بأداء ما يملكه بذمه من تلفت العين بيده، وإلزامه بذلك مقتضى وضع يده على ملك الغير عدوانا.

ثم إنَّ السابق بأدائه البدل إلى المالك يملك ما للمالك بذمه اللاحق بالمعاوضه القهريه، أى المعاوضه التى لا تتوقف على الإنشاء والقصد.

وأورد المصنف رحمه الله على هذا الوجه أمور:

الأول: أن موجب الضمان على السابق وهو حديث على اليد<sup>(٢)</sup>، ودلالته على الضمان عليهما على حد سواء، فإن كان الضمان على اللاحق بمعنى ثبوت البدل على غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغل ذمته به، فيملك حينئذٍ من أدى بأدائه ما للمالك فى ذمته بالمعاوضه الشرعيه القهريه، قال: وبذلك اتضح الفرق بين من تلف المال فى يده، وبين غيره الذى خطابه بالأداء شرعى لا ذمى، إذ لا دليل على شغل ذمته متعدده بمال واحد، فحينئذٍ يرجع عليه ولا يرجع هو، انتهى.

الشرح:

عهدته يكون كذلك فى السابق أيضا.

الثانى: أن الفرق بين الخطاب بالأداء والخطاب الذمى غير واضح، فإنَّ ثبوت البدل بالذمه (وهو الحكم الوضعى) يكون بتبع التكليف بالأداء.

الثالث: أن الفرق بين السابق واللاحق بثبوت البدل على اللاحق وعدم ثبوته على السابق خلاف الإجماع، فإنَّ إجراء أحكام الدين على ما بذمه السابق أيضا من تقديمه على الوصايا وضربه مع الغرماء وجواز مصالحه المالك مع السابق على ما بذمته

ص: ١١٤

١- (١) الجواهر ٣٧: ٣٤ .

٢- (٢) عوالى اللآلى ١: ٢٢٤، الحديث ١٠٦ و ٣٨٩، الحديث ٢٢ .

متسالم عليه عندهم.

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

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

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

أقول: الصحيح فى وجه استقرار الضمان على من تلف المال بيده ما ذكرنا سابقا وأنت خير بأته لا وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده وخطاب غيره بأنّ خطابه ذمى وخطاب غيره شرعى، مع كون دلالة «على اليد ما أخذت» بالنسبة إليهما على السواء، والمفروض أنّه لا- خطاب بالنسبة إليهما غيره، مع أنّه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالأداء والخطاب الذمى. مع أنّه لا يكاد يعرف خلاف من أحد فى كون كلّ من ذوى الأيدي مشغول الذمه بالمال فعلاً ما لم يسقط بأداء أحدهم أو إبراء المالك، نظير الاشتغال بغيره من الديون فى إجباره على الدّفع

الشرح:

من أنّ دفع الضامن البديل إلى المالك معاوضة قهرية بين ذلك البديل والعين التالفه، حيث إنّ عمدته الدليل على الضمان فى موارد ضمان اليد هى السيره الدارجه بين العقلاء، ومقتضاها حصول المعاوضة المزبوره بالدفع؛ ولذا لا يكون للمالك بعد تسليم البديل طلب بقايا العين. وعليه ففى مورد تعاقب الأيدي على العين وتلفها يجوز لدافع البديل مطالبه ذلك البديل من كلّ من تسلّم العين منه ولو بالواسطة إلى أن يستقر الضمان على من تلفت العين بيده، باعتبار وضع كلّ منهم يده على تلك العين، ولكن لا يجوز له الرجوع إلى سابقه؛ لأنّ السابق قد دفع تلك العين إليه قبل ذلك فلا يكون لضمان السابق موجب.

وربما يقال، كما عن بعض الأجلّاء العظام: إن المبادله القهرية أمر لا أساس له عند

العقلاء وإنما ذكرها بعض المتأخرين، ولعل احتمالها قد نشأ من تعبير الأصحاب عن الغرامة بالبدل، حيث لا يعقل كون المعدوم حال عدمه ملكاً لصاحبه أو ملك الغارم.

وفيه: أنه قد تقدّم في توضيح الكشف الحكمي في إجازة المالك إمكان كون الشيء في زمان ملكاً لواحد وفي ذلك الزمان بعينه ملكاً لآخر، مع تعدّد زمان الاعتبار، وعليه فقبل دفع الضامن الأول البدل يعتبر التالف ملكاً للمالك في زمان طريان التلف عليه، وبعد دفعه البدل يعتبر ذلك التالف في ذلك الآن ملكاً للضامن، والمصحح لذلك أو الدّفع عنه من ماله، وتقديمه على الوصايا والضّرب فيه مع الغرماء، ومصالحه المالك عنه مع آخر، إلى غير ذلك من أحكام ما في الذمّة. مع أنّ تملك غير من تلف المال بيده لما في ذمّه من تلف المال بيده بمجرد دفع البدل، لا يعلم له سبب اختياري ولا قهري، بل المتّجه على ما ذكرنا سقوط حقّ المالك عمّن تلف في يده بمجرد أداء غيره، لعدم تحقّق موضوع التدارك بعد تحقّق التّدارك. مع أنّ اللازم ممّا ذكره أن لا يرجع الغارم فيمن لحقه في اليد العاديه إلّا إلى من تلف في يده، مع أنّ الظاهر 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 كلّه إذا تلف المبيع في يد المشتري. وقد عرفت الحكم أيضاً في صورته 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<sup>[١]</sup> وللمالك استرداده

الشّرح:

الاعتبار ترتّب الأثر عليه من ملك الضامن بقايا التالف ورجوعه إلى الضامن الثاني.

ويشهد لذلك ملاحظه فسخ البائع البيع بالخيار المشروط له مع تلف المبيع في يد المشتري، فإنه قبل الفسخ يكون المبيع زمان طريان التلف عليه ملك المشتري وبعد الفسخ يعتبر ذلك المبيع في ذلك الآن ملك البائع؛ ولذا يرجع إليه ببدله كما لا يخفى.

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

أقول: قد ذكرنا سابقاً أنّه لا أساس لبدل الحيلولة، بل إن كانت العين بحيث تعدّ

تالفه فللمالك الرجوع إلى الضامن بالبدل، وإلا فعليه الصبر؛ ليمكن الضامن أو هو فيردّ بدل الحيلولة. ولا يرتفع سلطنه المالك على مطالبه الأوّل بمجرد تمكّنه من الاسترداد من الثّاني. لأنّ عهدها على الأوّل فيجب عليه تحصيلها، وإن بذل ما بذل. نعم ليس للمالك أخذ مؤنه الاسترداد[١] لياشر بنفسه.

الشرح:

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

[١] لا- يبعد أن يكون للمالك ذلك فيما إذا لم تكن الأجره المزبوره زائده على أجره المثل، لا مع زيادتها؛ لأنّ العين له فلا يجوز للأخرين التصرف فيها ولو بالاسترداد المزبور، وعمل المالك محترم فيستحق الأجره عليه. نعم، إذا كانت الأجره زائده على أجره المثل فلا- تتعيّن تلك الزيادة على الضامن، فإنّه مقتضى حديث نفي الضرر. ولا يعارض بضرر المالك، فإنّ عدم استحقاق المالك تلك الزيادة من قبيل عدم النفع، ولا يكون ضرراً عليه.

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

وظهر أيضاً أنه لو تمكن الضامن على استرداد العين من غير صرف المال وطلب المالك أجره المثل؛ لياشر باستردادها، يكون وجوب القبول مقتضى حرمة التصرف في مال الغير بلا إذن مالكة واحترام عمل ذلك المالك، والله سبحانه هو العالم.

ثم إنّه بقي في المقام أمر: وهو أنه لو أبرأ المالك أحد الأشخاص المتعاقبه أيديهم ولو لم يقدر على استردادها إلا المالك، وطلب من الأوّل عوضاً عن الاسترداد، فهل يجب عليه بذل العوض، أو ينزل منزله التعذر فيغرم بدل الحيلولة، أو يفرّق بين الأجره المتعارفه للاسترداد وبين الزائد عليها ممّا يعدّ إجحافاً على الغاصب الأوّل؟ وجوه.

ص: ١١٧

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

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

الشرح:

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

[١] وجه الظهور عدم احتمال الفرق بين ما إذا باع ملكه مع غيره بصفقه واحده وبين ما إذا باع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله بثمن واحد في صفقه واحده.

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

الشرح:

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

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

فإن قوله عليه السلام فيها: «ووجب الشراء في ما يملك»<sup>(١)</sup>، وارد فيما إذا باع مملوكة مع غيره بصفقه واحده كما لا يخفى.

[٣] يعني: لو لم يكن في البين صحيحه الصفار والإجماع على الصحه في المسأله الآتیه مع ملاحظه عدم الفرق بين المسألتين في الحكم لأمكن المناقشه في صحه البيع بالإضافه إلى ملك البائع بما يأتي في المسأله الآتیه، من أن مع إجراء البيع على المجموع بثن واحد لا يكون تبعيضه، والحكم بصحته بالإضافه إلى ملك البائع مقتضى إطلاق دليل الإمضاء، حيث إن نقل بعض المثلثن لا يكون مقصودا إلا في ضمن نقل مجموع الثمن.

أقول: التبعض والحكم بالصحه بالإضافه إلى ملك البائع أو ما يقبل الملك لا يحتاج إلى الإجماع أو النص، بل انحلال البيع بالإضافه إلى أجزاء المبيع، يعني أجزاء المشاعه على الإطلاق، وأجزائه الخارجيه فيما إذا كان بنظر العرف من بيع . . . . .

الشرح:

المجموع من الشئین كما ذكرنا سابقا، مقتضاه دخول كل من البيوع الانحلالیه في دليل الإمضاء على الاستقلال، كما في انحلال الموضوع في سائر الخطابات بالإضافه إلى أفراد ذلك الموضوع، وهذا بناء على عدم تمام بيع الفضولى بإجازة المالك.

وأما بناء على تمامه بها، فلا ينبغي الرب في صحته بالإضافه إلى ملك الآخر أيضا مع إجازته وبالإضافه إلى ملك البائع مع عدمها، غايه الأمر صحه البيع في بعض ما جرى عليه العقد فقط يثبت للمتبايعين مع جهلهما بأن بعض ما جرى عليه البيع ملك الغير، أو لا يقبل الملك خيار تبعض الصفقه الذي مرجعه إلى خيار تخلف الشرط، على ما يأتي في بحث الخيارات إن شاء الله تعالى.

ونظير جهل البائع ما لو كان بيعه بدعوى وكالته في المال الآخر وأنكرها مالكة، فإنه يثبت في الفرض للبائع أيضا خيار تبعض الصفقه، وإذا كان البائع أو المشتري عالما بالحال فلا مجال لثبوت الخيار له، ولعل كلام «الغنيه»<sup>(٢)</sup> الذي نفى الخيار للبائع يراد به صورته علمه بالحال، وكلام الشيخ رحمه الله في «الخلاف»<sup>(٣)</sup> الذي قوى ثبوته له ناظر

ص: ١١٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٣٩، الباب ٢ من أبواب عقد البيع، الحديث الأول.

٢- (٢) الغنيه : ٢٣٠، وراجع مفتاح الكرامه ٤ : ٢٠٧، والجواهر ٢٢ : ٣١٦.

٣- (٣) لم نعثر عليه في الخيار، بل أنكره الشيخ في الخلاف (٣ : ١٤٦، المسأله ٢٣٥)، نعم قواه في المبسوط كما هو المحكى في الجواهر (الجواهر ٢٢ : ٣١٦)، وراجع المبسوط ٢ : ١٤٥.

إلى صورته جهله بالحال.

وأما صحیحته الصفار، فإن كان المراد بالوجوب فيها اللزوم فمقتضاها عدم ثبوت الخيار لا للبائع ولا للمشتري، حيث ذكر فيها «وجب الشراء من المالك» وهو غير وجوب الشراء على المالك، ولكن الظاهر ولا أقل من الاحتمال بأن المراد هو ثبوت أمكن الخدشه فيه بما سيجيء في بيع ما يملك وما لا يملك [١].

وأما على القول بصحّته الفضولي فلا- ينبغي الزيب في الصّحّه مع الإجازة، بل وكذا مع الردّ، فإنه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك [٢] غايه الأمر ثبوت الخيار حينئذٍ للمشتري مع جهله بالحال عند علمائنا كما عن التّدكره وسيجيء في أقسام الخيار بل عن الشّيخ في الخلاف تقويه ثبوت الخيار للبائع لكن عن الغنيه الجزم بعدمه ويؤيده صحیحته الصفار.

وربما حمل كلام الشّيخ على ما إذا ادعى البائع الجهل أو الإذن وكلام الغنيه على العالم، ثم إن صحّحه البيع فيما يملكه مع الردّ مقیده في بعض الكلمات بما إذا لم يتولّد [٣] من عدم الإجازة مانع شرعي، كلزوم ربا، وبيع آبق من دون ضميمه. الشرح:

البيع فلا ينافي كونه خياريا.

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

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

أقول: لا- يحتمل الفرق بين المقام وظهور بعض المبيع ملك للغير، بل ظهوره ملك للغير من فروض المسأله فلا وجه للاستشهاد للحكم بالصحه في المسأله بالصّحه في ذلك الفرض.

[٣] كما إذا باع دينارين ودرهمين بدینار ودرهم، فإنه يكون صحّحه هذا البيع وعدم لزوم الربا باعتبار وقوع كلّ جنس بإزاء مخالفه فيكون بيع الدينارين بدرهم وبيع الدرهمين بدینار، وهذا مستفاد من بعض الروايات الواردة في الفرار من الربا، وإذا



ظهر في المثال كون الدينار المنضم إلى الدرهم ملك الغير تكون معامله بالإضافه إلى . . . . .

الشرح:

الدرهم ربويّه، حيث يقع بإزائه أزيد من الدرهم الواحد.

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

فإنّه يقال: انحلال المبادله إلى مبادلتين كما ذكر لم يكن من قصد المتعاملين، بل بالتعبّد المستفاد من بعض الروايات؛ ولذا تصحّ المبادله فيما إذا قصد مبادله المجموع بالمجموع، وعلى ذلك فلو تم البيع بالإضافه إلى مجموع العوضين يكون مقتضى تلك الروايه وقوع كلّ جنس بإزاء مخالفه فلا ربا. وأما مع فساد البيع في بعض العوضين ولو بظهور كونه ملك الغير فلا موجب للقول بوقوع الجنس المملوك لبائعه بإزاء مخالفه، فإنّ الوقوع كذلك إمّا بقصد المتعاقدين أو بالتعبّد، والمفروض انتفاء الأول وورود التعبّد في صورته صحّه البيع في الضميمه.

وربما يقال: إنّ ضمّ مال الغير للفرار من الربا غير مفيد حتّى مع إجازة مالك تلك الضميمه، وكذا في مسأله بيع العبد الآبق، وذلك فإنّ كلّاً من المالكين يكون بائعاً بالإضافه إلى ماله فقط، ومكلفاً بالوفاء ببيعه فيكون البائع مع كون الضميمه ملك الغير بائعاً ماله بجنسه مع الزياده، مثلاً إذا باع دينار غيره منضمّاً إلى درهمه بخمسه عشر درهماً وفرض أنّ الدينار يساوي عشره دراهم، فيكون بيع درهمه بالأزيد من الدرهم كما يكون بيع الآخر ديناره بالأزيد من عشره دراهم.

أقول: قد ذكرنا أنّ ظاهر الروايات الوارده في الفرار من الربا وقوع درهم واحد بإزاء درهمه والباقي وهي أربعة عشر بإزاء الدينار فلا ربا مع التعبّد بالانحلال بهذا النحو، ولم يذكر في تلك الروايات إلاّ اعتبار الضميمه لا اعتبار كونها ملك البائع أيضاً. وسيجيء الكلام في محلّها. ثمّ إنّ البيع المذكور صحيح بالنسبه إلى المملوك بحصّته من الثمن، وموقوف في غيره بحصّته. وطريق معرفه حصّه كلّ منهما من الثمن [١] في غير المثلى: أن يقوّم كلّ منهما منفرداً، فيؤخذ لكلّ واحدٍ جزءٌ من الثمن نسبته إليه كنسبه قيمته إلى مجموع القيمتين مثاله كما عن السرائر: ما إذا كان ثمنهما ثلاثه دنانير وقيل: إن قيمه المملوك قيراط وقيمه غيره قيراطان، فيرجع

الشرح:

نعم، ناقش صاحب «الجواهر»<sup>(١)</sup> رحمه الله فى استحقاق مالك الدرهم درهما ومالك الدينار أربعة عشر درهما ولكن لا لاعتبار ملك البائع الضميمة، بل مناقشته مع الالتزام بصحة البيع وأيضا لا وجه لاعتبار ملك الضميمة فى مسأله بيع العبد الآبق فإنه وإن ذكر فى بعض الروايات أن الضميمة باعتبار أنه لولم يظفر المشتري بالآبق يكون قد وصل إليه بإزاء ثمنه تلك الضميمة، إلا أن المراد أن لا يخرج تمام الثمن عن ملكه بلا عوض أصلاً، ولا يقتضى ذلك اعتبار كون الضميمة ملك بائع العبد وتملكها منه.

[١] ذكر رحمه الله فى تعيين حصه البائع من الثمن مع إجازة المالك وعدمها أن يقوم كل من مال البائع والمال الآخر منفرداً، ويجمع قيمتهما ويلاحظ نسبه قيمه كل إلى ذلك المجموع، فيؤخذ من الثمن المسمى بتلك النسبه، مثلاً إذا كانت قيمه لمال البائع أربعة دراهم والقيمه السوقيه للمال الآخر ثمانيه، يصير مجموعهما اثني عشر درهماً، فتكون قيمه مال البائع ثلث المجموع. ولو فرض أن الثمن المسمى سته دراهم فيستحق البائع منه الثلث، يعنى درهمن، ويجرى هذا حتى فيما إذا كان للهيئه الاجتماعيه دخل فى زياده القيمه السوقيه كمصراعى الباب، وإلى هذا النحو من وما ذكرنا من الطريق هو المصرح به فى الإرشاد حيث قال: ويقسطن المسمى على القيمتين. ولعله أيضا مرجع ما فى الشرايع والقواعد<sup>[١]</sup> واللمعه: من أنهما يقومان جميعاً ثم يقوم أحدهما، ولهذا فسر بهذه العبارة المحقق الثانى عبارته الإرشاد، حيث قال: طريق تقسيط المسمى على القيمتين... الخ.

الشرح:

التقسيط يشير ما فى «الإرشاد» من أنه يقسطن المسمى على القيمتين<sup>(٢)</sup>، أى على القيمه السوقيه لمال البائع والقيمه السوقيه للمال الآخر، فإن تقسيط الثمن المسمى عليهما لا يكون إلا بما ذكر.

[١] ذكر فى «الشرايع»<sup>(٣)</sup> و«القواعد»<sup>(٤)</sup> و«اللمعه»<sup>(٥)</sup> فى تعيين حصه البائع من

١- (١) الجواهر ٢٢ : ٣٠٩ .

٢- (٢) الإرشاد ١ : ٣٦٠ .

٣- (٣) الشرائع ٢ : ١٥ .

الثلث أنه يقوّمان معا، ثم يقوّم أحدهما، ولعل المراد بذلك أيضا ما تقدّم من تقويم كلّ من المالين منفردا، ثم جمع القيمتين وتعيين نسبه أحدهما إلى المجموع والأخذ من الثمن المسمى بتلك النسبه.

ويؤيد كون المراد ما ذكر تفسير صاحب «جامع المقاصد» عبارته «الإرشاد» (1) بما في الكتب المزبوره، ولكن للمناقشه في ذلك مجال واسع، فإنّ ظاهرها تقويم المالين معا، ثم تقويم أحدهما منفردا، وتعيين النسبه بين قيمه أحدهما منفردا وقيمه كليهما معا والأخذ من الثمن المسمى بتلك النسبه. مثلاً- إذا كان المبيع مصراعى الباب وقوّم المصراعان معا بعشره دراهم وقوّم أحد المصراعين بدرهمين تكون النسبه بين قيمه لكنّ الإنصاف: أنّ هذه العبارة الموجوده في هذه الكتب لا تنطبق بظاهرها على عبارته الإرشاد التي اخترناها في طريق التقسيط واستظهرناه من السرائر، إذ لو كان المراد من «تقويمهما معا»: تقويم كلّ منهما لا تقويم المجموع لم يحتج إلى قولهم: ثمّ يقوّم أحدهما، ثمّ تنسب قيمته إذ ليس هنا إلاّ- أمران: تقويم كلّ منهما، ونسبه قيمته إلى مجموع القيمتين، فالظاهر إرادته قيمتهما مجتمعين، ثمّ تقويم أحدهما بنفسه، ثمّ ملاحظه نسبه قيمه أحدهما إلى قيمه المجموع.

ومن هنا أنكر عليهم جماعه تبعاً لجامع المقاصد إطلاق القول بذلك، إذ لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل في زياده قيمه، كما في مصراعى باب وزوج خفّ إذا فرض تقويم المجموع بعشره وتقويم أحدهما بدرهمين وكان الثمن خمس، فإنّه إذا رجع المشتري بجزء من الثمن نسبه إليه كنسبه الاثني عشر إلى العشره استحقّ من البائع واحداً من الخمسه فيبقى للبائع أربعة في مقابل المصراع الواحد، مع أنّه لم يستحقّ من الثمن إلاّ مقداراً من الثمن مساوياً لما يقابل المصراع الآخر أعنى درهمين ونصفاً.

الشرح:

أحدهما منفردا وقيمه كليهما معا الخمس، ولو فرض الثمن المسمّى خمس دراهم فيرجع المشتري إلى البائع بخمس الثمن، أى بدرهم واحد ويبقى للبائع أربعة دراهم

ص: ١٢٣

بإزاء مصراع واحد. والوجه في ظهور عبارته الكتب في ذلك أنّ المذكور فيها تقويم أحدهما بعد تقويم المالكين، وهذا لا يكون إلا إذا كان تقويم المالكين بتقويمهما معا.

وهذا بخلاف الطريق السابق، فإنّه عليه يكون للبائع نصف المسمى، أى درهمان ونصف، ويرجع المشتري بنصفه الآخر؛ لأنّ النسبه على الطريق المزبور بين قيمه أحدهما ومجموع القيمتين هو النصف.

والحاصل: أنّ البيع إنّما يبطل في ملك الغير بحصّه من الثمن يستحقّها الغير مع الإجازة، ويصحّ في نصيب المالك بحصّه كان يأخذها مع إجازة مالك الجزء الآخر.

هذا، ولكنّ الظاهر أنّ كلام الجماعه إمّا محمول على الغالب: من عدم زياده قيمه ولا- نقصانها بالاجتماع، أو مرادهم من تقويمهما تقويم كلّ منهما منفرداً، ويراد من تقويم أحدهما ثانياً ملاحظه قيمته مع مجموع القيمتين، وإلا ففساد الضابط المذكور في كلامهم لا- يحتاج إلى التّفصيص بصوره مدخلية الاجتماع في الزيادة التي يمكن القول فيها وإن كان ضعيفاً بأخذ النسبه للمشتري بين قيمه أحدهما المنفرد وبين قيمه المجموع، بل ينتقض بصوره مدخلية الاجتماع في نقصان قيمه بحيث يكون قيمه أحدهما منفرداً مثل قيمه المجموع أو أزيد، فإنّ هذا فرض ممكن كما صرّح به في رهن جامع المقاصد وغيره فإنّ الالتزام هنا بالنسبه المذكوره يوجب الجمع [١] بين الثمن والمثمن، كما لو باع جاريه مع أمها قيمتهما مجتمعين عشره وقيمه كل واحد منهما منفرده عشره بثمانيه؛ فإنّ نسبه الشرح:

[١] ولكن لا يلزم الجمع بين العوض والمعوض على التقسيط الذي ذكره رحمه الله، بل بناءً عليه يرجع المشتري بنصف الثمانيه باعتبار أنّ قيمه كلّ من الجاريه وأمها على الانفراد عشره فيصير مجموع قيمتها عشرين، والنسبه بين قيمه إحداهما، أى العشره والمجموع، هو النصف ولكن ينبغي أن يعدّ هذا الفرض على تقدير اتفاهه إشكالاً أيضاً على التقسيط الذي ذكره رحمه الله واستظهره من عبارته «الإرشاد» غيره (١)، حيث لا وجه

ص: ١٢٤

لاستحقاق البائع أربعة دراهم مع كون ملكه مساويا لتمام الثمن المسمى.

قيمه إحداهما المنفرده 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 ملاحظه قيمه كل منهما منفرداً، ونسبه قيمه أحدهما إلى مجموع القيمتين.

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

الشرح:

[١] وحاصله: أن المتعين في طريق تقسيط المسمى هو ما ذكر في «الشرايع» و«القواعد» و«اللمعه» ولكن ينبغي أن يكون المراد بأحدهما في قولهم: (يقومان جميعاً ثم يقوم أحدهما) هو مال البائع، وأنه إذا قوّم المالان ثم قوّم مال البائع منفرداً وعين النسبه بينهما يكون البائع مستحقاً من المسمى بتلك النسبه، كما إذا قوّم الباب بمصراعيه بعشره دراهم وقوّم مال البائع بدرهمين والنسبه بين الدرهمين والعشره هي الخمس، فيستحق البائع درهما في فرض كون المسمى خمسه دراهم. والوجه في تعيين التقسيط بهذا النحو هو جريان البيع على المالين مع الهيئه الاجتماعيه، وما تمّ بيعه هو مال البائع منفرداً.

وعلى ذلك يستحق البائع في مثال الأمه وأمهات تمام الثمانية؛ لأنه لا قيمه للهيئه الاجتماعيه، ولا يلزم من استحقاق الثمانية الجمع بين العوض والمعوض هذا.

ولكن ما ذكر غير صحيح، وأن البائع في بيع مصراعي الباب يستحق نصف الثمن المسمى، والوجه في ذلك أن الهيئه الاجتماعيه من قبيل الأوصاف، والأوصاف لا يقع بإزائها الثمن؛ ليقسط عليها كتقسيطه على المالين، وهذا في الضمان المعاضى وأما في ضمان اليد فالأوصاف ومنها الهيئه الاجتماعيه تدخل في الضمان، ويكون تلف مع الآخر، وهذا الوصف لم يبق له مع رد مالك أحدهما، فالبايع إنما يستحق من الثمن ما يوزع على ماله منفرداً، فله من الثمن جزءً نسبتته إليه كنسبه الدرهمين إلى العشره، وهو درهم واحد، فالزيادة ظلم على المشتري، وإن كان ما أوهمه عباره الشرائع وشبهها من أخذ البائع أربعة، والمشتري واحداً أشدّ ظلماً، كما نبّه عليه

ص: ١٢٥

١- (١) الأصح في عبارته أن يقال: «إلى قيمتهما مجتمعتين» كما نبّه عليه بعض المحشّين، أنظر هدايه الطالب: ٣١٣.

فى بعض حواشى الرّوضه، فاللازم أن يقسّط الثمن على قيمه كلّ من المملّكين منفرداً وعلى الهيئه الاجتماعيه، ويُعطى البائع من الثمن بنسبه قيمه ملكه منفرداً، ويبقى للمشتري بنسبه قيمه ملك الآخر منفرداً وقيمه هيئه الاجتماع.

قلت: فوات وصف الانضمام كسائر الأوصاف الموجهه لزياده قيمه ليس مضموناً فى باب المعاوضات وإن كان مضموناً فى باب العدوان، غايه الأمر ثبوت الخيار مع اشتراط تلك الصّيفه. ولا فرق فيما ذكرنا بين كون ملك البائع وملك غيره متعدّدين فى الوجود كعبد وجاريه، أو متّحداً كعبد ثلثه للبائع وثلثاه لغيره، فإنّه لا يوزّع الثمن على قيمه المجموع أثلاثاً، لأنّ الثلث لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان، لكونه أقلّ رغبه منه، بل يلاحظ قيمه الثلث وقيمه الثلثين ويؤخذ النّسبه منهما ليؤخذ من الثمن بتلك النّسبه.

الشرح:

الوصف فى يد الغاصب كتلف نفس العين مضمونا عليه.

أقول: بالتأمل فى جميع ما تقدم يظهر أنه يعتبر فى تقسيط الثمن على المالين تقويمهما حال بيعهما اجتماعاً ثم تقويم ملك البائع منفرداً، فى فرض عدم إجازته مالك الآخر البيع فى ماله وأن البائع يستحق من الثمن المسمّى بتلك النّسبه، كما أنه يقوم مال البائع بلحاظ بيعه منضمّاً إلى المال الآخر، فى فرض إجازته مالك المال الآخر، فإنّ عدم ضمان الهيئه الاجتماعيه كسائر الأوصاف بضمن معاوضى ليس مقتضاه تقويم كلّ من المالين منفرداً، مع دخاله الهيئه الاجتماعيه فى زياده الثمن كما لا يخفى.

هذا كلّه فى القيمى. أمّا المبيع المثلى: فإن كانت الحصّه مشاعه قُسيط الثمن على نفس المبيع، فيقابل كلّ من حصّتى البائع والأجنبيّ بما يخصّه، وإن كانت حصّه كلّ منهما معيّنه كان الحكم كما فى القيمى: من ملاحظه قيمتى الحصّتين وتقسيط الثمن على المجموع، فافهم.

مسأله: لو باع من له نصف الدّار نصف ملك الدّار [١] فإن علم أنّه أراد نصفه أو نصف الغير عمل به، وإلاّ فإن علم أنّه لم يقصد بقوله: «بتكك نصف الدّار» إلاّ مفهوم هذا اللفظ، ففيه احتمالان: حملة على نصفه المملوك له، وحملة على النّصف المشاع بينه وبين الأجنبيّ.

الشرح:

ص: ١٢٦

[١] وحاصله: لو فرض اشتراك اثنين أو أزيد في عين بنحو الإشاعه، كما إذا كانت الدار مشتركة بينهما بالمناصفه وباع أحدهما نصفها، فإن علم إرادته البائع بيع حصه شريكه أو الإشاعه بين الحصتين فلا كلام، وأما إذا لم يقصد إلا مدلول قوله: «بعت نصف تلك الدار بكذا»، وفرض قبول المشتري ذلك المدلول، فهل ينتقل إلى المشتري تمام حصه البائع من تلك الدار، أو يكون المبيع نصف كل من حصتي البائع وشريكه فيكون المبيع المزبور نافذا بالإضافة إلى نصف حصه البائع، وفضوليا بالإضافة إلى نصف حصه شريكه؟ احتمالان.

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

وبالجملة: أن البيع بالإضافة إلى نصف حصه البائع محرز، وأما بالإضافة إلى نصفها الآخر أو نصف حصه شريكه فمقتضى المعارضه المزبوره عدم إحراز شيء منهما.

ومنشأ الاحتمالين: إمّا تعارض ظاهر النصف أعنى الحصه المشاعه في مجموع التّصفيين مع ظهور انصرافه في مثل المقام من مقامات التصرف إلى نصفه المختص وإن لم يكن له هذا الظهور في غير المقام، ولذا يحمل الإقرار على الإشاعه كما سيجيء أو مع ظهور إنشاء البيع في البيع لنفسه، لأنّ بيع مال الغير لا بدّ فيه: إمّا من تبه الغير، أو اعتقاد كون المال لنفسه، وإمّا من بناءه على تملكه للمال عدواناً كما في بيع الغاصب والكلّ خلاف المفروض هنا.

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

الشرح:

وبهذا يفترق المقام من قول البائع: «بعت غانماً»، حيث إن الغانم بمعنى العبد من الكلى الطبيعي الصادق على كل من عبد البائع وعبد غيره، ويحمل على عبد

البائع بمقتضى وقوعه مقام التصرف وظهور الهيئه في قوله: «بعت غانما»، في الأصله من غير ظهور معارض، وهذا بخلاف ما إذا قال: «بعت نصف الدار»، المفروض كونها مشتركه بين الاثنين بنحو الإشاعه، فإن ظهور النصف في الإشاعه بين الحصتين مانع عن الحمل على خصوص حصه البائع.

ثم إذا كان البائع المزبور وكيلاً عن شريكه أو ولياً عليه فهل يكون الحكم كما في صورته كونه أجنبياً أم لا؟ الصحيح أن يقال: إذا كان المعارض لظهور النصف في الإشاعه بين الحصتين في الصوره السابقه هو ظهور النصف بقريته مقام التصرف في النصف المختص للبائع كما هو الأظهر فلا معارضه في صورتى الوكاله والولاية، بل يؤخذ ثم إنه لو كان البائع وكيلاً في بيع النصف أو ولياً عن مالكه، فهل هو كالأجنبي؟ وجهان، مبتنان على أن المعارض لظهور النصف في المشاع هو انصراف لفظ «المبيع» إلى مال البائع في مقام التصرف، أو ظهور التملك في الأصله. الأقوى هو الأول، لأن ظهور التملك في الأصله من باب الإطلاق، وظهور النصف في المشاع وإن كان كذلك أيضاً، إلا أن ظهور المقيد وارد على ظهور المطلق.

الشرح:

بظهور النصف في الإشاعه بين الحصتين؛ لأن الموجب لظهور النصف في خصوص حصه البائع عدم نفوذ تصرفه في غير تلك الحصه، ومع الوكاله أو الولاية يكون تصرفه نافذاً في حصته وحصه شريكه على السواء.

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

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



إلى المطلق.

وبهذا يظهر أنه لو لم يكن في الصورة الأولى ظهور النصف وانصرافه إلى حصه البائع بقريته مقام التصرف لكان ظهور البيع في الأصل محكوماً بظهور النصف في وما ذكره الشهيد الثاني: من عدم قصد الفضولي [١] إلى مدلول اللفظ، وإن كان مرجعه إلى ظهورٍ واردٍ على ظهور المقيّد، إلاّ أنّه مختصّ بالفضولي، لأنّ القصد الحقيقي موجود في الوكيل والوليّ، فالأقوى فيهما الاشتراك في البيع تحكيماً لظاهر النصف، إلاّ أن يمنع ظهور «النصف» إلاّ في النصف المشاع [٢] في

الشرح:

الإشاعة بين الحصتين.

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

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

[٢] وحاصله أنه يمكن منع ظهور النصف في الإشاعة بين الحصتين بأن يقال: غايه ظهوره الإشاعة في مجموع العين لا في كلّ من الحصتين، فيكون مقتضى قوله: «بعت نصف الدار بكذا» حتّى في صورته وكالته أو ولايته هو بيع خصوص حصته، المجموع، وأمّا ملاحظه حتّى المالكين وإرادته الإشاعة في الكلّ من حيث إنّه مجموعهما فغير معلومه، بل معلوم العدم بالفرض.

ص: ١٢٩

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 إلاّ مدلول اللفظ من غير ملاحظه وقوعه عنه أو عن غيره، فإنّ الظاهر وقوعه لنفسه، لأنّه عقد على ما يملكه، فصرفه إلى الغير من دون صارف لا وجه له.

الشرح:

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

ولذا ذكروا (1) في مسأله ما إذا وهبت الزوجه نصف مهرها لزوجها ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها، أنه يستحق الزوج بالطلاق النصف الباقي، ولو كان النصف ظاهراً في الإشاعه بين الحصتين لكان للزوج بعد الطلاق نصف النصف الباقي وقيمه نصف الموهوب.

لا- يقال: لا- شهاده في الفرع على كون النصف المضاف إلى العين ظاهراً في الإشاعه في مجموع تلك العين لا في الإشاعه بين الحصتين، وذلك فإن استحقاق الزوج النصف الباقي من المهر باعتبار أن حقه الأول هو نصف الباقي وقيمه النصف الموهوب، ولكن يجوز في القيميات مع التمكن على المثل دفعه. وحيث إن النصف الباقي على ملك الزوجه مثل النصف الموهوب فلا تعتبر قيمه الموهوب، نظير ما ولعله لما ذكرنا ذكر جماعه كالفاضلين والشهيدين وغيرهم: أنه لو أصدق المرأه عيناً، فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق، استحقّ الزوج بالطلاق النصف الباقي، لا- نصف الباقي وقيمه نصف الموهوب وإن ذكروا ذلك احتمالاً، وليس إلاّ من جهة صدق النصف على الباقي، فيدخل في قوله تعالى: «فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ» وإن كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم: بأنّه لما كان الربع الباقي للمرأه من الموجود مثلاً للربع التالف من الزوج، ومساوياً له من جميع الجهات، بل لا تغاير بينهما إلاّ بالاعتبار، فلا وجه لاعتبار قيمه، نظير ما لو دفع المقترض نفس العين المقترضه مع كونها قيمه.

ص: ١٣٠

١- (١) الشرائع ٢: ٣٣٠، المسأله العاشره، وانظر القواعد ٢: ٤٣، واللمعه دمشقيه: ١٩٧، والروضه البهيه: ٣٦٧، والمسالك ٨: ٢٥٥، والإيضاح ٣: ٢٣٣، والكفايه: ١٨٢، والرياض ٢: ١٤٦.

ذكروا في باب القرض أنه لو أقرض قيميا فللمقترض دفع العين التي اقترضها باعتبار أن مع دفعها لا تعتبر القيمة.

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

وعلى ذلك يكون حكمهم باستحقاق الزوج النصف الباقي من المهر بالطلاق قبل الدخول باعتبار صدق النصف عليه منافيا لما يذكر في المقام من ظهور النصف في الإشاعه بين الحصتين، ولكنه يحمل على خصوص حصه البائع بقريته مقام التصرف.

وأیضا ینافی ما یدکر فی المقام ما ذکره (١) فی باب الصلح من أنه لو كانت العين لکن الظاهر أنهم لم يريدوا هذا الوجه، و إنما عللوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقه، فلا يخلو عن منافاه لهذا المقام. ونظيره في ظهور المنافاه لما هنا: ما ذكره في باب الصلح: من أنه إذا أقر من بيده المال لأحد المدعين للمال بسبب موجب للشركه 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 ذكره هنا اختصاص المصالح بنصف المقر له، لأنه إن وقع مع غير المقر أو معه، وإن أوقعه على مطلق النصف المشاع انصرف أيضاً إلى حصته، فلا وجه لاشتراكه بينه وبين شريكه، ولذا اختار سيد مشايخنا قدس سرهم اختصاصه بالمقر له [١].

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

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

[١] يعنى: حيث إن ما ذكره فى مسأله المصالحة من نفوذها فى ربع المال ينافى ظاهرهم من حمل النصف فى مقام التصرف على خصوص حصه المتصرف، اختار وفضّل فى المسالك بين ما لو وقع الصلح على نصفه أو مطلق النصف، وبين ما إذا وقع على النصف الذى أقر به ذو اليد، فاختار مذهب المشهور فى الثالث، لأنّ الإقرار منزّل على الإشاعه وحكم بالاختصاص فى الأولين، لاختصاص النصف وضماً فى الأول وانصرافاً فى الثانى إلى النصف المختص. واعترضه فى مجمع الفوائد: بأنّ هذا ليس تفصيلاً، بل مورد كلام المشهور هو الثالث، لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقرّ به، وتام الكلام فى محلّه.

الشرح:

بحر العلوم (١) رحمه الله أنّ النصف فى مسأله المصالحة أيضا يحمل على خصوص حصه المقر له، فتكون المصالحة نافذه فى تمام حصه المقر له وهى نصف العين.

وأىضا فضّل فى «المسالك» (٢) وقال: لو أُجريت المصالحة على نصف المقر له أو على نصف العين فتحمل على الحصه الواقعيه للمقر له؛ لأنّ مقتضى الإضافه فى الأول، ومقتضى الظهور فى مقام التصرف فى الثانى، هو الحمل على حصه المتصرف. وأما إذا أُجريت على النصف المعترف به فتحمّل على الإشاعه بين الحصتين، فيكون نفوذهما معا بتمامهما محتاجا إلى إجازه صاحبه. ولكن يرد (٣) على «المسالك» أنّ ما ذكر ليس تفصيلاً فى مسأله المصالحة، بل اختيار لقول مشهور القائلين بالحمل على الإشاعه بين الحصتين؛ لأنّ المفروض فى كلماتهم إجراء المصالحة على النصف

ص: ١٣٢

١- (١) المناهل : ٣٥٨ .

٢- (٢) المسالك ٤ : ٢٧٢ .

٣- (٣) راجع مجمع الفوائد ٩ : ٣٤٩ .

المعترف به، فراجع.

ص: ١٣٣

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

الشرح:

[١] يعنى: يحمل النصف المضاف إلى العين في مقام الإقرار على الإشاعه بين الحصتين بلا خلاف. نعم، مع القرينه على إرادته المقر حصته أو حصه غيره فلا كلام؛ ولهذا أفتوا فيما إذا كانت العين بيد اثنين وكانت يد كل منهما عليها بالمناصفه، واعترف أحدهما لثالث بثلتها وأنكره صاحبه بأن ما بيد المعترف من نصف العين يكون بينه وبين الثالث المزبور على حد سواء، كما أنّ ما بيد الآخر من نصف الدار يكون الزائد على حصته وهو سدس العين محسوبا على المعترف والثالث على حد سواء.

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

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

والحاصل: ما بيد المعترف فى المثال المتقدم مقدار حصته مع زياده لا أنها حمل على الثلث المشاع فى النصيبين، فلو كذبه الشريك الآخر، دفع المقرّ إلى المقرّ له نصف ما فى يده، لأنّ المنكر بزعم المقرّ ظالم للسدس بتصرّفه فى النصف، لأنّه باعتقاده إنّما يستحقّ الثلث، فالسدس الفاضل فى يد المنكر نسبته إلى المقرّ والمقرّ له على حدّ سواء، فإنّه قدر تالف من العين المشتركة، فيوزع على الاستحقاق.

ودعوى: أن مقتضى الإشاعه تنزيل المقرّ به على ما فى يد كلّ منهما، فىكون فى يد المقرّ سدس، وفى يد المنكر سدس، كما لو صرّح بذلك، وقال: «إنّ له فى يد كلّ منهما سدساً» وإقراره بالنسبه إلى ما فى يد الغير غير مسموع، فلا يجب إلا أن يدفع إليه ثلث ما فى يده، وهو السدس المقرّ به، وقد تلف السدس الآخر بزعم المقرّ على المقرّ له بتكذيب المنكر.

الشرح:

حصته، بل حصه ذلك الثالث والمعترف مقداراً بلا تعيين خارجى لهما، وعلى ذلك فما يحصل من العين بيد المعترف نسبتته إليه وإلى الثالث على حد سواء، كما أنّ ما بيد المنكر زائدا على حصته وهو سدس العين، نسبتته أيضا إلى المعترف والثالث على حد سواء، ونتيجة ذلك هو الحكم بالمناصفه فى التالف وما بيد المعترف حتّى مع حمل الاعتراف على الإشاعه بين الحصتين.

نعم، لو قيل بإمكان تعلق الغصب بالمشاع ويجواز تقسيم أحد الشريكين مع الغاصب فى إفراز حصته لأمكن القول بأن سدس العين المفروض كونها بيد المنكر يحسب تالفا على الثالث فقط، بدعوى أنّ وضع كلّ منهما يده على نصف العين بمنزله تعيين كل منهما حصته بما بيده، فلا مال للمعترف بيد المنكر ليحسب تالفا عليه وعلى الثالث معا، ولكن تعلق الغصب بالمشاع وإن كان ممكنا إلا أنه لا يصحّ الإفراز مع الغاصب، بل لابد من كونه برضاء الشركاء.

مدفوعه: بأنّ ما فى يد الغير ليس عين ماله، فىكون كما لو أقرّ شخص بنصف كلّ من داره ودار غيره، بل هو مقدار حصّيته المشاعه، كحصّيه المقرّ وحصّيه المقرّ له بزعم المقرّ، إلاّ أنّه لما لم يجبر المكذب على دفع شيء ممّا فى يده فقد تلف سدس مشاع يوزّع على المقرّ والمقرّ له، فلا معنى لحسابه على المقرّ له وحده، إلاّ على احتمالٍ ضعيف، وهو تعلق الغصب بالمشاع وصحّ تقسيم الغاصب مع الشريك، فيتمخض ما يأخذه الغاصب للمغضوب منه وما يأخذه الشريك لنفسه، لكنّه احتمال مضعف فى محلّه وإن قال به أو مال إليه بعض على ما حكى للحرج أو السيره.

نعم يمكن أن يقال: بأنّ التالف فى هذا المقام [١] حاصل بإذن الشارع للمنكر

الشرح:

ويتفرّع على ذلك أى على تعلق الغاصب بالمشاع وعدم صحّه الإفراز مع الغاصب أنه لو كانت الدار لاثنين على الإشاعه وكانا ساكنين فيها وأخرج الظالم أحدهما وسكن مكانه فيلزم على الشريك الساكن نصف أجره المثل فى نصف الدار لصاحبه الذى أخرجه الظالم؛ لأنّ حصه الشريك الساكن لا تتعيّن فى النصف الذى يسكن باعتبار عدم صحّه الإفراز مع الغاصب. نعم، يكون ما على الظالم أيضا من أجره المثل له ولشريكه بالمناصفه.

[١] يعنى: يمكن أن يقال: عدم جواز الإفراز مع الغاصب لا- يلزم عدم الإفراز فى المقام، بل فى المقام يكون الزائد فى يد المنكر محسوبا على المقر له، وذلك لأنّ إنكاره موجب لجواز وضع يده على نصف المال الزائد على حصته بزعم المقر، حسابا لذلك الزائد على المقر له.

ونظير المقام مسأله الإقرار بالنسب، فإن مقتضى إنكار الوارث الآخر أن يضع يده على الزائد على حصته حسابا على من لم يقر بنسبه، فلا يكون ما بيد المقر مشتركا بينه الغاصب لحقّ المقرّ له باعتقاد المقرّ، والشّارع إنّما أذن له فى أخذ ما يأخذه على أنّه من مال المقرّ له، فالشّارع إنّما حسب السّيدس فى يد المنكر على المقرّ له، فلا- يحسب منه على المقرّ شىء، وليس هذا كأخذ الغاصب جزءاً معيّناً من المال عدواناً بدون إذن الشّارع حتّى يحسب على كلا الشّريكين.

الشرح:

وبين المقر له على حد سواء.

ولكن لا- يخفى أنّ مقتضى نفوذ الإقرار على المقرّ أن يترتب على ما بيده من المال أثر الواقع، والمفروض أنّ ما بيده بحسب إقراره ملك له وللمقر على حد سواء، كما الموجود بيد المنكر يكون الزائد منه على حصته مشتركا بينه وبين المقر له كذلك.

أقول: لا ينبغى الريب فى أنّ النصف أو نحوه عند إضافته إلى عين لا يكون ظاهرا فى الإشاعه بين الحصتين، كما تقدم فى تقرير مسأله الطلاق، وإذا ملك زيد وعمرو دارا بالمناصفه فأى جزء يفرض من الدار فهو، وإن كان مشتركا بينهما بالمناصفه، إلا أنّ حصه كلّ منهما لا- تنتصف بينهما بالمناصفه؛ ولذا لا يكون عند ما يقال: نصف تلك الدار، فى مقام البيع والإقرار ظاهرا فى الإشاعه بين الحصتين، بل النصف أو نحوه بالإضافه إلى الحصتين من قبيل الكلى فى المعين. والمراد بالإشاعه فيه عدم تعيين



النصف فى جهه العين بكونها طرفها الشرقى أو الغربى، بل أى جزء يفرض من العين يقع مورد الحكم بمقدار النصف، وأما حساب ذلك المقدار على أى من الحصتين أو عليهما فلا بد من القرينه عليه، ومقتضى القرينه فى مقام التصرف حملة على حصه المتصرف فقط، حيث إن مقتضى الإطلاق، أى مقدمات الحكمه فى ذلك المقام، وقوع التصرف لنفسه لاعن الآخر بالولاية أو فضولاً، فإن الوقوع عن الآخر كذلك يحتاج إلى التقييد والقصد فيما إذا كان المال الذى يتصرف فيه كلياً فى الذمه أو كلياً فى المعين، والمفروض فى المسأله أنّ البائع لم يقصد من قوله: «بعت نصف الدار بكذا»، إلا ما والحاصل: أنّ أخذ الجزء لما كان بإذن الشارع و إنما أذن له على أن يكون من مال المقر له، ولعلّه لذا ذكر الأكثر بل نسبه فى الإيضاح إلى الأصحاب فى مسأله الإقرار بالنسب: أنّ أحد الأخوين إذا أقرّ بثالث، دفع إليه الزائد عمّا يستحقّه باعتقاده، وهو الثلث، ولا يدفع إليه نصف ما فى يده، نظراً إلى أنه أقرّ بتساويهما فى مال المورث، فكلّ ما حصل كان لهما، وكلّ ما توى كان كذلك.

الشرح:

يكون ظاهراً منه عند تمام الإطلاق.

ولا يبعد أن يكون الأمر كذلك فى مسأله استحقاق الزوج تمام المهر مع الطلاق قبل الدخول وبعد هبه الزوجه نصف مهرها له، حيث إن مقتضى خروج النصف من ملك الزوجه إلى ملك زوجها بالطلاق قبل الدخول استحقاق تمام المهر.

وما تقدم من المصنف رحمه الله من أنّ ظهور المتعلق حاكم على ظهور الفعل، بمعنى أنه لا- تتم مقدمات الإطلاق فى ناحيه الفعل المقتضى لصدور الفعل عن الفاعل بالأصالة مع ظهور المتعلق فى الإشاعه بين الحصتين، ففيه:

أولاً: أنّ المتعلق كما ذكرنا لا ظهور له فى الإشاعه بين الحصتين.

وثانياً: لا- يكون ظهور المتعلق بياناً فى كلّ مقام، بل ربما يكون ظهور الفعل بياناً لإطلاق المتعلق، نظير قوله: «لا تضرب أحداً»، فإن النهى عن الضرب الظاهر فى المؤلم قرينه على تقييد المتعلق بالأحياء، وقد ذكر رحمه الله فى بحث الاستصحاب أنّ النهى عن النقص قرينه على اختصاص المراد من اليقين والشك بموارد الشك فى الرفع.

هذا كله فى مقام التصرف ونحوه، وأما فى مقام الإقرار فليس فى البين ما يوجب تعيين المقر به بخصوص حصه المقر، بل الإخبار عن حصه من العين بأنها للغير

مقتضاه الحصة المزبوره تخرج عن تمام العين، فينفذ من الإقرار بمقدار الإقرار على النفس ولا ينفذ ما يكون إقرارا على الغير.

هذا، ولكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال، من جهة أنّ الشارع ألزم بمقتضى الإقرار معامله المقرّ مع المقرّ له بما يقتضيه الواقع الذى أقرّ به، ومن المعلوم: أنّ مقتضى الواقع لو فرض العلم بصدق المقرّ هو كون ما فى يده على حسب إقراره بالمنصفه، وأمّا المنكر عالمًا، فيكون ما فى يده مالاً مشتركاً لا يحلّ له منه إلا ما قابل حقه ممّا فى يدهما، والزائد حقّ لهما عليه.

وأمّا مسأله الإقرار بالنسب [١] فالمشهور وإن صاروا إلى ما ذكر، وحكاه الكليني عن الفضل بن شاذان على وجه الاعتماد، بل ظاهره جعل فتواه كروايته، إلاّ أنّه صرح جماعه ممّن تأخّر عنهم بمخالفته للقاعده حتّى قوى فى المسالك الحمل على الإشاعه، وتبعه سبطه وسيد الرياض فى شرحى النافع.

الشرح:

[١] ومما ذكرنا فى مسأله اعتراف أحد الشريكين بثلث العين للآخر يظهر حال إقرار أحد الوارث بالنسب للثالث فى أنّ ما يكون بيد الوارث لمنكر لا يحسب تالفا على ذلك الثالث فقط، بل يكون ما بيد المقرّ لهما وما بيد المنكر تالفا عليهما على حد سواء.

نعم، فى البين روايات (١)، وربما يستظهر منها أنّ التالف بالإنكار لا يحسب على المقرّ بالنسب للثالث، ولكنها لضعفها غير قابله للاعتماد عليها، ودعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور فيها ما لا يخفى؛ لأنّ نقل أصحاب الحديث تلك الروايات فى كتبهم لا يدل على عملهم بها، كما يمكن أن يكون عمل البعض من غيرهم؛ لاعتقادهم موافقه مضمونها للقاعده، حيث تقدم دعوى أنّ مقتضاها حساب التالف بالإنكار على المقرّ له فقط.

والظاهر: أنّ مستند المشهور بعض الروايات الضعيفه المنجبر بعمل أصحاب الحديث، كالفضل والكليني، بل وغيرهما. فروى الصدوق مرسلًا والشيخ مسنداً عن أبى البخترى وهب بن وهب، عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام: «قال: قضى

ص: ١٣٨

## ما أفاده صاحب الجواهر في وجه الرجوع

أمير المؤمنين عليه السلام في رجل مات وترك ورثه فأقر أحد الورثة بدين على أبيه : أنه يلزم ذلك في حصته بقدر ما ورث، ولا- يكون ذلك في ماله كله، وإن أقر اثنان من الورثة وكانا عدلين أجز ذلك على الورثة، وإن لم يكونا عدلين ألزمنا في حصتيهما بقدر ما ورثا، وكذلك إن أقر أحد الورثة بأخ أو أخت فإنما يلزمه ذلك في حصته». وبالإسناد، قال: «قال علي عليه السلام : من أقر لأخيه فهو شريك في المال، ولا يثبت نسبه، فإن أقر اثنان فكل ذلك، إلا أن يكونا عدلين، فيثبت نسبه ويضرب في الميراث معهم». وعن قرب الإسناد رواه الخبرين عن السندی بن محمد، وتمام الكلام في محله من كتاب الإقرار أو الميراث إن شاء الله.

مسألة: لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله كالخمر والخنزير صفة بثمان واحد، صح في المملوك عندنا، كما في جامع المقاصد، وإجماعاً، كما عن الغنية، ويدل عليه: إطلاق مكاتبه الصفار المتقدمه. ودعوى: انصرافه إلى صورته [١] كون

الشرح:

[١] حاصل الدعوى أن المراد بما لا يملك في قوله عليه السلام : «لا يجوز بيع ما ليس يملك» (١). بعض القرية المفروضه في السؤال، والبعض المزبور كان يبعه من بيع مال الغير.

## المناقشه فيما أفاده صاحب الجواهر

وبتعبير آخر: لا- يتصور في قسم الأراضى ما لا يكون قابلاً للملك شرعاً أن الأراضى الموقوفه أو المفتوحه عنوه أو الميته كلها مملوكه حتى مع عدم جواز بيعها. بعض القرية المذكوره فيها مال الغير، ممنوعه، بل لا مانع من جريان قاعده الصحه بل اللزوم في العقود. عدا ما يقال: من أن التراضى والتعاقد، إنما وقع على المجموع الذى لم يمضه الشارع قطعاً، فالحكم بالإمضاء فى البعض مع عدم كونه مقصوداً إلا- فى ضمن المركب يحتاج إلى دليل آخر غير ما دل على حكم العقود والشروط والتجاره عن تراضٍ، ولذا حكموا بفساد العقد بفساد شرطه. وقد تبه عليه فى جامع المقاصد فى باب فساد الشرط وذكر: أن فى الفرق بين فساد الشرط والجزء عسراً، وتمام الكلام فى باب الشروط، ويكفى هنا الفرق بالنص والإجماع.

الشرح:

ص: ١٣٩

١- (١) و (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٣٩ ، الباب ٢ من أبواب عقد البيع، الحديث الأول .

وقوله عليه السلام : «ووجب الشراء من البائع فيما يملك»<sup>(١)</sup> ناظر إلى حكم مورد السؤال الذى فرض فيه كون بعض المبيع غير مملوك للبائع، بل مملوك للآخرين، فالتعدى إلى حكم المقام يحتاج إلى عدم احتمال الفرق فى الحكم بين المسألتين، ولا مجال لمنع المصنف رحمه الله والتزامه بإطلاق الصحيحه وشمولها للمقام كما لا يخفى.

نعم، خطاب حل البيع وصحته يعم المقام، حيث إن البيع بالإضافه إلى ما يقبل الملك داخل فى ذلك الخطاب، ولكن ربما يناقش فى صحته البيع بالإضافه إلى ما يقبل الملك أيضا بوجهين:

أحدهما: أن ما قصد بيعه هو المجموع بإزاء مجموع الثمن، وبيع ما يقبل الملك بإزاء بعض الثمن غير مقصود مستقلاً وإنما المقصود بيعه فى ضمن بيع المجموع.

وهذه المناقشه ضعيفه جدا؛ لما ذكرنا سابقا من أن البيع الواقع على المجموع فى أمثال المقام ينحل بالإضافه إلى أجزاء الصفقه، غايه الأمر يكون تمام البيع بالإضافه إلى كل من جزئى الصفقه شرطا فى بيع جزئها الآخر؛ ولذا ثبت فى صوره الجهل بالحال خيار تبعض الصفقه.

وبهذا يظهر أن قياس بطلان البيع بالإضافه إلى مجموع الصفقه ببطلان الشرط نعم، ربّما يقيد الحكم بصوره جهل المشتري. لما ذكره فى المسالك وفاقاً للمحكى فى التذكرة عن الشافعى : من جهه إفضائه إلى الجهل بثمن المبيع، قال فى التذكرة بعد ذلك: وليس عندى بعيداً من الصواب الحكم بالبطلان فيما إذا علم المشتري حرّيه الآخر أو كونه ممّا لا ينقل إليه، انتهى.

الشرح:

بلا- وجه، فإن فساد الشرط أيضا، كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى محله، لا يوجب فساد البيع، وأن البيع لا ينحل بالإضافه إلى شرطه، بخلاف أجزاء المبيع كما ذكرنا.

وثانيهما: أنه وإن كان البيع المتعلق بالمجموع ينحل إلى بيع أجزائه، إلاّ أن دليل حل البيع ولزومه لا يمكن أن يعم ما يقبل الملك؛ لأنّ بيع ذلك الجزء بإزاء بعض الثمن غررى، حيث لا يعلم حال البيع مقدار الثمن الواقع بإزائه.

والحاصل: لو أمكن التعدى من صحيحه الصفار<sup>(٢)</sup> بدعوى عدم احتمال الفرق

ص: ١٤٠

١- (١) مرّ آنفاً .

بين المسألتين فهو، وإلا لزام الحكم ببطلان البيع بالإضافة إلى ما يقبل الملك أيضا.

والجواب: أنه لا- يعتبر العلم بمقدار الثمن في البيوع الانحلاليه، بل يكفي في خروج البيع عن كونه غرريا معلوميه مجموع الثمن الواقع بإزاء مجموع المبيع، بلا- فرق بين صورته بطلان البيع بالإضافة إلى بعض البيوع الانحلاليه وعدمه، وبلا- فرق بين جهل المتبايعين أو أحدهما ببطلان بعض تلك البيوع وعدمه؛ لأنّ العلم بالبطلان وعدم الإمضاء شرعا لا- يمنع من قصد مبادله المجموع بالمجموع. ولو كانت المعلوميه في البيوع الانحلاليه معتبره لزم الحكم ببطلان البيع في غالب موارد الانحلال؛ لجهل المشتري، بل البائع غالبا بمقدار الثمن في كلّ واحد من تلك البيوع الانحلاليه حال إنشاء البيع المتعلق بالمجموع في مقابل المجموع.

ويمكن دفعه بأنّ اللّازم هو العلم بثمان المجموع الذى قصد إلى نقله عرفاً و إن علم الناقل بعدم إمضاء الشّارع له، فإنّ هذا العلم غير منافٍ لقصد النّقل [البيع] حقيقه فيبيع الغرر المتعلّق لنهى الشّارع وحكمه عليه بالفساد، هو ما كان غرراً في نفسه مع قطع النّظر عمّا يحكم عليه من الشّارع مع أنّه لو تمّ ما ذكر [١] لاقتضى الشّرح:

وقد يقال: إنه لا- يكون الغرر حال البيع موجبا لفساده فيما إذا ارتفع حال التسليم، وفي المقام يرتفع الغرر عن الثمن بتقويم ما يقبل الملك وما لا يقبله وملاحظه النسبه بينهما.

وفيه: أنه لا- يمكن الالتزام بذلك، فإن ظاهر النهى عن بيع الغرر أنّ البيع فيما إذا كان في إنشائه متّصفاً بكونه غرراً فهو محكوم بالفساد؛ ولذا لا يمكن الالتزام فيما إذا باع صبره مجهوله المقدار ثم تكال قبل تسليمها إلى المشتري.

وما يقال: من أنّ الغرر غير الجهل بالمقدار والمقام ليس من بيع الغرر، بل مقدار الثمن مجهول، والدليل على كون الجهاله في الثمن أو في المثلثن موجبه لبطلان البيع هو الإجماع، ومن الظاهر أنه ليس في المسأله إجماع؛ لذهاب جُلّ الأصحاب إلى صحّه البيع بالإضافة إلى ما يقبل الملك.

وفيه: إن كان المراد بعدم الغرر في البيع معلوميه مجموع الثمن بإزاء الصفقه

## لو كانت العين باقيه فى الأيادى المتعاقبه

الجاريه عليها البيع فهو وإن كان صحيحاً إلا أنه كما أنّ الغرر منتفٍ كذلك الجهاله فى ذلك الثمن أيضاً منتفيه، وأما الجهاله فى البيوع المتعدده المنحله والغرر فيها لا- يضر بالبيع لا- فى المقام ولا فى غيره، فلا وجه لدعوى أنّ الغرر غير الجهاله كما لا يخفى.

[١] يعنى: لو تم أنّ المشتري مع علمه بالحال لا يمكن أن يقصد شراء تمام الصفقه بإزاء مجموع الثمن لزم الالتزام بأن قصده فى الحقيقه تعلق بشراء ما يملك بإزاء تمام ذلك الثمن؛ لأنّ مع إقدامه على ضمان الصفقه بإزاء تمام الثمن مع علمه بأن صرف مجموع الثمن إلى المملوك، لا البطلان، لأنّ المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن مع علمه بعدم سلامه البعض له قادم على ضمان المملوك وحده بالثمن، كما صرح به الشّهد فى محكى الحواشى المنسوبه إليه، حيث قال: إنّ هذا الحكم مقيد بجهل المشتري بعين المبيع أو حكمه وإلا لكان البذل بإزاء المملوك، ضروره أنّ القصد إلى الممتنع كلاً قصداً، انتهى.

لكن ما ذكره قدس سره مخالف لظاهر المشهور، حيث حكموا بالتقسيت وإن كان مناسباً لما ذكره فى بيع مال الغير من العالم: من عدم رجوعه بالثمن إلى البائع، لأنه سلطه عليه مجاناً، فإنّ مقتضى ذلك عدم رجوع المشتري بقسط غير المملوك، إمّا لوقوع المجموع فى مقابل المملوك كما عرفت من الحواشى وإمّا لبقاء ذلك القسط له مجاناً كما قد يلوح من جامع المقاصد والمسالك إلا أنّك قد عرفت أنّ الحكم هناك لا يكاد ينطبق على القواعد.

ثمّ إنّ طريق تقسيت الثمن على المملوك وغيره يعرف ممّا تقدّم فى بيع ماله مع مال الغير: من أنّ العبره بتقويم كلّ منهما منفرداً، ونسبه قيمه المملوك إلى مجموع القيمتين.

لكن الكلام هنا فى طريق معرفه قيمه غير المملوك، وقد ذكروا: أنّ الحرّ يفرض عبداً بصفاته ويقوم، والخمر والخنزير يقومان بقيمتيهما عند من يراهما مالاً، ويعرف تلك القيمه بشهاده عدلين مطلقين على ذلك، لكونهما مسبوقين بالكفر أو مجاورين للكفار.

الشرح:

بعض الصفقه لا تدخل فى هذا الضمان فى الحقيقه إقدام على ضمان ما يدخل فى هذا الضمان بإزائه، كما صرح بذلك الشّهد رحمه الله فى حواشى «القواعد» (١).

ويشكل تقويم الخمر والخنزير بقيمتيهما إذا باع الخنزير بعنوان أنها شاه. والخمر بعنوان أنها خلّ فيان الخلاف، بل جزم بعض هنا بوجوب تقويمهما قيمه الخلّ والشاه كالحزّ [١]

مسأله: يجوز للأب والجدّ أن يتصرّفا [٢] في مال الطفل بالبيع والشراء. ويدلّ الشرح:

وما ذكر رحمه الله في تلك الحواشي يناسب ما ذكره (١) في بيع مال الغير من العالم بالحال، من أنه لا يرجع بالثمن؛ لأنه سلّط البائع على ذلك الثمن مجاناً، فإنه على ذلك يكون المشتري العالم بالحال في المقام مسلطاً للبائع على تمام الثمن، إما في مقابل المملوك فقط، أو بعضه في مقابل ما يقبل الملك وبعضه مجاناً.

[١] وهذا هو الصحيح، فإنه في مورد بيع ما لا يقبل الملك بعنوانه، كما إذا بيع الخمر بعنوانه، فلا بد في تقويمه من تقويمه خمرًا، وأما إذا بيع بعنوان ما يقبل الملك كعنوان الخلّ مثلاً فلا بد من تقويمه خلاً، وهذا مقتضى بذل الثمن وجعله في المبادله بإزائه كما لا يخفى.

هذا كله فيما إذا كان ما لا يقبل الملك شرعاً مالاً عرفياً، وأما إذا لم يكن مالاً عرفياً، كما إذا باع الشاه مع الوزغ صفقة بثلثين، فلا يمكن تقسيط الثمن على الشاه والوزغ؛ لعدم قيمه للوزغ عرفياً. والأمر يدور بين أن يكون تمام الثمن بإزاء الشاه، فهذا خلاف مقصود المتعاقدين، وبين أن يكون البيع فاسداً حتّى بالإضافه إلى الشاه، وهذا هو المتعين باعتبار عدم إمكان معرفه الثمن، بل لكون أصل البيع غررياً؛ لأنّ عنوان البيع لا يحصل بالإضافه إلى الوزغ حتّى بنظر العرف وبالإضافه إلى الشاه غررى.

[٢] يجوز للأب والجد، يعنى أب الأب، التصرف في مال الطفل بالبيع والشراء عليه قبل الاجماع : الأخبار المستفيضه المصرّحه في موارد كثيره، وفحوى سلطنتهما على بضع البنت في باب النكاح.

والمشهور عدم اعتبار العدالة؛ للأصل، والاطلاقات، وفحوى الإجماع المحكى عن التذكرة على ولاية الفاسق في التزويج. خلافاً للمحكى عن الوسيله والإيضاح فاعتبراها فيهما مستدلاً في الأخير: بأنها ولاية على من لا يدفع عن نفسه

ص: ١٤٣

ولا- يصرف عن ماله ويستحيل من حكمه الصانع أن يجعل الفاسق أميناً يقبل إقراراته وإخباراته عن غيره مع نصّ القرآن على خلافه، انتهى.

الشرح:

وغيرهما من التصرفات، ولايتهما على الطفل بالإضافة إلى ماله ونكاحه في الجملة ممّا لا إشكال فيه، ويشهد لذلك الروايات الواردة في موارد متفرقة، مثل ما ورد في وصية الأب بالمضاربه بمال الطفل، كحسنه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام أنه «سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم، وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال، وأن يكون الربح بينه وبينهم، فقال: لا بأس به، من أجل أنّ أباهم قد أذن له في ذلك وهو حي»<sup>(١)</sup>. فإن ظاهر التعليل ثبوت الولاية للأب بالإضافة إلى مال الطفل، وقريب منها غيرها.

وما ورد من أنّ الوالد يجوز له الرجوع فيما وهبه لولده، إلّا إذا كان الولد صغيراً، كصحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام، قال: «سألته عن الصدقة إذا لم تقبض، هل تجوز لصاحبها؟ قال: إذا كان الأب تصدق بها على ولد صغير فإنها جائزه؛ لأنه يقبض لولده إذا كان صغيراً، وإذا كان ولداً كبيراً فلا يجوز له حتى يقبض»<sup>(٢)</sup>، حيث إن ظاهرها ولاية الأب على مال الطفل الصغير. وما ورد<sup>(٣)</sup> في ولاية . . . . .

الشرح:

الأب والجد على نكاح الصغير والصغيره، حيث إن ثبوت الولاية لهما في النكاح ولكونه من الفروج أولى بالاحتياط، يقتضى ثبوتها لهما في التصرفات الماليه التي أمرها أهون من النكاح، اللهم إلّا أن يقال: مجرد ثبوت الولاية لهما في النكاح لا يقتضى ثبوتها لهما في التصرفات الماليه لاحتمال الخصوصيه في النكاح؛ ولذا ثبت في النكاح الولاية لهما على نكاح الباكره الرشيديه ولا يمكن الالتزام بولايتهما في التصرفات في أموالها.

ويظهر من المصنّف رحمه الله الاستدلال على ولاية الأب والجد بمال الطفل بما ورد

ص: ١٤٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ٤٢٧، الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، الحديث الأول.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ٢٣٦، الباب ٥ من كتاب الهبات، الحديث ٥.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٠ : ٢٧٥ و ٢٨٩، الباب ٦ و ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد .



فى جواز أخذ الوالد من مال ولده(١)، ولكن لا يخفى أنّ جواز أخذه مال ابنه للإئناق على نفسه ودفع اضطراره لا يقتضى ثبوت الولاية له بالإضافة إلى مال ولده. كيف ومورد الكثير من الروايات المشار إليها الأخذ من مال الولد الكبير مع أنه ليس للوالد ولاية على ولده الكبير، كما يظهر من صحيحه على بن جعفر المتقدمه وغيرها، مع أنّ عدم الولاية مقتضى الأصل.

وبهذا يظهر الحال فيما ورد فى جواز تقديم الأب جاريه الابن والبنت على نفسه ووطئها بالملك، كصحيحه الحسن بن محبوب قال: «كتبت إلى أبى الحسن الرضا عليه السلام: إني كنت وهبت لابنه لى جاريه، حيث زوجتها فلم تزل عندها وفى بيت زوجها حتى مات زوجها، فرجعت إلىّ هى والجاريه، أفحلّ لى أن أطأ الجاريه؟ قال: قومها قيمه عادله وأشهد على ذلك، ثم إن شئت فطأها»(٢)، فإنّ ظاهرها جواز تملك جاريه البنت البالغه، وهذا غير الولاية بالتصرفات فى مال الصغير.

....

الشرح:

وكيف كان، فلا- ينبغى الريب والكلام فى أصل ثبوت الولاية للأب والجد على الطفل فى ماله، وإنما الكلام يقع فى جهات: الأولى: فى اعتبار العدالة فى ولايتهما. الثانية: اشتراط تصرفهما بالصلاح للطفل، أو باشتراط عدم المفسده عليه أو عدم اعتبار شىء. الثالثة: أنّ الأب مع الجد فى مرتبه واحده فى الولاية، وأن مع فقد الأب يكون الجد القريب مع أبيه فى مرتبه واحده أيضا، أو أنه لا ولاية للجد البعيد مع وجود القريب.

أما الجهه الأولى: فالمنسوب إلى المشهور عدم اعتبار العدالة، والمحكى عن «الوسيله»(٣) و«الإيضاح»(٤) اعتبارها، وذكر المصنف رحمه الله فى وجه عدم الاعتبار، الأصل والإطلاقات وفحوى الإجماع المذكور فى «التذكرة»(٥) على ولاية الأب الفاسق فى

ص: ١٤٥

- ١- (١) وسائل الشيعة ١٧ : ٢٦٢، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.
- ٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧ : ٢٦٧، الباب ٧٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول.
- ٣- (٣) أنظر الوسيله : ٢٧٩ و ٣٧٣، حيث اشترط فى تصرف الولي كونه ثقة وفى الوصي أن يكون عادلاً.
- ٤- (٤) إيضاح الفوائد ٢ : ٦٢٨.
- ٥- (٥) التذكرة ٢ : ٥٩٩، وحكاه عنه السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٥ : ٢٥٧.

النكاح، حيث إنَّ مع ثبوت الولاية فيه للفاسق يكون ثبوتها له في التصرفات الماليه أولى.

أقول: أما الأصل، فإن وصلت النوبه إليه فمقتضاه الاعتبار؛ لما ذكرنا سابقا من أنه إذا كان الحكم المجعول انحلاليا يكون ثبوت الحكم لواجد القيد متيقنا و ثبوت فرد آخر من الحكم لفاقده مشكوكا، ومقتضى الأصل عدم جعل ذلك الحكم الآخر وعدم ثبوته، سواء كان الحكم من قبيل التكليف، كما إذا علم بتحريم اللعب بآلات القمار ودار الأمر بين أن يكون متعلق التحريم اللب بها مع الرهن أو اللب بها، سواء كان في البين رهن أم لا، فإن مقتضى الاستصحاب عدم جعل الحرمة للمشكوك. ولا مجال في . . . . .

الشرح:

مثل المقام لاستصحاب عدم أخذ خصوصيه العوض في متعلق الحرمة، فإن استصحاب عدم أخذها فيه لا يثبت أن المتعلق هو اللب بها مطلقا، أو كان من قبيل الوضع، كما في المقام، فإنه قد علم أن الشارع قد جعل الولاية للأب والجد بنحو الانحلال، واستصحاب عدم أخذ خصوصيه العدالة في الموضوع لا يثبت أن الموضوع مطلق ويكون جعل الولاية للعدل متيقنا وبالإضافه إلى الفاسق مشكوكا، فالأصل عدم جعل الولاية للثاني.

أما الأخذ بالإطلاق فهو صحيح، فإنه لم يقيد ما دلّ على ولاية الأب والجد في النكاح بصوره عدالتهما، كما أنه لم يقيد الحكم في صحيحه محمد بن مسلم وصحيحه على بن جعفر المتقدمين بما إذا كان الأب عادلاً.

وأما دعوى الإجماع في «التذكرة» أو غيرها على عدم اعتبار عداله الأب والجد في النكاح، فلا يعتبر عدالتهما في غيره بالفحوى، فقد ذكرنا ثبوت الإطلاق في الروايات الداله على ولايتهما في النكاح ومعه يكون الإجماع مدركيا، حيث إن مدرك اتفاقهم هو الإطلاق المزبور. ولولم يكن هذا قطعيا فلا أقل من احتمال، ومع الاحتمال لا يحرز الإجماع التعبدى، فضلا عن التعدى إلى غير النكاح بالفحوى، مع أننا ذكرنا ما في الفحوى المزبور فلا نعيد.

وقيل (1) في وجه اعتبار العدالة: إن الولاية في مورد الكلام هي على القاصر من

ص: ١٤٦

١- (١) لقله السيد الخوئي قدس سره عن الوسيله والإيضاح في مصباح الفقاهه ٣: ٢٥٠ ٢٥١، وانظر الإيضاح ٢: ٦٢٨.

الطفل أو المجنون المتصل جنونه بحال صغره، والقاصر لا يتمكن على دفع الضرر عن نفسه وصرف التلف والفساد عن ماله، ويستحيل في حكمه الصانع ولطفه أن يجعل . . . . .

الشرح:

الولاية بنفسه وماله للفساق، فإن جعل الولاية له عباره عن اتخاذه أميناً على أمواله، بحيث يكون إقراراته وإخباراته نافذه على المولى عليه. مع أن الشارع لم يجعل الأمانه للفساق، كما يدل عليه قوله سبحانه: «وَلَا تَرْكُنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ» (١).

أقول: لو تم هذا الوجه لكان مقيداً للإطلاق المتقدم، ولكن أورد المصنف رحمه الله عليه تبعا لجامع المقاصد (٢) أن في دلاله الآيه على حكم المقام تأملاً وأنه لا محذور في أن يجعل الشارع الولاية للأب الفاسق أو الجد الفاسق، فإنه متى ظهر عند الحاكم بقرائن الأحوال، نظير ضعف جسم الطفل ونحافته، أو يرى جده مثلاً يصرف على نفسه مسرفاً مع عدم تملكه المال فهو خيانه أب الطفل أو جده، عزله الحاكم عن الولاية ومنعه عن التصرف في أموال الطفل ووضع يده عليها، وما لم يظهر الخيانه فولايته ثابتة.

وإن لم يعلم كيف يتعامل مع الطفل وأمواله اجتهد بتتبع القرائن وشواهد الأحوال، ولعل وجه التأمل عنده قدس سره في دلاله الآيه على حكم المقام هو أن المراد بالركون إلى الظالم الدخول في أعوانه وجعل الظالم ولياً على نفسه، حيث إن هذا في نفسه أمر محرّم، كما يفصح عن قوله سبحانه في ذيل الآيه: «فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ». والقرينه على كون المراد من الركون ما ذكر قوله سبحانه بعد ذلك: «وَمَا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ أَوْلِيَاءَ ثُمَّ لَا تُنصِرُونَ»، ولذلك لم يلتزم أحد فيما نعلم باعتبار العدالة في الوكيل أو العامل في المضاربه أو المستعير أو الودعي ونحو ذلك، مع أن في جميع ذلك ركون من الموكّل والمضارب والمالك إلى الوكيل والعامل والمستعير والودعي.

. . . . .

ص: ١٤٧

١- (١) سورة هود: الآيه ١١٣ .

٢- (٢) جامع المقاصد ١١ : ٢٧٦ .

الشرح:

وقد يورد على الاستدلال بالآيه بوجه آخر، وهو أنّ الكلام فى المقام فى الولاية الشرعيه للأب والجد الفاسقين بالإضافه إلى مال الطفل، وهذه الولاية على تقدير ثبوتها لهما ركون من الشارع إليهما لا من العباد ليدخل فى المنهى عنه فى الآيه.

لا يقال: إذا كان الركون إلى الفاسق من العباد قبيحا وذا مفسده يكون من الشارع أيضا كذلك، خصوصا بملاحظه قوله سبحانه: «لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ»<sup>(١)</sup>.

فإنه يقال: لا منافاه بين قبح فعل من العباد وعدم قبحه من الله سبحانه، ألا ترى قتل العباد وإتلاف أموالهم أمر قبيح ومحرم، مع أنّ الله سبحانه يتوفى الأنفس حين موتها، وينزل البلاء من الزلازل والظوفان على قوم ويدمرهم على بكره أبيهم... إلى غير ذلك. وقوله سبحانه: «لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ» خطاب موجه إلى العباد ولا يعم الله سبحانه.

وبتعبير آخر: أنه قد يستقل العقل بقبح فعل مطلقا أو بخصوص الحكيم، كالظلم وإغراء الناس بالجهل ومثله لا يصدر عن الله سبحانه، وقد لا يستقل، كما فى بعض الأفعال التى منع الشرع العباد عنها، وفى مثله لا طريق لنا إلى إحراز المفسده فيما إذا صدر عن الشارع.

وقد يقال: إن نظر صاحب «الإيضاح» بنص القرآن إلى آيه النبأ<sup>(٢)</sup> الرادعه عن الاعتماد على خبر الفاسق، فإن الولاية للأب والجد لازما قبول إقرارتهما وإخبارهما بالتصرفات فى مال الطفل، فىكون ما دل على ثبوت الولاية لهما بإطلاقه مقتضيا لقبول... .

الشرح:

إخبار الأب والجد الفاسقين، وآيه النبأ بإطلاقها تمنع عن قبول إخبارهما فيقدم إطلاق الآيه؛ لعدم اعتبار الخبر مع معارضته للكتاب العزيز، ولا أقل من تساقط الإطلاقين فلا تثبت الولاية لهما مع كونهما فاسقين.

وقد يجاب عن ذلك بعدم الإطلاق فى آيه النبأ بالإضافه إلى مثل المقام، حيث إن

ص: ١٤٨

١- (١) سورة الصف: الآيه ٢.

٢- (٢) سورة الحجرات: الآيه ٦.

ظاهرها ولو بملاحظه التعليل الوارد فيها عدم جواز الاعتماد على خبر الفاسق في الوقائع المهمه التي يكون العمل فيها بالخبر مع عدم مطابقته للواقع موجبا لفساد مهم وندامه عامه، كالإخبار بارتداد قوم بنى المصطلق (١).

ولكن لا يخفى أن مورد نزولها كانت واقعه مهمه، وإلا فالآيه حكم انحلالى كسائر الإطلاقات وتعليل لزوم التبين بإصابه القوم لرعايه مورد النزول، وإلا فالمعيار الندامه على مخالفه الواقع وفوته، والصحيح فى الجواب أن قبول إخبار ذى اليد والولى بالتصرفات فيما بيده أو بولايته ممّا جرت سيره العقلانيه من دون نظر إلى كونهما عادلين. والردع عما جرت عليه سيرتهم يحتاج إلى النهى عنه بخصوصه، ولا يصح بالعموم فضلاً عن الإطلاق، وقد ذكرنا تفصيل ذلك فى بحث عدم كون الآيات الناهيه عن أتباع غير العلم رادعه عن العمل بإخبار الثقات.

بقى فى المقام أمر، وهو ما عن النائينى (٢) والإيروانى (٣) من أن اعتبار العداله فى الولى بناءً على القول به ليس من قبيل اعتبارها فى الشاهد والقاضى وإمام الجماعه ومرجع التقليد، بل اعتبارها طريقى لإحراز وقوع التصرف الصحيح فى مال الطفل. ولعله أراد بنص القرآن آيه الركون إلى الظالم التى أشار إليها فى جامع المقاصد، وفى دلاله الآيه نظر. وأضعف منها ما ذكره فى الإيضاح من الاستحاله؛ اذ المحذور يندفع كما فى جامع المقاصد: بأنّ الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال حال الطفل عزله ومنعه من التصرف فى ماله [١] وإثبات اليد عليه، وإن لم يظهر خلافه فولايته ثابتة، وإن لم يعلم استعلم حاله بالإجتهد وتتبع سلوكه وشواهد أحواله، انتهى.

وهل يشترط فى تصرفه المصلحه [٢]، أو يكفى عدم المفسده، أم لا يعتبر الشرح:

ولو تصرف الأب الفاسق أو الجد كذلك فى مال الطفل مع المصلحه فيحكم بصحته.

أقول: لا مجال للالتزام باعتبارها طريقاً مع الاستناد فى اعتبارها إلى النهى عن الركون إلى الظالم أو أنّ الفاسق كالكافر لا يصلح لإعطاء الولايه. نعم، لو استند فى

ص: ١٤٩

١- (١) أمالى الصدوق: ٢٣٧، المجلس ٣٢، الحديث ٨.

٢- (٢) منيه الطالب فى شرح المكاسب: ٢٢٩.

٣- (٣) حاشيه كتاب المكاسب ٢: ٣٦٣.

اعتبارها إلى آية النبا لكان الالتزام باعتبارها طريقا وجيها.

[١] لا يخفى أنّ الولايه الثابته للأب والجد ولايه من الشارع، ولا دليل على نفوذ إلغاء الحاكم وعزله. نعم، بما أنّ التحفظ على مال الطفل والدفع عن نفسه، مع عدم الولي أو خيانتة داخل في الأمور الحسبيه، فعلى الحاكم منع ولي الطفل عن التصرف في ماله فيما أحرز خيانتة حفظا عن فسادة وتلفه.

وبتعبير آخر: لا ولايه للأب أو الجد في مال الطفل بالإضافة إلى التصرف الفسادي.

ثم إنه لا ملزم لاستعلامه الحال مع عدم علمه بالإفساد بعد كون تصرفات الولي محموله شرعا على الصحة تكليفا ووضعاً.

[٢] هذه هي الجبهه الثانيه، وقد يستظهر من الروايات الوارده في جواز أخذ الأب من مال ولده وجواز تقويم جاريته، عدم اعتبار الصلاح للطفل، بل وعدم اعتبار عدم شيء؟ وجوه، يشهد للأخير: إطلاق ما دلّ على أنّ مال الولد للوالد، كما في روايه سعد بن يسار، وأنه وماله لأبيه، كما في النبوي المشهور، وصحيحه ابن مسلم: «أنّ الوالد يأخذ من مال ولده ما شاء»، وما في العلل عن محمد بن سنان عن الرضا صلوات الله عليه: من أنّ علّه تحليل مال الولد لوالده؛ أنّ الولد موهوب للوالد في قوله تعالى: «يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِئَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ» (١). ويؤيده أخبار جواز تقويم جاريه الابن على نفسه.

الشرح:

الفساد أيضا، وفي صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يحتاج إلى مال ابنه، قال: يأكل منه ما شاء من غير سرف، وقال: في كتاب علي عليه السلام: أنّ الولد لا يأخذ من مال والده شيئا إلا بإذنه، والوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء، وله أن يقع على جاريه ابنه إذا لم يكن الابن قد وقع عليها. وذكر أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال لرجل: أنت ومالك لأبيك» (٢). وفي موثقه سعيد بن يسار قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أيجح الرجل من مال ابنه وهو صغير؟ قال: نعم، قلت: يجح حجه الإسلام وينفق منه، قال: نعم بالمعروف. ثم قال: يجح منه وينفق منه، إن مال الولد للوالد وليس للولد أن يأخذ من

ص: ١٥٠

١- (١) سورة الشورى: الآيه ٤٩ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٦٢، الباب ٧٨ من أبوا بما يكتسب به، الحديث الأول.

مال والده إلا بإذنه(١). وفي روايه محمد بن سنان: «وعله تحليل مال الولد لوالده بغير إذنه وليس ذلك للولد؛ لأن الولد موهوب للوالد في قوله عز وجل: «يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ»(٢) وكأن التعليل مقتضاه أن يكون مال الطفل موهوباً لوالده، بحيث يحسب ماله مالاً لوالده، وحيث إن المالك مسلط على ماله ويجوز له التصرف لكن الظاهر منها تقييدها بصورة حاجه الأب، كما يشهد له قوله عليه السلام في روايه الحسين بن أبي العلاء، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما يحل للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف إذا اضطرَّ إليه. قال: فقلت له: فقول رسول الله صلى الله عليه وآله للرجل الذي أتاه فقَدَم أباه، فقال له: أنت ومالك لأبيك؟ فقال: إنما جاء بأبيه إلى النبي صلى الله عليه وآله، فقال: يا رسول الله هذا أبى وقد ظلمنى ميراثى من أمى، فأخبره الأب أنه قد أنفق عليه وعلى نفسه، فقال صلى الله عليه وآله: أنت ومالك لأبيك. ولم يكن عند الرجل شىء، أفكان رسول الله صلى الله عليه وآله يحبس الأب للابن؟!». ونحوها صحيحه أبى حمزه الثمالى عن أبى جعفر عليه السلام : قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله لرجل: أنت ومالك لأبيك، ثم قال: لا نحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما يحتاج إليه ممَّا لا بد منه؛ «إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ»(٣).

الشرح:

فيه ما لم يكن فيه سرف وتبذير يكون الوالد بالإضافه إلى مال ولده كذلك.

وربما يقال: إن آيه «وَلَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا»(٤) لا تقتضى اعتبار العداله فى الأب والجد باعتبار أن ولايتهما لا تكون من قبيل ركون الشارع أو غيره إلى الظالم، بل ولايتهما باعتبار كون المال لهما، كما يقال باستظهار ولايتهما كذلك من قوله صلى الله عليه وآله: «أنت ومالك لأبيك»(٥) ولو بمعونه روايه عبيد بن زراره عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «إنى لذات يوم عند زياد بن عبدالله؛ إذ جاء رجل يستعدى على أبىه فقال: أصلح الله الأمير، إن أبى زوج ابنتى بغير إذنى، فقال زياد لجلسائه الذين عنده: ما تقولون فيما يقول هذا الرجل؟ فقالوا: نكاحه باطل، قال: ثم أقبل على فقال: ما تقول يا أبا عبدالله؟ فلما سألتنى

ص: ١٥١

١- (١) المصدر السابق: ٢٦٤، الحديث ٤.

٢- (٢) المصدر السابق: ٢٦٦، الحديث ٩.

٣- (٣) سورة البقره: الآيه ٢٠٥ .

٤- (٤) سورة هود : الآيه ١١٣ .

٥- (٥) مرّ آنفاً، وكذا فى الروايه الآتيه .

أقبلت على الذين أجابوه فقلت لهم: أليس فيما تروون أنتم عن رسول الله صلى الله عليه وآله أن فإنَّ الاستشهاد بالآية يدلُّ على إرادته الحرمة من عدم الحبِّ دون الكراهة، وأنه لا يجوز له التصرف بما فيه مفسده للطفل. هذا كله، مضافاً إلى عموم قوله تعالى: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» فَإِنَّ إطلاقه يشمل الجدَّ، ويتمُّ في الأب بعدم الفصل.

ومضافاً إلى ظهور الإجماع على اعتبار عدم المفسده، بل في مفتاح الكرامه استظهر الإجماع تبعاً لشيخه في شرح القواعد على إناطه جواز تصرف الولي بالمصلحه، وليس ببعيد؛ فقد صرَّح به في محكى المبسوط، حيث قال: ومن يلي أمر الصغير والمجنون خمسه: الأب، والجدَّ، ووصى الأب والجدَّ، والحاكم، ومن يأمره، ثم قال: وكلَّ هؤلاء الخمسه لا يصح تصرفهم إلا على وجه الاحتياط والحظِّ للصغير؛ لأنهم إنما نُصِّبوا لذلك، فإذا تصرف فيه على وجه لا حظَّ فيه كان باطلاً؛ لأنه خلاف ما نصب له، انتهى.

الشرح:

رجلاً. جاء يستعديه على أبيه في مثل هذا، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: أنت ومالك لأبيك؟ قالوا: بلى، فقلت لهم: فكيف يكون هذا وهو وماله لأبيه ولا يجوز نكاحه؟ قال: فأخذ بقولهم وترك قولي» (١).

أقول: ظاهر الروايات المتقدمه وغيرها ممَّا يوافقها كون مال الولد لوالده، ولازم ذلك يكون المال الواحد لمالكين مستقلين، وحمل كون مال الولد لوالده على ولاية الوالد مع كونه بلا قرينه لازمه ولاية الوالد على ولده الكبير أيضاً، كما هو مورد بعض تلك الروايات، ولا أظن الالتزام كذلك من أحد، خصوصاً بملاحظه التفصيل الوارد في روايه صدقه الوالد لولده. وهذه قرينه جليه على أنَّ المراد بالمال في مثل قوله صلى الله عليه وآله: وقال الحلِّي في السرائر: لا يجوز للوليِّ التصرف في مال الطفل إلا بما يكون فيه صلاح المال ويعود نفعه إلى الطفل، دون المتصرف فيه، وهذا الذي يقتضيه أصول المذهب، انتهى.

الشرح:

ص: ١٥٢



«أنت ومالك لأبيك» ليس الملك الاعتباري، فإن الولد لا يكون مملوكاً لوالده بهذا المعنى بلا خلاف وريب، بل المراد الملكيه التكوينية، بمعنى كون الأب منشأً لوجود الولد وماله بحسب نظام الخلقه، وهذا ليس من الحكم الشرعي، بل يناسب أن يكون ملاكاً للحكم الشرعي وهو جواز أخذ الوالد من مال ولده بلا استيذان منه ولو كان الولد كبيراً.

وجواز الأخذ مقيد بصورة حاجه الأب وعدم إنفاق الولد بشهاده صحيحه عبدالله بن سنان قال: «سألته يعني أبا عبدالله عليه السلام ماذا يحل للوالد من مال ولده؟ قال: أما إذا أنفق عليه ولده بأحسن النفقه فليس له أن يأخذ من مال ولده شيئاً، وإن كان لوالده جاريه للولد فيها نصيب فليس له أن يطأها إلا أن يقومها قيمه تصير لولده قيمتها عليه»<sup>(١)</sup>، الحديث. وفي حسنه الحسين بن أبي العلاء قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما يحل للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف إذا اضطر إليه، فقلت له: فقول رسول الله صلى الله عليه وآله للرجل الذي أتاه فقدم أباه فقال له: أنت ومالك لأبيك، فقال: إنما جاء بأبيه إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال: يا رسول الله، هذا أبي وقد ظلمني ميراثي من أمي، فأخبره الأب أنه قد أنفق عليه وعلى نفسه، وقال: أنت ومالك لأبيك، ولم يكن عند الرجل شيء. أو كان رسول الله يحبس الأب للابن»<sup>(٢)</sup>. فإن الاستفادة منهما تقييد جواز الأخذ بصورة حاجه . . . . .

الشرح:

الأب وعدم إنفاق الولد، فيرفع بهما اليد عن بعض الإطلاقات المتقدمه بحمل ما شاء في صحيحه محمد بن مسلم على عدم كونه زائداً على نفقته المعروفه.

وفي صحيحه أبي حمزه الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام: «إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال لرجل: أنت ومالك لأبيك، قال أبو جعفر عليه السلام: ما أحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه مما لا بد منه، إن الله لا يحب الفساد»<sup>(٣)</sup>، ويحمل ما في صحيحه سعيد بن يسار<sup>(٤)</sup> من حج الوالد والإنفاق فيه من مال ولده على صورته تساوى نفقه حجه مع نفقه حضره،

ص: ١٥٣

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٧: ٢٦٣، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٣.
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧: ٢٦٥، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٨.
- ٣- (٣) المصدر السابق: ٢٦٣، الحديث ٢.
- ٤- (٤) المصدر السابق: ٢٦٤، الحديث ٤.

كما يتفق ذلك كثيرا ممن يكون منزله قريبا من مكة. نعم، يجوز للأب تقويم جاريه الابن والبنت؛ للروايات المتقدمه.

والمتحصّل: أنه لا يستفاد بملاحظه مجموع روايات الباب غير الحكم للأب بجواز أخذ مقدار نفقته من مال الولد من غير حاجه إلى مراجعه الحاكم أو والى المسلمين، وجواز تقويمه جاريه الولد ونفوذ نكاح الجد حتّى مع عدم رضى ابنه. وفي صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال: «سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته فهوى أن يزوّج أحدهما وهوى أبوه الآخر، أيهما أحق أن ينكح؟ قال: الذى هوى الجد أحق بالجاريه؛ لأنها وأباها للجد» (١).

وأما روايه عبيد بن زراره فلا دلالة لها على أن قول رسول الله صلى الله عليه وآله: «أنت ومالك لأبيك» ناظر إلى ولاية الجد، وذلك فإن ولاية الجد على نكاح البنت ثابتة فى الشرع، وإنما استدلل الإمام عليه السلام على ولايته بالقول المزبور إلزاما على الحاضرين؛ ولذا لم يذكر وقد صرح بذلك أيضاً المحقق والعلامة والشهيدان والمحقق الثانى وغيرهم، بل فى شرح الروضه للفاضل الهندى: أن المتقدمين عمّموا الحكم باعتبار المصلحه [١] من غير استثناء. واستظهر فى مفتاح الكرامه من عبارته التذكرة فى باب الحجر نفى الخلاف فى ذلك بين المسلمين. وقد حكى عن الشهيد فى حواشى القواعد [٢] أن قطب الدين قدس سره نقل عن العلامة رحمه الله: أنه لو باع الولي بدون ثمن المثل، لم لا يُنزّل منزله الاتلاف بالاقتراض؟ لأننا قائلون بجواز اقتراض ماله وهو يستلزم جواز إتلافه، قال: وتوقف زاعماً أنه لا يقدر على مخالفه الأصحاب.

الشرح:

قوله صلى الله عليه وآله فى سائر روايات الولايه. نعم، ذكر فى صحيحه على بن جعفر المتقدمه، لأنها وأباها للجد، وقد ذكرنا أن ذلك ملاك الحكم بتقديم ولاية الجد على ولاية الأب، أضف إلى ذلك ضعف الروايه سنداً وعدم صلاحها للاعتماد عليها. [١] يعنى (٢) أن المتقدمين ذكروا أن الولي يجوز له كل تصرف يكون صلاحاً للطفل من غير استثناء حتّى تصرفات الأب والجد.

ص: ١٥٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٠: ٢٩١، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، الحديث ٨.

٢- (٢) أى ما ذكره الفاضل الهندى كما فى المتن، المناهج السويّه (مخطوط): ٦ فى ذيل قول الشارح: وكذا لو اتجر الولي أو مأذونه للطفل .

[٢] يعنى: حكى (١) عن الشهيد رحمه الله أنه قال فى حواشيه على «القواعد» عن قطب الدين عن العلامة: أنه لو باع الولي بدون ثمن المثل يكون باطلاً وأما إذا اقترض الولي ماله صح، مع أن الاقتراض إتلاف لعين مال الطفل، وربما لا يتمكن على أداء بدله.

وبتعبير آخر: قد يكون اقتراض مال الطفل فساداً، فما وجه الفرق بين البيع بدون ثمن المثل والاقتراض؟ وتوقف رحمه الله فى نفى البأس بالبيع المزبور؛ لأنه لا يتمكن على مخالفه الأصحاب، حيث إن ظاهرهم عدم جوازه.

....

الشرح:

أقول: لا يجوز الاقتراض أيضاً فيما إذا لم يكن الولي مليئاً بحيث يحتمل عدم تمكنه على رده، فإن مثل صحيحه منصور بن حازم (٢) وإن كان مقتضى إطلاقها جواز اقتراض الولي ولو مع احتمال عدم التمكن على أداء بدله، إلا أنه لا يمكن الأخذ بالإطلاق المزبور فى مقابل الآيه (٣) الناهيه عن التقرب بمال اليتيم والمانعه عن الاقتراض المزبور، ولو بإطلاقها.

نعم، يرفع اليد عن منع الاقتراض بالإضافة إلى جاريه الولد، فإن اقتراضها جائز ولو مع عدم كون الأب مليئاً، وآيه النهي لا تعم الأب وعلى تقدير شمولها، كما إذا فرض يتم الطفل من ناحيه أمه، فيرفع اليد عن عمومها أو إطلاقها؛ لما تقرر فى محله من أن إطلاق الخاص أو المقيد يقدم على عموم العام أو إطلاق المطلق.

لا يقال: كيف لا يجوز للولي اقتراض مال الطفل مع عدم كونه مليئاً، وفى روايه أحمد بن أبى نصر قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون فى يده مال لأيتام، فيحتاج إليه فيمد يده ويأخذه وينوى أن يرده، فقال: لا ينبغي أن يأكل إلا القصد ولا يسرف، فإن كان من نيته أن لا يرد عليهم فهو بالمنزل الذى قال الله عز وجل: «إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا» (٤)» (٥).

ص: ١٥٥

١- (١) حكاة السيد العاملى فى مفتاح الكرامه ٤ : ٢١٧ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٥٨ ، الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١ .

٣- (٣) سوره الأنعام : الآيه ١٥٢ ، سوره الإسراء : الآيه ٣٤ .

٤- (٤) سوره النساء : الآيه ١٠ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٥٩ ، الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٢ .

فإنه يقال: جواز الاقتراض حتى مع احتمال عدم تمكنه على الرد مقتضى إطلاقها هذا، ولكن الأقوى كفايه عدم المفسده [١]. وفاقاً لغير واحد من الأساطين الذين عاصرناهم؛ لمنع دلالة الروايات على أكثر من النهي عن الفساد، فلا تنهض لدفع دلالة المطلقات المتقدّمة الظاهره فى سلطنه الوالد على الولد وماله.

الشرح:

فيمنعه إطلاق الآيه الناهيه المتوجّهه إلى الأولياء، هذا مع ضعف الروايه سندا بسهل ابن زياد.

[١] استدل على كفايه عدم المفسده مضافا إلى الإطلاق فى الروايات الوارده فى موارد متفرقه بما ورد فى نكاح الجد ونفوذه فيما أراد الجد نكاح البنت من أحد وهوى أبوها نكاحها من آخر، معللاً بأن البنت وأباها للجد، فإن مقتضى ذلك نفوذ تصرفات الجد ما لم تكن منافيه للولاية، كما إذا كانت مفسده للطفل، ويرفع بذلك اليد عن إطلاق الآيه أو عمومها لو فرض شمولها للجد. وكذا يدل على اعتبار عدم الفساد قول رسول الله صلى الله عليه وآله: «أنت ومالك لأبيك» على ما تقدم من استشهاد الإمام عليه السلام به؛ لنفوذ نكاح الجد وتقديم نكاحه على نكاح الأب، فإن فى الاستشهاد المزبور دلالة على ولاية الجد بمال الطفل.

أقول: قد تقدّم عدم دلالة شىء ممّا ذكر على المدعى فلا- نعيد. نعم، لا ينبغى الريب فى عدم جواز التصرف فيما إذا كان التصرف المزبور فسادا لمال الطفل؛ لمنافاته لمقتضى الولاية المجعوله للولى، ويمكن أن يقال: عدم اعتبار كونه صلاحا لمثل موثقه عبيد بن زراره قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: «الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل ويريد جدها أن يزوجه من رجل آخر، فقال: الجد أولى بذلك ما لم يكن مضارا إن لم يكن الأب زوجها قبله، ويجوز عليها تزويج الأب والجد» (١).

وأما الآيه الشريفه فلو سلّم دلالتها فهى مخصّصه بما دلّ على ولاية الجدّ وسلطنته، الظاهره فى أنّ له أن يتصرف فى مال طفله بما ليس فيه مفسده له؛ فإنّ ما دلّ على ولاية الجد فى النكاح معللاً بأنّ البنت وأباها للجدّ، وقوله صلى الله عليه وآله: «أنت ومالك لأبيك»، خصوصاً مع استشهاد الإمام عليه السلام به فى مضى نكاح الجد بدون إذن

ص: ١٥٦

١- (١) وسائل الشيعه ٢٠: ٢٨٩، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، الحديث ٢.

الاب؛ ردّاً على من أنكر ذلك وحكم ببطلان ذلك من العامّة في مجلس بعض الأمراء وغير ذلك يدلّ على ذلك. مع أنّه لو سلّمنا عدم التخصيص، وجب الاقتصار عليه في حكم الجدد، دون الأب. ودعوى عدم القول بالفصل ممنوعه؛ فقد حكى عن بعض متأخري المتأخرين القول بالفصل بينهما في الاقتراض مع عدم اليسر.

ثمّ لا خلاف ظاهراً كما ادّعى في أنّ الجدد وإنّ علا يشارك الأب في الحكم، ويدلّ عليه ما دلّ على أنّ الشخص وماله الذي منه مال ابنه لأبيه، وما دلّ على أنّ الولد ووالده لجدّه.

ولو فقد الأب وبقى الجد فهل أبوه أو جدّه [١] يقوم مقامه في المشاركة أو الشرح:

ولكن في التعدي عنها إلى التصرف المالي تأمل، مع ملاحظه الآية (١) الناهية عن التقرب بمال اليتيم إلاّ بالتى هي أحسن.

[١] يعنى إذا فقد الأب فهل أب الأب يقوم مقام الأب ويشترك الجدد البعيد في الولاية على الطفل أو تختصّ الولاية بالجد القريب، أى أب الأب؟ مقتضى ما ورد من أن الشخص وماله الذي منه مال ابنه لأبيه، ومن أنّ البنت ووالدها للجد هي المشاركة، فإن الولاية لو لم تختص بالجد الأعلى فلا أقل من تساويه الجدد الأدنى، نظير ما تقدم يخصّ هو بالولاية؟ قولان: من ظاهر أنّ الولد ووالده لجدّه، وهو المحكى عن ظاهر جماعه، ومن أنّ مقتضى قوله تعالى: «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ» كون القريب أولى بقريبه من البعيد، فنفي ولاية البعيد، خرج منه الجدد مع الأب، وبقى الباقي. وليس المراد من لفظ «الأولى» التفضيل مع الاشتراك في المبدأ، بل هو نظير قولك: «هو أحقّ بالأمر من فلان» ونحوه، وهذا محكى عن جامع المقاصد والمسالك والكفاية والمسألة مواضع أخر تأتي إن شاء الله.

الشرح:

في ولاية الأب مع الجد ومقتضى آية: «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ» (٢) هو الاختصاص؛ لكون الجد الأدنى أولى بالميت من الأعلى، والأولوية في الآية ليست

ص: ١٥٧

١- (١) سورة الأنعام: الآية ١٥٢، سورة الإسراء: الآية ٣٤.

٢- (٢) سورة الأنفال: الآية ٧٥، سورة الأحزاب: الآية ٦.

بمعنى التفضيل ليكون القريب والبعيد مشتركين في الولاية، بل بمعنى المجرد، كما فى قول القائل: «فلان أحق بهذا الأمر من غيره».

والحاصل: المستفاد من الآيه المباركه اختصاص الولاية بالجد الأدنى، ويرفع اليد عن ذلك فى مورد اجتماع الأب والجد فإن اشتراكهما، بل واشتراك الجد البعيد أيضا فى فرض حياه الأب مقتضى الروايات التى تقدم بعضها.

أقول: لو تم ما ذكر من دلاله قول رسول الله صلى الله عليه وآله: «أنت ومالك لأبيك» وأن الولد ووالده للجد على الولاية لكان شموله للجد الأعلى والأدنى معا موجبا لرفع اليد عن إطلاق الآيه.

وبتعبير آخر: لا مجال للأخذ بإطلاق الآيه مع تمام الوجه الأول المقتضى لاشتراك الجد الأعلى والأدنى فى الولاية على الطفل، بل الصحيح أنّ الآيه لا دلالة لها على الولاية وإرثها، بل هى ناظره إلى إرث المال؛ ولذا لم يلتزم أحد بثبوت الولاية على مسأله: من جملة أولياء التصرف فى مال من لا يستقل بالتصرف فى ماله: الحاكم، والمراد منه: الفقيه الجامع لشرائط الفتوى. وقد رأينا هنا ذكر مناصب الفقيه، امتثالاً لأمر أكثر حضار مجلس المذاكره، فنقول مستعينا بالله: للفقيه الجامع لشرائط مناصب ثلاثه:

أحدها: الإفتاء فيما يحتاج إليها العامى فى عمله ومورده المسائل الفرعيه الشرح:

الطفل بحسب طبقات الإرث. والعمده فى ولاية الجد مع الأب ما ورد فى نفوذ نكاحهما، كما أنّ الإطلاق فى بعض ما ورد فى نكاحهما يعم الجد الأعلى ولكن فى صورته حياه الأب. ولا يبعد أن يقال: إنه لا يحتمل ثبوت الولاية للجد الأعلى مع حياه الأب وعدم ثبوتها مع وفاته، خصوصا بملاحظه تعليل الحكم بأن الجد أولى بالجاريه؛ لكونها وأباها للجد.

بقى فى المقام أمر، وهو أنّ فى استفاده الولاية بمال الطفل للجد ممّا ورد فى ولاية الجد والأب فى نكاح البنت إشكال، فإن هذه الولاية ثابتة لهما فى النكاح حتى بالإضافة إلى البنت البالغة الباكره على الأصح، مع أنه لا يمكن التعدى إلى مال الباكره البالغه، وعليه فيحتمل اختصاص هذا الحكم بالنكاح ولا يكون للجد مع الأب ولاية فى مال الطفل. ويمكن دفعه بالتشبه بإطلاق الأب والوالد وشمولهما للجد أيضا،

وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال: «فى الرجل يتصدق على ولده وقد أدركوا: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز؛ لأنّ والده هو الذى يلى أمره»<sup>(١)</sup>، فتدبر.

والموضوعات الاستنباطية<sup>[١]</sup> من حيث ترتب حكم فرعى عليها. ولا إشكال ولا خلاف فى ثبوت هذا المنصب للفقهاء، إلاّ ممن لا يرى جواز التقليد للعامى. وتفصيل الكلام فى هذا المقام موكول إلى مباحث الاجتهاد والتقليد.

الشرح:

[١] المسائل الفرعية، وهى القضايا المتكفله بالأحكام التكليفية التى تتعلق بأفعال المكلفين، أو الوضعيه المجعوله لموضوعاتها، يرجع فى معرفتها إلى الفقيه. وكذا فى الموضوعات المستنبطه الشرعيه كالعبادات، بل العرفيه، حيث يرجع فيها أيضا إلى الفقيه فى جهه سعتها وضيقها بالإضافة إلى الحكم المترتب عليها، فيرجع مثلاً فى أن حرمة الغناء فيها سعه تعم الكلام الحق أو تختص بما إذا كان الكلام فيه باطل.

والحاصل: أنّ للفقيه مناصب ثلاثه:

الأول: جواز الإفتاء فى المسائل الفرعيه.

الثانى: جواز القضاء بين الناس، ومورد القضاء المرافعات، بل وغيرها فى الجملة، وفى معتبره سالم بن مكرم قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: إياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم، فإنى قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه»<sup>(٢)</sup>، فإنها وإن تكون ناظره إلى المرافعات إلاّ أن التعليل مقتضاه الرجوع إليه فى جميع شؤون القاضى كالحكم بثبوت رؤيه الهلال. وأما إثبات نفوذ الحكم الابتدائى عن الفقيه مطلقاً فلا يستفاد منها. نعم، ربما يستفاد ذلك من مقبوله عمر بن حنظله، حيث ورد فيها: «والراد علينا الراد على الله»<sup>(٣)</sup>، إلاّ أنها للمناقشه فى سندها لا تصلح للاعتماد، وقد تكلمنا فيها فى بحث القضاء مفصلاً.

الثانى: الحكومه، فله الحكم بما يراه حقاً فى المرافعات وغيرها فى الجملة.

ص: ١٥٩

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٩: ١٧٨، الباب ٤ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ١.
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧: ١٣، الباب ١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٥.
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٧: ١٣٦، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث واحد.

وهذا المنصب أيضاً ثابت له بلا خلاف فتوىً ونصاً. وتفصيل الكلام فيه من حيث شرائط الحاكم والمحكوم به والمحكوم عليه موكول إلى كتاب القضاء.

الثالث: ولاية التصرف في الأموال والأنفس، وهو المقصود بالتفصيل هنا، فنقول: الولاية تتصور على وجهين: [١]

الشرح:

الثالث: ولاية التصرف في الأموال والأنفس على ما يأتي.

وينبغي أن يعلم أنّ البحث في ولاية الفقيه، بمعنى نفوذ تصرفه في مال الغير أو في وجوب اتباع حكمه بحث فقهي، حيث إن الأول كالباحث في ولاية الأب والجد أو عدول المؤمنين. الثاني كالباحث في وجوب طاعة الوالدين، وكل من النفوذ ووجوب الطاعة في المقام، بمعنى كون أمر الفقيه بفعل أو نهي عنه، يكون من العناوين الثانويه للأفعال كأمر الوالد ونهيه، أم لا حكم شرعي فرعي.

وولاية النبي صلى الله عليه وآله بالتصرف في أموال الناس ووجوب طاعته فيما إذا كان أمره أو نهي به بعنوان الولاية على الرعيه أيضاً حكم شرعي عملي، ولكن بما أنّ معرفه النبي صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام والاعتقاد بهما بمالهما من الشؤون مطلوب نفسى أيضاً فيكون البحث في وجوب معرفتهما والاعتقاد بهما بمالهما من الشؤون من مسائل الكلام. كيف ومعرفه الأول والاعتقاد به مقوم للإسلام، ومعرفه الثاني والاعتقاد به مقوم للإيمان، أي المذهب، ومع ذلك شرط لصحة الأعمال ولا أقل من كونه شرطاً لقبولها.

وهذا الوجوب النفسى للمعرفه والاعتقاد لا يجرى في غير النبي صلى الله عليه وآله والإمام المعصوم عليه السلام كما لا يخفى.

[١] الوجه الأول من الولاية: أن يجوز للحاكم الشرعي التصدي لها سواء جاز لغيره ذلك التصرف بإذنه أم لا. والثاني: ما لا يكون للحاكم التصدي لذلك التصرف الأول: استقلال الولي بالتصرف مع قطع النظر عن كون تصرف غيره منوطاً بإذنه أو غير منوط به، ومرجع هذا إلى كون نظره سبباً في جواز تصرفه.

الثاني: عدم استقلال غيره بالتصرف، وكون تصرف الغير منوطاً بإذنه وإن لم يكن هو مستقلاً بالتصرف، ومرجع هذا إلى كون نظره شرطاً في جواز تصرف غيره. وبين موارد الوجهين عموم من وجه. ثمّ إذنه المعتبر في تصرف الغير: إما أن يكون على وجه الاستنابه، كوكيل الحاكم. وإما أن يكون على وجه التفويض والتولية،



كمتولّى الأوقاف من قبل الحاكم. وإما أن يكون على وجه الرضا كإذن الحاكم لغيره فى الصلاه على ميت لا ولي له.

الشرح:

مستقلاً، إلا أنه يجوز للغير القيام به بإذن الحاكم فيكون إذنه شرطاً فى جواز ذلك التصرف للغير أو وجوبه عليه، أو شرطاً للواجب، وبين الوجهين من حيث المورد عموم من وجه. فإنه ربما يجوز للحاكم التصدى كما يجوز لغيره القيام به بإذنه، كما فى التصرف فى أموال القصر والقيام بتجهيز ميت من تركته ولاولى له، وهذا مورد الاجتماع.

وربما يجوز للحاكم التصدى ولا يجوز للغير القيام به، كنصب القيم والمتولى ونحوهما، بناءً على اعتبار المباشرة فى جعل هذه المناصب.

وربما يجوز للغير العمل بإذن الحاكم ولكن لا يجوز للحاكم المباشرة استقلالاً كما فى إيصال السهم المبارك، بل سهم الساده إلى مصارفهما، فإنه لا يجوز للحاكم على قول الاستقلال فى الإيصال بقهره على المالك وأخذ المال من يده، ويجوز للمالك الإيصال مع الاستئذان، وهذا بالإضافة إلى غير المالك الممتنع، وأما الممتنع فيجوز للحاكم القهر عليه، والتفصيل فى بحث الخمس إن شاء الله تعالى.

إذا عرفت هذا، فنقول: مقتضى الأصل عدم ثبوت الولاية لأحد [١] بشىء من الوجوه المذكوره، خرجنا عن هذا الأصل فى خصوص النبى والأئمه صلوات الله عليهم أجمعين بالأدلة الأربعة، قال الله تعالى: «النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ»، الشرح:

[١] الأصل عدم ثبوت الولاية بالإضافة إلى أموال الناس وأنفسهم لأحد، حيث إن هذه الولاية أمر جعلى اعتبارى مسبق بالعدم، والقائل بثبوتها للفقهاء يمكن أن يتشبه بأن هذه الولاية كانت للنبى والأئمه عليهم السلام وقد أعطيت للفقهاء من قبلهم.

فينبغى لنا التكلم فى مقامات ثلاثه:

الأول: الولاية التى كانت للنبى صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام ما هى من حيث سعتها وضيقها بحسب ما بأيدينا من الأدله.

الثانى: هل أعطيت تلك الولاية بتمامها للفقهاء من قبل النبى صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام أم لا؟

الثالث: إذا لم تثبت تلك الولاية للفقهاء فهل له ولايه بعض التصرفات فى الأموال والأنفس؟ وما هى حدود ذلك البعض من حيث السعه والضيق؟

أما الكلام فى المقام الأول، فقد أشرنا أنّ الولاية المفروض فيها أمر اعتبارى فى مقابل الولاية التكوينية التى عبارته عن تأثير مشيه النبى صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام فى أمر كونه بمجرد أو مع فعل ما يكون التأثير به من قبيل خرق العاده، كإحياء عيسى (على نبينا وآله وعليه الصلاه والسلام)، وتفجير موسى عليه السلام العيون بضرب عصاه... إلى غير ذلك.

ودعوى أنّ هذه الأمور تحصل بمشيه الله ولم يكن صدورها عنهم كصدور سائر أفعالهم، يكذبها ظاهر الكتاب المجيد، قال الله سبحانه حكايه عن قول عيسى: «قَدْ وَوَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ»، «فَلْيَخِذْ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ»، و«أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ»، و«إِنَّمَا وَوَيْكُمْ اللَّهُ وَرَسُولُهُ...»، الآية إلى غير ذلك.

الشرح:

جئكم بآيه من ربكم أنى أخلق لكم من الطين كهيئة الطير (١) الآية. وذكر كون هذه الأفعال بإذن ربه لا ينافى صدورها عنه عليه السلام، حيث إن الإذن المزبور تكوينى وعباره عن إعطاء الله جلّ وعلا القدره عليها، نظير قوله سبحانه: «مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لَيْنَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَائِمَةً عَلَى أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ اللَّهِ» (٢).

وثبت هذه الولاية التكوينية للأئمة عليهم السلام يظهر من الروايات المختلفه الوارده فى الحوادث المتفرقه والشواهد التاريخيه بحيث يحصل للمتبع الجزم بها.

وربما يستدل فى ثبوتها لهم عليهم السلام بكونهم أفضل من أنبياء السلف، وأن عليا عليه السلام كنفس النبى صلى الله عليه وآله وكيف لا- يثبت لهم عليهم السلام ما كان ثابتا للأنبياء ولكن الاستدلال مخدوش، فإن كونهم (سلام الله عليهم) أفضل ثبوت أكملية أنفسهم وشده تقربهم إليه سبحانه وسعه علمهم لا ثبوت المعجزه بأيديهم، حيث إن وجه الحاجه إلى المعجزه يختص بالنبى صلى الله عليه وآله ولا- يجرى فى الخليفه والوصى، حيث يكون ذلك بتعيين النبى صلى الله عليه وآله ونصبه كما لا يخفى.

ص: ١٦٢

١- (١) سورة آل عمران: الآية ٤٩.

٢- (٢) سورة الحشر: الآية ٥.

وأما الاستدلال على ولايتهم التشريعية بآيات، منها قوله سبحانه: «النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ»<sup>(١)</sup>، حيث يقال: إن الاستفادة من الآية المباركة أن كل تصرف اعتباري يكون للمؤمن فيه ولايه بحيث يكون التصرف المزبور منه نافذاً، كبيع ماله وقال النبي صلى الله عليه وآله كما في روايه أيوب بن عطيه: «أنا أولى بكل مؤمن من نفسه»، وقال في يوم غدير خم: «ألست أولى بكم من أنفسكم؟ قالوا: بلى. قال: من كنت مولاه فهذا عليّ مولاه».

الشرح:

وطلاق زوجته، يكون للنبي صلى الله عليه وآله ولايه عليه، فيصح ما إذا باع على المالك أو أوقع طلاق زوجته أو وهب ماله . . إلى غير ذلك.

كما يقال: إن النبي صلى الله عليه وآله بمنزله نفس المؤمن، بل أولى منه، فيجوز للنبي صلى الله عليه وآله ما يجوز للمؤمن من التصرفات، سواء كانت تلك التصرفات اعتباريه أو كانت متعلقه بمال المؤمن أو نفسه أو غيرها.

وقد يقال: إن مفاد الآية المباركة لزوم طاعة النبي، وأن على المؤمن أن يترك مشيئته نفسه في مقابل مشيئته النبي وأمره. وبعبارة أخرى: الأفعال التي ثبتت في الشرع كون زمامها بيد المؤمن وأنه لا إلزام عليه فيها من الشرع بحيث يكون فيها داعي المؤمن إلى الفعل أو الترك نفسه يلزم عليه الأخذ بإرادته النبي وأمره، ويترك دعوته نفسه.

والحاصل: أن أمر النبي ونهيه بما هو شارع ومخير عن الله سبحانه غير أمره بما هو ولي أمر المؤمنين، ومقتضى الآية وجوب طاعته بالإضافة إلى القسم الثاني أيضاً من أمره.

أقول: أما دعوى كون النبي صلى الله عليه وآله بمنزله نفس المؤمن، بل هو أولى منه فيجوز له ما يجوز للمؤمن من الأفعال، فهذا ممّا لا يمكن الالتزام به، فإن من الأفعال ما يجوز للمؤمن باعتباره كونه داخلاً في العنوان الذي حكم الشرع بجوازه لمن ينطبق عليه ذلك العنوان، كجواز الاستمتاع من الزوجه، فيجوز الفعل للنبي أيضاً فيما إذا دخل في ذلك العنوان، وهذا من حكم الشرع يشترك فيه النبي وأمه. وأما إذا لم يدخل في ذلك العنوان فلا يجوز له كما لا يجوز لغيره، والأحكام المختصة بالنبي صلى الله عليه وآله في الشرع

ص: ١٦٣

والأخبار في افتراض طاعتهم وكون معصيتهم كمعصية الله كثيرة، يكفي في ذلك (منها) مقبوله عمر بن حنظله، ومشهوره أبي خديجه، والتوقيع الآتي، حيث علل فيها حكمه الفقيه وتسلمه على الناس: بأنني قد جعلته كذلك، وأنه حجتي عليكم.

الشرح:

معدوده ومعروفه.

وما قيل: من أنه يجوز كل تصرف للنبي صلى الله عليه وآله في نفس الغير وماله ولكن من جهة الأسباب الشرعيه المقرره لجواز تلك الأفعال، مثلاً يجوز له الاستمتاع بزوجه الغير بعد طلاقها ونكاحها بعد انقضاء عدتها، فمرجه إلى ولايته على التصرفات الاعتباريه فقط كما لا يخفى. وكذا دعوى كونه صلى الله عليه وآله أولى بالتصرفات الاعتباريه التي يجوز للمؤمن أو الحقوق الثابته له من حق القصاص وحق أخذ الدية والمطالبه بالدين، فإنه لا أظن لأحد الالتزام بأن للنبي القصاص إذا تركه ولي الميت ولم يطالب به أو أبرأ المديون عن دينه مع مطالبه الدائن.

وقد ورد في معتبره السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال أمير المؤمنين عليه السلام: «إذا حضر سلطان من سلطان الله جنازه فهو أحق بالصلاه عليها إن قدمه ولي الميت، وإلا فهو غاصب» (1). نعم، التصرفات العامه أو الخاصه المعبر عنهما بالأمر الحسيه والتي يرجع فيها كل قوم إلى رؤسائهم على ما يأتي تكون بيد النبي صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام؛ لكون النبي صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام من بعده ولي الأمر. وهذه الأمور من شؤون ولي الأمر، كما يستفاد ذلك ما ورد في خصوص الحدود والتعزيرات وغيرهما، ويقتضيه أيضا ما يأتي في بيان الأمور الحسيه.

وأما الإجماع فغير خفي.

وأما العقل القطعي [1]، فالمستقل منه حكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفه أنهم أولياء النعم، والغير المستقل حكمه بأن الأبوه إذا اقتضت وجوب طاعه الأب على الابن في الجملة، كانت الإمامه مقتضيه لوجوب طاعه الإمام على الرعيه بطريق أولى لأن الحق هنا أعظم بمراتب، فتأمل.

ص: ١٦٤

١- (١) وسائل الشيعه ٣: ١١٤، الباب ٢٣ من أبواب صلاه الجنازه، الحديث ٤.

الشرح:

وأما الاستدلال على ولايته صلى الله عليه وآله على التصرف على أموال الناس بقوله صلى الله عليه وآله في قضيه سمره بن جندب للأنصاري: «أذهب فاقلعها، وارم بها إليه»<sup>(١)</sup>، فلا يمكن المساعدة عليه، حيث لا دلالة في الحديث على عدم ضمان الأنصاري النخلة التي قلعها وإنما تدل على جواز قلعها. ويمكن أن يكون الوجه في جوازه أنّ حرمه إتلاف مال الغير مع وجوب التحفظ على العرض في الفرض كانا متزاحمين، وبما أنّ وجوب التحفظ على العرض لولم يكن أهم من حرمه الإتلاف بالقلع فلا ريب في عدم كون حرمه الإتلاف أهم، فيجوز في مقام التزاحم رعايه التحفظ على العرض.

والحاصل: أنّ ما ذكر صلى الله عليه وآله لسمره لا يخرج عن بيان الحكم الشرعي؛ ولذا عنون في «الوسائل» الباب بأنّ من كان له نخلة في حائط الغير وفيه عياله فأبى صاحبه أن يستأذن أو أن يبيعها جاز قلعها ودفعها إليه، ولو كان الحكم للولاية في المال لكان الأنسب تمليك النخلة من الأنصاري تحفظاً على ضياع المال، والتعليل بنفي الضرر راجع إلى المنع عن الدخول بلا استئذان كما لا يخفى.

[١] والمستقل ما يستقل به العقل مع قطع النظر عن حكم الشرع، بخلاف العقل غير المستقل فإنه يكون بتبع حكم الشرع.

والمقصود من جميع ذلك: دفع ما يتوهم من أنّ وجوب طاعة الإمام مختص بالأوامر الشرعية وأنه لا دليل على وجوب إطاعته في أوامره العرفية أو سلطنته على الأموال والأنفس.

الشرح:

وتقرير الأول في المقام: أنّ الإمام عليه السلام منعم، أي وليّ النعمة، فإنه ببركه وجوده تنزل السماء مطرها وتسكن الأرض لسكانها وتجرى الشمس والقمر بحسبانها وإن كان كل ذلك بمشيئته العلى التقدير إجلالاً لهم صلوات الله عليهم، وإذا كان الإمام منعماً فيجب معرفته وطاعته؛ لأنّ في مخالفته وترك معرفته احتمال الضرر، كما ذكر ذلك في معرفه الله ورسوله ووجوب طاعتهما.

وأما غير المستقل، فإنه وجب في الشرع إطاعه الوالدين، وإذا اقتضت الأبوة

ص: ١٦٥

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥: ٤٢٨، الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات، الحديث ٣.

وجوب طاعه الأب على ابنه فى الجملة، أى فى غير الموارد التى تكون طاعته فيها معصية لله سبحانه، كانت الإمامه مقتضيه لوجوب طاعه الإمام على الرعيه باعتبار أنّ حقها أعظم من حق الأبوه.

ولكن لا- يخفى أنّ الوجهين من حكم العقل على تقدير عدم المناقشه فى الثانى بأنه من القياس الظنى وفى الأول بأن احتمال الضرر فى ترك معرفه الإمام وطاعته كاف لا- حاجه إلى إثبات كونه وليّ النعم، كما ذكر مقتضاهما وجوب طاعه الإمام على الرعيه لا نفوذ تصرفاته فى أموال الناس، كما لم تكن هذه الولايه للوالد على مال ابنه على ما تقدم.

ولا- يخفى أيضا أنّ وجوب طاعه الوالد على الولد غير ثابت، بل الثابت حرمة عقوق الوالدين فقط، فلا بأس بتركها فيها إذا لم يكن ترك طاعه الوالد إيذاءه وتألمه، كما إذا ترك طاعته فى مورد لا يعلم الوالد بذلك.

والمتحصل إلى هنا: أنّ الواجب على الرعيه إطاعه الرسول والأئمه عليهم السلام فى وبالجملة، فالمستفاد من الأدله الأربعة بعد التسبّع والتأمل: أنّ للإمام عليه السلام سلطنه مطلقه على الرعيه من قبل الله تعالى، وأنّ تصرفهم نافذ على الرعيه ماضٍ مطلقاً. هذا كله فى ولايتهم بالمعنى الأول. وأمّا بالمعنى الثانى أعنى اشتراط الشرح:

أوامرهم ونواهيهم، سواء كان الأمر والنهى من قبيل الحكم الشخصى أو الحكم العام بالإضافة إلى عامه المسلمين أو طائفه منهم، وحتى الأمر والنهى من المنصوب من قبلهم عليهم السلام كالوالى والحاكم فيما إذا لم يكن الأمر والنهى من الوالى أو الحاكم مخالفا لموازن الأحكام الثابته فى الشرع، حيث لا طاعه لمخلوق فى معصيه الخالق. والمنصوب من قبلهم عليهم السلام داخل فى عنوان «أولو الأمر» فى الآيه المباركه (1)، وما ورد فى تفسيرها من المراد منهم هم الأئمه عليهم السلام لا ينافى ذلك، فإن طاعه المنصوب من الرسول صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام طاعه للنبي والإمام.

ثم إن ترك طاعه النبي صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام إن كان بعنوان الخروج عليهم فذلك موجب لسقوط احترام نفس الخارج، سواء كان الخروج للعناد والنصب للإمام عليه السلام أو

ص: ١٦٦

١- (١) وهى الآيه «أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ» فى سوره النساء: الآيه ٥٩.

غير ذلك من الدواعي، كما يظهر ذلك بملاحظه الحوادث الواقعه فى زمان النبى صلى الله عليه وآله وخلافه على عليه السلام ، غايه الأمر إذا كان الخروج للنصب والعداوه فهو موجب للكفر أيضا، وإذا كان بداع آخر غير النصب فكونه موجبا للكفر غير ثابت.

نعم، إذا قتل فى الحرب مع الإمام أو المنصوب من قبله لا يجب تجهيزه، كما يشهد لذلك ملاحظه الغزوات والحوادث الواقعه فى زمان خلافه على عليه السلام ، والتمسك فى إثبات كفرهم بعموم ما دل على تجهيز كل ميت مسلم بدعوى أن أصله عمومه بضميمه العلم بعدم وجوبه فى قتلى الخوارج وغيرهم يكشف عن كفرهم لا- يمكن تصرّف الغير بإذنه فهو وإن كان مخالفاً للأصل، إلا أنه قد ورد أخبار خاصه بوجوب الرجوع إليهم، وعدم جواز الاستقلال لغيرهم بالنسبه إلى المصالح المطلوبه للشارع الغير المأخوذه [١] على شخص معين من الرعيه، كالحدود والتعزيرات، والتصرّف فى أموال القاصرين، وإلزام الناس بالخروج عن الحقوق، ونحو ذلك. ويكفى فى ذلك ما دلّ على أنهم أولو الأمر وولاته، فإنّ الظاهر من هذا العنوان عرفاً: من يجب الرجوع إليه فى الأمور العامه التى لم تحمل فى الشرع على شخص خاص. وكذا ما دلّ على وجوب الرجوع فى الوقائع الحادثه إلى رواه الحديث معللاً بـ «أنهم حجّتى عليكم وأنا حجه الله»؛ فإنّه دلّ على أنّ الإمام هو المرجع الأصلى.

الشرح:

المساعده عليه؛ لما تقرر فى محله من أنه لا اعتبار بالعموم فيما إذا أحرز خروج الشىء عن حكم العام ودار العام بين أن يكون الخروج بنحو التخصص أو التخصيص.

وأما إذا كان ترك الطاعه كترك طاعه الله ولمجرد الاحتراز عن كلفه التكليف يكون ذلك من مجرد المعصيه، نظير المعصيه فى تكاليف الشرع.

[١] المصالح المطلوبه للشارع الغير المأخوذه على شخص معين، المعبر عنها بالأمر الحسيه هى التى علم من الشرع العمل بها وعدم جواز تركها وأن التكليف بها لم يتوجه إلى شخص معين، ولا تكون من الواجب الكفائى؛ لتكون مطلوبه على كل أحد كالتصرف فى أموال القصر من الذين ليس لهم أولياء والموقوفات العامه التى لم يعين المتولى لها من قبل الواقفين. أو قام الدليل على كونها بيد ولى أمر المسلمين والحاكمين كإقامه الحدود والتعزيرات والتصدى لجميع الحقوق الشرعيه وصرّفها

لمواردها، والتصدي لتنظيم أمر جوامع المسلمين وبلادهم.

ولو فرض الشك في اعتبار الرجوع فلا بد من الاحتياط والرجوع إلى إذن وما عن العلل بسنده إلى الفضل بن شاذان عن مولانا أبي الحسن الرضا عليه السلام في علل حاجه الناس إلى الإمام عليه السلام، حيث قال بعد ذكر جملة من العلل: «ومنها: أنا لا نجد فرقه من الفرق، ولا مله من الملل عاشوا وبقوا إلا بقتيم ورئيس؛ لما لا بد لهم منه في أمر الدين والدنيا، فلم يجز في حكمه الحكيم أن يترك الخلق بما يعلم أنه لا بد لهم منه ولا قوام لهم إلا به».

هذا، مضافاً إلى ما ورد في خصوص الحدود والتعزيرات والحكومات، وأنها لإمام المسلمين، وفي الصلاه على الجنائز من: أن سلطان الله أحق بها من كل أحد، وغير ذلك مما يعثر عليه المتتبع.

وكيف كان، فلا إشكال في عدم جواز التصرف في كثير من الأمور العامه بدون إذنه ورضاهم، لكن لا عموم يقتضى أصاله توقف كل تصرف على الإذن. نعم، الأمور التي يرجع فيها كل قوم إلى رئيسهم، لا يبعد الأطراد فيها بمقتضى كونهم أولى الأمر وولايته والمرجع الأصلي في الحوادث الواقعة، والمرجع في غير ذلك من موارد الشك إلى إطلاقات أدله تلك التصرفات إن وجدت على الجواز أو المنع، وإلا فإلى الأصول العمليه، لكن حيث كان الكلام في اعتبار إذن الإمام عليه السلام أو نائبه الخاص مع التمكّن منه لم يجز إجراء الأصول؛ لأنها لا تنفع مع التمكّن من الرجوع إلى الحجّه، وإنما تنفع مع عدم التمكّن من الرجوع إليها لبعض العوارض.

الشرح:

الإمام عليه السلام، ولا يمكن التمسك بإطلاق دليل ذلك التصرف، سواء كان على الجواز أو المنع، كما لا يمكن الرجوع إلى أصاله البراءة عن الاعتبار، لأنّ المفروض تمكن المكلف على الرجوع إليه عليه السلام. ومع إمكان الفحص عن المخصص أو المقيّد لا يمكن التمسك بالإطلاق أو العموم، فضلاً عن الأصل العملي، وما ربما يظهر من عبارته المصنف رحمه الله من اختصاص عدم الجواز بالأصول العمليه فيه ما لا يخفى.

وبالجملة، فلا يهّمنا التعرّض لذلك، إنّما المهمّ التعرّض لحكم ولاية الفقيه بأحد الوجهين المتقدمين، فنقول:

أمّا الولاية على الوجه الأول [١] أعنى استقلاله في التصرف فلم يثبت



بعموم عدا ما ربما يتخيل من أخبار وارده في شأن العلماء مثل: «أن العلماء ورثة الأنبياء، و[ذاك] أن الأنبياء لم يورثوا ديناراً ولا درهماً ولكن ورثوا أحاديث من أحاديثهم، فمن أخذ بشيء منها أخذ بحظ وافر». و«أن العلماء أمناء الرسل».

الشرح:

[١] يقع الكلام في المقام في أن الولايه الثابته للنبي والأئمه عليهم السلام تثبت للفقيه العادل في زمان الغيبه أم لا، فقد يقال: نعم، ويستدل عليها بروايات وارده في شأن العلماء.

منها: عن الصدوق رحمه الله في «عيون الأخبار» عن الرضا من آباءه عليهم السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: اللهم ارحم خلفائي ثلاث مرات، فقيل له: يا رسول الله، ومن خلفاؤك؟ قال: الذين يأتون من بعدى ويروون عنى أحاديثي وسنتي، فيعلمونها الناس من بعدى» (١). ورواه في «معاني الأخبار» عن أبيه عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن يعقوبى، عن عيسى بن عبدالله العلوى عن أبيه عن جده عن علي مثله (٢).

وفي «المستدرک» عن صحيفه الرضا بإسناده عن آباءه عليهم السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: اللهم ارحم خلفائي ثلاث مرات قيل: يا رسول الله، ومن خلفاؤك؟ قال: الذين يأتون من بعدى ويروون أحاديثي وسنتي، ويعلمونها للناس من بعدى» (٣).

... ..

الشرح:

وعن قطب الراوندى في كتاب «لب اللباب» عن النبي صلى الله عليه وآله قال: «رحمه الله على خلفائي، قالوا: ومن خلفاؤك؟ قال: الذين يحيون سنتي ويعلمونها عباد الله، ومن يحضره الموت وهو يطلب العلم ليحيى به الإسلام فينه وبين الأنبياء درجه» (٤).

وعن السيد هبه الله نقلاً عن «الأربعين» لقطب الراوندى، عن أمير المؤمنين عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله قال: «أدلكم على الخلفاء من أمتي، وأصحابي، ومن الأنبياء قبلى، هم حملة القرآن والأحاديث عنى وعنهم، فى الله ولله عز وجل، ومن خرج يوماً فى طلب

ص: ١٦٩

١- (١) عيون الأخبار ٢: ٣٧ / ٩٤.

٢- (٢) معاني الأخبار ١: ٣٧٤.

٣- (٣) المستدرک ١٧: ٢٨٧، الباب ٨ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١٠.

٤- (٤) المستدرک ١٧: ٣٠٠، الباب ٨ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٤٨، عن كتاب «لب اللباب».

العلم فله أجر سبعين نبيا»(١).

أقول: هذه الرواية وإن كانت على نقل «العيون» و«معاني الأخبار» مسنده، إلا أنّ في سندها ضعف؛ لأنّ سند العيون هو إسناد إسباغ الوضوء وسند «معاني الأخبار» فيه عيسى بن عبد الله العلوي عن أبيه، مع أنه لم يعلم أنّ يعقوبى هو داود بن علي الهاشمى والمنقولات في المستند مراسلات.

ودعوى أنّ هذه الرواية لكثرة طرقها لا- تخرج عن بعض المراسيل التي يعمل بها الأصحاب كمراسيل ابن أبي عمير، لا يمكن المساعدة عليها أولاً، فإن المراسيل لا يعمل بها حتّى مراسيل ابن أبي عمير، وثانياً على تقدير العمل بمراسيل ابن أبي عمير فهو لشهادته الشيخ وغيره بأنه لا يرسل إلاّ عن ثقة، ومع الغمض عن أمر السند فدلالته على الولاية للعلماء بالمعنى المتقدّم ممنوعه. فإن النبي صلى الله عليه وآله وإن كان له منصب الزعامه الدينيه، بمعنى بيان أحكام الشرع، ومنصب الزعامه الدنيويه، بمعنى كونه زعيماً. ....

الشرح:

للمسلمين بالمعنى المتقدّم، إلاّ- أنّ هذه الرواية وأمثالها ناظره إلى الخلافه، أى مرتبه من الزعامه الدينيه، بمعنى نشر الأحكام وإبلاغها للناس، ويشهد لذلك ما فى ذيلها من قوله: «يروون أحاديثي وستى ويعلمونها للناس من بعدى»(٢)، وأجر التعليم.

ودعوى كون ذلك من باب المعرف للولّى، حيث إن المعروف والمتيقن من معنى الخلافه هي الزعامه الدنيويه لا- يمكن المساعدة عليها، فإنه قد عطف فى بعض النقل على الأمة أصحابه، ومن الظاهر أنه لم يكن لأصحابه ولاية على المؤمنين بالمعنى المزبور؛ ليكون العلماء من غيرهم خلفاء بالمعنى المزبور.

ومنها: روايه على بن أبى حمزه قال: «سمعت أبا الحسن عليه السلام موسى بن جعفر يقول: إذا مات المؤمن بكت عليه الملائكه وبقاع الأرض التي يعبد الله عليها، وأبواب السماء التي كان يصعد فيها بأعماله، وثلم فى الإسلام ثلمة لا يسدّها شيء؛ لأنّ المؤمنين الفقهاء حصون الإسلام كحصن سور المدينة لها»(٣). وهذه الروايه ضعيفه

ص: ١٧٠

١- (١) المستدرک ١٧ : ٣٠١، الباب ٨ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٥٢، والمجموع الرائق للسيد هبه الله نقلاً عن «الأربعين» لقطب الراوندى : ١٧٨ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٧ : ٩٢، الباب ٨ من أبواب صفات القاضى، وما يجوز أن يقضى به، الحديث ٥٣.

٣- (٣) أصول الكافى ١ : ٣٨، باب فقد العلماء من كتاب فضل العلم، الحديث ٣.

فى سندها ودالاتها.

أما سندها، فإن على بن حمزه كذاب متهم، كما عن ابن فضال، ومعه لا عبره بوقوعه فى سند «كامل الزيارات» أو «تفسير على بن إبراهيم» حيث إن وقوعه فى سندهما لا يزيد عن التصريح بتوثيقه الذى يسقط عن الاعتبار بالمعارضه، وكذا الحال فى توثيق الشيخ رحمه الله فى كتاب «العهده»، وقال: «لأجل ذلك عمل الطائفة بأخباره»<sup>(١)</sup> فإنه مع معارضته ما عن ابن فضال وغيره لا يمكن الاعتماد عليه، مع أنّ المتبع فى كلمات . . . . .

الشرح:

الأصحاب لا يجد موارد العمل بروايته فيما إذا انفرد.

وما عن ابن الغضائرى فى ترجمه ابنه الحسن من أنّ أباه أوثق منه<sup>(٢)</sup>. لا يوجب توثيقه، الكتاب المزبور لم يثبت أنه لحسين بن عبيدالله الغضائرى أو ابنه؛ لأنّ النجاشى لم يذكر أنّ لشيخه كتاب الرجال، مع أنه أعرف بحاله وكتابه موضوع لذكر كتب مشايخه وغيرهم، كما أنه لم يذكر ذلك الشيخ أو غيره من أصحاب الرجال. ومن المحتمل يكون الكتاب المزبور وضعه بعض المخالفين، ونسبه إلى ابن الغضائرى، هذا أولاً.

وثانياً: أنه ذكر فى الكتاب المزبور فى ابنه الحسن أنه ضعيف وأبوه أوثق منه، فيكون ظاهر الكلام المزبور أنّ ابنه الحسن أضعف من أبيه.

وأما ضعف الدلاله، فإنّ كون الفقهاء حصوناً للإسلام فمقتضاه كونهم رادعين عن التحريف والتأويل فى أحكام الشرع، فإن الإسلام فى نفسه عبارته عن الأحكام والقوانين المجعوله من الشرع، والرياسه العامه وثبوت الولاية له كولاية الرسول صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام لا يستفاد منها بوجه كما لا يخفى.

ومنها: معتبره السيكونى عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله : الفقهاء أمناء الرسل ما لم يدخلوا فى الدنيا، قيل: يا رسول الله، وما دخولهم فى الدنيا؟ قال: اتباع السلطان، فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم»<sup>(٣)</sup>، فإنه قد يقال: إنه يستفاد منها

ص: ١٧١

١- (١) اختيار معرفه الرجال (رجال الكشى) ٢ : ٧٠٥ / ٧٥٥ .

٢- (٢) حكاة العلامه فى خلاصه الأقوال : ٣٣٤ ، الرقم ٧ .

٣- (٣) أصول الكافى ١ : ٤٦ ، باب المستأكل بعلمه والمباهى به من كتاب فضل العلم، الحديث ٥ .

العلماء أمناء الرسل في جميع الشؤون المتعلقة بهم صلى الله عليهم أجمعين، وأوضحها الزعامه على الأمة وليس شأن رسول الله ذكر الأحكام فقط؛ ليكون الفقيه . . . .

الشرح:

أميناً فيه فقط.

وفيه: أن الأمين يطلق على حافظ الشيء ليرده على صاحبه أو من يأمر صاحبه برده إليه، وهذا بالإضافة إلى الأحكام الشرعية ظاهر، فإن حفظ الأحكام للعالمين بها كلاً أو بعضاً وإبلاغها وتعليم الجاهلين بها والمستفسرين من وظيفه العلماء.

وأما الزعامه العامه فعلى تقدير ثبوتها لجميع الرسل فليس حفظها من وظيفه العلماء فقط، بل كل المسلمين مكلفين بالحفظ لها وعدم وصولها إلى أيدي الخونه والجائرين، وإقرارها لمن قرر الشارع لخلفائه من بعده، وكذا الحال بالإضافة إلى بسط العدالة الاجتماعيه.

وبعبارة أخرى: الحديث ناظر إلى كون العلماء حفاظاً للشرع من التلف وعدم وصولها إلى عامه الناس والمستفسرين عنها، كما يشهد بذلك ما في ذيله: «فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم».

ومنها: التوقيع المروى عن محمد بن محمد بن عصام عن محمد بن يعقوب عن إسحاق بن يعقوب قال: «سألت محمد بن عثمان العمري أن يوصل لي كتاباً، قد سألت عن مسائل أشكلت عليّ، فورد التوقيع بخط مولانا صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف): «أما ما سألت عنه أرشدك الله وثبتك إلى أن قال: وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواه حديثنا فإنهم حجّتي عليكم، وأنا حجّج الله، وأما محمد بن عثمان العمري رضي الله عنه وعن أبيه من قبل، فإنه ثقّتي، وكتابه كتابي» (١).

وهذا التوقيع ضعيف من جهة سنده بإسحاق بن يعقوب حيث إنه مجهول، وفي . . . .

الشرح:

جهه دلالاته حيث إن المراد بالحوادث غير ظاهر، فإنها وردت في الكلام المنقول عن

ص: ١٧٢

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧ : ١٤٠، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، وما يجوز أن يقضى به، الحديث ٩.

الإمام عليه السلام مسبقاً بالسؤال الذى لم يصل إلينا، فلعل كان فى السؤال قرينه على إرادته الاستفسار عن الوقائع التى يحتاج فيها إلى الحاكم لرفع الخصومه وفصل النزاع، فيكون التوقيع مساوقاً لما دل على وجوب إرجاع المنازعات إلى رواه الأصحاب. ولا ينافى ذلك ما ذكره المصنف رحمه الله من القرائن على عدم إرادته وجوب تعلم الأحكام، وهى أن الأمر بالرجوع فى نفس الحوادث لا فى أحكامها، وأن تعليقه عليه السلام وجوب الرجوع إليهم بأنه حجته عليهم وأنه عليه السلام حجه الله مقتضاه التولية وإعطاء الولاية للرواه، ولو كان المراد تعلم الأحكام الشرعيه لكان التعليل بأنهم حجج الله عليكم أنسب، وأن تعلم الأحكام الشرعيه من الرواه من ضروريات الإسلام من السلف إلى الخلف، فلا مورد لسؤال مثل إسحاق بن يعقوب عنه وجعله من المسائل المشكله عليه.

هذا، مع أنه كما ذكرنا لم يظهر حال إسحاق بن يعقوب ليقال: إنه يبعد سؤاله عن طريق تعلم الأحكام الشرعيه وجعله من المسائل المشكله عليه، كيف وقد وقع السؤال عن طريق تعلمها وممن يؤخذ فى غير واحد من الروايات. أضف إلى ذلك تعليل الإرجاع إلى رواه الحديث بأن الرواه حجته عليه السلام عليهم والإمام عليه السلام حجه الله لا يقتضى أن يكون الحديث ناظراً إلى الولاية العامه، بل يمكن أن يكون ناظراً إلى القضاء وتعلم الأحكام، فإن الحجه ما يحتج به، فالإمام عليه السلام يحتج بما ذكر للرواه والرواه بما ذكروا لعامة الناس، والتفرقه الوارده فى الروايه يمكن أن تكون بهذا الاعتبار، وإلا فكل من الولاية والاعتبار على تقديرهما ثابت بأصل الشرع.

ومما ذكرنا يظهر الحال فى الاستدلال على ولاية الفقيه بما ذكر فى مقبوله . . . . .

الشرح:

عمر بن حنظله من قوله عليه السلام: «فإني قد جعلته عليكم حاكماً» (١) فإنه لا يستفاد منه إلا ثبوت منصب القضاء والحكم للفقيه، وقد يستدل على ثبوت الولاية العامه للفقيه بروايه إسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: يا شريح! قد جلست مجلساً لا يجلسه إلا نبي أو وصي نبي أو شقي» (٢).

ص: ١٧٣

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧: ١٣٦ ١٣٧، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، الحديث ١.

ووجه الاستدلال أنّ منصب القضاء ثابت للفقهاء، وإذا لم يكن الفقيه شقياً ونبياً يكون وصياً لا محاله، ومقتضى كونه وصياً ثبوت الولايه له، ولكن لا يمكن المساعدة على الاستدلال المزبور؛ لما تقرر في الأصول أنه إذا علم عدم ثبوت حكم العام لفرد وشك في كونه بنحو التخصيص أو التخصص فلا- اعتبار بأصالة العموم أو الإطلاق. والحصر المزبور في الروايه مقتضاه عدم جواز القضاء لغير النبي والوصى، وقد علم بجواز القضاء للفقهاء العادل، ويدور الأمر بين كونه بنحو تخصيص المفهوم أو التخصص، فلا يمكن إثبات كونه بنحو ودخول الفقيه في عنوان الوصى.

أضف إلى ذلك: أنه لا- طريق لنا إلى إثبات أنّ كلّ الأنبياء كان لهم الولايه العامه فضلاً عن وصيهم، والروايه المزبوره وإن كانت ضعيفه سنداً، إلا أنه بمضمونها صحيحه كروايه سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «أتقوا الحكومه، فإنّ الحكومه إنّما هي للإمام العالم بالقضاء، العادل في المسلمين لنبيّ أو وصيّ نبيّ»<sup>(١)</sup>. ولكن في نسخه «كنبيّ» وعلى تلك النسخه فلا دلالة فيها على الحصر.

والمتحصّل: لو كانت للروايه المزبوره أو الصحيحه دلالة فهو عدم جواز القضاء. ....

الشرح:

والحكم لغير النبي أو الوصى والفقهاء العادل كما لا يخفى.

ومنها: ما عن «تحف العقول»: «مجارى الأمور والأحكام على أيدي العلماء»<sup>(٢)</sup> حيث ظاهره التشريع، أى فلتكن مجارى الأمور والأحكام بيد العلماء.

وبتعبير آخر: الأحكام غير الأمور، وكون الثانى عطفاً تفسيرياً للأول خلاف الظاهر، فيكون مقتضى الحديث أنّ الولايه وحق التصدى للأمر والأحكام بيد العلماء.

أقول: لو كان المراد من الحديث ما ذكر لكان الحديث الأمور والأحكام بيد العلماء؛ إذ لا حاجه إلى إضافه المجارى؛ ليجتاج فى معناها إلى التكلف، بل ظاهر الحديث بملاحظه ما قبله وبعده بأن أمور الله ومناصبه التى وقعت بأيدي غير أهلها

ص: ١٧٤

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧: ١٧، الباب ٣ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٢.

٢- (٢) المصدر السابق: الحديث ٣.

مجاريتها بيد العلماء. بمعنى أنهم لو أظهروا الحق ولم يتفرقوا عنه ولم يختلفوا في السنه بعد البينه لكانت جاريه فى مجراها، وكان المتصدى لها أهلها المقرر لها فى السنه.

هذا، مع ضعف الروايه سندا.

ومنها: مرسله «التحرير» عن رسول الله صلى الله عليه وآله : «علماء أمتى كأنبيا بنى إسرائيل»(١). وفيه: أن الكلام المزبور بيان فضيله العلماء ومقامهم عند الله لا تشريع الولايه الثابته للأنبيا والعلماء، مع أن ثبوت الولايه كما تقدم لكل واحد من أنبيا بنى إسرائيل غير ظاهر، وأن إرساله ولو مع تمام ظهوره يمنع عن الاعتماد عليه.

ومنها: قوله عليه السلام فى «نهج البلاغه»: «أولى الناس بالأنبياء أعلمهم بما جاؤوا به ثم . . . . .».

الشرح:

تلا عليه السلام: «إِنَّ أَوْلَى النَّاسِ بِإِبْرَاهِيمَ لَلَّذِينَ اتَّبَعُوهُ» الآية(٢).

أقول: الظاهر أن المراد بأولى الناس أقربهم منزله إلى الأنبياء، كما هو المراد من قوله سبحانه: «إِنَّ أَوْلَى النَّاسِ بِإِبْرَاهِيمَ» الآية. ولو كان المراد التصدى بمناصب الأنبياء لكان مقتضاه ثبوت الولايه للأئمه عليهم السلام، حيث إنهم سلام الله عليهم أعلم الناس بحسب العصور وبما جاء به الأنبياء، وفى ذيل الكلام المزبور: «إن ولي محمد صلى الله عليه وآله من أطاع الله وإن بعدت لحمته، وإن عدو محمد من عصى الله وإن قربت قرابته»(٣).

ومنها: صحيحه القداح عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من سلك طريقا يطلب فيه علما سلك الله به طريقا إلى الجنة، وإن الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضا به، وأنه يستغفر لطالب العلم من فى السماء ومن فى الأرض حتى الحوت فى البحر، وفضل العالم على العابد كفضل القمر على سائر النجوم ليله البدر، وإن العلماء ورثه الأنبياء، إن الأنبياء لم يورثوا دينارا ولا- درهما ولكن ورثوا العلم، فمن أخذ منه أخذ بحظ وافر»(٤). ووجه الاستدلال أن كون العلماء ورثه الأنبياء مقتضاه

ص: ١٧٥

١- (١) المستدرک ١٧ : ٣٢٠، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٣٠، تحرير الأحكام ١ : ٣.

٢- (٢) نهج البلاغه : ٥١٤، باب المختار من حکم أمير المؤمنين عليه السلام، الحكمة ٩٦، والآيه ٦٨ من سوره آل عمران.

٣- (٣) المصدر السابق .

٤- (٤) أصول الكافى ١ : ٣٤، باب ثواب العالم والمتعلم من كتاب فضل العلم، الحديث الأول.

وقوع ما ترك الأنبياء بيدهم، سواء كان علما وأحاديث أو الولايه على الأمه.

لا يقال: ظاهر الروايه انحصار تركه الأنبياء بالعلم والحديث، بمعنى أنّ شأن النبي أن تكون تركته علما لا مالا.

فإنّه يقال: لا دلالة للروايه على الانحصار والتصريح بالعلم فى الروايه باعتبار . . . . .

الشرح:

كونها وارده فى مقام الترغيب إليه.

لا يقال: لم يعلم أنّ الولايه على الأمه ممّا تركها الأنبياء حتّى يرثها العلماء.

فإنه يقال: يشهد لكون الولايه ممّا تركها قوله عليه السلام: «أرى تراثى نهبا»<sup>(١)</sup>.

أقول: لو سلم أنّ الولايه داخله فيما تركه الأنبياء فلا يستفاد من الروايه كيفيه إرثها وأنها تنتقل إلى كلّ من العلماء أو أنها تختص بأعلمهم، كاختصاص إرث الحبوّه بالولد الأكبر.

وبتعبير آخر: ظاهر الروايه أنّ كلاً من العلماء يرث النبي صلى الله عليه وآله ، وأما مقدار إرثه وكيفيه إرثه فلا يستفاد منها، فمن المحتمل اختصاص الولايه بأعلمهم، كما ذكرنا ذلك فى بيان قوله عليه السلام: «أولى الناس بالأنبياء أعلمهم بما جاؤوا به»، فتكون الولايه منتقله إلى الأئمه الأطهار، حيث إنهم سلام الله عليهم أعلم الرعيه فى كلّ عصر.

ومما ذكرنا يظهر الحال فى روايه أبى البخترى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إنّ العلماء ورثه الأنبياء، وذلك أنّ الأنبياء لم يورثوا درهما ولا ديناراً، وإنّما أورثوا أحاديث من أحاديثهم، فمن أخذ بشيء منها فقد أخذ حظاً وافراً»<sup>(٢)</sup>. والتقريب ما تقدم من انحصار تركتهم بالأحاديث إضافي، والجواب أيضاً ما ذكر.

أضف إليه ضعف هذه الروايه سنداً، فتحصل أنّه لا دلالة فى هذه الأخبار على ثبوت الولايه الثابته للنبي والأئمه عليهم السلام للفقيه، لا فى زمان حضورهم ولا فى زمن الغيبه.

إن قلت: كيف يصح القول بأن النبي صلى الله عليه وآله والأئمه عليهم السلام لم يتعرضوا للزعامة فى

ص: ١٧٦

١- (١) نهج البلاغه : ٢٤ ٢٥ ، الخطبه ٣ (وهى المعروفة بالشَّقْشِقِيَّه).

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٧ : ٧٨ ، الباب ٨ من أبواب صفات القاضي، الحديث ٢.



... .

الشرح:

زمان الغيبه وأن يتركوا المؤمنين حيارى، مع أنّ الدين الإسلامى متكفل لأحكام غير العبادات والمعاملات من السياسات التى يكون الغرض منها تنظيم الأمور الاجتماعيه للمسلمين، وبسط العدالة الإسلاميه فى بقاع الأرض؟

فإنه يقال: عدم استفاده الولايه العامه للفقهاء من الروايات المتقدمه لا يوجب ذلك، حيث يمكن أن يكون عدم التعرض للوظيفه فى ذلك الزمان لعدم حاجه الناس فى عصرهم عليهم السلام إلى بيانه، وأنه كان أنسب لرعايه التقيه التى كانوا يعيشون حالها وإيكال الأمر وتشخيص الوظيفه إلى فقهاء زمان الغيبه، حيث يتمكنون ببركه القواعد الشرعيه والخطابات العامه على كيفيه تنظيم الأمور الاجتماعيه وتعيين الوظيفه فيها.

وعلى ذلك فينبغى الكلام فى موضعين:

الأول: ما إذا تصدى أمر المسلمين من ليس أهلاً له، كما فى غالب بلاد المسلمين فى عصرنا الحاضر.

الثانى: ما إذا أراد التصدى لأمر المسلمين من يكون صالحاً للتصدى لتنظيم أمورهم ورعايه مصالحهم.

أما الموضع الأول، فما لا ينبغى الريب فيه أنّ الشارع لا يرضى بتصدى الظالم الفاسق لأمر المسلمين، لا سيما إذا كان ذلك الظالم آله بيد الكفار فى تضعيف الإسلام وأهل الإيمان، وترويج الفسق والفجور ليلحق المسلمين ولو تدريجاً بركب الكفار فى رسومهم وعاداتهم، وهدم ما أتعب النبى صلى الله عليه و آله والأئمه عليهم السلام والصالحين والشهداء من المسلمين فى تشييد أركان الدين وتطبيق أحكامه على نظم بلادهم.

والحاصل: نهى الشارع عن الركون إلى الظالم والأمر بالاعتصام بحبل الله والأمر بالكفر على الطاغوت وأولياء الشيطان والأخذ بولايه الله سبحانه ورسوله وتمكينه. ... .

الشرح:

الناس من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وغير ذلك، شاهد صدق بأن على المسلمين قطع أيدي الظلمه عن المؤمنين وبلادهم مع التمكن عليه، حيث إنه لو أمكن ذلك بالمقدمات الغير المحرمه فى نفسها فهو. وأما إذا توقف ذلك على ارتكاب محرم

فى نفسه فلا بد من ملاحظه الأهميه بين المتراحمين، ولا ريب فى أن الظالم المزبور إذا كان بصدد هدم الحوزه الإسلاميه وإذلال المؤمنين وترويح الكفر وتسليط الكفار على المسلمين وبلادهم، يكون على المسلمين أخذ القدره من يده وإيكالها إلى الصالح، فإنه أهم ولو مع توقفه على بعض المحرمات بعنوانه الأولى، حتى القتال مع العلم بالظفر والاطمينان بأخذ القدره من يده، كل ذلك تحفظا على الحوزه الإسلاميه ودفاعا عن المسلمين وأعراضهم وبلادهم من دنس الكفر والضلال والفساد. هذا كله بحسب الكبرى، وأما بحسب الصغرى فإن أحرز فقيه حال الظالم وأنه بصدد إذلال المسلمين وتسليط الكفار عليهم وعلى بلادهم والصدمه على أعراضهم وأموالهم وحكم بحكم على طبق إحرازه، فننوذ حكمه وإن كان مبنا على نفوذ الحكم الابتدائى للقيه العادل، إلا أنه إذا اعتقد الناس به وحصل لهم الجزم بصدده إحرازه ولو مع القرائن يثبت الحكم المتقدم.

ولا- يخفى أن ما ورد فى بعض الأخبار من الأمر بإلزام البيت والصبر إلى خروج السفينانى وغيره من العلامات لخروج القائم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) لا ينافى ما ذكرنا، فإن المراد من تلك الروايات أمر الناس بعدم الاستجابه لمن يدعو من أهل بيت النبى صلى الله عليه وآله والخلافه لنفسه، وأن الأئمه عليهم السلام لا يتصدون لأمر الخلافه والوصايه للنبى صلى الله عليه وآله إلى ذلك الزمان، ومن يدعو الناس إلى الخروج إنما يريد الخروج لنفسه لا للإمام عليه السلام، وأن لخروجه وقتا محدودا لا بد من انتظاره. وأما قضيه الدفاع عن الحوزه. . . . .

الشرح:

الإسلاميه فى زمان الغيبه والتصدى للأمور العامه للمسلمين تحفظا على أعراضهم وأموالهم، وتمكين الناس من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وإسقاط الفسقه والفجره عن القدره وإيكالها على من هو صالح للتصدى لها حسبه من غير أن يدعى المتصدى الوصايه والخلافه لنفسه، فليس فيها نظر إلى ذلك، فلاحظها.

ويزيد وضوحا كون تلك الروايات غير ناظره إلى صوره الهجوم على الحوزه الإسلاميه معتبره يونس عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال: «قلت له: جعلت فداك، إن رجلاً من مواليك بلغه أن رجلاً يعطى سيفاً وقوساً فى سبيل الله فأتاه فأخذهما منه، ثم لقيه أصحابه فأخبروه أن السبيل مع هؤلاء لا يجوز وأمروه بردهما؟ فقال: فليفعل. قال:

ص: ١٧٨

قد طلب الرجل فلم يجده وقيل له: قد قضى الرجل، قال فليربط ولا يقاتل، قلت: مثل قزوين والديلم وعسقلان وما أشبه هذه الثغور، فقال: نعم. قال: فإن جاء العدو إلى الموضع الذى هو فيه مرابط كيف يصنع؟ قال: يقاتل عن بيضه الإسلام. قال له: يجاهد؟ قال: لا، إلا أن يخاف على دار المسلمين. فقال: أرايتك لو أن الروم دخلوا على المسلمين لم ينبغ لهم أن يمنعوهم، قال: يربط ولا يقاتل، وإن خاف على بيضه الإسلام والمسلمين قاتل فيكون قتاله لنفسه وليس للسلطان. قال: قلت: فإن جاء العدو إلى الموضع الذى هو فيه مرابط كيف يصنع؟ قال: يقاتل عن بيضه الإسلام لا عن هؤلاء؛ لأن فى دروس الإسلام دروس دين محمد صلى الله عليه وآله «(١)» وظهرها كما ترى عدم البأس بالقتال مع من يكون استيلاؤه على المسلمين وبلادهم موجبا لضعف الإسلام وانهدام معالمه، بلا فرق بين زمان الحضور والغيبه كما لا يخفى.

... .

الشرح:

الموضع الثانى: فنقول: لا- ينبغى الريب فى أن تهيئه الأمن من المؤمنين بحيث تكون بلادهم على أمن من كيد الأشرار والكفار من أهم مصالحهم، والمعلوم وجوب المحافظه عليها وأن ذلك مطلوب للشارع، فإن تصدى شخص صالح لذلك بحيث يعلم برضى الشارع بتصديه، كما إذا كان فقيها عادلاً بصيراً أو شخصاً صالحاً كذلك مأذوناً من الفقيه العادل، فلا يجوز للغير تضعيفه والتصدي لإسقاطه عن قدره، حيث إن تضعيفه إضراراً للمؤمنين ونقض للغرض المطلوب للشارع، بل يجب على الآخرين مساعدته وتمكينه فى تحصيل مهمته، ومن المساعدة عليه التبرع فى الجيش الذى يمهد له لحفظ الثغور والدخول فى القوى التى أوكل إليهم حفظ الأمن الداخلى المأخوذ على عاتق الناس حسبه. ويشبه المقام ما إذا وضع فقيه عادل يده على مال اليتيم أو على مال الوقف الذى لا- متولّى له، فإنه لا يجوز للغير ممانعته وتهيئه المقدمه لوضع يده عليها، غايه الأمر أن وجه عدم الجواز فى الثانى حرمة التصرف فى تلك الأموال وفى الأول؛ لكونه تضعيفاً لحوزه المسلمين، وإخلاقاً لأمر انتظام بلادهم وأمنهم كما لا يخفى.

ص: ١٧٩

---

١- (١) فروع الكافى ٥ : ٢١. وسائل الشيعه ١٥ : ٣٠، الباب ٦ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٢.

ثم إنه إذا توقف تأمين نظام البلاد على تحصيل المال كالزكاة، حيث يجوز صرفها على تحصيل الأمن ونظام البلاد، وجب إيصالها إليه مع احتياجه ومطالبته بها، بل لو طالب المال تبرعا في صورته احتياجه وجب على الناس الاستجابة، كل ذلك تمكينا للمتصدى من المال اللازم لتهيئته أمن البلاد وتأمين الحوائج العامة التي تصدى لتأمينها، كما أن للمتصدى تحصيل المال بإخراج المعادن من الأراضي المباحة ووضع اليد على الغابات ونحوها. وتكون كل هذه الأموال ملكا للحكومة الاسلاميه، نظير ملك المال للعناوين ولا تدخل في ملك شخص المتصدى، غايه الأمر يكون . . . . .

الشرح:

للمتصدى الولايه فى التصرف فى تلك الأموال؛ ليصرفها فى الموارد التى يتوقف عليها نظام البلاد وتأمين حوائج أهلها.

ولا يبعد أيضا أن يقال بوجوب إطاعه المتصدى المزبور فى الأمور الراجعة إلى الجهات التى أشرنا إليها، أخذا بقوله سبحانه: «أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ» (١) وما ورد فى تفسيره من أن المراد بأولى الأمر الأئمه عليهم السلام لا ينافى ذلك، حيث إن ذلك لطفى ولايه ولاه الجور، وأنهم عليهم السلام هم أولو الأمر لا المشار إليهم.

ولا يخفى أن كل تصرف لا يخرج عن حدود التحفظ على حوزة الإسلام والمسلمين نافذ للمتصدى لأمر المسلمين، فيما إذا كان مقتضى الأدله الأوليه جوازه، كهيئه مراكز الثقافه لنشر العلوم وبسط الرفاه الاجتماعى، وأن كل تصرف يكون مقتضى الأدله عدم جوازه، كالتصرف فى بعض أموال آحاد الناس وأخذة قهرا عليهم وأمثال ذلك، فلا يدخل فى ولايه المتصدى حتى فيما إذا اعتقد المتصدى أو وكلاؤه جوازه لبعض الوجوه، إلا- فيما أشرنا إليه سابقا، كما يجوز لسائر الفقهاء التصدى لبعض الأمور الحسينيه، فيما إذا لم يكن التصدى لها مزاحمة وتضعيفا لمركز المتصدى للزعامة، كنصب القيم لليتيم والتصدى لتجهيز ميت لاولى له ونحو ذلك، والله سبحانه هو العالم.

ثم إن من الأمور التى يقوم بها الفقيه كما أشرنا سابقا إجراء الحدود

ص: ١٨٠

والتعزيرات، فإنه كما ذكرنا سابقاً أنه لا يجوز لكل أحد إقامتها على ما يستفاد من بعض الروايات، بل يظهر منها أنّ ذلك للإمام كحسنه الحسين بن أبي العلاء (١)، والمراد . . . . .

الشرح:

من الإمام من إليه الحكم، سواء كان المعصوم عليه السلام أو نائبه الخاص أو الفقيه الذى يصح له الحكم كما يدل عليه معتبره حفص بن غياث قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام: من يقيم الحدود، السلطان؟ أو القاضى؟ فقال: إقامه الحدود إلى من إليه الحكم» (٢).

ويؤيده مثل روايه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: «سألته عن يهودى أو نصرانى أو مجوسى أخذ زانيا أو شارب خمر، ما عليه؟ فقال: يقام عليه حدود المسلمين إذا فعلوا ذلك فى مصر من أمصار المسلمين، أو فى غير أمصار المسلمين إذا رفعوا إلى حكام المسلمين» (٣).

وأما الالتزام بعدم التصدى لإجراء الحدود والتعزيرات لغير الإمام عليه السلام بما فى «دعائم الإسلام» و«الأشعثيات» عن الصادق عليه السلام عن آبائه عن على عليه السلام: «لا يصلح الحكم ولا الحدود ولا الجمعه إلا بإمام» (٤) فلا يمكن المساعده عليه، فإنه أولاً: لم يظهر المراد من الإمام أنه المعصوم عليه السلام فقط، بل المراد منه يعم الفقيه العادل بقريته نفوذ حكمه. وثانياً: أنّ روايه «دعائم الإسلام» لإرساله لا يمكن الاعتماد عليه.

وأما «الأشعثيات» التى بأيدينا وأخذ الروايه منها لم يعلم أنه كتاب محمد بن محمد بن الأشعث الذى وثقه الشيخ النجاشى وقال: «له كتاب الحج المذكور فيه ما روته العامه عن جعفر بن محمد عليهما السلام فى الحج» (٥)؛ إذ ما بأيدينا مشتمل على أكثر أبواب الفقه.

وقوله عليه السلام: «مجارى الأمور بيد العلماء بالله، الأئمة على حلاله وحرامه».

وقوله صلى الله عليه وآله: علماء أمتى كأنبياء بنى إسرائيل».

ص: ١٨١

١- (١) وسائل الشيعة ٢٨: ٣٩، الباب ١٧ من أبواب مقدمات الحدود، ذيل الحديث ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٨: ٤٩، الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث الأول.

٣- (٣) المصدر السابق: ٥٠، الباب ٢٩ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث الأول.

٤- (٤) الأشعثيات: ٤٢، والجعفریات: ٢٢، دعائم الإسلام ١: ١٨٢.

٥- (٥) رجال النجاشى: ٣٧٩.

## اعتبار الصلاح في تصرف الأب والجد

وفى المرسله المرويّه في الفقه الرضوي: «إن منزله الفقيه في هذا الوقت كمنزله الأنبياء في بني إسرائيل».

وقوله عليه السلام في نهج البلاغه: «أولى الناس بالأنبياء: أعلمهم بما جاؤوا به» [إِنَّ أَوْلَى النَّاسِ بِإِبْرَاهِيمَ لِلَّذِينَ اتَّبَعُوهُ] (١) الآية.

وقوله صلى الله عليه وآله ثلاثاً: «اللهم ارحم خلفائي. قيل: ومن خلفائك يا رسول الله؟ قال: الذين يأتون بعدي، ويروون حديثي وسنتي».

وقوله عليه السلام في مقبولة ابن حنظله: «قد جعلته عليكم حاكماً».

وفى مشهوره أبي خديجه: «جعلته عليكم قاضياً».

وقوله عجل الله فرجه: «هم حجتي عليكم وأنا حجه الله». إلى غير ذلك ممّا يظفر به المتتبع.

لكن الإنصاف بعد ملاحظه سياقها أو صدرها أو ذيلها يقتضى الجزم بأنّها الشرح:

وكذلك لم يعلم أنّ ما بأيدينا ما ذكر الشيخ النجاشي والشيخ الطوسي في ترجمه اسماعيل بن موسى بن جعفر عليهم السلام: أنّ له كتباً يرويها عن أبيه عن آباءه، منها كتاب الطهاره . . . إلى آخر ما ذكره (٢)، حيث لم يظهر أنّ ما بأيدينا هي تلك الكتب، مع أنّ الموجود بأيدينا يختلف عن تلك الكتب، ومن المحتمل أنّ تلك الكتب لم تصل حتّى إلى الشيخ الطوسي رحمه الله؛ ولذا لم يذكر في كتابيه عنه روايه.

في مقام بيان وظيفتهم من حيث الأحكام الشرعيّه، لا- كونهم كالنبي والأئمه صلوات الله عليهم في كونهم أولى بالناس في أموالهم، فلو طلب الفقيه الزكاه والخمس من المكلف فلا دليل على وجوب الدفع إليه شرعاً. نعم، لو ثبت شرعاً اشتراط صحّه أدائهما [١] بدفعه إلى الفقيه مطلقاً أو بعد المطالبه، وأفتى بذلك الفقيه، وجب اتّباعه إن كان ممّن يتعيّن تقليده ابتداءً أو بعد الاختيار، فيخرج عن محلّ الكلام.

هذا، مع أنّه لو فرض العموم فيما ذكر من الأخبار، وجب حملها على إرادته الجبهه المعهوده المتعارفه من وظيفته، من حيث كونه رسولاً مبلّغاً، وإلا لزم

ص: ١٨٢

١- (١) سورة آل عمران: الآية ٦٨ .

٢- (٢) رجال النجاشي: ٢٦، و فهرست الشيخ: ٤٦ .

تخصيص أكثر أفراد العام؛ لعدم سلطنه الفقيه على أموال الناس وأنفسهم إلا في موارد قليلة بالنسبة إلى موارد عدم سلطنته.

وبالجملة، إقامه الدليل على وجوب طاعه الفقيه كالإمام عليه السلام إلا ما خرج بالدليل دونه خرط القتاد!

بقي الكلام في ولايته على الوجه الثاني أعنى توقّف تصرف الغير على إذنه، فيما كان متوقّفاً على إذن الإمام عليه السلام وحيث إن موارد التوقّف على إذن الإمام عليه السلام غير مضبوطة فلا بدّ من ذكر ما يكون كالضابط لها، فنقول:

الشرح:

[١] بأن يستنبط الفقيه المطالب بالزكاه أو الخمس من الأدله الشرعيه اعتبار دفعهما إلى الفقيه، وأنّه لا يصح دفعهما بدون ذلك مطلقاً أو بعد مطالبه الفقيه، فإنّ العامى إذا أحرز من يقلده ابتداءً كما إذا كان أعلم من الآخرين، أو تخيراً كما إذا كان في رتبه الآخرين، يجب إيصالهما إليه مطلقاً أو بعد اختياره. وهذا في غير مورد الكلام، فإنّ مورد ولايه الفقيه، وأن أمر الفقيه وحكمه نافذ كحكم الإمام عليه السلام مع قطع النظر عن إفتائه.

كلّ معروف علم من الشارع إرادته 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 يُعلم ذلك واحتمل كونه مشروطاً في وجوده أو وجوبه بنظر الفقيه، وجب الرجوع فيه إليه.

ثمّ إن علم الفقيه من الأدله جواز تولّيه؛ لعدم إناطته بنظر خصوص الإمام أو نائبه الخاصّ، تولّاه مباشرة أو استتابةً إن كان ممّن يرى الاستتابة فيه، وإلا عطّله، فإنّ كونه معروفاً لا ينافى 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 المذكوره، فيدلّ عليه مضافاً إلى ما يستفاد من جعله حاكماً، كما في مقبوله ابن حنظله، الظاهره في كونه كسائر الحكّام المنصوبه في زمان النبي صلى الله عليه وآله والصحابه في إلزام الناس بإرجاع الأمور المذكوره إليه، والانتهاه فيها إلى نظره، بل المتبادر عرفاً من نصب السلطان حاكماً وجوب

الرجوع في الأمور العامّة المطلوبه للسلطان إليه، وإلى ما تقدّم من قوله عليه السلام: «مجارى الأمور بيد العلماء بالله الأمانة على حلاله وحرامه»: التوقيع المروي في إكمال الدين وكتاب الغيبه واحتجاج الطبرسي الوارد في جواب مسائل اسحاق بن يعقوب، التي ذكر أنّي سألت العمري رحمه الله أن يوصل لي إلى الصاحب عجل الله فرجه كتاباً فيه تلك المسائل التي قد أشكلت عليّ، فوردَ الجواب بخطّه عليه آلاف الصلاه والسلام في أجوبتها، وفيها: «وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواه حديثنا؛ فإنّهم حجّتي عليكم وأنا حجّه الله». فإنّ المراد بـ «الحوادث» ظاهراً: مطلق الأمور التي لا بدّ من الرجوع فيها عرفاً أو عقلاً أو شرعاً إلى الرئيس، مثل النّظر في أموال القاصرين لغيبه أو موتٍ أو صغرٍ أو سفهٍ.

وأما تخصيصها بخصوص المسائل الشرعيّه، فبعيد من وجوه:

منها: أنّ الظاهر وكول نفس الحادثه إليه لياشر أمرها مباشرة أو استنباه، لا الرجوع في حكمها إليه.

ومنها: التعليل بكونهم «حجّتي عليكم وأنا حجّه الله»؛ فإنّه إنّما يناسب الأمور التي يكون المرجع فيها هو الرأى والنظر، فكان هذا منصب ولأه الإمام عليه السلام من قبل نفسه، لا أنّه واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبه الإمام عليه السلام، وإلاّ كان المناسب أن يقول: «إنّهم حجّج الله عليكم» كما وصفهم في مقام آخر بـ «أنّهم أمانة الله على الحلال والحرام».

ومنها: أنّ وجوب الرجوع في المسائل الشرعيه إلى العلماء الذي هو من بديهيات الإسلام من السّلف إلى الخلف ممّا لم يكن يخفى على مثل إسحاق بن يعقوب، حتّى يكتبه في عداد مسائل أشكلت عليه، بخلاف وجوب الرجوع في المصالح العامّه إلى رأى أحدٍ ونظره، فإنّه يحتمل أن يكون الإمام عليه السلام قد وكلّه في غيبته إلى شخص أو أشخاص من ثقافته في ذلك الزّمان.

والحاصل: أنّ الظاهر أنّ لفظ «الحوادث» ليس مختصّاً بما اشتبّه حكمه ولا بالمنازعات.

ثمّ إنّ التّسببه بين مثل هذا التّوقيع وبين العمومات [١]

الشرح:

[١] يعنى: مقتضى التّوقيع وجوب الرجوع في الوقائع الحادثه والعمل فيها إلى



الرواه، سواء كانت الواقعة من الأمور الحسبيه أو غيرها من موارد القضاء ونحوها، كما أن ما ورد من أن «كل معروف صدقه» (١) مقتضاه مشروعيه العمل بالمعروف وجواز الظاهره في إذن الشارع في كل معروف لكل أحد، مثل قوله عليه السلام: «كل معروف صدقه»، وقوله عليه السلام: «عون الضعيف من أفضل الصدقه» وأمثال ذلك وإن كانت عموماً من وجه، إلا أن الظاهر حكومه هذا التوقيع عليها وكونها بمنزله المفسر الدال على وجوب الرجوع إلى الإمام عليه السلام أو نائبه في الأمور العامه التي يفهم عرفاً دخولها تحت «الحوادث الواقعة»، وتحت عنوان «الأمر» في قوله: «أولى الأمر».

وعلى تسليم التنزل عن ذلك، فالمرجع بعد تعارض العمومين إلى أصاله عدم مشروعيه ذلك المعروف مع عدم وقوعه عن رأى ولي الأمر. هذا، لكن المسأله لا تخلو عن إشكال، وإن كان الحكم به مشهورياً.

الشرح:

استقلال كل أحد به، سواء كان من الأمور الحسبيه أو من المستحبات والواجبات الكفائيه وبعد سقوط إطلاقهما في مورد اجتماعهما وهى الأمور الحسبيه ونحوها يرجع إلى أصاله عدم مشروعيه ذلك المعروف، بل لا يبعد حكومه مثل التوقيع على مثل العموم المزبور، فإنه لا يكون الاستقلال مع إيجاب الرجوع فيها إلى الرواه من المعروف؛ ليعمه كل معروف صدقه، وكذا لا يكون الاستقلال عوناً للضعيف، بل عونه هو الرجوع في أمره إلى الحاكم.

أقول: العامى الذى يحتمل فى الواقعه اعتبار الرجوع فيها إلى الفقيه لا يجوز له الاستقلال بمباشرته بها، حيث يجب عليه فى الشبهه الحكيمه الاحتياط أو التقليد ممن يتعين عليه الرجوع إليه فى الوقائع، وإذا رجع إلى الفقيه احتياطاً أو تقليداً فعلى الفقيه ملاحظه الأدله فى تلك الواقعه، فإن كان مقتضاها عدم جواز العمل أو عدم ثبوت الولاية لا له ولا لغيره يعمل على مقتضى تلك الأدله، كما إذا رأى أنه ليس له ولا لغيره الولاية على تزويج الصغير أو الصغيره. وإن كان مقتضى الأدله جواز المباشره أو جواز التوكيل، كالتصرف فى مال اليتيم، يعمل على ما ظهر له حتى لو ظهر منها جواز تصدى وعلى أى تقدير، فقد ظهر ممّا ذكرنا: أن ما دلّ عليه هذه الأدله هو ثبوت

ص: ١٨٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٦: ٢٨٥ و ٢٨٦، الباب الأول من أبواب فعل المعروف، الحديث ٢ و ٥.

الولاية للفقهاء في الأمور التي يكون مشروعها إيجاباً في الخارج مفروغاً عنها، بحيث لو فرض عدم الفقيه كان على الناس القيام بها كفاية. وأما ما يشك في مشروعيتها كالحودود لغير الإمام، وتزويج الصغيره لغير الأب والجد، وولاية المعامله على مال الغائب بالعقد عليه وفسخ العقد الخياري عنه، وغير ذلك، فلا يثبت من تلك الأدله مشروعيتها للفقهاء، بل لا بد للفقهاء من استنباط مشروعيتها من دليل آخر.

نعم، الولاية على هذه وغيرها ثابتة للإمام عليه السلام بالأدله المتقدمه المختصه به، مثل آيه «أُولَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ» (١).

الشرح:

العامى للواقع فله الإفتاء بذلك.

ثم الأمور الحسينيه التي يكون مقتضى الأدله فيها عدم الجواز، كالتصرف في مال الغائب أو القاصرين، يكون مباشره الفقيه أو توكيله هو المقدمار المتيقن من الجواز فيؤخذ في غير ذلك بإطلاق النهى أو عمومه. ومقتضاه عدم كون التصرف المزبور معروفاً أو عونا للضعيف، بل يكون ظلماً وتعدياً عليه كما لا يخفى.

وأما الأمور التي يكون مقتضى الأدله جواز التصدي لكل أحد للفقهاء الإفتاء بذلك، فيجوز للعامى التصدي به استقلالاً، كما في تغسيل ميت لا ولى له.

ودعوى اعتبار الرجوع في مثل ذلك أيضاً إلى الفقيه أخذاً بإطلاق التوقيع فيها ما لا يخفى؛ لضعف التوقيع سنداً ودلاله، كما تقدم سابقاً.

وقد تقدم: أن إثبات عموم نيابه الفقيه عنه عليه السلام في هذا النحو من الولاية على الناس ليقصر في الخروج عنه على ما خرج بالدليل دونه خرط القتاد.

وبالجمله، فها هنا مقامان:

أحدهما: وجوب إيكال المعروف المأذون فيه إليه؛ ليقع خصوصياته عن نظره ورأيه، كتجهيز الميت الذى لا ولى له، فإنه يجب أن يقع خصوصياته من تعيين الغاسل والمغسل وتعيين شئ من تركته للكفن وتعيين المدفن عن رأى الفقيه.

ص: ١٨٦

الثانى: مشروعيتّه تصرّفٍ خاصّ في نفس أو مال أو عرض. والثابت بالتوقيع وشبهه هو الأوّل دون الثانى، وإن كان الإفتاء فى المقام الثانى بالمشروعيتّه وعدمها أيضاً من وظيفته، إلا أنّ المقصود عدم دلاله الأدلّه السابقه على المشروعيتّه. نعم، لو ثبتت أدلّه النيابة عمومًا تمّ ما ذكر.

ثمّ إنّه قد اشتهر فى الألسن وتداول فى بعض الكتب [١] روايه أنّ «السلطان الشّرح:

[١] وحاصله: أنّ المراد بالسلطان هو السلطان بحقّ، كما هو فرض الشّارع السّلطنه لشخص، فينحصر مدلول الروايه (١) بولاية الإمام عليه السلام، واستفاده ولاية الفقيه يحتاج إلى عموم أدلّه النيابة، وقد تقدّم أنّه لا عموم فيها وأنّه لم تثبت ولايته فى غير الإفتاء والقضاء، من غير الأمور المعبر عنها بالأمور الحسينيه التى منها، بل وأهمها أمر تنظيم أمر بلاد المسلمين وتحصيل الأمن لها. كما اعترف بعدم العموم جمال المحققين فى باب الخمس، بعد الاعتراف بأن المعروف عند الأصحاب كون الفقهاء نواب ولّى من لا ولّى له». وهذا أيضاً بعد الانجبار سنداً أو مضموناً يحتاج إلى أدلّه عموم النيابة، وقد عرفت ما يصلح أن يكون دليلاً عليه، وأنّه لا يخلو عن وهن فى دلالتّه، مع قطع النظر عن السند، كما اعترف به جمال المحققين فى باب الخمس بعد الاعتراف بأنّ المعروف بين الأصحاب كون الفقهاء نواب الإمام عليه السلام، ويظهر من الشّرح:

الإمام عليه السلام (٢)، ويظهر التأمل فى نيابته كذلك من المحقق الثانى أيضاً فى رسالته الموسومه ب «قاطع اللجاج» (٣).

ثمّ إنّ المراد ب «من لا ولّى له» ليس مطلق الإنسان الذى لم يكن له ولّى، بل الذى ينبغى أن يكون له ولّى كالصغير والمجنون والمغمى عليه والغائب عن أمواله والموقوف عليهم والميت الذى لا ولّى له وقاطبه المسلمين بالإضافة إلى ملكهم، كالأراضى المفتوحه عنوه ونحو ذلك، فينحصر مدلول الروايه بالأمور الحسينيه

ص: ١٨٧

١- (١) يعنى الروايه التى فى المتن، أنظر المسالك ٧: ١٤٧، وعوائد الأيام: ٥٦٣، والجواهر ٢٩: ١٨٨، وكنز العمال ١٦: ٣٠٩، الحديث ٤٤٦٤٣ و ٤٤٦٤٤.

٢- (٢) حاشيه الروضه: ٣٢٠، ذيل عبارته «أو إلى نوابه وهم الفقهاء».

٣- (٣) قاطعه الحجاج فى تحقيق حلّ الخراج (رسائل المحقق الكركى) ١: ٢٥٧.

لا الاولويه على الرعيه قاطبه على حد ولايه النبي صلى الله عليه و آله .

نعم، يستفاد ممّا يذكر نفوذ التصرف من السلطان فيما يكون ذلك التصرف صلاحاً للمولى عليه حتّى ما إذا شك في مشروعيته بحسب سائر الأدله، كما إذا أراد تزويج الصغير مع كونه صلاحاً له، فإنه لم يمكن إثبات ذلك بالتوقيع؛ لما تقدّم من أنّ مدلوله ولايه الرواه في كلّ واقعه يجب العمل فيها، وأنه يرجع في تلك الوقعه إلى الرواه. وهذا بخلاف هذه الروايه، فإن مدلولها ثبوت الولايه للسلطان في كلّ تصرف يكون صلاحاً للمولى عليه ولم يكن من الأمور الحسينيه. نعم، يعتبر كون التصرف صلاحاً للمولى عليه فلا ينفذ التصرف المزبور مع عدم صلاحه له، كما هو مقتضى المحقّق الثاني أيضاً في رسالته الموسومه ب «قاطع اللجاج» في مسأله جواز أخذ الفقيه أجره أراضى الأنفال من المخالفين، كما يكون ذلك للإمام عليه السلام إذا ظهر الشك في عموم النيابه، وهو في محلّه. ثم إنّ قوله: «من لا وليّ له» في المرسله المذكوره ليس مطلق من لا وليّ له، بل المراد عدم الملكه، يعنى: أنّه وليّ من [١]

الشرح:

كونه ولياً، فإنّه فرق بين أن يكون للشخص ولايه لأحد، كما هو ظاهر الروايه، وأن يكون له ولايه عليه، فإنّه لا يبعد أنّ يكون مقتضى الثاني النفوذ ولو لم يكن التصرف صلاحاً.

[١] كلّ ما ذكر ممّن يحتاج إلى الولي بحسب صنفه، وأمّا الاحتياج إليه بحسب الشخص أو النوع أو الجنس فلم يظهر المراد منه، ونتيجه البحث إلى هذا المقام أنّ ما يستدلّ بها من الروايات على ولايه الفقيه، بمعنى ثبوت الولايه على حد ثبوتها للنبي صلى الله عليه وآله وسائر الأئمّه عليهم السلام، لا تكون ناظره إلى ذلك؛ لأنّ جملها تعمّ الرواه والعلماء الذين كانوا في عصرهم عليهم السلام، بل المتيقن من بعضها ذلك، والالتزام بثبوت الولايه لهم مع ولايه النبي والإمام عليه السلام غير ممكن. أضف إلى ذلك المناقشه في إسناد جملها ودلاله كلّها على ما تقدّم، ولكن بما أنّ التحفظ على بلاد المسلمين والدفاع عنهم وعن الحوزه الإسلاميه والممانعه عن استيلاء الخونه والفساق والأشرار فضلاً عن المنافقين والكفار، ممّا يعلم وجوبه على حد وجوب سائر الأمور التي يعبر عنها بالحسبه، بل ما ذكر أهمها والأصل والأساس لها، فالواجب على الفقيه العادل البصير مع تمكنه هو التصدي لذلك مباشره أو بالتوكيل. ولا يبعد دخوله بالتصدي في عنوان ولي الأمر

ص: ١٨٨

اللازم طاعته لوكلائه فيما إذا لم يكن أمرهم ونهيهم وسائر تصرفاتهم خارجه عن الحدود التي رسمها الشّرع، حيث «لا طاعه لمخلوق في معصية الخالق» (١). ويأتي أنّ من شأنه أن يكون له وليّ بحسب شخصه أو صنفه أو نوعه أو جنسه، فيشمل الصّغير الذي مات أبوه والمجنون بعد البلوغ، والغائب والممتنع، والمريض، والمغمى عليه، والميت الذي لا وليّ له، وقاطبه المسلمين إذا كان لهم ملك، كالمفتوح عنوه، والموقوف عليهم في الأوقاف العامّة، ونحو ذلك. لكن يستفاد منه ما لم يمكن استفاد من التوقيع المذكور، وهو الإذن في فعل كلّ مصلحة لهم، فثبت به مشروعيه ما لم يثبت مشروعيته بالتوقيع المتقدّم، فيجوز له القيام بجميع مصالح الطوائف المذكورين.

نعم، ليس له فعل شيء لا يعود مصلحته إليهم، وإن كان ظاهر «الوليّ» يوهم ذلك؛ إذ بعد ما ذكرنا؛ من أنّ المراد ب «من لا وليّ له» من شأنه أن يكون له وليّ، يراد به كونه ممّن ينبغي أن يكون له من يقوم بمصالحه، لا بمعنى: أنّه ينبغي أن يكون عليه وليّ، له عليه ولاية الإيجاب، بحيث يكون تصرّفه ماضياً عليه.

والحاصل: أنّ الوليّ المنفّي هو الوليّ للشخص لا عليه، فيكون المراد بالوليّ المثبت، ذلك أيضاً، فمحصّله: إنّ الله جعل الوليّ الذي يحتاج إليه الشخص وينبغي أن يكون له، هو السلطان، فافهم. مسأله: في ولاية عدول المؤمنين.

اعلم أنّ ما كان من قبيل ما ذكرنا [١] فيه ولاية الفقيه وهو ما كان تصرّفاً الشّرح:

مع تصديه لا يعلم مشروعيه التصدي من غيره، كما يعلم عدم جواز معارضته أو تضعيفه، بل يجب تقويته والمساعدته والمجاهده على مهماته التي لم تدخل في العنوان المشار إليه بحسب ما بأيدينا من الأدله.

[١] وحاصل ما ذكر رحمه الله في المقام أنّ التصرفات المعبر عنها بالأموال الحسينيه كالتصرّف في أموال القاصرين، مع فقد الوليّ والحاكم ولو بعدم التمكن من مطلوب الوجود للشّارع إذا كان الفقيه متعذّر الوصول، فالظاهر جواز تولّيه لآحاد

ص: ١٨٩

١- (١) وسائل الشيعه ١١ : ١٥٧، الباب ٥٩ من أبواب وجوب الحج، الحديث ٧.

## اعتبار عدم المفسده في تصرف الأب والجد

المؤمنين، لأن المفروض كونه مطلوباً للشّارع غير مضاف إلى شخص، واعتبار نظاره الفقيه فيه ساقط بفرض التّعذر، وكونه شرطاً مطلقاً له لا شرطاً اختيارياً مخالف لفرض العلم بكونه مطلوب الوجود مع تعذر الشّروط، لكونه من المعروف الذي أمر بإقامته في الشّريعة.

نعم، لو احتمال كون مطلوبيته مختصّه بالفقيه أو الإمام، صحّ الرجوع إلى أصله عدم المشروعيه، كبعض مراتب النهي عن المنكر، حيث إنّ إطلاقاته لا تعمّ ما إذا بلغ حدّ الجرح.

الشرح:

الوصول إليه أو وكيله، وفي الأوقاف العامه مع عدم متولى خاص لها وفقد الحاكم كما ذكر يتصرف فيها آحاد الناس من العدول؛ للعلم بأن هذه التصرفات مطلوب وجودها وغير مأخوذه على شخص خاص، واعتبار الاستئذان من الحاكم الشّرعى ساقط؛ للتعذر، واعتبار هذا الاستئذان اختياري لا يسقط مطلوبيه التصرف مع تعذره.

نعم، فيما إذا احتمال كون الاستئذان شرطاً مطلقاً، بحيث تسقط مطلوبيه ذلك التصرف مع عدم التمكن منه، فيرجع إلى أصله عدم مشروعيته كبعض مراتب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، كما إذا توقف أحدهما على الجرح، حيث إن إطلاقات الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر المقتضيه لكون كلّ منهما واجبا كفاثيا لا تعمّ ما إذا توقف أحدهما على الجرح. والأصل عدم وجوب ذلك الجرح، بل عدم جوازه أخذاً بما دلّ على حرمة الإضرار والإيذاء والاعتداء.

أقول: المشهور عندهم، بل كما قيل (١): لا- خلاف في أنّ للأمر بالمعروف والنهي قال الشّهيد قدس سره في قواعده: يجوز للأحاد مع تعذر الحكّام توليه آحاد التصرفات الحكميه على الأصحّ، كدفع ضروره اليتيم، لعموم: «تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى» (٢)، وقوله عليه السلام: «والله تعالى في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه»، وقوله صلى الله عليه وآله: «كلّ معروف صدقه». وهل يجوز أخذ الزّكوات والأخماس من الممتنع وتفريقها في أربابها، وكذا بقيه وظائف الحكّام غير ما يتعلّق بالدعاوى؟ فيه وجهان: وجه الجواز ما ذكرنا، ولأنّه لو مُنع من ذلك لفاتت مصالح صرف تلك الأموال،

ص: ١٩٠

١- (١) جواهر الكلام ٢١ : ٣٧٤ .

٢- (٢) المائده: ٢ .

## حكم ما إذا فقد الأب وبقى الجد القريب والبعيد

وهي مطلوبه لله تعالى.

الشرح:

عن المنكر مراتب ثلاث: الإنكار بالقلب، ثم الإنكار باللسان، ثم الإنكار باليد. وأن واحده منها في طول الأخرى.

ولكن لا يخفى أنه إن كان المراد بالإنكار بالقلب الكراهه الباطنيه المتعلقه بالفعل الصيادر عن الغير أو الترك كذلك، فمن الظاهر أن هذا الإنكار وإن كان من مقتضى الإيمان والتسليم لإحكام الشرع، إلا أنه لا يدخل في عنوان الأمر بالمعروف أو النهي عن المنكر، حيث إن الأمر والنهي عباره عن بعث الآخر وتحريكه نحو الفعل أو الترك.

وإن كان المراد، كما قيل: إظهار الشخص أن الفعل الصادر عن الغير مكروه له، فهذا داخل في عنوان الإنكار باللسان، فيجربى عليه ما يجربى على الإنكار باللسان ولا يكون وجوبه مطلقا، بل على تقدير احتمال التأثير وعدم الخوف من ترتب الضرر.

وكذلك لا يدخل الإنكار باليد ضربا كان أو جرحا أو حبسا، في عنوان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وما يستدل على ذلك من بعض الروايات؛ لضعف السند، بل الدلاله، لا تصلح للاعتماد عليها. وعلى تقديره فلا يكون أحدهما في طول وقال بعض متأخري العايمه: لا شك أن القيام بهذه المصالح أهم من ترك تلك الأموال بأيدي الظلمه 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 يس من ذلك كما في هذا الزمان تعين صرفه على الفور في مصارفه؛ لما في إبقائه من التغيرير وحرمان مستحقه من تعجيل أخذه مع مسيس حاجتهم إليه. ولو ظفر بأموال مغصوبه حفظها لأربابها حتى يصل إليهم، ومع اليأس يتصدق بها عنهم، وعند العايمه تصرف في المصارف العايمه، انتهى.

الشرح:

الآخر، وفي خبر يحيى بن الطويل عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «ما جعل الله عز وجل بسط اللسان وكف اليد، ولكن جعلهما يبسطان معا ويكفان معا» (١).

والحاصل: أن ما دل على حرمة الإيذاء والإضرار والاعتداء خروج الضرب فضلا

ص: ١٩١

١- (١) وسائل الشيعه ١٦: ١٣١، الباب ٣ من أبواب الأمر والنهي، الحديث ٢.

عن الجرح عن كونه معروفا فلا يمكن الأخذ بقوله عليه السلام: «كل معروف صدقه»<sup>(١)</sup>. وبعبارة أخرى: ضرب الغير أو جرحه مع كونهما موجبين لحمل الغير على المعروف وانتهاؤه عن المنكر من المتزاحمين، وعلى تقدير عدم إحراز الأهميه يكون وجوب الحمل ساقطا باعتبار عدم إباحه مقدمته، مع أنّ وجوب الحمل فى نفسه، المعبر عنه بالمنع عن المنكر لا يخلو عن تأمل، وإن كان ربّما يستظهر جواز ذلك ومطلوبيته بالإضافه إلى الأهل والعيال من صحيحه عبدالله بن سنان عن أبى عبدالله عليه السلام قال: «جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: إنّ أمى لا تدفع يد لامس، فقال: فاحبسها. قال: قد فعلت، قال: فامنع من يدخل عليها، قال: «قد فعلت، قال: قيدها، فإنّك لا تبرّها بشيء والظاهر أنّ قوله: «فإنّ توقع [١]... إلى آخره» من كلام الشهيد قدس سره ولقد أجاد فيما أفاد إلاّ أنّه قدس سره لم يبيّن وجه عدم الجواز، ولعلّ وجهه [٢]: أنّ مجرد كون هذه الأمور من المعروف لا ينافى اشتراطها بوجود الإمام أو نائبه كما فى قطع الدعاوى الشرح:

أفضل من تمنعها من محارم الله عزّ وجلّ»<sup>(٢)</sup> حيث لا يستفاد منها إلاّ المطلوبه لا الوجوب.

نعم، قوله سبحانه: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا»<sup>(٣)</sup> يمكن استفاده الوجوب منها بالإضافه إلى الأهل، ولو كان المنع عن المنكر بالإيداء ونحوه، بشهاده الصحيحه بأن المنع المزبور إحسان، بل يمكن أن يقال: لا يحتمل عادة أن يكون المنع عن محارم الله إحسانا وبرا بالإضافه إلى الأم والأهل، ولا يكون إحسانا بالإضافه إلى السائرين؛ ولذا لا يبعد جواز المنع مطلقا، كما لا يبعد الالتزام بأن على الحاكم وولّى المسلمين المنع فى موارد كون المنكر بشيوعه موجبا لفساد المجامع الإسلاميه، وطمس معالم الدين عن بلاد المسلمين كما لا يخفى.

[١] يعنى: أنّ هذا ليس من تتمه كلام العامه، بل من تتمه ما ذكره رحمه الله بقوله: «وهل يجوز أخذ الزكوات والأخماس؟»<sup>(٤)</sup>

ص: ١٩٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٦: ٢٨٥ و ٢٨٦، الباب الأوّل من أبواب فعل المعروف، الحديث ٢ و ٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٨: ١٥٠، الباب ٤٨ من أبواب حد الزنا، الحديث الأوّل.

٣- (٣) سوره التحريم: الآيه ٦.

٤- (٤) وهو قول الشهيد فى القواعد والفوائد ١: ٤٠٦، القاعده ١٤٨.



[٢] وبتعبير آخر: إن قوله عليه السلام: «كُلُّ معروف صدقه»<sup>(١)</sup> في مقام الترغيب إلى فعل المعروف، وأما تعيين المعروف ومصاديقه فهو خارج عن مدلوله كما هو الشأن في كل خطاب يتضمن الحكم بعنوان القضية الحقيقية، وعلى ذلك فلا يمكن التمسك وإقامه الحدود، وكما في التجاره بمال الصيغير الذي له أب وجد؛ فإن كونها من المعروف لا ينافي وكوله إلى شخص خاص. نعم، لو فرض المعروف على وجه يستقل العقل بحسنه مطلقاً كحفظ اليتيم من الهلاك الذي يعلم رجحانه على مفسده التصرف في مال الغير بغير إذنه صحّ المباشرة بمقدار يندفع به الضروره، أو فرض على وجه يفهم من دليله جواز تصديده لكل أحد إلاّ أنه خرج ما لو تُمكن من الحاكم، حيث دلت الأدلة على وجوب إرجاع الأمور إليه، وهذا كتجهيز الميت، وإلاّ فمجرد كون التصرف معروفاً لا ينهض في تقييد ما دلّ على عدم ولايه أحد على مال أحد أو نفسه، ولهذا لا يلزم عقد الفضولي على المعقود له بمجرد كونه معروفاً ومصلحه، ولا يفهم من أدله المعروف ولايه للفضولي على المعقود عليه؛ لأنّ المعروف هو التصرف في المال أو النفس على الوجه المأذون فيه من المالك أو العقل أو الشارع من غير جهة نفس أدله المعروف.

الشرح:

بالروايه فيما إذا كان مقتضى الأدله عدم جواز ذلك التصرف واشتراط كونه بنظر الفقيه، كإقامه الحدود، حيث ورد أنها وظيفه الإمام والحاكم. وكذلك التصدي لجمع الزكوات والأخماس، أخذاً بأصالة عدم الولاية التي لا يكون التصدي بدونها معروفاً؛ ولذا لا يمكن التمسك بالروايه المزبوره في نفوذ البيع فضولاً فيما إذا كان ذلك البيع صلاحاً للمالك.

وممّا ذكرنا يظهر الحال في التمسك بقوله سبحانه: «وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى»<sup>(٢)</sup>، حيث إن تعيين البرّ والتقوى خارج عن مدلولها، وكذلك لا يقتضى قوله عليه السلام: «والله في عون المؤمن ما كان المؤمن في عون أخيه»<sup>(٣)</sup>.

وبالجملة، تصرف غير الحاكم يحتاج إلى نصّ عقلي، أو عموم شرعي، أو

ص: ١٩٣

١- (١) مرّ سابقاً .

٢- (٢) سورة المائدة: الآية ٢.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٦ : ٣٧١، الباب ٢٩ من أبواب فعل المعروف، الحديث ٢.

خصوصاً في مورد جزئي، فافهم.

بقي الكلام في اشتراط العدالة في المؤمن الذي يتولى المصلحه عند فقد الحاكم، كما هو ظاهر أكثر الفتاوى؛ حيث يعبرون بعدول المؤمنين، وهو مقتضى الأصل، ويمكن أن يستدل عليه ببعض الأخبار أيضاً:

ففي صحيحه محمد بن إسماعيل: «رجل مات من أصحابنا بغير وصيه، فرفع أمره إلى قاضي الكوفه، فصير عبد الحميد القيم بماله، وكان الرجل خلف ورثه صغاراً ومتاعاً وجواري، فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهن، إذ لم يكن الميت صير إليه وصيه، وكان قيامه فيها بأمر القاضي؛ لأنهن فروج، قال: فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام، وقلت له: يموت الرجل من أصحابنا، ولا يوصى إلى أحد، ويخلف جواري، فيقيم القاضي رجلاً منا لبيعهن أو قال: يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج، فما ترى في ذلك؟ قال: إذا كان القيم مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس». بناءً على أن المراد من المماثله [١]: الشرح:

وعلى الجملة إذا كان في البين ما يدل على عدم جواز الفعل أو عدم نفوذه حتى مع عدم التمكن على الوصول من الفقيه فلا يمكن إثبات الولايه فيه لعدول المؤمنين بما ذكر من الآيه والروايه، بل يحتاج جواز التصدي حسبه إلى العلم بجواز التصدي كالتصرف في الأوقاف العامه التي لا متولى لها وتجهيز ميت لا ولي له، أو قيام دليل خاص عليه كالتصرف في أموال اليتامى مع عدم الولي لهم كما لا يخفى.

[١] وحاصله أن نصب القيم من القاضي المزبور في الروايه غير نافذ، ويكون تصرف عبد الحميد ومثله من جهه ولايته على الأيتام بحكم الشارع لا من جهه كونه إما المماثله في التشيع أو في الوثاقه وملاحظه مصلحه اليتيم وإن لم يكن شيعياً أو في الفقاهه بأن يكون من نواب الإمام عموماً في القضاء بين المسلمين أو في العدالة. والاحتمال الثالث منافٍ لإطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس مع عدم الفقيه ولو مع تعدده. وهذا بخلاف الاحتمالات الأخرى، فإن البأس ثابت للفاسق أو الخائن أو المخالف. وإن تعدد غيرهم فتعين أحدها الدائر بينها فيجب الأخذ في مخالفه الأصل بالأخص منها وهو العدل، لكن الظاهر من بعض الروايات كفايه الأمانه وملاحظه مصلحه اليتيم، فيكون مفسراً للاحتمال الثاني في وجه المماثله

الشرح:

منصوبا من قبل القاضى، والمحمل فى المماثله الوارده فى الروايه (١) أمور:

الأول: المماثله فى التشيع. الثانى: المماثله فى الوثاقه، أى فعل ما هو صلاح للأيتام، فىكون ملاحظه مصلحه اليتيم فى عباره المصنّف رحمه الله عطفًا تفسيريًا للوثاقه. الثالث: المماثله فى الفقاهه. الرابع: المماثله فى العداله. واحتمال إرادته الثالث، أى المماثله فى الفقاهه ضعيف؛ لأنّ مفهوم الشرطيه على ذلك الاحتمال أنه إذا لم يكن القيم للأيتام فقيها ففى تصرفاته بأس ومنع، والمنع إطلاقه يجرى حتّى فى صورته تعذر الفقيه، مع أنه لا يمكن أن تكون الفقاهه بالإضافه إلى مال اليتيم شرطًا على الإطلاق، بحيث لا يجوز لغير الفقيه التصرف حتّى مع تعذر الفقيه.

وهذا بخلاف سائر الاحتمالات، فإنّه لا بأس عليها بالأخذ بإطلاق البأس والمنع، والالتزام بأن تصرف غير الشيعة أو الخائن أو الفاسق فى مال اليتيم غير نافذ.

ففى صحيحه علىّ بن رثاب [١]: «رجل مات وبينى وبينه قرابه وترك أولاداً صغاراً ومماليك غلماناً وجوارى ولم يوص، فما ترى فىمن يشتري منهم الجاربه فيتخذها أم ولد؟ وما ترى فى بيعهم؟ قال: إن كان لهم ولّى يقوم بأمرهم، الشرح:

والحاصل: يدور المراد فى الاحتمالات الثلاثه الباقيه فيؤخذ بالأخص منها وهو اعتبار العدل؛ لكونه متيقنا بالإرادته؛ لأنّ العادل يكون شيعيا ويكون تصرفه بمقتضى التكليف المستفاد من مثل قوله سبحانه: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» (٢) صلاحًا لليتيم.

أقول: لا- مجال فى المقام للتمسك بإطلاق المفهوم وإثبات أنّ المراد بالمماثله المماثله فى غير الفقاهه، وذلك للجزم بأن البأس فى المفهوم لا- يعمّ تصرف غير الفقيه مع تعذر الفقيه، وعدم شمول المفهوم لذلك إما بالتقييد كما إذا كان المراد بالمماثله الفقاهه فإنه لا بد من تقييد المفهوم، وإما تقييدا كما إذا كان المراد بها غير الفقاهه، نظير ما

ص: ١٩٥

١- (١) وهى الروايه المذكوره فى المتن، وسائل الشيعة ١٧: ٣٦٣، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٢.

٢- (٢) سورة الأنعام: الآيه ١٥٢.

يقال: إنه مع العلم بعدم ثبوت حكم العام لشيء ودوران كونه بالتخصيص أو بالتخصيص لا- يمكن التمسك بأصالة العموم وإثبات كونه بالتخصيص. فالصحيح أن الصحيحه مجمله من حيث المراد من المماثله، فيؤخذ بالأخص من الاحتمالات، وهى المماثله فى الفقاهه والعدل.

[١] ووجه دلالتها أن قوله عليه السلام: «التأخر فيما يصلحهم»<sup>(١)</sup> وصف توضيحي، فيكون مفاد الصحيحه نفوذ تصرفات من تكون تصرفاته من جهه صلاح الصغير المفروض عدم القيم الخاص له، ولكنها لا تنافى اعتبارالعداله فى القيم، فإنه يرفع عن باع عليهم ونظر لهم وكان مأجوراً فيهم. قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجاربه 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».

وموثقه زرعه، عن سماعه: «فى رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار، من غير وصيه، وله خدم ومماليك وعقد كيف يصنع الورثه بقسمه ذلك؟ قال: إن قام رجل ثقه قاسمهم ذلك كله فلا بأس»، بناءً على أن المراد من يوثق به ويطمئن بفعله عرفاً وإن لم يكن فيه ملكه العداله.

لكن فى صحيحه اسماعيل بن سعد ما يدل على اشتراط تحقق عنوان العداله: «قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل يموت بغير وصيه، وله ولد صغار وكبار، أيجلّ شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولّى القاضى بيع ذلك؟ فإن تولاه قاض الشرح:

إطلاقها بما دلّ على اعتبار العداله كما أنّ ما دلّ على اعتبارها يكون مفسّراً لإجمال الصحيحه الأولى. فتكون النتيجة أنّ القائم بمصالح الصغير من غير وصايه، ومن غير توكيل من الحاكم الشرعى، يجب أن يكون عدلاً.

وأما موثقه سماعه قال: «سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصيه، وله خدم ومماليك وعقد، كيف يصنع الورثه بقسمه ذلك الميراث؟ قال: إن قام رجل ثقه قاسمهم ذلك كله فلا بأس»<sup>(٢)</sup> فلا- ظهور للثقه فيها فيمن يطمئن بفعله عرفاً ولو كان فاسقاً، بل لا يبعد ظهورها فى العدل، ولا أقل من الحمل عليه جمعا بينها

ص: ١٩٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٦١، الباب ١٥ من أبواب عقد البيع، الحديث الأول.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ٤٢٢، الباب ٨٨ من كتاب الوصايا، الحديث ٢.

## ولايه النبي صلى الله عليه و آله والإمام عليه السلام

وبين صحيحه اسماعيل بن سعد(١) برفع اليد عن إطلاق الثانيه بالأولى كما لا يخفى.

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 رضى الورثه بالبيع وقام عدل في ذلك».

هذا، والذي ينبغي أن يقال[١]: إنك قد عرفت أن ولايه غير الحاكم لا تثبت إلا في مقام يكون عموم عقلي أو نقلي يدل على رجحان التصدي لذلك المعروف، أو يكون هناك دليل خاص يدل عليه، فما ورد فيه نص خاص على الولاية اتبع ذلك النص عموماً أو خصوصاً فقد يشمل الفاسق وقد لا يشمل.

الشرح:

[١] يعنى: فى الموارد التى يكون فيها لجواز تصرف غير الفقيه ونفوذ دليل خاص اتبع ذلك الدليل فى جهه كونه دالاً على اعتبار العدالة فى المتصرف أم لا.

وأما الموارد التى يكون تصرف غير الفقيه فيها من جهه دخول ذلك التصرف فى عموم قوله عليه السلام: «كل معروف صدقه»(٢) وقوله: «عونك الضعيف من أفضل الصدقه»(٣) أو عموم قوله سبحانه: «وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»(٤)، ففيها تفصيل من جهه أن الفاسق أيضاً يجوز له التصدي لتلك التصرفات، ويكون تصرفه نافذا كتصرف العادل، إلا أنه لا يسقط التكليف بإصلاح مال اليتيم وحفظه عن الهلاك عن السائرين بمجرد قيام الفاسق بالتصرف مع عدم إحراز كون تصرف الفاسق صلاحاً وإحساناً للطفل، ولا يكفى فى الإحراز حمل التصرف المزبور على الصحة، مثلاً إذا باع الفاسق مال الصبي غير لا يجوز مع جهله بكون ذلك صلاحاً للطفل شراء ذلك المال من البائع المزبور، ولا تجرى أصله الصحة فى فعل البائع. فإن الشك فى المقام فى أصل وجود الأمور به وهو إصلاح مال الطفل وإيجاد الصلاح، فيكون نظير ما إذا شك فى أن وأما ما ورد فيه العموم، فالكلام فيه قد يقع فى جواز مباشره الفاسق وتكليفه بالنسبه إلى نفسه، وأنه هل يكون مأذوناً من الشرع فى المباشره، أم لا؟ وقد يكون بالنسبه إلى ما يتعلّق من فعله بفعل غيره إذا لم يعلم وقوعه على وجه المصلحه،

ص: ١٩٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٦٢ ، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث الأول .

٢- (٢) مرّ آنفاً .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٥ : ١٤١ ، الباب ٥٩ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢ .

٤- (٤) سورة الأنعام : الآية ١٥٢ ، وسوره الإسراء : الآية ٣٤ .

أمّا الأوّل: فالظاهر جوازّه، وأنّ العدالة ليست معتبره في منصب المباشرة؛ لعموم أدلّه فعل ذلك المعروف، ولو مثل قوله عليه السلام: «عون الضّعيف من أفضل الصدّقه»، وعموم قوله تعالى: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» (١) ونحو ذلك.

الشرح:

الغير صلّى على الميت أم لا. نعم، إذا أحرز أصل الصّلاه وشك في وقوعها صحيحه أم لا فتحمل على الصّحه.

وبتعبير آخر: شك المشتري في كون بيع البائع صلاحاً للطفل أم لا، نظير شكّه في بلوغ البائع وولايته على البيع، لا مجرى فيه لأصالة الصّحه. نعم، إذا باع الفاسق مال الطفل لآخر، واحتمل ثالث أنّ المشتري قد أحرز كون شرائه وبيع البائع صلاحاً للطفل، فيجوز لذلك الثالث حمل شرائه على الصّحه، ولا يجوز له أخذ الثمن من يد البائع واسترداد المبيع من يد مشتريه بدفع الثمن إليه؛ لأنّه لا يعلم أنّ مال الصغير هو الثمن، بل مقتضى أصالة الصّحه الجارية في شراء المشتري كون ماله هو الثمن لا المثل.

أقول: قد تقدّم سابقاً أنّه لا دلالة لقوله عليه السلام: «كلّ معروف صدقه» ولا لقوله: «عونك الضّعيف من أفضل الصدّقه» على حكم المقام، فإنّ كون تصرّف الأجنبي في وصحيحه محمد بن إسماعيل السّابقه، قد عرفت أنّها محموله على صحيحه على بن رثاب المتقدّمه، بل وموثقه زرعه وغير ذلك ممّا سيأتى. ولو ترتّب حكم الغير على الفعل الصحيح منه، كما إذا صلّى فاسق على ميت لا وليّ له، فالظاهر سقوطها عن غيره إذا علم صدور الفعل منه وشكّ في صحّته، ولو شكّ في حدوث الفعل منه وأخبر به، ففي قبوله إشكال.

وأما الثّاني: فالظاهر اشتراط العدالة فيه، فلا يجوز الشراء منه وإن ادّعى كون البيع مصلحه، بل يجب أخذ المال من يده.

الشرح:

ص: ١٩٨

مال الطفل إنَّما يكون معروفًا وعونا مع ولايته على التصرف ونفوذ معاملته. وإذا منع عنه مثل قوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»<sup>(١)</sup>، أو أصاله عدم ولايته على التصرف المزبور، فيخرج عن كونه معروفًا وعونا كما يخرج زيد باستصحاب عدم كونه فاسقًا عن عموم النهي عن إكرام الفاسق.

وأما قوله سبحانه: «وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»<sup>(٢)</sup> فهو خطاب موجه إلى من يكون في أيديهم أموال اليتامى من الأولياء، ولا يعم غير الولي ولا يعين الولايه لأحد.

والحاصل: أنَّ التصرف في مال الأيتام مستفاد من الروايات المتقدمه، ومفادها كما تقدّم اعتبار العدالة في المتصرف، وأيضا لو فرض ثبوت الولايه على كل واحد في التصرف في مال الطفل أو غيره فلا مانع من حمل فعل المتصدى على الصحه، ويدل عليه بعد صحيحه إسماعيل بن سعد المتقدمه، بل وموثقه زرعه، بناء على إرادته العدالة من الوثاقه: أنَّ عموم أدله القيام بذلك المعروف لا يرفع اليد عنها بمجرد تصرف الفاسق؛ فإنَّ وجوب إصلاح مال اليتيم ومراعاة غبطته، لا يرتفع عن الغير بمجرد تصرف الفاسق. ولا يجدى هنا حمل فعل المسلم على الصحيح، كما في مثال الصلاه المتقدم، لأنَّ الواجب هناك هي صلاه صحيحه، وقد علم صدور أصل الصلاه من الفاسق، وإذا شك في صحتها أحرزت بأصالة الصحه. وأما الحكم فيما نحن فيه، فلم يحمل على التصرف الصحيح، وإنَّما حمل على موضوع هو «إصلاح المال ومراعاة الحال» والشك في أصل تحقق ذلك، فهو كما لو أخبر فاسق بأصل الصلاه مع الشك فيها.

وإن شئت قلت: إنَّ شراء مال اليتيم لابد أن يكون مصلحه له، ولا يحرز ذلك بأصالة صحه البيع من البائع، كما لو شك المشتري في بلوغ البائع، فتأمل. نعم، لو وجد في يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشتري وأخذ الثمن من الفاسق، لأنَّ مال اليتيم الذى يجب إصلاحه وحفظه من التلف لا يعلم أنه الثمن أو المثل، وأصالة صحه معامله من الطرفين يحكم بالأول، فتدبر.

ص: ١٩٩

- ١- (١) عوالى اللئالى ٢: ١١٣، الحديث ٣٠٩، تحف العقول: ٣٤، وسائل الشيعة ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلى، الحديث ١.
- ٢- (٢) مرّت آنفأ.

الشرح:

وليس المقام من قبيل الشك في بلوغ البائع ونحوه ما يكون الشك معه في ولايه المتصرف، حيث لا مجرى لأصالة الصحة بدون إحرازها، وذلك فإنه بعد فرض الولاية حتى للفاسق يكون ولايه التصرف محرزا، غايه الأمر أن بيعه مشروط بكون ذلك البيع صلاحا للطفل بنظره كما هو مقتضى جعل الولاية، نظير اشتراط علم البائع وإحرازه أوصاف المبيع في صحه بيعه. وكما أن المشتري إذا شك في أن بائعه عالم بأوصاف مبيعه أم لا، يجوز له الاشتراء حملاً لبيعه على الصحة كذلك في المقام فيما إذا احتل المشتري أن بائع مال الطفل قد أحرز كون بيعه صلاحا، ولو كان إصلاح مال ثم إنه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين، فالظاهر أنه على وجه التكليف الوجوبى أو الندبى، لا- على وجه النيابة من حاكم الشرع، فضلاً عن كونه على وجه النصب من الإمام عليه السلام، فمجرد وضع العدل يده على مال يتيم لا يوجب منع الآخر ومزاحمته بالبيع ونحوه. ولو نقله بعقد جائز، فوجد الآخر المصلحه في استرداده، جاز الفسخ إذا كان الخيار ثابتاً بأصل الشرع أو بجعلهما مع جعله للصغير أو مطلق ولئيه من غير تخصيص بالعاقد. وأما لو أراد بيعه من شخص وعرضه لذلك جاز لغيره بيعه من آخر مع المصلحه وإن كان في يد الأول.

وبالجملة، فالظاهر أن حكم عدول المؤمنين لا- يزيد على حكم الأب والجد<sup>[١]</sup> من حيث جواز التصرف لكل منهما ما لم يتصرف الآخر.

الشرح:

الطفل واقعا هو المأمور به لوجب على الآخرين أخذ المال من يد المشتري بدفع الثمن إليه، تمسكا باستصحاب بقاء المبيع في ملك الطفل، فإنه كما لا مجال لأصالة الصحة في فعل البائع كذلك لا مجال له في فعل المشتري؛ لأن إصلاح مال الطفل واقعا لا- يحصل بمجرد فعل البائع، بل به وبفعل المشتري، ويكون الشك في صحه شراء المشتري مساويا للشك في أصل وجود المأمور به كما لا يخفى.

ثم بناءً على ما ذكرنا من عدم إحراز الولاية لغير العادل من الأمور الحسبيه المشار إليها تكون العدالة فيها للمتصدى معتبره بنحو الموضوعيه، وأما بناءً على ما ذكر المصنف رحمه الله من ثبوت الولاية فيها للفاسق يكون اعتبار العدالة فيها للمتصدى بنحو تكون عداله المتصدى طريقا إلى وقوع التصرف بالصلاح، ولو علم وقوع هذا



النحو من التصرف من جهة أخرى يكون نافذا كما لا يخفى.

[١] أقول: الظاهر أنّ مع وضع عادل يده على مال الصغير يجوز للعادل الآخر مزاحمه الأوّل؛ لأنّ بعض الروايات المتقدّمة تعم تصرف المزاحم فيما إذا وقع قبل وأما حكم الشرع فهل هم كذلك؟ فلو عيّن فقيه من يصلّى على الميت الذى لا وليّ له أو من يلى أمواله أو وضع اليد على مال يتيم، فهل يجوز للآخر مزاحمته [١] أم لا؟

الشرح:

وقوع التصرف من العادل الأوّل، وأما فيما إذا كان القيام من العادل لمجرد كون الواقعة من الأمور الحسبيه التى علم بعدم رضا الشارع بترك التعرض لها فلا- يجوز المزاحمه فى الأمور الحسبيه التى يكون مقتضى الأدلّه الأوليه المنع عن التصرف فيها، كالتصرف فى مال الغائب والأوقاف العامه؛ لأنه يرفع اليد فيها عن تلك الأدله؛ للعلم بأن الشارع لا يرضى بإهمال الواقعة. ولا يحصل هذا العلم مع وضع العادل يده على تلك الواقعة، حيث يحتمل عدم رضا الشارع بالتصدى من الآخرين ومزاحمه العادل الذى وضع يده على الواقعة أولاً.

نعم، الأمور التى يكون مقتضى الأدله الأوليه جواز التصدى لها، كالصلاه على ميت لا وليّ له، فإن الولاية ثابتة لآحاد المؤمنين، فيجوز لكل واحد منهم إيقاعها مع عدم وقوعها من الآخر قبله.

ومما ذكرنا يظهر الحال فى ولاية الفقيه، وأنّه يجوز لفقيه آخر التصرف فيما لو كان فقيه آخر وضع يده على الواقعة قبله إذا كان مقتضى الخطاب اللفظى جواز التصدى لكل فقيه، كالقضاء فى المرافعات، وأما فى الأمور الحسبيه التى تستوجب تصديها العلم برضى الشارع فلا يجوز للآخر المزاحمه باعتبار أنه لا علم له برضى الشارع بتصدى الآخر، مع فرض وضع الأول يده على الواقعة التى تكون مقتضى الأدله الأوليه عدم جواز التصرف فيها، فلاحظ وتدبر.

[١] يعنى هل يجوز للفقيه الآخر مزاحمه الفقيه الذى تصدى للواقعه بوضع يده عليها أولاً، بأن يرخص الآخر أحدا فى الصلاه على الميت أو هو يباشر بنفسه الذى ينبغى أن يقال: إنّه إن استندنا فى ولاية الفقيه إلى مثل التوقيع المتقدّم، جاز المزاحمه قبل وقوع التصرف اللازم؛ لأنّ المخاطب بوجوب إرجاع الأمور

إلى الحكّام هم العوام، فالنهي عن المزاحمه يختصّ بهم، وأمّا الحكّام فكلّ منهم حجّه من الإمام عليه السلام، فلا يجب على واحد منهم إرجاع الأمر الحادث إلى الآخر، فيجوز له مباشرته وإن كان الآخر دخل فيه ووضع يده عليه، فحال كلّ منهم حال كلّ من الأب والجدّ في أنّ النافذ تصرّف السابق، ولا عبره بدخول الآخر في مقدمات ذلك وبنائه على ما يغيّر تصرّف الآخر، كما يجوز لأحد الحاكمين تصدّي المرافعه قبل حكم الآخر وإن حضر المترافعان عنده وأحضر الشهود وبنى على الحكم.

الشرح:

بالصلاه عليه؟ ذكر رحمه الله أنه لو كان المستند لولايه الفقيه في مثل هذه الأمور ما في التوقيع (١) المتقدّم من إيجاب إرجاع الحوادث إلى الرواه فيجوز للفقيه الآخر مزاحمه الأول؛ لأنّ مفاده أنّ العوام لا يجوز لهم مزاحمه الفقهاء، بل يجب عليهم إيكال الحوادث إليهم. وأما أنّ الفقيه لا يجوز له مزاحمه الفقيه فلا دلالة للتوقيع عليه.

والحاصل: أنّ مفاد التوقيع المزبور أنّ الفقهاء كلّ واحد منهم حجّه على السائرين، ويكون لهم ولايه بحيث يجب على العوام الرجوع إليهم، فيكون حال فقيهه بالإضافة إلى الفقيه الآخر حال كلّ من الأب والجد بالإضافة إلى الآخر، ومن هذا القبيل تصدّي أحد الحاكمين للحكم في الواقعة قبل حكم الآخر فيها ولو مع دفع تلك الواقعة إلى ذلك الآخر ونظره واستماع الشهاده والبناء على الحكم فيها.

وأما إذا استفيد ولايه الفقيه من أدله نيابتها عن الإمام عليه السلام فلا يجوز للفقيه الآخر وأمّا لو استندنا في ذلك إلى عمومات النيابة، وأنّ فعل الفقيه كفعل الإمام، ونظره كنظره الذي لا يجوز التعدّي عنه لا من حيث ثبوت الولايه له على الأنفس والأموال حتّى يقال: إنّّه قد تقدّم عدم ثبوت عموم يدلّ على النيابة في ذلك، بل من حيث وجوب إرجاع الأمور الحادثه إليه، المستفاد من تعليل الرجوع فيها إلى الفقيه بكونه حجّه منه عليه السلام على الناس فالظاهر عدم جواز مزاحمه الفقيه الذي دخل في أمر ووضع يده عليه وبنى فيه بحسب نظره على تصرّف وإن لم يفعل نفس ذلك التصرّف، لأنّ دخوله فيه كدخول الإمام، فدخول الثاني فيه وبنائه على تصرّف آخر

ص: ٢٠٢

١- (١) وسائل الشيعه ٢٧: ١٤٠، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، وما يجوز أن يقضى به، الحديث ٩.

مزاحمه له، فهو كمزاحمه الإمام عليه السلام ، فأدله النيابة عن الإمام عليه السلام لا تشمل ما كان فيه مزاحمه الإمام عليه السلام . فقد ظهر ممّا ذكرنا: الفرق بين الحكّام، وبين الأب والجد، لأجل الفرق بين كون كل واحد منهم حجّه وبين كون كل واحد منهم نائباً.

الشرح:

مزاحمه من وضع يده على الواقعة أولاً وليس المراد الأدله التي يكون مدلولها كون الفقيه كالإمام أولى بالناس، أى بأنفسهم وأموالهم؛ ليقال: إنه ليس فى البين ما يقتضى ولايته كذلك، بل المراد أنّ تصرف الفقيه فى مورد له ولايه التصرف فيه كتصرف الإمام عليه السلام فيه، كما يظهر ذلك من التعليل الوارد فى التوقيع المتقدم، فإن مقتضاه كون الفقيه حجّه من قبله عليه السلام ، فتصديده للواقعه كتصديده عليه السلام لها، فإنه لو كان جواز تصدى الفقيه كجواز تصدى الأب والجد حكماً شرعياً لكان الأنسب أن يقول: فإنهم حجّه الله عليكم.

والحاصل: إذا كان تصدى الفقيه لواقعه كتصدى الإمام عليه السلام لها فلا يجوز للفقيه الآخر التصرف فيها بعد وضع اليد عليها من الفقيه الأول، حيث لا يجوز مزاحمه الإمام عليه السلام .

لا- يقال: كيف جاز لفقيه الحكم فى واقعه قبل تمام الحكم من الفقيه الآخر حتى وربما يتوهم: كونهم حينئذ كالوكلاء المتعدّدين، فى أنّ بناء واحد منهم على أمر مأذون فيه لا يمنع الآخر عن تصرّف مغاير لما بنى عليه الأول.

ويندفع بأنّ الوكلاء إذا فرضوا وكلاء فى نفس التصرف لا فى مقدّماته، فما لم يتحقّق التصرف من أحدهم كان الآخر مأذوناً فى تصرّف مغاير وإن بنى عليه الأول ودخل فيه، أمّا إذا فرضوا وكلاء عن الشخص الواحد بحيث يكون إزامهم كإزامه ودخولهم فى الأمر كدخوله، وفرضنا أيضاً عدم دلاله دليل وكالتهم على الإذن فى مخالفه نفس الموكل، والتعدّى عمّا بنى هو عليه مباشرة أو استنباه، كان حكمه حكم ما نحن فيه من غير زياده ولا- نقيصه. والوهم إنّما نشأ من ملاحظه التوكيلات المتعارفه للوكلاء المتعدّدين المتعلّقه بنفس ذى المقدّمه، فتأمل.

الشرح:

لو نظر ذلك الآخر فى تلك الواقعة وسمع الشهاده وبنى على الحكم فيها، مع أنه يجرى على تصديده فيها للقضاء أنه كتصدى الإمام عليه السلام .

فإنه يقال: وجوب القضاء على الفقيه في الواقعة مشروط بسؤال الحكم منه، ومع عدم سؤال المتخاصمين، كما هو مقتضى رجوعهما إلى غيره ولو بعد مراجعتهما إليه، يكون التكليف بالقضاء متوجهاً إلى ذلك الغير.

أقول: قد تقدم أنّ التوقيع (1) المزبور لا يمكن الاعتماد عليه لضعفه سنداً، وأن الحوادث الواقعة الواردة فيها مجمله؛ لأنّ السؤال لم يصل إلينا، ولعل كان فيه قرينه على كون المراد بها بعض المخاصمات التي يحتاج فيها إلى الحكومه.

وعلى تقدير الإغماض وعموم الحوادث فمفاده أنّ مع وجود الفقيه لا يعذر العامي في ترك الواقعة وعدم العمل بالوظيفه فيها، فإن الحجه ما يحتج به، كما أنّ مع وجود هذا كلاً مضافاً إلى لزوم اختلال نظام المصالح المنوطه إلى الحكام سيّما في مثل هذا الزمان الذي شاع فيه القيام بوظائف الحكام ممن يدعى الحكومه. وكيف كان، فقد تبين ممّا ذكرنا عدم جواز مزاحمه فقيه لمثله في كلّ إزام قوليّ أو فعليّ يجب الرجوع فيه إلى الحاكم، فإذا قبض مال اليتيم من شخص أو عين شخصاً لقبضه أو جعله ناظراً عليه، فليس لغيره من الحكام مخالفه نظره، لأنّ نظره كنظر الإمام.

وأما جواز تصدّي مجتهدٍ لمرافعه تصدّأها مجتهد آخر قبل الحكم فيها إذا لم يعرض عنها بل بنى على الحكم فيها؛ فلا أنّ وجوب الحكم فرع سؤال من له الحكم.

ثمّ إنّه هل يشترط في ولايه غير الأب والجدّ ملاحظه الغبطه لليتيم، أم لا؟ ذكر الشهيد في قواعده: أنّ فيه وجهين، ولكن ظاهر كثير من كلماتهم: أنّه لا يصحّ إلاّ مع المصلحه، بل في مفتاح الكرامه: أنّه إجماعي، وأنّ الظاهر من التذكره في باب الحجر كونه اتّفاقياً بين المسلمين، وعن شيخه في شرح القواعد: أنّه ظاهر الأصحاب، وقد عرفت تصريح الشيخ والحلّي بذلك حتّى في الأب والجدّ.

الشرح:

الإمام عليه السلام لا يعذر الناس في ترك رجوعهم إليه عليه السلام. وأما مباشره الفقيه بحادثه بالإضافة إلى فقيه آخر كمباشره الإمام عليه السلام بالإضافة إلى الفقيه، فليس فيه دلالة على ذلك.

ص: ٢٠٤

وبتعبير آخر: جعل الولاية لفقهاء بالتصريف في الواقعه لا يلزم جعل تصديه منزله تصدى الإمام عليه السلام ، وما ذكر رحمه الله من عدم جواز مزاحمه فقيهه لفقهاء آخر لاستلزامها اختلال النظام فلا يخفى ما فيه، فإنه على تقدير الدليل على ولايه كل فقيه يكون المقام نظير ما إذا تعذرت مراجعه الفقيه ووصلت النوبه لعدول المؤمنين، حيث ذكر رحمه الله جواز مزاحمه عادل لعادل ومزاحمه فقيهه لفقهاء آخر لا يزيد عليه.

ويدل عليه بعد ما عرفت من أصاله عدم الولاية لأحد على أحد : عموم قوله تعالى: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»، وحيث إن توضيح معنى الآية على ما ينبغي لم أجده فى كلام أحد من المتعرضين لبيان آيات الأحكام، فلا بأس بتوضيح ذلك فى هذا المقام، فنقول: إن «القرب» فى الآية يحتمل معانى أربعة:

الأول: مطلق التقليل والتحرريك حتى من مكان إلى آخر [١]، فلا يشمل مثل إبقائه على حال أو عند أحد.

الشرح:

[١] يعنى يحتمل كون المراد بالقرب تحريك مال اليتيم وإخراجه عن السكون، سواء كان تحريكا مكانيا بأن ينقل المال من مكان إلى آخر، أو تحريكا اعتباريا وإدخالاً فى ملك الغير بىعاً أو غيره، والتقليل والتحرريك بمعنى واحد.

ويحتمل أن يكون المراد بالقرب وضع اليد على مال اليتيم، وأنه لا يجوز وضع اليد عليه إلا فيما كان وضعها عليه أحسن من تركه بحاله.

ويحتمل كون المراد به ما يعدّ تصرفاً، سواء كان اعتباريا كالبيع والإجاره ونحوهما، أو غيره من التصرف الخارجى، ويترتب على ذلك أنه لو كان التصرف فى مال اليتيم أحسن من تركه بحاله فلا يجب التصرف، حيث إن مدلول الآية عدم جواز القرب إليه بوجه غير أحسن لا وجوب القرب إليه بوجه أحسن.

ويحتمل أن يكون المراد بالقرب مطلق الأمر الاختيارى المتعلق بمال اليتيم ولو كان الأمر المزبور تركه بحاله، ويترتب على ذلك وجوب التصرف فى الفرض المتقدم، فإن تركه بحاله على هذا الاحتمال قرب إليه بوجه غير أحسن فلا يجوز.

ثم إن المراد بالأحسن إما الأحسن من تركه أو الأحسن من تركه ومن سائر التصرفات المعبر عنه بالأحسن المطلق، أو القرب الحسن بأن يكون فيه صلاح للطفل من القرب الذى فيه حرج، أى مفسده.

الثانى: وضع اليد عليه بعد أن كان بعيداً عنه ومجتنباً، فالمعنى: تجنّبوا عنه، ولا تقربوه إلا إذا كان القرب أحسن، فلا يشمل حكم ما بعد الوضع.

الثالث: ما يعدّ تصرفاً عرفياً كالاقتراض والبيع والإجاره وما أشبه ذلك فلا يدّل على تحريم إبقائه بحاله تحت يده إذا كان التصرف فيه أحسن منه، إلا بتقيح المناط.

الشرح:

والظاهر من معانى القرب هو المعنى الثالث، حيث إن القرب إلى المال بمناسبه الحكم والموضوع هو التصرف فيه، سواء كان اعتبارياً أو خارجياً، فلا يشمل تركه بحاله، كما أن ظاهر الأحسن هو المعنى الثانى، أى التفضيل المطلق، كما هو مقتضى حذف المفضل عليه فى إفادته العموم. وعلى هذا، فلو كان بيع مال اليتيم أصلح من تركه ومن سائر التصرفات ولم يكن فرق بين بيعه بالدينار أو بالدرهم، يكون بيعه بكل منهما جائزاً باعتبار كون بيعه بكل منهما أصلح من تركه ومن سائر التصرفات، وإذا باعه بالدرهم فلا يجوز مبادله الدرهم بالدينار باعتبار أنّ هذه المبادله لا تكون أحسن من تركها.

بخلاف ما إذا قيل بأن المراد بالأحسن مطلق ما لا يكون فيه حرج ومفسده، فإنه بناءً عليه تجوز تلك المبادله، وكذا ما إذا قيل بأن المراد بالأحسن هو الأحسن المطلق، والمراد بالقرب مطلق ما يتعلق بمال اليتيم ولو كان ذلك الأمر تركه بحاله، حيث إنّ فى الفرض لا- يكون القرب، أى ترك مال اليتيم بحاله أحسن من تركه ومن سائر الأمور المتعلقة بالدرهم المزبوره، بل تركها بحالها وتبديلها بالدنانير على حد سواء، فيجوز كلّ منهما.

ثمّ إنّ الأظهر من معانى القرب هو الثالث، حيث إنّ قرب المال بمناسبه الحكم والموضوع هو التصرف فيه، كما أنّ الأظهر فى معنى الأحسن هو التفضيل المطلق، أى الرابع: مطلق الأمر الاختيارى المتعلّق بمال اليتيم، أعمّ من الفعل والترك، والمعنى: لا تختاروا فى مال اليتيم فعلاً أو تركاً إلا ما كان أحسن من غيره، فيدلّ على حرمة الإبقاء فى الفرض المذكور، لأنّ إبقائه قرباً له بما ليس أحسن. وأمّا لفظ «الأحسن» فى الآيه، 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 مصلحه، ويحتمل أن يراد به ما لا مفسده فيه، على ما قيل: من أن أحد معاني الحسن ما لا حرج في فعله.

الشرح:

التصرف الأحسن من تركه ومن سائر التصرفات. نعم، مقتضى التدبر في ملاحظه غرض الشارع أن لا ينحصر القرب بالتصرف، بل يعم ترك المال بحاله، كما هو المعنى الرابع للقرب، فإن غرضه أن لا يختار الأولياء في مال اليتيم إلا ما كان أحسن كما لا يخفى.

أقول: لا- ينبغى الريب في أن النهى عن قرب مال اليتيم لا- يراد منه معناه الحقيقي من القرب المكانى أو الزمانى أو نحوهما، بل كناية عن الفعل المناسب للمال، فلاحظ النهى عن قرب الشجره في قوله سبحانه: «وَلَا تَقْرَبَا هَذِهِ الشَّجَرَةَ» (١)، والنهى عن قرب النساء في قوله: «وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ» (٢) ونحوهما. ومن الظاهر أن الفعل المناسب للمال قسمان: التصرف الخارجى بأن يلبس الثوب المملوك لليتيم ويسكن بيته ويأكل طعامه . . . إلى غير ذلك مما هو استيفاء لمنافع مال اليتيم، أو إتلاف أعيان ماله والتصرف الاعتبارى كالاتجار بمال اليتيم. والمتيقن من المراد هو القسم الأول، وإن ثم إن الظاهر من احتمالات «القرب» هو الثالث، ومن احتمالات «الأحسن» هو الاحتمال الثانى، أعنى التفضيل المطلق. وحينئذ إذا فرضنا أن المصلحه اقتضت بيع مال اليتيم، فبعناه بعشره دراهم، ثم فرضنا أنه لا يتفاوت لليتيم إبقاء الدراهم أو جعلها ديناراً، فأراد الولي جعلها ديناراً، فلا يجوز؛ لأن هذا التصرف ليس أصلح من تركه، وإن كان يجوز لنا من أول الأمر بيع المال بالدينار، لفرض عدم التفاوت بين الدراهم والدينار بعد تعلق المصلحه بجعل المال نقداً.

الشرح:

كان لا يبعد عموم المراد وشموله للقسم الثانى.

وكيف كان، فليس الأحسن وصفاً للقرب ليقال: إن القرب لا- يعم التصرفات الاعتباريه وأن مدلول الآيه هو تحريم التصرف الخارجى غير الأحسن، فلا يستفاد منه

ص: ٢٠٧

١- (١) سورة البقره: الآيه ٣٥.

٢- (٢) سورة البقره: الآيه ٢٢٢.

الحكم الوضعى للمعاملات الجارية على مال اليتيم، بل الأحسن صله الموصول المراد به الطريقه والوسيله، كما هو مقتضى تأنيث الموصول ودخول الباء الظاهره فى الآليه أو السببيه عليه. وتوصيف الطريقه بالأحسن يمكن أن يراد ما يقابل طريق الظلم والعدوان، كما فى قوله سبحانه: «إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا» (١)، وعليه ففيمما كان وسيله القرب معامله معنونه بعنوان الظلم والعدوان يحكم بفسادها، كما إذا باع الولي مال اليتيم بثمن بخس جدا، حيث لا يمكن مع صحتها أن يكون ترتب الأثر عليها المعبر عنه بالقرب محرما.

ويمكن أن يكون المراد الطريقه التى هى أصلح لليتيم بالإضافة إلى سائر المعاملات والوسائل، فلا يجوز القرب بمال اليتيم بالإجاره إذا كان البيع أصلح، وظاهر الأحسن وإن كان هو الثانى إلا أنه قد يقال بكون المراد به هو الأول، بقربنه النهى عن أما لو جعلنا «الحسن» بمعنى ما لا مفسده فيه، فيجوز. وكذا لو جعلنا «القرب» بالمعنى الرابع، لأننا إذا فرضنا أن القرب يعم إبقاء مال اليتيم على حاله كما هو الاحتمال الرابع فيجوز التصرف المذكور؛ إذ بعد كون الأحسن هو جعل مال اليتيم نقداً، فكما أنه مخير فى الابتداء بين جعله دراهم أو ديناراً لأن القدر المشترك أحسن من غيره، وأحد الفردين فيه لا مزيه لأحدهما على الآخر فيختر كذلك بعد جعله دراهم إذا كان كل من إبقاء الدراهم على حالها وجعلها ديناراً قرباً، والقدر المشترك أحسن من غيره، وأحد الفردين لا مزيه فيه على الآخر فهو مخير بينهما.

والحاصل: أنه كلما يفرض التخيير بين تصرفين فى الابتداء لكون القدر المشترك بينهما أحسن، وعدم مزيه لأحد الفردين تحقق التخيير لأجل ذلك استدامه، فيجوز العدول من أحدهما بعد فعله إلى الآخر إذا كان العدول مساوياً للبقاء بالنسبه إلى حال اليتيم وإن كان فيه نفع يعود إلى المتصرف. لكن الإنصاف: أن المعنى الرابع ل «القرب» مرجوح فى نظر العرف بالنسبه إلى المعنى الثالث، وإن كان الذى يقتضيه التدبر فى غرض الشارع ومقصوده من مثل هذا الكلام: أن لا يختاروا فى أمر مال اليتيم إلا ما كان أحسن من غيره.

نعم، ربما يظهر من بعض الروايات أن مناط حرمة التصرف هو الضرر [١]

ص: ٢٠٨



أكله ظلماً، وبعض الروايات في التصرف بمال اليتيم.

[١] أقول: مورد الروايتين (١) ومدلولهما المراد والمعاشره مع اليتامى بالدخول إلى بيتهم والأكل من طعامهم ونحو ذلك ممّا هو صلاح لهم، فإن انقطاع الناس عنهم وترك الدخول عليهم أمر غير مرغوب في العاده، وتجويزه مع وصول العوض إلى لا أن مناط الجواز هو النفع. ففي حسنه الكاهلي: «قيل لأبي عبدالله عليه السلام: إنّنا ندخل على أخ لنا في بيت أيتام ومعهم خادم لهم، فنقعد على بساطهم ونشرب من مائهم، ويخدمنا خادمهم، وربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا وفيه من طعامهم، فما ترى في ذلك؟ قال: إن كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس، وإن كان فيه ضرر فلا»، بناءً على أن المراد من منفعة الدخول ما يوازي عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضرر في الذيل: أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازي ذلك، فلا تنافى بين الصدر والذيل على ما زعمه بعض المعاصرين: من أن الصدر دالّ على إناطه الجواز بالنفع، والذيل دالّ على إناطه الحرمة بالضرر، فيتعارضان في مورد يكون التصرف غير نافع ولا مضر. وهذا منه مبنّى على أن المراد بمنفعة الدخول النفع الملحوظ بعد وصول ما يزاء مال اليتيم إليه، بمعنى أن تكون المنفعة في معاوضه ما يتصرف من مال اليتيم بما يتوصّل إليهم من ماله، كأن يشرب ماءً فيعطى فلساً بإزائه، وهكذا... وأنت خير بآئه لا ظهور للروايه حتّى يحصل التنافى.

وفي روايه ابن المغيره: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إنّ لى ابنه أخ يتيمة، فربما أهدى لها الشيء فأكل منه ثمّ أطعمها بعد ذلك الشيء من مالى، فأقول: يا ربّ هذا بهذا؟ قال: لا بأس». فإنّ ترك الاستفصال عن مساواه العوض وزيادته يدلّ على الشرح:

اليتامى حتّى فيما إذا لم يكن العوض زائداً على المقدار المصروف منهم لا يقتضى جواز مثل بيع مال اليتيم بثمن المثل فيما إذا كان في البين من يشتره بالأزيد منه، أو جواز بيع مال اليتيم فيما إذا كان تركه مع فعله سيّان.

ص: ٢٠٩

بل لا يبعد القول بجواز الدخول على اليتامى كما ذكر من غير حاجه إلى الاستجاره من أوليائهم أو من الحاكم الشرعى أخذاً بظاهر الروايتين.

عدم اعتبار الزيادة، إلا أن يحمل على الغالب: من كون التصرف في الطعام المهدي إليها وإعطاء العوض بعد ذلك أصلح؛ إذ الظاهر من «الطعام المهدي إليها» هو المطبوخ وشبهه.

وهل يجب مراعاة الأصلح [١] أم لا؟ وجهان.

قال الشهيد رحمه الله في القواعد: هل يجب على الولي مراعاة المصلحه في مال المولى عليه أو يكفى نفى المفسده؟ يحتمل الأول؛ لأنه منصوب لها وأصله بقاء الملك على حاله ولأن النقل والانتقال [٢] لا بدّ لهما من غاية، والعدميات لا تكاد تقع غايه. وعلى هذا، هل يتحرى الأصلح أم يكتفى بمطلق المصلحه؟ فيه وجهان: نعم، لمثل ما قلنا [٣]، لا؛ لأن ذلك لا يتناهى [٤].

وعلى كلّ تقدير: لو ظهر في الحال الأصلح والمصلحه، لم يجز العدول عن الأصلح، ويترتب على ذلك: أخذ الولي بالشفعه للمولى عليه حيث لا مصلحه ولا مفسده، وتزويج المجنون حيث لا مفسده؛ وغير ذلك، انتهى.

الشرح:

[١] يعنى بناءً على لزوم رعايه المصلحه فى التصرف فهل يجب رعايه الأصلح والأكثر نفعاً، أم لا؟ استشهد رحمه الله على لزوم رعايته بما فى «القواعد» (١).

[٢] يعنى تجويز الشارع النقل والانتقال فى مال الطفل باعتبار الغرض والملاك وعدم المفسده كسائر العدميات، لا يصلح كونه غرضاً.

[٣] يعنى يحتمل وجوب تحرى الأصلح ودليله مثل ما قلنا فى لزوم رعايه المصلحه، وهو كون الولي منصوباً لرعايه المصلحه وأصله بقاء الملك.

[٤] يعنى يحتمل أن لا يجب تحرى الأصلح؛ لأن الأصلح لا آخر له، وكل ما الظاهر أنّ فعل الأصلح فى مقابل ترك التصرف رأساً غير لازم؛ لعدم الدليل عليه، فلو كان مال اليتيم موضوعاً عنده وكان الاتجار به أصلح منه، لم يجب إلا إذا قلنا بالمعنى الزايع من معانى القرب فى الآيه، بأن يراد: لا تختاروا فى مال اليتيم أمراً

ص: ٢١٠

من الأفعال أو التروك إلا أن يكون أحسن من غيره، وقد عرفت الإشكال في استفاده هذا المعنى، بل الظاهر التصرفات الوجودية فهي المنهية عن جميعها، إلا ما كان أحسن من غيره ومن الترك، فلا يشمل ما إذا كان فعل أحسن من الترك [١].

نعم، ثبت بدليل خارج حرمه الترك [٢] إذا كان فيه مفسده، وأما إذا كان في الترك مفسده ودار الأمر بين أفعال بعضها أصلح من بعض، فظاهر الآيه عدم جواز العدول عنه [٣]، بل ربما يعدّ العدول في بعض المقامات إفساداً، كما إذا الشرح:

يفرض كون صلاحه أكثر يمكن أن يكون التصرف الآخر أصلح منه.

[١] يعنى لا يستفاد من الآيه وجوب الفعل فيما إذا كان أحسن من تركه؛ لما تقدم من ظاهرها عدم جواز غير الأحسن لا وجوب فعل الأحسن.

[٢] فإن التصرف في ماله في مورد يكون تركه إتلافاً لماله مما يعلم أنّ الشارع لا يرضى بذلك الترك.

[٣] وذلك لما تقدم في صور الأحسن من ظهور الأحسن في معنى التفضيل.

بقي في المقام أمر، وهو أنّه قد يقال بظهور الاستثناء في آيه «لَا تَقْرُبُوا» . . . في أنّه يجوز لكلّ مكلف التصرف في مال اليتيم إذا كان ذلك التصرف أحسن، وأنّه لا تختص ولايه التصرف بشخص أو أشخاص خاصه، حيث إن الاستثناء بمنزله اقربوا مال اليتيم بالأحسن.

ويجاب عن ذلك تاره بما ذكر في مفهوم الشرط، بأنه إذا كان الجزاء في القضيّه أُشترى في موضع بعشره، وفي موضع آخر قريب منه بعشرين، فإنّه يعدّ بيعه في الأوّل إفساداً للمال، لو ارتكبه عاقل عدّ سفيهاً ليس فيه ملكه إصلاح المال، وهذا هو الذى أرادته الشهيد بقوله: ولو ظهر في الحال . . . الخ.

نعم، قد لا يعدّ العدول من السفاهه، كما لو كان بيعه مصلحه، وكان بيعه في بلد آخر أصلح مع إعطاء الأجره منه أن ينقله إليه والعلم بعدم الخساره؛ فإنّه قد لا يعدّ ذلك سفاهه، لكن ظاهر الآيه وجوبه.

مسأله: يشترط في من ينتقل إليه العبد المسلم ثمناً أو مثنماً أن يكون مسلماً، فلا يصحّ نقله إلى الكافر عند أكثر علمائنا، كما في التذكره، بل عن الغنيه: عليه الإجماع، خلافاً للمحكي في التذكره عن بعض علمائنا، وسيأتى عبارته

الشرح:

الشرطية سالبه كليه، كقوله عليه السلام: «إذا كان الماء قدر كر لا ينجسه شيء»<sup>(١)</sup>، يكون مفهومه موجه جزئيه لا- كليه، فإنه ليس المستفاد من مفهوم أنه إذا لم يبلغ قدر كر ينجسه كل شيء، بل مفهومه مهمل ومساوق لقوله: ينجسه بعض الأشياء. وهذا يجرى في الاستثناء من السالبة الكليه أيضاً، حيث إن مفاد الاستثناء قطع الحكم المستثنى منه، أى ارتفاع السالبة الكليه بثبوت الموجه.

وأما كون الموجه كليه فلا يستفاد منها، ولو قيل: لا تقتل أحداً إلا في غير الأشهر الحرم فلا يكون مفاده أقتل كل أحد في غير الأشهر الحرم، وعلى ذلك فمفاد الاستثناء النهى العام، أى نهى كل أحد عن قرب مال اليتيم ينتفى إذا كان القرب أحسن. وأما التجويز لكل أحد في القرب مع كونه أحسن فلا يستفاد منه.

واستدل للمشهور تارة: بأن الكافر يمنع من استدامته، لأنه لو ملكه قهراً بإرث أو أسلم في ملكه بيع عليه، فيمنع من ابتدائه كالنكاح. وأخرى: بأن الاسترقاق سبيل على المؤمن، فينتفى بقوله تعالى: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»، وبالنبوي المرسل في كتب أصحابنا المنجبر بعملهم واستدلالهم به في موارد متعدده، حتى في عدم جواز علو بناء الكافر على بناء المسلم، بل عدم جواز مساواته وهو قوله صلى الله عليه وآله: «الإسلام يعلو ولا يُعلَى عليه»، ومن المعلوم: أن ما نحن فيه أولى بالاستدلال عليه به.

الشرح:

وأخرى، بأنه لو سلم أن مفاد الاستثناء الإيجاب الكلي، إلا أن عدم ورود الآيه في بيان حكم المستثنى يمنع عن التمسك فيه بمقتضى الإطلاق، ويشهد لعدم وروده في بيان حكم المستثنى ملاحظه ما قبل الآيه من الآيات الواردة في بيان المحرمات. وعلى تقدير الإغماض وعدم إحراز أن الاستثناء مهمل فلا أقل من عدم إحراز وروده في مقام البيان.

أقول: قد تقدّم في بحث العام والخاص أن من أدوات العموم وقوع اسم الجنس

فى سياق النفى أو النهى، كقوله: «لا يحلّ شىء من السباع»<sup>(١)</sup> وقوله: «لا تكرم فاسقا». وعليه فإن كان العموم فى الجزاء مستفادا من أحد الأمرين فينتفى ذلك العموم فى ناحيه المفهوم فى القضييه الشرطيه ولا يكون فى ناحيه المفهوم عموم، حيث إن ذلك الاسم الجنس لا يقع فى ناحيه المفهوم فى سياق النفى؛ لأن مفهوم القضييه الشرطيه الجزاء فيها سالبه موجبها كما فى قوله عليه السلام: «إذا كان الماء قدر كر لا ينجسه شىء»<sup>(٢)</sup>.

لكن الإنصاف: أنه لو أغمض النظر عن دعوى الإجماع المعتضد بالشهره واشتهار التمسك بالآيه حتى أسند فى كنز العرفان إلى الفقهاء، وفى غيره إلى أصحابنا لم يكن ما ذكره من الأدله خالياً عن الإشكال فى الدلاله. أمّا حكاية قياس الابتداء على الاستداده، فغايه توجيهه: أن المستفاد من منع الشارع عن استدامته عدم رضاه بأصل وجوده حدوداً وبقاءً، من غير مدخلية لخصوص البقاء، كما لو أمر المولى بإخراج أحد من الدار أو بإزاله النجاسه عن المسجد، فإنّه يفهم من ذلك عدم جواز الإدخال.

لكن يرد عليه: أن هذا إنما يقتضى كون عدم الرضا بالحدوث على نهج عدم الرضا بالبقاء.

الشرح:

وأما إذا كان العموم فى الجزاء مستفادا من أمر يكون ذلك الأمر موجودا فى ناحيه المفهوم أيضا فلا ينتفى العموم، كما فى قوله: «كل درهم أو دينار لا يكون فيهما زكاه إذا لم يحل عليه حول»<sup>(٣)</sup>، فإن مفهومه أن كل درهم أو دينار فيه زكاه إذا حال عليه الحول. وكذلك الحال فى ناحيه الاستثناء، فإنه لو كان عموم المستثنى منه بأحد الأمرين المتقدمين فلا يكون فى ناحيه المستثنى عموم، كما فى قوله: «لا تقتل أحدا إلا فى غير أشهر الحرم».

وأما إذا كان مستفادا من أمر آخر لا ينتفى بقطع حكم المستثنى منه يكون العموم فى ناحيه المستثنى أيضا، كقوله: «كل دم من المسلم محترم لا يحل إلا قصاصا»، فإن مقتضى الاستثناء جواز القصاص من كل مسلم، وعلى ذلك فالعموم بالإضافه إلى عامه

ص: ٢١٣

١- (١) انظر وسائل الشيعه ٢٤ : ١١٥، الباب ٣ من أبواب الأطمعه المحرمه، الحديث ٥.

٢- (٢) مرّ آنفاً.

٣- (٣) انظر وسائل الشيعه ٩ : ٧٢، الباب ١٣ من أبواب ما يجب فيه الزكاه، الحديث ٨.

المكلفين في خطاب: «لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا- بِالتَّى هِيَ أَحْسَنُ» مستفاد من توجيهه ومن المعلوم: أن عدم رضاه بالبقاء مجزّد تكليفٍ بعدم إبقائه وياخراجه عن ملكه، وليس معناه: عدم إمضاء الشارع بقاءه، حتّى يكون العبد المسلم خارجاً بنفسه شرعاً عن ملك الكافر، فيكون عدم رضاه بالإدخال على هذا الوجه، فلا يدلّ على عدم إمضائه لدخوله في ملكه ليثبت بذلك الفساد.

والحاصل: أنّ دلالة النهي عن الإدخال في الملك، تابعه لدلاله النهي عن الإبقاء، في الدلالة على إمضاء الشارع لآثار المنهى عنه وعدمه، والمفروض انتفاء الدلالة في المتبوع.

الشرح:

الخطاب إلى عامتهم لا- من وقوع النكراه في سياق النهي، فيكون المستثنى عدم الحرمة على كلّ مكلف بالإضافة إلى القرب بالأحسن.

أضف إلى ذلك أنّ ورود ما قبل الآيه في ذكر المحرّمات فقط، على تقدير تسليمه، لا يمنع الأخذ بمقتضى الاستثناء الوارد لكل من الأحكام الانحلاليه باعتبار كلّ مكلف، وأن الأصل في كلّ خطاب متضمن للحكم وموضوعه وروده في مقام البيان من حيث قيود ذلك الموضوع والحكم.

والصحيح في الجواب عن دعوى استفاده الولاية لكل أحد ما ذكرنا من أنّ ال «أحسن» في الآيه صله ل «التي» المراد بها الوسيله والمعامله، وما دل على اعتبار قيام العدول في المعامله على مال اليتيم يكون حاكما على مدلول الآيه، حيث إن مقتضاه أنّ الوسيله تكون أحسن فيما إذا قام عدل في المعامله على مال اليتيم، فلا يجوز شراء مال لأحد إلّا إذا قام عدل في بيعه.

أضف إلى ذلك احتمال اختصاص خطاب النهي بالأولياء بمناسبة كون مال اليتيم بأيديهم، وأنهم ذوواليد عليه، فتدبر جيدا.

وممّا ذكرنا يندفع التمسّيك للمطلب بالنصّ الوارد في عبّد كافر أسلم، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: «إذهبوا فبيعه من المسلمين وادفعوا ثمنه إلى صاحبه ولا تقرّوه عنده»؛ بناءً على أنّ تخصيص البيع بالمسلمين في مقام البيان والاحتراز يدلّ على المنع من بيعه من الكافر، فيفسد.

توضيح الاندفاع: أنّ تخصيص المسلمين إنّما هو من جهه أنّ الداعي على

الأمر بالبيع هي إزاله ملك الكافر والنهي عن إبقائه عنده، وهي لا تحصل بنقله إلى كافر آخر، فليس تخصيص المأمور به لاختصاص مورد الصحه به، بل لأن الغرض من الأمر لا يحصل إلا به، فافهم.

وأما الآيه: فباب الخدشه فيها واسع:

تارة: من جهه دلالتها في نفسها ولو بقرينه سياقها الآبي عن التخصيص، فلا بد من حملها على معنى لا يتحقق فيه تخصيص، أو بقرينه ما قبلها الداله على إرادته أن نفى الجعل في الآخره.

وأخرى: من حيث تفسيرها في بعض الأخبار بنفى الحجّه للكفار على المؤمنين، وهو ما روى في العيون، عن أبي الحسن عليه السلام، ردّاً على من زعم أن المراد بها نفى تقدير الله سبحانه بمقتضى الأسباب العاديه تسلط الكفار على المؤمنين، حتى أنكروا، لهذا المعنى الفاسد الذي لا يتوهمه ذو مسكه أن الحسين بن علي عليهما السلام لم يقتل، بل شبه لهم ورفع كعيسى على نبينا وآله وعليه السلام. وتعميم الحجّه على معنى يشمل الملكيه، وتعميم السبيل على وجه يشمل الاحتجاج والاستيلاء لا يخلو عن تكلف.

وثالثه: من حيث تعارض عموم الآيه مع عموم ما دلّ على صحه البيع، ووجوب الوفاء بالعقود، وحلّ أكل المال بالتجاره، وتسلط الناس على أموالهم، وحكومته الآيه عليها غير معلومه. وإباء سياق الآيه عن التخصيص مع وجوب الالتزام به في طرف الاستدامه، وفي كثير من الفروع في الابتداء، يقرب تفسير السبيل بما لا يشمل الملكيه، بأن يراد من السبيل السلطنه، فيحكم بتحقق الملك وعدم تحقق السلطنه، بل يكون محجوراً عليه مجبوراً على بيعه. وهذا وإن اقتضى التقييد في إطلاق ما دلّ على استقلال الناس في أموالهم وعدم حجرهم بها، لكنّه مع ملاحظه وقوع مثله كثيراً في موارد الحجر على المالك أهون من ارتكاب التخصيص في الآيه المسوقه لبيان أن الجعل شيء لم يكن ولن يكون، وأن نفى الجعل ناشٍ عن احترام المؤمن الذي لا يقيد بحال دون حال.

هذا، مضافاً إلى أن استصحاب الصحه في بعض المقامات يقتضى الصحه، كما إذا كان الكافر مسبقاً بالإسلام بناءً على شمول الحكم لمن كفر عن الإسلام أو كان العبد مسبقاً بالكفر، فيثبت في غيره بعدم الفصل، ولا يعارضه أصاله الفساد

فى غير هذه الموارد، لأن استصحاب الصحه مقدم عليها، فتأمل.

ثم إن الظاهر أنه لا فرق بين البيع وأنواع التمليكات كالهبة والوصيه. وأمّا تمليك المنافع، ففى الجواز مطلقاً كما يظهر من التذكرة، ومقرب النهايه، بل ظاهر المحكى عن الخلاف، أو مع وقوع الإجاره على الذمه كما عن الحواشى، وجامع المقاصد، والمسالك، أو مع كون المسلم الأجير حرّاً كما عن ظاهر الدروس، أو المنع مطلقاً كما هو ظاهر القواعد ومحكى الإيضاح، أقوال: أظهرها الثانى، فإنه كالدين ليس ذلك سبيلاً، فيجوز. ولا فرق بين الحرّ والعبد، كما هو ظاهر إطلاق كثير: كالتذكرة وحواشى الشهيد وجامع المقاصد، بل ظاهر المحكى عن الخلاف: نفى الخلاف فيه، حيث قال فيه: إذا استأجر كافر مسلماً لعمل فى الذمه صحّ بلا خلاف، وإذا استأجره مدّه من الزمان شهراً أو سنه ليعمل عملاً صحّ أيضاً عندنا، انتهى.

وآدى فى الإيضاح: أنه لم ينقل من الأمه فرق بين الدين وبين الثابت فى الذمه بالاستئجار. خلافاً للقواعد وظاهر الإيضاح، فالمنع مطلقاً؛ لكونه سبيلاً.

وظاهر الدروس: التفصيل بين العبد والحرّ، فيجوز فى الثانى دون الأوّل، حيث ذكر بعد أن منع إجاره العبد المسلم الكافر مطلقاً، قال: وجوزها الفاضل، والظاهر أنه أراد إجاره الحرّ المسلم، انتهى.

وفيه نظر؛ لأنّ ظاهر الفاضل فى التذكرة: جواز إجاره العبد المسلم مطلقاً ولو كانت على العين. نعم، يمكن توجيه الفرق بأن يد المستأجر على الملك الذى ملكك منفعته، بخلاف الحرّ؛ فإنه لا يثبت للمستأجر يد عليه ولا على منفعته، خصوصاً لو قلنا بأنّ إجاره الحرّ تمليك الانتفاع لا المنفعه، فتأمل.

وأما الارتهان عند الكافر، ففى جوازه مطلقاً، كما عن ظاهر نهايه الأحكام، أو المنع، كما فى القواعد والإيضاح، أو التفصيل بين ما لم يكن تحت يد الكافر كما إذا وضعه عند مسلم كما عن ظاهر المبسوط والقواعد والإيضاح فى كتاب الرهن والدروس وجامع المقاصد والمسالك، أو التردد كما عن التذكرة، وجوه: أقواها الثالث؛ لأنّ استحقاق الكافر لكون المسلم فى يده سبيل، بخلاف استحقاقه لأخذ حقه من ثمنه.

وأما إعارته من كافر، فلا يبعد المنع، وفقاً لعاريه القواعد وجامع المقاصد



والمسالك، بل عن حواشى الشهيد رحمه الله : أنّ الإعاره والإيداع أقوى منعاً من الارتهان. وهو حسن فى العاريه، لأنّها تسليط على الانتفاع، فيكون سبيلاً وعلوّاً، ومحل نظر فى الوديعة، لأنّ التسليط على الحفظ وجعل نظره إليه مشترك بين الرهن والوديعة، مع زياده فى الرهن التى قيل من أجلها بالمنع وهى التسلّط على منع المالك عن التصرف فيه إلاّ بإذنه وتسلّطه على إلزام المالك ببيعه.

وقد صرّح فى التذكرة بالجواز فى كليهما. وممّا ذكرنا يظهر عدم صحّه وقف الكافر عبده المسلم على أهل ملّته.

ثمّ إنّ الظاهر من الكافر: كلّ من حكم بنجاسته ولو انتحل الإسلام كالتواصب والغلاه والمرتدّ غايه الأمر عدم وجود هذه الأفراد فى زمان نزول الآيه، ولذا استدللّ الحنفية على ما حكى عنهم على حصول البيئونه بارتداد الزوج. وهل يلحق بذلك أطفال الكفار؟ فيه إشكال، ويعمّ المسلم المخالف، لأنّه مسلم فيعلو ولا يُعلى عليه. والمؤمن فى زمان نزول آيه نفى السبيل لم يُرد به إلاّ المقرّ بالشهادتين، ونفيه عن الأعراب الذين قالوا: آمنا بقوله تعالى: «وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ» إنّما كان لعدم اعتقادهم بما أقروا، فالمراد بالإسلام هنا: أن يُسلم نفسه لله ورسوله فى الظاهر لا الباطن، بل قوله تعالى: «وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ» دلّ على أنّ ما جرى على ألسنتهم من الإقرار بالشهادتين كان إيماناً فى خارج القلب.

والحاصل: أنّ الإسلام والإيمان فى زمان الآيه كانا بمعنى واحد، وأمّا ما دلّ على كفر المخالف بواسطه إنكار الولاية، فهو لا يقاوم بظاهره، لما دلّ على جريان جميع أحكام الإسلام عليهم: من التناكح والتوارث، وحقن الدماء، وعصمه الأموال، وأنّ الإسلام ما عليه جمهور النّاس.

ففى روايه حمران بن أعين: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «الإيمان ما استقرّ فى القلب، وأفضى به إلى الله تعالى وصدّقه العمل بالطّاعة لله والتسليم لأمر الله، والإسلام ما ظهر من قول أو فعل، وهو الذى عليه جماعه النّاس من الفرق كلّها، وبه حقنت الدماء، وعليه جرت الموارث، وجاز النكاح، واجتمعوا على الصّيلاه والزّكاه والصّوم والحجّ فخرجوا بذلك من الكفر وأضيفوا إلى الإيمان . . . إلى أن قال: فهل للمؤمن فضل على المسلم فى شىء من الفضائل والأحكام والحدود

وغير ذلك؟ قال: لا، إنهما يجريان في ذلك مجرى واحد، ولكن للمؤمن فضل على المسلم في أعمالهما، وما يتقربان به إلى الله تعالى». ومن جميع ما ذكرنا ظهر: أنه لا بأس ببيع المسلم من المخالف ولو كان جارياً، إلا إذا قلنا بحرمة تزويج المؤمنه من المخالف، لأخبار دلت على ذلك، فإن فحواها يدل على المنع من بيع الجارية المؤمنه، لكن الأقوى عدم التحريم.

ثم إنه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع:

(منها): ما إذا كان الشراء مستعقباً للانعقاد، بأن يكون ممن ينعق على الكافر قهراً واقعاً كالأقارب، أو ظاهراً كمن أقر بحريه مسلم ثم اشتراه، أو بأن يقول الكافر للمسلم: اعتق عبدك عنى بكذا، فأعتقه. ذكر ذلك العلامة في التذكرة، وتبعه جامع المقاصد والمسالك.

والوجه في الأول واضح، وفاقاً للمحكي عن الفقيه والنهائي والسيراني مدعياً عليه الإجماع والمتأخرين كافة، فإن مجرد الملكية الغير المستقره لا يعد سبيلاً، بل لم يعتبر الملكية إلا مقدّمة للانعقاد. خلافاً للمحكي عن المبسوط والقاضي، فمنعاه، لأن الكافر لا يملك حتى ينعق، لأن التملك بمجرد سبيل، والسبيل علق. إلا أن الإنصاف: أن السبيل غير متحققه في الخارج، ومجرد الإقدام على شرائه لينعق، منه من الكافر على المسلم، لكنها غير منفيه.

وأما الثاني، فيشكل بالعلم بفساد البيع على تقديرى الصّدق والكذب، لبوت الخلل: إما في المبيع لكونه حرّاً، أو في المشتري لكونه كافراً، فلا يتصور صورته صحيحه لشراء من أقر بانعاقه، إلا أن نمنع اعتبار مثل هذا العلم الإجمالي، فتأمل.

وأما الثالث، فالمحكي عن المبسوط والخلاف التصريح بالمنع، لما ذكر في الأول.

(ومنها): ما لو اشترط البائع عتقه، فإن الجواز هنا محكي عن الدروس والروضه، وفيه نظر، فإن ملكيته قبل الإعتاق سبيل وعلق، بل التحقيق: أنه لا فرق بين هذا، وبين إجباره على بيعه، في عدم انتفاء السبيل بمجرد ذلك.

والحاصل: أن «السبيل» فيه ثلاثه احتمالات كما عن حواشى الشهيد: مجرد الملك، ويترتب عليه عدم استثناء ما عدا صورته الإقرار بالحريه. والملك المستقر ولو بالقابليه، كمشروط العتق، ويترتب عليه استثناء ما عدا صورته اشتراط

والمستقرّ فعلاً، ويترتب عليه استثناء الجميع. وخير الأمور أوسطها.

ثم إن ما ذكرنا كلاً حكم ابتداء تملك الكافر للمسلم اختياراً، أما التملك القهري فيجوز ابتداءً، كما لو ورثه الكافر من كافر أُجبر على البيع، فمات قبله، فإنه لا يعتق عليه ولا على الكافر الميت، لأصالة بقاء رقيته، بعد تعارض دليل نفي السبيل وعموم أدلّه الإرث، لكن لا- يثبت بهذا الأصل تملك الكافر، فيحتمل أن ينتقل إلى الإمام عليه السلام، بل هو مقتضى الجمع بين الأدلّه، ضروره أنه إذا نُفي إرث الكافر بآيه نفي السبيل، كان الميت بالنسبه إلى هذا المال مّمن لا وارث له فيرثه الإمام عليه السلام .

وبهذا التقرير يندفع ما يقال: إن إرث الإمام عليه السلام مناف لعموم أدلّه ترتيب طبقات الإرث.

توضيح الاندفاع: أنه إذا كان مقتضى نفي السبيل عدم إرث الكافر، يتحقق نفي الوارث الذى هو مورد إرث الإمام عليه السلام، فإنّ الممنوع من الإرث كغير الوارث.

فالعنده فى المسأله: ظهور الاتفاق المدعى صريحاً فى جامع المقاصد.

ثم هل يلحق بالإرث كل ملك قهري، أو لا يلحق، أو يفرق بين ما كان سببه اختيارياً وغيره؟ وجوه، خيرها: أوسطها، ثم أخيرها.

ثم إنه لا إشكال ولا خلاف فى أنه لا يقتر المسلم على ملك الكافر، بل يجب بيعه عليه، لقوله عليه السلام فى عبد كافر أسلم: «أذهبوا فبيعوه من المسلمين وادفعوا إليه ثمنه ولا- تقرّوه عنده». ومنه يعلم: أنه لو لم يبعه باعه الحاكم، ويحتمل أن يكون ولايه البيع للحاكم مطلقاً، لكون المالك غير قابل للسلطنه على هذا المال غايه الأمر أنه دلّ النصّ والفتوى على تملكه له ولذا ذكر فيها: أنه يباع عليه، بل صرح فخر الدّين قدس سره فى الإيضاح بزوال ملك السيّد عنه، ويبقى له حق استيفاء الثمن منه. وهو مخالف لظاهر النصّ والفتوى، كما عرفت.

وكيف كان، فإذا تولاه المالك بنفسه، فالظاهر أنه لا خيار له ولا عليه، وفاقاً للمحكى عن الحواشى فى خيار المجلس والشّروط، لأنّه إحداث ملك فينتفى، لعموم نفي السبيل، لتقديمه على أدلّه الخيار كما يقدم على أدلّه البيع. ويمكن أن يبتنى على أنّ الزائل العائد كالذى لم يزل، أو كالذى لم يعد؟ فإن قلنا بالأوّل، ثبت

الخيار، لأنّ فسخ العقد يجعل الملكيه السابقه كأن لم تزل، وقد أمضاها الشارع وأمر بإزالتها، بخلاف ما لو كان الملكيه حاصله غير السابقه، فإنّ الشارع لم يمضها، لكن هذا المبني ليس بشيء، لوجوب الاقتصار في تخصيص نفى السبيل على المتيقن.

نعم، يحكم بالأرش لو كان العبد أو ثمنه معيماً. ويشكل في الخيارات الناشئه عن الضرر، من جهة قوه أدله نفى الضرر، فلا يبعد الحكم بثبوت الخيار للمسلم المتضرر من لزوم البيع، بخلاف ما لو تضرر الكافر، فإنّ هذا الضرر إنّما حصل من كفره الموجب لعدم قابليته تملك المسلم إلا فيما خرج بالنص. ويظهر ممّا ذكرنا، حكم الرجوع في العقد الجائر، كالهبه.

وخالف في ذلك كله جامع المقاصد، فحكم بثبوت الخيار والردّ بالعيب تبعاً للدروس قال: لأنّ العقد لا يخرج عن مقتضاه بكون المبيع عبداً مسلماً لكافر، لانتفاء المقتضى، لأنّ نفى السبيل لو اقتضى ذلك لاقتضى خروجه عن ملكه، فعلى هذا، لو كان البيع معاطاه فهي على حكمها، ولو أخرجه عن ملكه بالهبه جرت فيه أحكامها.

نعم لا يبعد أن يقال: للحاكم إلزامه بإسقاط نحو خيار المجلس أو مطالبته بسبب ناقل يمنع الرجوع إذا لم يلزم منه تخسير للمال، انتهى. وفيما ذكره نظر، لأنّ نفى السبيل لا يخرج منه إلا الملك الابتدائي، وخروجه لا يستلزم خروج عود الملك إليه بالفسخ، واستلزام البيع للخيارات ليس عقلياً، بل تابع لدليله الذي هو أضعف من دليل صحه العقد الذي خصّ بنفى السبيل، فهذا أولى بالتخصيص به، مع أنه على تقدير مقاومه يرجع إلى أصاله الملك وعدم زواله بالفسخ والرجوع، فتأمل.

وأما ما ذكره أخيراً بقوله: «لا يبعد» ففيه: أنّ إلزامه بما ذكر ليس بأولى من الحكم بعدم جواز الرجوع، فيكون خروج المسلم من ملك الكافر إلى ملك المسلم بمنزله التصرف المانع من الفسخ والرجوع.

وممّا ذكرنا يظهر: أنّ ما ذكره في القواعد من قوله قدس سره: ولو باعه من مسلم بثوب ثمّ وجد في الثمن عيباً، جاز ردّ الثمن، وهل يستردّ العبد أو قيمه؟ فيه نظر ينشأ من كون الاسترداد تملكاً للمسلم اختياراً، ومن كون الردّ بالعيب موضوعاً على

القهر كالإيرث، انتهى محل تأمّل، إلاّ أن يقال: إنّ مقتضى الجمع بين أدلّه الخيار، ونفى السبيل: ثبوت الخيار والحكم بالقيمه، فيكون نفي السبيل مانعاً شرعياً من استرداد المثل، كنقل المبيع في زمن الخيار، وكالتلف الذي هو مانع عقلي. وهو حسن إن لم يحصل السبيل بمجرد استحقاق الكافر للمسلم المنكشف باستحقاق بدله، ولذا حكموا بسقوط الخيار في من ينعقد على المشتري، فتأمل.

مسأله: المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر، ذكره الشيخ والمحقق في الجهاد، والعلامة في كتبه وجمهور من تأخر عنه.

وعن الإسكافي أنّه قال: ولا أختار أن يرهن الكافر مصحفاً، وما يجب على المسلم تعظيمه، ولا صغيراً من الأطفال، انتهى.

واستدلوا عليه بوجوب احترام المصحف، وفحوى المنع من بيع العبد المسلم من الكافر. وما ذكروه حسن وإن كان وجهه لا يخلو عن تأمل أو منع. وفي إلحاق الأحاديث النبويّه بالمصحف كما صرح به في المبسوط والكراهه كما هو صريح الشرائع، ونسبه الصيمري إلى المشهور، قولان، تردّد بينهما العلامة في التذكرة. ولا يبعد أن يكون الأحاديث المنسوبة إلى النبي صلى الله عليه و آله من طرق الآحاد، حكمها حكم ما علم صدوره منه صلى الله عليه و آله، وإن كان ظاهر ما ألحقوه بالمصحف هو أقوال النبي صلى الله عليه و آله المعلوم صدورها عنه صلى الله عليه و آله.

وكيف كان، فحكم أحاديث الأئمة صلوات الله عليهم حكم أحاديث النبي صلى الله عليه و آله.

القول في شرائط العوضين:

يشترط في كلّ منهما كونه متمولاً، لأنّ البيع لغه مبادله مال بمال، وقد احترزوا بهذا الشرط عمّا لا ينتفع به منفعه مقصوده للعقلاء محلّله في الشرع، لأنّ الأوّل ليس بمال عرفاً كالخنافس والديدان، فإنّه يصحّ عرفاً سلب المصرف لها ونفي الفائدة عنها، والثاني ليس بمال شرعاً كالخمر والخنزير.

ثمّ قتيّموا عدم الانتفاع إلى ما يستند إلى حسه الشئ كالحشرات وإلى ما يستند إلى قلته كحبه حنطه، وذكروا أنّه ليس مالاً وإن كان يصدق عليه الملك، ولذا يحرم غصبه إجماعاً، وعن التذكرة: أنّه لو تلف لم يُضمن أصلاً، واعترضه غير واحد ممّن تأخر عنه بوجوب ردّ المثل.

والأولى أن يقال [١] إن ما تحقق أنه ليس بمال عرفاً فلا إشكال ولا خلاف في الشرح:

[١] ولعلّ نظره رحمه الله إلى أنّ مجرد كون الشيء ذا منفعة محلّله لا- يوجب كونه مالاً- عرفاً كالماء قرب الشّاطي، فكلّ مورد تحقق أنّه ليس بمال عرفاً وإن كان له منفعة محلّله عدم جواز وقوعه أحد العوضين إذ لا- بيع إلا- في ملك وما لم يتحقّق فيه ذلك: فإن كان أكل المال في مقابله أكلاً بالباطل عرفاً، فالظاهر فساد المقابله. وما لم يتحقّق فيه ذلك: فإن ثبت دليل من نصّ أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو، وإلا فلا يخفى وجوب الرجوع إلى عمومات صحّح البيع والتّجاره وخصوص قوله عليه السلام في المروى عن تحف العقول: «وكلّ شيء يكون لهم فيه الصّلاح من جهه من الجهات، فكلّ ذلك حلال بيعه... إلى آخر الرّوايه». وقد تقدّمت في أول الكتاب.

الشرح:

كالماء المزبور فلا- يجوز بيعه؛ لأنّ البيع مبادله مال بمال ولا بيع إلاّ في ملك، أي المال، وما لم يتحقّق فيه أنه ليس بمال فإن كان أخذ المال في مقابله أكلاً بالباطل عرفاً فيحكم بفساد بيعه أيضاً. وإن لم يتحقّق أنه ليس بمال ولم يحرز أنّ أخذ العوض في مقابله أكل للعوض بالباطل، فإن تمّ إجماع أو قام نص على عدم جواز بيعه كالخمر (١) والخنزير (٢) فهو، وإلا- يتمسك في الحكم بصحته بإطلاق حل البيع (٣) وعموم الوفاء بالعقود (٤).

وبما في حديث «تحف العقول» من قوله: «وكلّ شيء يكون لهم فيه الصّلاح من جهه من الجهات فهذا كلّ حلال بيعه» (٥).

أقول: إذا لم يحرز كون شيء مالاً- كيف يتمسك فيه بإطلاق حل البيع، فإنّه يكون من قبيل التمسك بالمطلق في شبهته المصدقيه، بل لا يحتاج في الحكم بفساده إلى ثمّ إنهم احترزوا باعتبار الملكيه في العوضين من بيع ما يشترك فيه الناس

ص: ٢٢٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٢٢٣ ، الباب ٥٥ من أبواب ما يكتسب به .

٢- (٢) المصدر السابق: ٢٢٦ ، الباب ٥٧ .

٣- (٣) وهي «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»، سورة البقره: الآيه ٢٧٥.

٤- (٤) وهي «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، سورة المائده: الآيه ١ .

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٧ : ٨٤ ، الباب ٢ من أبواب ما يكتسب به، الحديث الأول، تحف العقول : ٣٣١ .

كالماء والكلاء، والسّموك والوحوش قبل اصطياها، لكون هذه كلّها غير مملوكة بالفعل.

واحترزوا أيضاً به عن الأرض المفتوحة عنوه، ووجه الاحتراز عنها: أنّها غير مملوكة لملاكها على نحو سائر الأملاك بحيث يكون لكلّ منهم جزء معيّن من عيّن الشرح:

النص أو الإجماع، بل يكفي فيه أصله الفساد، فإنّ حديث «تحف العقول» لا يصلح للاعتماد عليه؛ لضعفه سنداً، بل دلالة؛ لأنّ وجود جهه صلاح في الشيء بنفسه لا يوجب جواز بيعه، على ما ذكرنا تفصيله عند التعرض للحديث.

وأما التمسك بعموم الأمر بالوفاء بالعقود فهو أيضاً غير صحيح؛ لأنّ المفروض في المقام قصد البيع، فحصول هذا العقد غير محرز وعقد آخر غير مقصود.

وقد يقال بعدم اعتبار المالىة في العوضين في صدق البيع، وعليه فالشك في كون شيء مالا لا يلازم الشك في صدق عنوان البيع حتّى لا- يمكن التمسك بخطاب حلّ البيع في الحكم بصحّته، بل يكفي في صدق عنوان البيع أن يكون المبذول بإزائه المال مورده غرض عقلائي، كما إذا رأى شخص أثر أبيه المتوفى بيد آخر، ككتابه إلى صديقه ونفرض الكتاب بنحو لا يبذل بإزائه المال. ولو التمس الابن أثر أبيه ممن بيده فطالب العوض وأنه يبيعه بدرهم ولا- يعطيه مجاناً يكون أخذ الابن الكتاب المزبور بدرهم بعنوان الشراء معتبراً، مع أنّه لا يبذل الدرهم غير الابن بإزائه.

ويشهد لعدم اعتبار المالىة في صدق عنوان البيع مثل قوله سبحانه: «إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم» (١) «ولبئس ما شروا به أنفسهم» (٢) . . . إلى غير ذلك.

الأرض وإن قلّ، ولذا لا- يورث بل ولا من قبيل الوقف الخاصّ على معيّنين لعدم تملكهم للمنفعة مشاعاً ولا كالوقف على غير معيّنين كالعلماء والمؤمنين ولا- من قبيل تملك الفقراء للزّكاه والسّاده للخمس بمعنى كونهم مصارف له لعدم تملكهم لمنافعها بالقبض، لأنّ مصرفه منحصر في مصالح المسلمين، فلا- يجوز تقسيمه عليهم من دون ملاحظه مصالحهم، فهذه الملكية نحوّ مستقلّ من الملكية قد دلّ عليه الدليل، ومعناها: صرف حاصل الملك في مصالح الملاك. ثمّ إنّ كون

ص: ٢٢٣

١- (١) سورة التوبة: الآية ١١١ .

٢- (٢) سورة البقرة: الآية ١٠٢ .

هذه الأرض للمسلمين ممّا أدعى عليه الإجماع ودلّ عليه النصّ كمرسلة حماد الطويله وغيرها.

الشرح:

وذكر بعض الأجله (١) في توضيح عدم الاعتبار أنّ المبادله بين الشيئين قد تكون لأجل ماليتها، كما هو الغالب وقد تكون لغرض آخر، مثلاً لو فرض وجود حيوانات مضرّه بالزراع كالفأره وأراد صاحب الزرع جمعها فاشترى كلّ فأره بكذا، يصدق عليه عنوان البيع، ولو أتلّف الغير تلك الفأره بعد شرائها لم يكن المتلف ضامناً؛ لعدم الماليه.

أقول: قد ذكرنا في المكاسب المحرّمه أنّه لا شهاده في مثل قوله سبحانه: «إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم» (٢) على عدم اعتبار الماليه في المبيع، حيث إن استعمال الشراء فيه إنّما هو بالعنايه والمجاز، فإنّه من الظاهر أنّه ليس في الآيه نظر إلى تمليك وتملك اعتباريين.

كما لا شهاده على ما ذكر في الأمثله المتقدمه، فإنّه ربما لا تكون للشئء ماليه، إلا . . . .

الشرح:

أنّه يكون للعمل المتعلق به ماليه، كما في جمع الكلاب الهراش وقتلها وجمع الفأره ونحوها من أرض الزراعه أو السكنى وقتلها بالسّم أو غيره، فيجوز أخذ العوض في مقابله، فإنّ قوله: «كلّ فأره بكذا»، العوض فيه للأخذ أو القتل كما لا يخفى. وعلى ما ذكرنا يكون أخذ العوض للكتاب المزبور أكلاً للمال بالباطل. نعم، إذا كان ذلك بنحو الهبه المشروطه، بأن يعطى الابن المال للآخر ليملكه كتاب أبيه فلا بأس.

والحاصل: أنّ الماليه كما تكون في الأعيان، سواء كانت من المنقولات أو غيرها كالأراضى والأشجار على ما تشهد لذلك الروايات الوارده في بيع الأراضى وشرائها كذلك تكون في منافع الأعيان والأعمال والحقوق، وتقدّم أنّ البيع عباره عن تمليك غير العمل والمنافع بإزاء مال في مقابل الإجاره وهى عباره عن تمليك المنفعه أو العمل بإزاء المال.

ص: ٢٢٤

١- (١) كتاب البيع للسيد الخمينى ٣ : ٣ .

٢- (٢) سوره التوبه: الآيه ١١١ .



ثم إنه لم يذكر رحمه الله في العنوان اعتبار الملكية في العوضين، وإنما ذكر اعتبار كون منهما مالا والنسبه بين كون شيء مالا وكونه ملكا عموم من وجه، وتعرض لمقتضى اعتبار الملكية في العوضين، وهو عدم صحة بيع الماء والكلأ والأسماك والوحوش من الحيوانات قبل اصطيادها، ونحوها من المباحات التي تكون خارجة عن ملك الناس ويكونون جميعهم في الوصول إليها على حد سواء، ووضع اليد عليها بعنوان التملك موجبا لدخولها في الملك كما في السموك والوحوش، أو يكون الملك بالإحياء كما في حفر الآبار وإجراء القنوات ونحوها. كما أن مقتضى اعتبارها في العوضين عدم جواز بيع الأراضي المفتوحة عنه، فإنه وإن تكون مملوكة للمسلمين، إلا أن ملكيتها لهم سنخ آخر، لا الملك بأن يكون لكل منهم سهم معلوم من تلك الأراضي ليدخل ذلك الجزء بالإرث وغيره في ملك الآخرين.

....

الشرح:

وكذا ليس ملكها كالمملك في الوقف الخاص لتكون منفعة العين الموقوفه ملكا للموقوف عليهم بنحو الإشاعه.

كما أن ملك تلك الأراضي ليس من قبيل ملك الزكاه للفقراء أو الملك في الوقف العام كالوقف على العلماء؛ ليكون المسلمون كالموقوف عليهم في الوقف العام وكالفقراء في الزكاه، وتكون منفعة تلك الأراضي أو عينها ملكا للقباض، نظير منفعة الوقف العام وعين الزكاه، بل كون تلك الأراضي ملكا للمسلمين أن منفعتها تصرف على مصالحهم.

أقول: اعتبار قيد الملك في العوضين لا- يوجب خروج الأرض المفتوحة عنه عن موارد البيع؛ لأن المذكور في العوضين هو اعتبار الملك لا- الملك بنحو الإشاعه، أو كونه بنحو آخر، مع أنه لا يعتبر في البيع الملكية في العوضين، بمعنى أن يكون كل منهما ملكا قبل البيع، بل ما يصح تملكه بعوض كما في بيع الكلى على الذمه، كاف في تحقق عنوان البيع.

وأما اعتبار كون المبيع مالكا للبائع فيما كان عينا خارجيه أو من قبيل الكلى في المعين، فهو من قبيل الشرط الخارجى للبيع كما لا يخفى.

والمتحصل: أن عدم جواز بيع الأراضي الخراجيه حتى فيما إذا كان بائعها والى

المسلمين، باعتبار النهى عنها لا أنها غير مملوكة. نعم، يصح التعبير عنها بعد ملاحظه النهى المزبور بعدم كونها ملكا طلقا.

ثم إنّ موجب الملك بحسب الاستقراء قسمان:

الأول: النواقل القهريه، سواء كان فى البين فعل اختيارى كاللقاء البذر فى أرض صالحه للزرع، أم لم يكن كما فى الملك بالإرث.

... .

الشرح:

والثانى: النواقل الاختياريه، وهذه النواقل إما من الأفعال الخارجيه كالإحياء بالمباشره ووضع اليد على المنقول من المباحات، وإما من قبيل المعاملات كالاشتراء والإجاره وغيرهما من المعاملات، وإما من قبيل المجموع من الفعل الخارجى والمعامله كالإحياء أو وضع اليد بالتسيب.

وما يعتبر ملكا ومالاً- يكون من قبيل الأعيان أو المنافع أو الحقوق، وكما أنّ اعتبار المالىه فى الأعيان يكون غالبا بملاحظه منافعها، إلا- أنّ مالىه الأعيان وملكها غير مالىه وملكه منافعها، كذلك الحال فى المنافع والأعمال، فإن مالىه العمل وإن يلاحظ فيها الأثر المترتب عليه غالبا، إلا- أنّ مالىتها غير مالىه الأثر لها. فإنه إذا فرض أنّ الأرض وأدوات البناء تساوى عشره آلاف والأجره المعينه للبناء أيضا عشره آلاف وفرض البيت الحاصل بعد تمام البناء يساوى ثلاثين ألفاً، فلا تحسب مالىته البيت مالىته لعمل العمال.

ولعمري أنّ هذا كله من الواضحات، والتعرض لها فى المقام باعتبار وسوسه البعض لتشويش أذهان المؤمنين، وسوقهم إلى أطراف بعض القواعد الموضوعه من بعض الأقوام من الملحدين، زعما منهم أنّ تلك القواعد أصلح لحال الجامعه. وربما وصلت الجراه إلى حد يتمسك لإثبات بعض تلك القواعد الضالّه ببعض الآيات، مثل قوله سبحانه: «لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى»<sup>(١)</sup>، ولكن ملاحظه صدرها وذيلها شاهد لعدم ارتباطها بالملكه ولا المالىه، فضلاً عن عدم دلالتها على انحصار موجبها، وتحديد المالىه فى الأشياء بالعمل، بل إنها ناظره إلى أنّ الإنسان سَيْرى ما تحمله فى دار الدنيا من

ص: ٢٢٦

١- (١) سورة النجم: الآيه ٤٩.

[أقسام الأرضين وأحكامها]:

وحيث جرى الكلام في ذكر بعض أقسام الأرضين؛ فلا بأس بالإشارة إجمالاً إلى جميع أقسام الأرضين وأحكامها، فنقول ومن الله الاستعانة:

الأرض إمّا موات وإمّا عامره [١]، وكلّ منهما إمّا أن يكون كذلك أصلية أو عرض لها ذلك، فالأقسام أربعة لا خامس لها:

الشرح:

الجزء لتعبه، وأنه لا ينفعه إلا ذلك التعب والسعى وأن غيره زائل.

[١] الأول: ما كان مواتاً بالأصل، أى لم يسبق بالعمارة من أحد، ويمكن إحراز ذلك في مورد الشك باستصحاب عدم حدوث عمارتها.

وذكر رحمه الله أنه لا خلاف بيننا (١) في أنّ الأرض المزبوره ملك الإمام عليه السلام؛ لكونها من الأنفال على ما وردت في غير واحد من الروايات (٢).

نعم، قد رخص النبي صلى الله عليه وآله ومن بعده الأئمة عليهم السلام في التصرف فيها بالإحياء والعمارة بلا عوض، وفي النبوي المروي في بعض كتب الأخبار للعامه: موتان الأرض لله ورسوله، ثم هي لكم منى أيها المسلمون (٣). وفي النبوي الآخر: عادى الأرض لله ولرسوله، ثم هي لكم منى (٤).

وورد في بعض الروايات وجوب أداء خراجها إلى الإمام عليه السلام كما في روايه الأول: ما يكون مواتاً بالأصله، بأن لم تكن مسبوقة بعماره. ولا- أشكال ولا- خلاف منياً في كونها للإمام عليه السلام والإجماع عليه محكى عن الخلاف والغنيه وجامع المقاصد والمسالك وظاهر جماعه أخرى. والنصوص بذلك مستفيضه، بل قيل إنها متواتره. وهى من الأنفال.

الشرح:

أبى خالد الكابلي، المعبر عنها في عبارته بالصحيحه، قال: وجدنا في كتاب على: «إِنَّ

ص: ٢٢٧

١- (١) أنظر الخلاف ٣ : ٥٢٥، المسأله ٣، والغنيه: ٢٩٣، وجامع المقاصد ٧ : ٩، والمسالك ١٢ : ٣٩١، ومفتاح الكرامه ٧ : ٤، والجواهر ٣٨ : ١١ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٩ : ٥٢٣، الباب الأول من أبواب الأنفال، والمستدرک ٧ : ٢٩٥، نفس الباب .

٣- (٣) لم نقف على هذا النص بعينه في المجاميع الحديثيه، بل نقله العلامة في التذکره ٢ : ٤٠٠، وانظر عوالى اللآلى ٣ : ٤٨٠ / ١ فإن فيه: «موتان الأرض لله ولرسوله، فمى أحيا منها شيئاً فهو له».

٤- (٤) عوالى اللآلى ٣ : ٤٨١ / ٥، وعنه فى المسدرك ١٧ : ١١٢، الباب ١ من أبواب إءاء الموات، الءءء ٥.

الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ»، أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الأرض، ونحن الممتقون والأرض كلها لنا، فمن أحيى أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي وله ما أكل منها»(١).

وروايه عمر بن يزيد المعبر عنها بالمصححة في عبارته ولم يظهر وجه توصيفها بالمصححة؛ لاشتراك عمر بن يزيد بين الثقة وغيره، ودعوى انصرافه إلى الثقة لا يمكن المساعدة عليها؛ لأنّ كلاّ منهما صاحب الكتاب فتدبر. أنّه سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها وعمّرها وأجرى أنهارها وبنى فيها بيوتا وغرس فيها نخلاً وشجراً، فقال أبو عبد الله عليه السلام: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: من أحيى أرضاً من المؤمنين فهي له وعليه طسقتها يؤديه إلى الإمام في حال الهدنه، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه»(٢).

ووجه رحمه الله الجمع بين الطائفتين بحمل الثانيه على استحقاق الإمام عليه السلام المطالبه بالخراج، فيجب على الناس معها إيصاله إليه، ولكن الأئمة عليهم السلام قد حلّوا لشيعتهم الخراج ولم يطالبوهم به، كما هو مقتضى قوله عليه السلام: «ما كان لنا فهو لشيعتنا»(٣). نعم، أبيع التصرف فيها بالإحياء بلا عوض، وعليه يُحمل ما في النبويّ «مَوَاتَانِ الْأَرْضُ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مَتَى أَيُّهَا الْمُسْلِمُونَ» ونحوه الآخر «عَادِي الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مَتَى». وربّما يكون في بعض الأخبار وجوب أداء خراجها إلى الإمام عليه السلام كما في صحيحه الكابلي، قال: «وجدنا في كتاب علي عليه السلام «أَنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ». أنا وأهل بيتي الذين أورثنا الله الأرض ونحن الممتقون، والأرض كلها لنا، فمن أحيى أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤدّ خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها... الخبر».

الشرح:

وقوله عليه السلام في روايه مسمع بن عبد الملك: «كلّ ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّون»(٤).

ص: ٢٢٨

١- (١) وسائل الشيعة ٢٥ : ٤١٥، الباب ٣ من أبواب إحياء الموات، الحديث ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٩ : ٥٤٩، الباب ٤ من أبواب الانفال، الحديث ١٣.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٩ : ٥٥٠، الباب ٤ من أبواب الانفال، الحديث ١٧.

ونقل عن «التذكرة»<sup>(١)</sup> في وجه الجمع أنّ مع التصرف في أراضى الموات بغير إذن الإمام عليه السلام يكون على المتصرف الخراج، وذكر وجهها ثالثاً في وجه الجمع، وهو ثبوت الخراج على المتصرف حال الحضور، وأمّا في زمان الغيبة فلا ينبغي الرّيب في عدم الخراج، بل الأخبار<sup>(٢)</sup> متفقّة على أنّها ملك لمن أحيّاها، وسيأتي حكاية الإجماع على كونها ملكاً بالإحياء.

وذكر النائيني<sup>(٣)</sup> رحمه الله أنّ ما دلّ على الإباحة للشيعة يحمل على أنّ الغرض الأصلي هو الإذن لهم، وحيث لم يكن اختصاص الحكم بالملك لهم بالإحياء خالياً عن ومصحّحه عمر بن يزيد «أنّه سأل رجل 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 أحيى أرضاً من المؤمنين فهي له. وعليه طسقتها يؤدّيه إلى الإمام عليه السلام في حال الهدنه، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه».

الشرح:

المحذور عمّم الشرع الحكم بأن كلّ من أحيى من الأرض الميتة التي هي من الأنفال يكون مالكا لها. ولعلّ المحذور أنّ مع الاختصاص لا- يمكن حليه المساكن المشتركه من الكفار للشيعة، ويكون ذلك نظير حكمه تشريع العده، فإنّها مختصه بمورد اختلاط المياه ولكن الحكم عام.

ويشهد لعموم الإذن في المقام ما ورد في شراء الأرضين من اليهود والنصارى، وفي صحيحه محمد بن مسلم قال: «سألته عن شراء الأرض من اليهود والنصارى، قال: ليس به بأس»<sup>(٤)</sup>، وفي صحيحه أبي بصير قال: «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرضين من أهل الذمه، فقال: لا بأس بأن يشتريها منهم إذا عملوها وأحيوها، فهي لهم»<sup>(٥)</sup>. ثمّ قال رحمه الله: «والظاهر عدم تعلق الخراج بالأرض ودخولها في الملك

ص: ٢٢٩

١- (١) المصدر السابق: ٥٤٨، الحديث ١٢.

٢- (٢) التذكرة ٢: ٤٠٢.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥: ٤١١، الباب الأوّل من أبواب إحياء الموات.

٤- (٤) منية الطالب في شرح المكاسب ٢: ٢٦٧.

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٥: ١٥٦، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٢.

بالإحياء»، ومقتضى ذلك إغماضه رحمه الله عن الروايات الدالة على ثبوت الخراج وطرحها أو تأويلها كما لا يخفى.

أقول: وما ذكره المصنّف رحمه الله من حمل أخبار أداء الخراج على بيان الاستحقاق خلاف الظاهر مثل روايه أبي خالد الكابلي، فإن مقتضاها لزوم أداء الخراج وعدم دخول الأرض في ملك المحيي إلى ظهور القائم، كما أنّ حمل الأخبار الدالة على كون ويمكن حملها على بيان الاستحقاق ووجوب إيصال الطسق إذا طلبه الإمام عليه السلام لكنّ الأئمة عليهم السلام بعد أمير المؤمنين عليه السلام حللوا شيعتهم وأسقطوا ذلك عنهم، كما يدلّ عليه قوله عليه السلام «ما كان لنا فهو لشيعتنا»، وقوله عليه السلام في روايه مسمع بن عبد الملك: «كلّ ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون يحلّ لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيجيبهم طسق ما كان في أيدي سواهم، فإنّ كسبهم في الأرض حرام عليهم حتّى يقوم قائمنا ويأخذ الأرض من أيديهم، ويخرجهم عنها صغره... الخبر».

الشرح:

الإحياء مملكا لا يمكن حملها على خصوص زمان الغيبة.

وما ذكره الشهيد(1) رحمه الله من ثبوت الخراج على المستعمل في فرض الإحياء بلا إذن غير صحيح، فإنّه قد ذكر الإذن العام لكل من المسلمين مع ثبوت الخراج عليه.

وما ذكره النائيني(2) رحمه الله من أنّ الغرض الأصلي الإذن والتحليل للشيعة ووقع الإذن للعموم حتّى لا يكون في البين محذور للشيعة، غير صحيح، فإنه مع اختصاص التحليل لا يوجب محذورا كما ذكرنا ذلك في تحليل الخمس للشيعة، من أنّ التحليل راجع إلى غير من تعلق الخمس بالمال بيده جمعا بين روايات التحليل وما دلّ على وجوب إخراج الخمس على من استفاد المال مع فرضه من الشيعة مقتضى بعض الأخبار عدم عموم الإذن. وقد ورد في روايه «ما كان في أيدي سواهم، فإنّ كسبهم من الأرض حرام»(3)، مع أنّ الجمع بين ثبوت الخراج على المحيي كما هو مدلول بعض

ص: ٢٣٠

١- (١) الدروس ٣: ٥٦ ٥٧.

٢- (٢) منه الطالب في شرح المكاسب ٢: ٢٦٦ ٢٦٧.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٩: ٥٤٨، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٢.

الشرح:

الأخبار، مع دلالة غير واحد من الأخبار على دخول الأرض في ملك المحيي، بظاهرة غير ممكن.

وذكر المحقق الإيرواني (١) رحمه الله أنّ ظاهر غير واحد من الروايات كون الإحياء مملكا حتى المخالف والكافر، كصحيحه محمد بن مسلم قال: «سألته عن الشراء من أرض اليهود والنصارى؟ قال: ليس به بأس إلى أن قال: وأيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عملوها فهم أحق بها وهي لهم» (٢). وفي صحيحته الأخرى عن أبي جعفر عليه السلام: «أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها فهم أحق بها» (٣). ورواه محمد بن مسلم، ولا يبعد كونها معتبرة؛ لأنّ محمد بن حمران الراوى عن محمد بن مسلم هو الهندي الثقة، قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: أيما قوم أحيوا من الأرض شيئا وعمروها فهم أحق بها وهي لهم» (٤). وفي صحيحه الفضلاء عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام: «قالا: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أحيى أرضا مواتا فهي له» (٥). إلى غير ذلك ممّا ظاهرها كون الإحياء مملكا؛ لأنّ النبي صلى الله عليه وآله أو الإمام عليه السلام قد أذن في الإحياء والتملك بإباحه مالكيه واختصاص تلك الإباحه بالمسلمين، كما هو ظاهر النبويين.

والروايات الواردة في ثبوت الخراج لا دلالة لها على كون الخراج أجره الأرض لتنافي ثبوته على مستعمل الأرض تملك الأرض بالإحياء، بل هو نظير الصداق قرار . . . . .

الشرح:

مالي يثبت على الممتلك.

والحاصل: أنّ الأرض ما دامت ميتة فهي من الأنفال ملك الإمام عليه السلام وبعد الإحياء تخرج عن ملكه ويثبت على الممتلك القرار المالي الموسوم بالخراج، ويمكن القول

ص: ٢٣١

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب ٢: ٤١٩ و ٤٢٢، الرقم ٨٢٨ و ٨٣٤ و ٨٣٥.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٥: ١٥٦، الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٢.

٣- (٣) تهذيب الأحكام ٧: ١٤٩، باب أحكام الأرضين، الحديث ٨.

٤- (٤) تهذيب الأحكام ٧: ١٥٢، باب أحكام الأرضين، الحديث ٢٠.

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢٥: ٤١٢، الباب الأوّل من كتاب إحياء الموات، الحديث ٥.



بأن الأرض للإمام عليه السلام حتى بعد تملكها بالإحياء، ولكن الملك الثابت للإمام غير سنخ الملكية الاعتبارية، بل هي نظير ملك الله سبحانه السماوات والأرض. انتهى.

أقول: ويشهد لكون الخراج ليس بمعنى أجره الأرض مثل صحيحه محمد بن مسلم قال: «سألته عن أهل الذمه ماذا عليهم مما يحقنون به دماءهم وأموالهم؟ قال: الخراج، وإن أخذ من رؤوسهم الجزية فلا سبيل إلى أرضهم، وإن أخذ من أرضهم فلا سبيل إلى رؤوسهم»<sup>(١)</sup>، حيث إن مقتضاها جواز أخذ الخراج من أهل الذمه مع فرض كون الأرض ملكهم. وعلى ذلك فلا يكون ثبوت الخراج على الأرض بإحيائها منافيا لدخولها في ملك محييها، ولو كان الدال على ثبوته تاما لما وقع التعارض بينه وبين ما يدل على دخول الأرض بالإحياء في ملك محييها، بل يلتزم مع الملك بثبوته، إلا أن ما ورد فيه الخراج غير تام سنداً، بل دلالة، وما يظهر منه عدم دخول الأرض في ملك المحيي، كذيل روايه عمر بن يزيد المتقدمه من قوله: «فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه»<sup>(٢)</sup>. ووجه الظهور أنه لو كانت الأرض ملكاً للمحيي فلا وجه لأخذها منه، وكذلك ما ورد في روايه مسمع من قوله: «يا أبا سيار، الأرض كلها لنا»<sup>(٣)</sup>، مضافاً إلى ضعف السند لا يمكن الأخذ بظاهر الذيل، فإنه لو لم يكن الإحياء مملكا ... .

الشرح:

فلا أقل من كونه موجبا لثبوت الحق للمحيي، ومع ثبوت حقه فكيف تؤخذ الأرض منه. والأرض في روايه مسمع يمكن أن يراد بها أرض البحرين التي وردت الروايه على أنها من الأنفال؛ ولذلك ذكر أنها كلها للإمام عليه السلام، وما ذكر في ذيلها: «فإن كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم ويخرجهم منها صغره»<sup>(٤)</sup> لا يمكن الأخذ بظواهرها؛ لما ذكرنا في ذيل روايه عمر بن يزيد كما لا يخفى.

والمتحصل إلى هنا أن مقتضى الروايات المعتبره أن إحياء الأرض موجب لدخولها في ملك المحيي، سواء كان محييها شيعياً أو مخالفاً أو كافراً.

ص: ٢٣٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٥ : ١٥٠، الباب ٦٨ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٩ : ٥٤٩، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٣.

٣- (٣) المصدر السابق: ٥٤٨، الحديث ١٢.

٤- (٤) المصدر السابق .

ويبقى الكلام في أنّ الإحياء مملّك بحكم الشرع، أو أنه لا إذن مالكي، حيث إن رسول الله صلى الله عليه وآله ومن بعده الأئمة عليهم السلام أذنوا في ذلك مقتضى كون الأرض الميتة من الأنفال وكونها لرسول الله صلى الله عليه وآله ومن بعده للإمام عليه السلام يضعه حيث شاء كون الإحياء كذلك بالإذن، وأن الإذن العام قد صدر عنهم عليهم السلام كما هو مقتضى ما ورد في جواز شراء الأرض من الكافر، وأن أيما قوم أحيوا أرضاً فهي لهم. ولكن ظاهر بعض الروايات أنّ كون الإحياء مملّكاً بحكم الشرع، وفي معتبره السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من غرس شجراً أو حفر وادياً بدياً لم يسبقه إليه أحد، وأحى أرضاً ميتة فهي له قضاءً من الله ورسوله صلى الله عليه وآله» (١). ولكن لا يظهر للنزاع ثمره عمليه بعد فرض ثبوت الإذن العام، بل يحتمل أن يكون المراد من الثانيه عدم تقطيع النبي صلى الله عليه وآله والأئمة عليهم السلام الأراضي الميتة أو بعضها لأشخاص خاصه فيوافق الإذن.

نعم، ذكر في التذكرة: أنه لو تصرف في الموات أحد بغير إذن الإمام كان عليه طسقتها. ويحتمل حمل هذه الأخبار المذكوره على حال الحضور، وإلا فالظاهر عدم الخلاف في عدم وجوب مال للإمام في الأراضي في حال الغيبه، بل الأخبار متفقه على أنّها لمن أحيها، وسيأتي حكاية إجماع المسلمين على صيرورتها ملكاً بالإحياء.

الثاني: ما كانت عامره بالأصله [١]، أي لا من معمر، والظاهر أنّها أيضاً للإمام عليه السلام وكونها من الأنفال، وهو ظاهر إطلاق قولهم: «وكل أرض لم يجر عليه الشرح»:

وما ذكر في بعض الروايات، كصحيحه أحمد بن محمد بن أبي نصر من قوله عليه السلام: «من أسلم طوعاً تركت أرضه في يده وأخذ منه العشر ونصف العشر فيما عمر منها وما لم يعمر منها، أخذه الوالي فقبله ممن يعمره وكان للمسلمين» (٢) لا دلاله فيها على اختصاص الإذن بالإحياء بالمسلم، حيث إنّ المفروض في موردها إسلام أهل الأرض كما لا يخفى.

فقد تحصل أنه لا خراج على الأرض الميتة التي هي من الأنفال بعد إحيائها ليدعى حليته للشيعة، أو يجمع بين الروايات باختصاص الحليه ببعض الأزمنه ولا يعم

ص: ٢٣٣

- 
- ١- (١) وسائل الشيعة ٢٥: ٤١٣، الباب الثاني من كتاب إحياء الموات، الحديث الأول.
  - ٢- (٢) وسائل الشيعة ١٥: ١٥٨، الباب ٧٢ من أبواب جهاد النفس وما يناسبه، الحديث ٢.

بعضها الآخر، فلاحظ الكلمات وتدبر، والله سبحانه هو العالم.

[١] الثانی: وهى ما تكون عامره بالأصالة لا من محى كالأجام، أى الأشجار الملفوفة كما فى الغابات وسواحل الأنهار، ومقتضى ظاهر الأصحاب كونها أيضا للإمام عليه السلام، حيث أطلقوا: «أنّ كلّ أرض لم يجر عليه ملك مسلم فهو للإمام عليه السلام» (١) ولم ملك مسلم، فهو للإمام عليه السلام.

وعن التذكرة: الإجماع عليه. وفى غيرها نفى الخلاف عنه؛ لموثقه أبان بن عثمان عن إسحاق بن عمّار المحكيه عن تفسير على بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام حيث عدّ من الأنفال: «كلّ أرض لا ربّ لها» ونحوها المحكى عن تفسير العياشى، عن أبى بصير، عن أبى جعفر عليه السلام.

ولا- يخصّص عموم ذلك بخصوص بعض الأخبار، حيث جعل فيها من الأنفال «كلّ أرض ميّته لا- ربّ لها» بناءً على ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز، لأنّ الظاهر ورود الوصف مورد الغالب؛ لأنّ الغالب فى الأرض التى لا مالك لها كونها مواتاً. وهل تملك هذه بالحيازه؟ وجهان: من كونه مال الإمام عليه السلام، ومن عدم منافاته للتملك بالحيازه، كما يملك الموات بالإحياء مع كونه مال الإمام، فدخل فى عموم النبوى «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحقّ به».

الشرح:

يقيدوا الأرض بالميتة، كما أنّ كونها له عليه السلام مقتضى بعض الروايات الواردة فى الأنفال، كموثقه اسحاق بن عمار قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأنفال، فقال: هى القرى التى خربت وانجلى أهلها إلى أن قال: وكل أرض لا ربّ لها» (٢)، حيث إن العموم يشمل المعموره بالأصالة. ومثلها رواه العياشى عن أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال: «لنا الأنفال، قلت: وما الأنفال؟ قال: منها المعادن والآجام، وكل أرض لا ربّ لها، وكل أرض باد أهلها فهو لنا» (٣).

وعن صاحب «الجواهر» (٤) رحمه الله أنّ المعموره بالأصالة ليست من الأنفال، بل هى

ص: ٢٣٤

١- (١) كما فى الشرائع ٣ : ٢٧٢ ، والقواعد ١ : ٢٢٠ ، وقال صاحب مفتاح الكرامه (٧ : ٩) فى ذيل هذه العبارة هكذا: كما طفحت بذلك عباراتهم بلا خلاف من أحد.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٩ : ٥٣١ ، الباب الأول من أبواب الأنفال، الحديث ٢٠.

٣- (٣) المصدر السابق: ٥٣٣ ، الحديث ٢٨.

٤- (٤) نقلها المحقق الميرزا النائينى فى منيه الطالب فى شرح المكاسب ٢ : ٢٦٨ ، جواهر الكلام ١٦ : ١٢٠ .

## الشرح:

كسائر المباحات الأصلية كالسمك في البحر وسائر الحيوانات في البر، وذلك لتقييد الأرض بالميتة في مرسله حماد، حيث عد فيها من الأنفال «كل أرض ميتة لا رب لها» (١). وأجاب بأن الوصف ليس له مفهوم ليجب تقييد الإطلاق في المثبتين، مع عدم وحده الحكم فيهما، هذا أولاً.

وثانياً: على تقدير المفهوم ليس للوصف في المقام مفهوم باعتبار كون القيد في المقام وارداً مورد الغالب؛ لأن الغالب فيما لا رب له كونها مواتاً.

ودعوى أنه لا يمكن التمسك بالإطلاق أيضاً؛ لكونه محمولاً على الغالب، أي الأرض الميتة، لا يمكن المساعدة عليها؛ لأن كون القيد غالبياً معناه أن أخذه باعتبار كثره وجوده، ومن الظاهر أن مجرد كثره الوجود لا- يوجب الانصراف، حيث إن الموجب للانصراف أنس الأذهان، مع أن العموم في المقام بالوضع لا بالإطلاق.

أقول: أضف إلى ذلك أن التقييد المزبور قد ورد في مرسله حماد، ولإرسالها لا يمكن الاعتماد عليها، ومع الغض عن السند أن تقييد الأرض بالميتة فيها باعتبار ذكر حكم المعمورة بالأصل قبل ذلك، حيث ورد فيها «أن الأنفال كل أرض خربه باد أهلها، وكل أرض لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب ولكن صالحوا صلحا وأعطوا بأيديهم على غير قتال، وله رؤوس الجبال، وبطون الأودية، والآجام، وكل أرض ميتة لا رب لها» (٢) الحديث. فإن المراد بالآجام بمناسبه الحكم والموضوع وبقرينه المذكور قبله وبعده ليس نفس الأشجار الملتفة، بل هي مع الأرض التي فيها الأشجار.

وقد يجاب عن شبهه التقييد المزبوره أن الناظر في الروايات الواردة في الأنفال . . . .

## الشرح:

يجد منها ما عليه سيره العقلاء من أن كل ما لا يكون له مالك خاص أرضاً كانت أو غيرها للحكومه من غير فرق بين كونها ميتة بالأصل أو بالعارض أو كانت معموره،

ص: ٢٣٥

١- (١) وسائل الشيعه ٩: ٥٢٤، الباب ١ من أبواب الأنفال، الحديث ٤.

٢- (٢) المصدر السابق.

وأن الإمام عليه السلام في كلِّ عصر مالك لتلك الأرض أو غيرها فله وضعهما حيث يشاء بالإذن للسائرين في التصرف فيهما وتملكهما بالإحياء والحيازه.

وعلى ذلك فلا يكون تقييد الأرض بالميتة للاحتراز عن المعموره؛ لأنَّ الميتة كالمعموره بالأصل لا خصوصية لها كما أنَّ الأرض لا خصوصية لها، حيث الدخيل والموضوع لمالك الإمام عليه السلام عدم كون الشيء مملوكاً لمالك.

أقول: لم يعلم جريان السير من العقلاء على اعتبار شيء ملكاً للدوله مع خروجه عن استيلائهم كالبهار والسمك فيها، كما هو الحال في الأنفال، حيث تكون الآجام والمعادن في أقصى نقاط الأرض ملكاً للإمام ولو مع عدم استيلاء المسلمين عليها فضلاً عن الإمام، بل لو كان الأمر كما ذكر رحمه الله لم يكن السمك أو المرجان في البحر من المباحات، بل كانا من الأنفال أيضاً، مع أنه قد التزم بكونهما من المباحات.

والمتخصّص بل أنه بعد الالتزام بأنه لا يكون كل ما ليس له مالك ملكاً للإمام عليه السلام وداخلاً في عنوان الأنفال، فلا بد في تحديدها من ملاحظه الروايات الواردة فيها، وقد تقدّم أن مقتضى العموم في بعض الروايات المعتبره أنَّ منها الأراضي المعموره بالأصل.

ثم إنّه هل يدخل هذا القسم من الأرض في الملك بمجرد وضع اليد والحيازه، فظاهر المصنف رحمه الله دخولها في الملك، ويقتضيه قوله صلى الله عليه وآله: «من سبق إلى ما لا يسبقه . . . .».

الشرح:

إليه مسلم فهو أحق به»(١).

ولكن لا يخفى أنّ النبوى لضعفه سنداً لا يمكن الاعتماد عليه، فإنّه مروى في «المستدرک»(٢) مرسلًا، ومع الإغماض لا دلالة له على جواز التملك وصيرورته ملكاً بالسبق وإنّما يدل على ثبوت الحق، بمعنى عدم جواز مزاحمه الغير.

بل لا يبعد أن يقال بعدم الإطلاق له في ناحيه جواز سبق أيضاً، بأن يدلّ على

ص: ٢٣٦

١- (١) عوالى اللآلى ٣ : ٤٨٠ ، الحديث ٤ ، وعنه مستدرک الوسائل ١٧ : ١١١ ، الباب ١ من كتاب إحياء الموات ، الحديث ٤ ، والسنن الكبرى ٦ : ١٤٢ .

٢- (٢) المصدر السابق .

جواز السبق إلى كل شيء ولو كان مملوكاً للغير؛ ليعم جواز السبق إلى الأرض المعمورة التي ملك الإمام عليه السلام، وإنما يدل على أحقيته السابق في موارد ثبت فيها جواز السبق من الخارج، كالسبق إلى الخانات والمباحات الأصلية.

والتزم النائيني (١) رحمه الله بدخول الأرض المحيية بالأصالة في الملك بعد المناقشة في النبوي؛ لما ورد (٢) عنهم عليهم السلام أنهم أباحوا لشيعتهم ما كان لهم، وما ورد في التحليل وإن كان مختصاً بخصوص الشيعة، إلا أنه قد تقدم أن مقتضى تعليل الإباحة بأن تطيب ولاده الشيعة كون التملك بالتصرف عاماً لكل أحد.

وفيه ما لا يخفى؛ لعدم وفاء تلك الأخبار عن كون السبق إلى الأرض مملوكاً، بل غايتها جواز الانتفاع بالأراضي المعمورة، وإنما التزمنا في الأراضي الميتة بجواز تملكها بالإحياء للروايات الدالة على كون الإحياء وعماره الأرض مملوكاً، ومن الظاهر الثالث: ما عرض له الحياه بعد الموت [١]، وهو ملك للمحيي فيصير ملكاً له بالشروط المذكورة في باب الإحياء بإجماع الأمة كما عن المهذب وإجماع المسلمين كما عن التنقيح. وعليه عامه فقهاء الأمصار كما عن التذكرة، لكن ببالي من المبسوط كلام يشعر بأنه يملك التصرف، لا نفس الرقبه فلا بد من الملاحظه.

الشرح:

أنه لا- يصدق الإحياء والعماره بمجرد السبق ووضع اليد على الأرض. نعم، في مضمرة ابن مسلم: «وأيتما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعملوها فهم أحقّ بها وهي لهم» (٣).

وربما يستظهر منها كما عن المحقق الإيرواني (٤)، كون الحيازه أيضاً تملكاً كالإحياء، حيث يصدق على الحيازه العمل في الأرض، كما إذا كانت محجوراً عليها ونحوه. وفيه أنه لا يحرز صدق عمل الأرض إلا على استعمالها بالزرع ونحوه الذي هو قسم من الإحياء، ويكون عطفه على الإحياء من عطف الخاص على العام.

وأما دعوى سيره العقلاء على كون الحيازه ووضع اليد مملوكاً، ففيها أن الثابت من سيره العقلاء كون وضع اليد على المنقولات كما ذكر، وأما في غير المنقولات

ص: ٢٣٧

١- (١) منيه الطالب في شرح المكاسب ٢: ٢٦٩.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٩: ٥٤٨ و ٥٥٠، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٢ و ١٧.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٢٥: ٤١١، الباب ١ من كتاب إحياء الموات، الحديث ١.

٤- (٤) حاشية كتاب المكاسب ٢: ٤٢٣، الرقم ٨٣٧.

كالأراضى فلم يثبت سيرتهم على كون مجرد وضعها موجبا لدخول الأرض أو نحوها فى الملك الشخصى لواقع اليد فلاحظ. نعم، سيرتهم جاربه على ثبوت الحق للسابق، بمعنى عدم جواز مزاحمه الغير فى الانتفاع، وجواز الانتفاع كذلك مستفاد من الأخبار الواردة(١) فى تحليل حقهم عليهم السلام للشيعه أيضا، والله سبحانه هو العالم.

[١] المراد طريان الإحياء على الموات بالأصله، وأمّا إحياء الموات بالعرض فسيأتى التعرض له، وكون الإحياء فى الموات بالأصل مملكا مقتضى ظاهر الروايات الرابع: ما عرض له الموت بعد العماره [٢]، فإن كانت العماره أصليه فهى مال الإمام عليه السلام وإن كانت العماره من معمر ففى بقائها على ملك معمرها أو خروجها عنه وصيرورتها ملكاً لمن عمّرها ثانياً خلاف معروف فى كتاب إحياء الموات منشؤه اختلاف الأخبار.

الشرح:

المتقدمه، وأمّا الالتزام بعدم ملك الرقبه، بل ملك الانتفاع، كما يشعر به كلام «المبسوط»(٢)، فلا تؤيده تلك الروايات.

وأمّا الشروط المذكوره فى كتاب الإحياء فأربعة: الأول: أن لا تكون الأرض الموات حدا لعامر، وإلا فلا تكون ملكا بالإحياء. الثانى: أن لا تكون مقطعا من النبى صلى الله عليه وآله أو الوصى عليه السلام لأحد. الثالث: أن لا تكون الأرض مجعوله للعباده، كأرض منى وموقفى العرفه والمشعر الحرام. الرابع: أن لا يسبق إليها حق التحجير، ومع تعلقه لا تدخل الأرض فى ملك المحيى.

[٢] القسم السابع: ما لو خربت الأرض المحياه، فإن كانت الأرض معموره بالأصل تكون باقيه على ملك الإمام عليه السلام؛ لأنّ الخربه كالمعموره بالأصل من الأنفال، وإن كانت معموره معمر ففى بقائها على ملك معمرها أو خروجها عن ملكه وصيرورتها ملكا لمن عمّرها ثانياً خلاف للمذكور فى كتاب إحياء الموات. ومنشأ الخلاف فى الأخبار، حيث قيل(٣): «إن مقتضى ما دلّ على أنّ: «من أحيى أرضا من المؤمنين فهى له»(٤) «وأيما قوم أحيوا أرضا فهم أحق بها وهى لهم»(٥)، دخولها فى

ص: ٢٣٨

١- (١) مرّ سابقاً .

٢- (٢) انظر المبسوط ٢ : ٢٩ .

٣- (٣) حاشيه كتاب المكاسب ٢ : ٤٢٤ ، الرقم ٨٣٩ .

٤- (٤) وسائل الشيعه ٩ : ٥٤٩ ، الباب ٤ من أبواب الأنفال، الحديث ١٣ .

## الشرح:

ملك من عمرها ثانيا.

ويقتضيه أيضا صحيحه معاوية بن وهب قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: «أيما رجل أتى خربه بائره فاستخرجها، وكري أنهارها وعمرها، فإن عليه فيها الصدقه، فإن كانت أرض لرجل قبله، فغاب عنها وتركها فأخربها، ثم جاء بعد يطلبها، فإن الأرض لله ولمن عمرها» (١). ومقتضى صحيحه سليمان بن خالد بقاؤها على ملك مالكة السابق، وعدم صيرورتها ملكا لمن عمرها ثانيا، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربه فيستخرجها، ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها، ماذا عليه؟ قال: «الصدقه». قلت: فإن كان يعرف صاحبها، قال: «فليؤد إليه حقه» (٢).

أقول: لو لم تكن صحيحه معاوية بن وهب منصرفه إلى صوره إعراض مالكة السابق، بقرينه قوله عليه السلام فيها: «وتركها فأخربها» فلا أقل من كونها مطلقة تعم صوره إعراضه، كما أنّ مقتضاها عدم الفرق بين كون الملك للمالك السابق بالإحياء أو بغيره. ولكن صحيحه سليمان بن خالد خاصه بصوره عدم الإعراض، حيث إن قوله فيها: «فإن كان يعرف صاحبها» معرفه المالك الفعلى. وهذه الصحيحه أيضا مطلقة، من جهه كون الملك للمالك المعروف بالإحياء أو بغيره، فيرفع اليد عن إطلاق صحيحه معاوية بن وهب بقرينه الصحيحه الثانيه، بحمل الأولى على صوره إعراض المالك الأول.

والحاصل بين الصحيحتين جمع عرفى، ومعه لا- تصل النوبه إلى التخيير بين المتعارضين أو الالتزام بالتساقط والزجوع إلى استصحاب بقاء الملك للمالك السابق.

ثم إن ظاهر أخذ العلم والعرفان في خطاب الحكم هو أخذه طريقا كما فى . . . . .

## الشرح:

نظائرها، فظاهر قوله: «فإن كان يعرف صاحبها» فرض مالك فعلى للأرض؛ ولذا

ص: ٢٣٩

١- (١) مرّ سابقاً .

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٥ : ٤١٤، الباب ٣ من كتاب إحياء الموات، الحديث الأول.



لا يفرق في بقاء الأرض على ملك المالك السابق بعدم الإعراض ونحوه بين كونه معلوماً أو مجهولاً، فيعامل مع الأرض في كلتا صورتين معاملة ملك الغير. فإن كان مالكة معروفاً يعتبر الاستئذان منه في الإحياء والتصرف فيها، وإن كان مجهولاً فيرجع إلى الحاكم الشرعي في التصرف فيها، كما هو في سائر الأموال المجهولة.

وعن «التذكرة» وتبعه جماعة<sup>(١)</sup> أنّ ما طرأ عليه الخراب من الأرض إن كانت مملوكة للغير بالإحياء فيزول ملكه بالخراب، وأما إذا كانت مملوكة له بانتقالها إليه بالشراء أو الإرث ونحوهما فلا يزول ملكه عنها بمجرد صيرورتها ميتة. وقال: إنه على عدم زوال الملك في الصورة الثانية إجماع، ولكن لم يعلم وجه لهذا التفصيل غير ما يستظهر من روايه أبي خالد الكابلي، حيث ورد فيها: «فمن أحيى أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤدّ خراجها إلى الإمام عليه السلام، وله ما أكل منها، فإن تركها وأخرّبها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحيها، فهو أحق بها من الذي تركها»<sup>(٢)</sup>.

وفيه، مع ما تقدّم من ضعف الرواية سنداً، وعدم إمكان الاعتماد عليها واشتمالها على حكم لا بد من إرجاعه إلى أهله، وهو ثبوت الخراج على معمرها، وأن الأرض تؤخذ منه عند ظهور القائم (عجل الله تعالى فرجه الشريف)، أنها منصرفه إلى صورته إعراض المعمر الأول، ولو بملاحظته أنّ الأرض في تلك الأزمنة لم تكن نوعاً ذات قيمة بعد خرابها ليرغب في التحفظ بها.

نعم، على تقدير ثبوت الإطلاق وعدم الانصراف تقع المعارضة بينها وبين . . . .

الشرح:

صحيحه سليمان بن خالد بالعموم من وجه، حيث إن صحيحه ابن خالد الداله على ثبوت حق المالك الأول عامه من جهة ملك الأرض بالإحياء وغيره، وخاصة من جهة عدم الإعراض. وروايه الكابلي الداله على سقوط حق المالك الأول خاصة من جهة ملك الأرض بالإحياء، وعامه من جهة إعراض المالك الأول وعدمه، وبعد سقوطهما في مورد اجتماعهما وهو ما إذا كانت الأرض مملوكة للسابق بالإحياء مع عدم إعراضه عنها، يرجع إلى عموم قوله عليه السلام: «أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعملوها فهم أحق

ص: ٢٤٠

١- (١) راجع المسالك ١٢: ٣٩٦، وانظر الجواهر ٣٨: ٢٢٠.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥: ٤١٤، الباب ٣ من كتاب إحياء الموات، الحديث ٢.

بها»(١). ونتيجة ذلك كون اللاحق أحق بالأرض.

اللهمّ إلّا- أن يقال: إن العموم المزبور يعمّ المعمر الأول أيضا، ومقتضى كون الأرض ملكا له عدم جواز الإحياء من الثانى إلّا بإذنه، ولو وصلت النوبة إلى الأصل العملى أيضا فمقتضى الاستصحاب بقاء ملك الأول وعدم خروج الأرض عن ملكه بمجرد الخراب.

نعم، إذا ترك الأرض خرابا بمدته طويله من جهة عدم اعتناؤه بالأرض المزبوره ففيه كلام، وهو أنه قد ورد فى بعض الروايات أنّ تعطيل الأرض وتركها مخروبه يوجب خروجها عن ملك مالكها، وهى روايه يونس عن العبد الصالح عليه السلام قال: «إن الأرض لله تعالى جعلها وقفا على عباده، فمن عطل أرضا ثلاث سنين متواليه لغير ما عله أخذت من يده، ودفعت إلى غيره، ومن ترك مطالبه حق له عشر سنين فلا حق له»(٢). ومرسلته عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «من أخذت منه أرض ثم مكث ثلاث سنين . . . . .».

الشرح:

لا يطلبها، لم تحل له بعد ثلاث سنين أن يطلبها»(٣). وظاهر هاتين الروايتين انتهاء الملك والحق وسقوط الدين بتعطيل الأرض وترك المطالبه فى المده المزبوره، ولا أعرف من التزم بهذا الظهور، مع ضعفهما سندا ومعارضتهما بما فى نهج البلاغه، قال عليه السلام: «الحق جديد وإن طال عليه الأيام، والباطل مخدول وإن نصره أقوام»(٤).

نعم، ربما يستظهر أنه مع تعطيل المالك الأرض بعدم الاعتناء بها يجوز للآخرين التصرف فيها بالإحياء من صحيحه سليمان بن خالد المتقدمه، حيث لم يتعرض فيها الإمام عليه السلام للمنع عن الإحياء، مع فرض أنّ المحيى يعرف المالك.

ولكن لا- يخفى أنه لو كان المراد من رد حق المالك إليه ما يعم رد نفس الأرض فلا- موضوع للتعرض لإباحه الإحياء؛ لوقوع السؤال بعد حصول الإحياء خارجا، وعليه فلولم يكن الاستئذان من المالك أظهر أخذا بما دل على أنّ حرمه مال المسلم

ص: ٢٤١

١- (١) وسائل الشيعه ١٥ : ١٥٦، الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٥ : ٤٣٣، الباب ١٧ من كتاب إحياء الموات، الحديث الأول.

٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٥ : ٤٣٤، الباب ١٧ من كتاب إحياء الموات، الحديث ٢.

٤- (٤) المصدر السابق: الحديث ٣، ولم يعثر على مصدره فى نهج البلاغه.

كدمه(١)، فلا أقل من كونه أحوط، من غير فرق بين كون ملك المالك الأول بالإحياء أو غيره.

نعم، إذا كانت المماطلة بحيث توجب الخلل في تهيئه القوت للناس فيمكن أن يقال بأنه مع امتناع المالك من استعمال الأرض بلا عذر أنه يجوز للحاكم الشرعي إجبار المالك على دفع الأرض المزبوره للسائرين؛ للإحياء بالزرع ونحوه، ولو مع الأجره. لأن تحصيل القوت والغذاء للناس واجب كفائي، فيكون إجبارا على الواجب الكفائي، والله سبحانه هو العالم.

ثمّ القسم الثالث إمّا أن تكون العماره فيه من المسلمين[١] أو من الكفّار. فإن كان من المسلمين فملكهم لا يزول إلاّ بناقل أو بطروّ الخراب على أحد القولين. وإن كان من الكفّار، فكذلك إن كان في دار الإسلام وقلنا بعدم اعتبار الإسلام[٢]، وإن اعتبرنا الإسلام، كان باقياً على ملك الإمام عليه السلام. وإن كان في دار الكفر، فملكها يزول بما يزول به ملك المسلم، وبالاغتنام، كسائر أموالهم.

ثمّ ما ملكه الكافر من الأرض: إمّا أن يُسلم عليه طوعاً، فيبقى على ملكه كسائر أملاكه. وإمّا أن لا يسلم عليه طوعاً. فإن بقي يده عليه كافراً، فهو أيضاً كسائر أملاكه تحت يده.

الشرح:

[١] هذا تمهيد لبيان عدم جواز بيع الأرض المفتوحه عنوه، ثمّ إنّ قد تقدّم أنّ الموات تدخل بالإحياء في ملك المحيي، سواء كان المحيي مسلماً أو كافراً، وبعد دخولها في الملك لا يزول الملك إلاّ بناقل أو بطريان الخراب، بناءً على خروج الأرض عن الملك بطروه، كما هو أحد القولين المذكورين في القسم الرابع.

وإذا كان الإحياء في غير دار الإسلام فملكه يزول بما يزول به ملك المسلم وباغتنام الأرض منه كاغتنام سائر أمواله، فإنّه إن أسلم الكافر طوعاً فتبقى الأرض كغيرها من سائر أمواله على ملكه، وإن لا يسلم طوعاً ورفعت يده عنها قهراً تكون الأرض كسائر ما لا ينقل من الغنيمه للمسلمين كاهه على المعروف، بل بلا خلاف، ويشهد لذلك جملة من الروايات.

ص: ٢٤٢

١- (١) وسائل الشيعه ٥: ١٢٠، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي، الحديث ١.

[٢] قد تقدّم كون الإحياء مملكا حتى ما إذا كان المحيي كافرا، كما هو مقتضى مثل قوله عليه السلام: «أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض وعملوها فهم أحقّ بها، وهي لهم» (١). وإن ارتفعت يده عنها: فإمّا أن يكون بانجلاء المالك عنها وتخليتها للمسلمين. أو بموت أهلها وعدم الوارث، فيصير ملكاً للإمام عليه السلام، ويكون من الأنفال التي لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب. وإن رفعت يده عنها قهراً وعنوه، فهي كسائر ما لا ينقل من الغنيمه كالنخل والأشجار والبنيان للمسلمين كافة إجماعاً، على ما حكاه غير واحد، كالخلاف والتذكرة وغيرهما، والنصوصُ به مستفيضة:

ففي روايه أبي برده [١] المسؤول فيها عن بيع أرض الخراج قال عليه السلام: «من يبيعها؟ هي أرض المسلمين، قلت: يبيعها الذي في يده، قال: يصنع بخراج المسلمين، ماذا؟ ثم قال لا بأس، اشتر حقه منها [٢] ويحوّل حقّ المسلمين عليه، ولعله يكون أقوى عليها وأملئ بخراجهم منه».

الشرح:

حيث يدخل في العموم إحياء الكافر ولو كان في أرض الإسلام.

[١] الروايه (٢) ضعيفه سنداً؛ لجهاله أبي برده. نعم، دلالتها كدلاله غيرها على كون أرض الخراج ملكاً للمسلمين واضحه.

[٢] يعني لا بأس أن يشتري حق البائع من الأرض، ولا بأس أن يحول البائع حق المسلمين من أجره الأرض على المشتري.

وبتعبير آخر: يكون الخراج على المشتري، وقوله: لعله . . . في مقام تعليل جواز الشراء، وأن الجواز باعتبار أنه ربما يكون المشتري أقوى على استعمال الأرض وأكثر تمكناً على أداء خراجها من البائع الذي يبيع حقه المتعلق بالأرض.

وفي مرسله حماد الطويله: «ليس لمن قاتل شيء من الأرضين وما غلبوا [ولا ما غلبوا كذا في الوسائل] عليه إلا ما حوى العسكر... إلى أن قال: والأرض التي أخذت بخيل وركاب فهي موقوفه متروكه في يد من يعمرها ويحييها ويقوم عليها، على ما صالحهم الوالي على قدر طاقتهم من الخراج النصف أو الثلث أو الثلثين

ص: ٢٤٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٥ : ١٥٦، الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٢.

٢- (٢) المصدر السابق: ١٥٥، الباب ٧١، الحديث ١.

على قدر ما يكون لهم صالحاً ولا يضرّ بهم. إلى أن قال: فيؤخذ ما بقى بعد العشر فيقسم بين الوالى وبين شركائه الذين هم عمال الأرض واكرتها، فيدفع إليهم أنصباهم على قدر ما صالحهم عليه ويأخذ الباقي فيكون ذلك [١] أرزاق أعوانه على دين الله وفي مصلحه ما ينوبه من تقويه الإسلام وتقويه الدين في وجوه الجهاد، وغير ذلك ممّا فيه مصلحه العامه، ليس لنفسه من ذلك قليل ولا كثير... الخبر».

وفي صحيحه الحلبي قال: «سئل أبو عبدالله عليه السلام عن السواد ما منزلته؟ قال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم. ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد فقلنا أنشتره من الدهاقين؟ قال: لا يصلح إلا أن تشتريها منهم على أن تصيرها للمسلمين فإن شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها، قلت: فإن أخذها منه؟ قال: يردّ عليه رأس ماله، وله ما أكل من غلتها بما عمل».

وروايه ابن شريح: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شراء الأرض من أرض الخراج، فكرهه قال: إنّما أرض الخراج للمسلمين. فقالوا له: فإنّه يشتريها الرجل وعليه الشرح:

[١] أى (١): فيكون الباقي أرزاق أعوان الوالى ويصرف في مصلحه ما يقصده الوالى من تقويه الإسلام بالجهاد وغيره.

خراجها؟ فقال: لا بأس إلا أن يستحيى من عيب ذلك [١]».

و روايه اسماعيل بن الفضل الهاشمي ففيها: «وسألته عن رجل اشترى أرضاً من أرض الخراج، فبني بها أو لم يبن، غير أنّ أناساً من أهل الذمه نزلوها، له أن يأخذ منهم أجره البيوت إذا أدوا جزية رؤوسهم؟ قال: يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال».

وفي خبر أبي الربيع: «لا- تشتت من أرض السواد إلا- من كانت له ذمه [٢] فإنّما هي فيء للمسلمين. إلى غير ذلك . . . وظهره كما ترى عدم جواز بيعها حتى تبعاً للآثار المملوكة فيها على أن تكون جزءاً من المبيع، فيدخل في ملك المشتري. نعم، يكون للمشتري على وجه كان للبائع، أعنى مجرّد الأولويّه وعدم جواز

ص: ٢٤٤

١- (١) شرح لمرسله حماد التي في المتن، وسائل الشيعة ١٥ : ١١ ، الباب ٤١ من أبواب جهاد العدو، الحديث ٢ .

مزاحمته إذا كان التصرف وإحداث تلك الآثار بإذن الإمام عليه السلام أو بإجازته ولو لعموم الشيعة، كما إذا كان التصرف بتقبيل السلطان الجائر أو بإذن الحاكم الشرعي، بناءً على عموم ولايته لأموار المسلمين ونيابته عن الإمام عليه السلام .

لكن ظاهر عبارته المبسوط إطلاق المنع عن التصرف فيها، قال: لا يجوز الشرح:

[١] شراء أرض الخراج وكون خراجها على المشتري فيه نوع خفه للشباهه لأهل الجزية، وربما لا يقدم بعض الناس على شرائها لذلك، فذكر (١) عليه السلام أنه لو ترك الشراء للعيب المزبور فهو، وإن يشتري بالنحو المزبور، أي بأن يكون الخراج عليه، فلا بأس .

[٢] أي (٢): إلا عن بائع كان عليه عهده خراج الأرض.

التصرف فيها بيع ولا- شراء ولا- هبه ولا معاوضه، ولا يصح أن يبنى دوراً ومنازل ومساجد وسقايات، ولا غير ذلك من أنواع التصرف الذي يتبع الملك، ومتى فعل شيئاً من ذلك كان التصرف باطلاً، وهو على حكم الأصل.

ويمكن حمل كلامه على صورته عدم الإذن من الإمام عليه السلام حال حضوره. ويحتمل إرادته التصرف بالبناء على وجه الحيازه والتملك. وقال في الدروس: لا يجوز التصرف في المفتوحه عنوه إلا بإذن الإمام، سواء كان بالبيع أو الوقف أو غيرهما. نعم في حال الغيبه ينفذ ذلك، وأطلق في المبسوط: أن التصرف فيها لا- ينفذ. وقال ابن إدريس: إنما نبيع ونوقف تحجيرنا وبناءنا وتصرفنا، لا نفس الأرض، انتهى.

وقد ينسب إلى الدروس التفصيل بين زمانى الغيبه والحضور، فيجوز التصرف في الأول ولو بالبيع والوقف، لا فى الثانى إلا بإذن الإمام عليه السلام، وكذا إلى جامع المقاصد. وفى النسبه نظر، بل الظاهر موافقتها لفتوى جماعه: من جواز التصرف فيه فى زمان الغيبه بإحداث الآثار وجواز نقل الأرض تبعاً للآثار، فيفعل ذلك بالأرض تبعاً للآثار، والمعنى: أنها مملوكه ما دام الآثار موجوده. قال فى

ص: ٢٤٥

١- (١) وهو ذكره عليه السلام فى روايه ابن شريح كما فى المتن، وسائل الشيعة ١٧ : ٣٧٠، الباب ٢٢ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٩ .

٢- (٢) شرح لخبر أبى الربيع التى فى المتن، وسائل الشيعة ١٧ : ٣٦٩، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه، الحديث ٥ .

المسالك في شرح قول المحقق: ولا يجوز بيعها ولا هبتها ولا وقفها انتهى: إن المراد: لا يصح [١] ذلك في رقبه الأرض مستقلة، أمّا فعل ذلك بها تبعاً لآثار الشرح:

[١] ويبقى على المسالك (١) أنّ القول بدخول الأرض المفتوحة في ملك المتصرف فيها تبعاً للآثار، وزوال هذا الملك بزوال تلك الآثار خلاف ظاهر الروايات، حيث إنّ مدلولها عدم كونها ملكاً لشخص خاص، لا حال التصرف فيها ولا قبلها، بل التصرف من بناء وغرس وزرع ونحوها فجائز على الأقوى. قال: فإذا باعها بائع مع شيء من هذه الآثار دخل في المبيع على سبيل التبعية، وكذا الوقف وغيره، ويستمر كذلك ما دام شيء من الآثار باقياً، فإذا ذهبت أجمع انقطع حق المشتري والموقوف عليه وغيرهما عنها، هكذا ذكره جمع وعليه العمل، انتهى.

نعم، ربّما يظهر من عبارته الشيخ في التهذيب جواز البيع والشراء في نفس الرقبه، حيث قال: إن قال قائل: إنّ ما ذكرتموه إنّما دلّ على إباحة التصرف في هذه الأرضين، ولا يدلّ على صحته تملكها بالشراء والبيع، ومع عدم صحتها لا يصح ما يتفرع عليها. قلنا: إنّنا قد قسمنا الأرضين على ثلاثه أقسام: أرض أسلم أهلها عليها فهي ملك لهم يتصرفون فيها، وأرض تؤخذ عنه أو يصلح أهلها عليها، فقد أبحننا شراءها وبيعها، لأنّ لنا في ذلك قسماً، لأنّها أراضي المسلمين، وهذا القسم أيضاً يصحّ الشراء والبيع فيه على هذا الوجه. وأما الأنفال وما يجري مجراها فلا يصحّ تملكها بالشراء وإنّما أبيح لنا التصرف فيها حسب.

ثم استدللّ على أراضي الخراج بروايه أبي برده السابقه الدالّه على جواز بيع آثار التصرف دون رقبه الأرض ودليله قرينه [١] على توجيه كلامه.

الشرح:

غايته أنّ من بيده الأرض المزبوره له رفع يده عنها بالعرض، كما هو الحال في جميع موارد تعلق الحق بالعين بالسبق إليها أو بغيره، أو نقل ذلك الحق إلى باذل المال.

[١] يعني استدلاله على جواز بيع الأرض بروايه أبي برده الظاهره في جواز أخذ من بيده الأرض العرض؛ لرفع يده عنها، أو نقل ذلك الحق إلى باذل المال، قرينه على

ص: ٢٤٦

كون مراد المستدل من جواز بيع الأرض وشرائها جواز أخذ العوض على حقه منها.

والمتحصّل من كلام المصنّف: أنّ الأقوال في المعامله والتصرّف في الأراضى الخراجيه أربعه:

.... .

الشرح:

الأول: عدم دخول رقبه الأرض في الملك أصلاً ولو تبعاً للآثار، ولكن يثبت الحق بها بالتصرف والإحياء والمعامله، وهذا مختاره قدس سره .

الثاني: عدم جواز التصرف والمعامله عليها أصلاً، ولا يملك المتصرف فيها لا الأرض ولا الحق، كما هو ظاهر عبارته «المبسوط» (١). وقد حمل قدس سره العبارة على أحد وجهين: أحدهما: ما إذا كان التصرف فيها بالإحياء أو غيره، بلا استئذان من الإمام حال حضوره. وثانيهما: التصرف فيها بقصد تملك الأرض. وينسب التفصيل بين زمان الحضور والغيبه كما هو الوجه الأول في الحمل إلى «الدروس» (٢).

الثالث: ما عن الشهيد والمحقق الثانيين (٣) من دخول الرقبه في الملك تبعاً للآثار، ويزول الملك بزوال تلك الآثار.

الرابع: ما يوهّم ظاهر عبارته «التّهذيب» (٤) من دخول نفس رقبه الأرض في الملك، فيجوز المعامله على الرقبه مستقلاً ولكن الاستدلال على الحكم بروايه أبى برده قرينه على كون مراده هو القول الأول.

وعن بعض الأجله رحمه الله (٥): أنّ الأراضى المفتوحه عنوه ليست ملكاً لأحد، بل هي أراضى محرره موقوفه على مصالح المسلمين، والمسلمون ليسوا ملاكاً للأرض بنحو الإشاعه أو بأى وجه كان، ولا ملاكاً لمنافعها، كما أنهم ليسوا مصرفاً لتلك الأرض. وذكر . . . .

الشرح:

ص: ٢٤٧

١- (١) المبسوط ٢ : ٣٤ .

٢- (٢) الدروس ٢ : ٤١ .

٣- (٣) المسالك ٣ : ٥٦ ، وراجع مفتاح الكرامه ٤ : ٢٤٠ ، والجواهر ٢٢ : ٣٤٩ .

٤- (٤) التّهذيب ٤ : ١٤٥ ١٤٦ ، ذيل الحديث ٤٠٥ .

٥- (٥) كتاب البيع للسيد الخميني ٣ : ٤٣ ٤٥ .



فى وجه ذلك أنّ اعتبار الملكيه للمسلمين من الموجودين بالفعل ومن يوجد منهم إلى آخر الدنيا وأمر غير معقول أو بعيد، وليس ل(اللام) ظهور فى الملكيه كما فى قوله: «له الحمد والملك، وله الأسماء الحسنى وله ما فى السماوات والأرض» . . . إلى غير ذلك.

بل ورد فى بعض الروايات أنّ الأرض المفتوحه عنوه فىء المسلمين، والعدول عن ذكر الملك إلى التعبير بالفىء فيه تأييد، بل دلالة على عدم الملك.

أقول: ظاهر اللام هى الإضافه المالكيه، لكن لا مطلقاً، بل فيما إذا كان المضاف فيه عنوان المال أو مصداقه، مع كون المضاف إليه قابلاً للمالكيه، كقوله لزيد: «هذا المال، أو هذا البيت». وأما فى غير ذلك، كما إذا كان المضاف غير عنوان المال أو مصداقه، كقوله: «له الأسماء الحسنى، وله الحمد والملك». أو كان المضاف إليه غير قابل للمالكيه، كما فى قوله: «الجل للفرس»، فهذا غير مورد الظهور المزبور، وقد تقدم مراراً أنّ الكلى الطبيعى قابل لاعتبار المالكيه كما فى ملك الزكاه للفقراء، ومال الوقف للموقوف عليهم كما فى الوقف العام. وبعد كون الملكيه بنفسها أمراً اعتبارياً تكون الملكيه غير إنشائها، وإمكان التفكيك بين المنشأ والإنشاء ظاهر، فيصح جعل الملكيه لعامه المسلمين بنحو الإشاعه بمفاد القضيّه الحقيقيه من غير لزوم قيام الموجود بالمعدوم. وبعد دلالة الأخبار على عدم جواز بيع تلك الأراضى حتّى فى مقدار الحصه التى بيد العامل عليها ونفى الإشاعه والملك الشخصى يؤخذ بظاهر اللام فى الملك، غايه الأمر يكون المالك العنوان العام كما فى ملك الزكاه.

وما فى مرسله حماد من كون الأرض المفتوحه عنوه موقوفه مع الإغماض عن سندها، فلا دلالة لها على كونها وقفاً حقيقه، فإن الوقف كسائر المعاملات يحتاج إلى الإنشاء، بل معنى كونها وقفاً ولو بقريته ما دل على أنها للمسلمين، كونها فى حكمه من . . . .

الشرح:

عدم جواز بيع تلك الأرض أو نقلها إلى الغير بالمصالحه وغيرها.

والتعبير عن كون تلك الأراضى بفىء المسلمين لا يقتضى عدم كونها ملكاً، فإنه مضافاً إلى ضعف السند قد ورد فى بعض الروايات أنّ الأنفال فىء للإمام عليه السلام، مع أنّ الأنفال ملكه عليه السلام، حتّى عند هذا القائل الجليل. وفى صحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام سمعته يقول: «الفىء والأنفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقه الدماء،

وقوم صولحوا وأعطوا بأيديهم، وما كان من أرض خربه أو بطون أوديه فهو كله من الفىء. والأنفال لله وللرسول، فما كان لله فهو للرسول يضعه حيث شاء»(١). ونحوها غيرها.

ويمكن أن يقال فى الثمره بين كونها ملكا للمسلمين وبين كونها أراضى محرره، فيما إذا وضع الغاصب يده على تلك الأراضى، بأنه لا- يكون عليه ضمان بالإضافة إلى ما أتلفه من المنافع المستوفاه بناءً على كونها محرره، كما يأتى فى غضب المسجد والمشهد، حيث لا يكون الاستيفاء المزبور إتلافاً لمال الغير أو تلفة بيده. ويكون عليه الضمان بالاستيفاء المزبور بناءً على الأول، حيث إنه إتلاف لمال الغير أو تلفة بيده، ولو كان ذلك الغير العنوان العام المتقدم.

وقد يقال كما عن النائينى(٢) رحمه الله، بأن البحث فى الأراضى المفتوحه عنوه قليل الجدوى، فإنَّ الحكم بأن الأراضى المزبوره ملك للمسلمين أى لعنوانه، وأن الأرض لا تدخل فى ملك مستعملها؛ ولذا لا يجوز له بيعها وشراؤها وإنما يكون وضع اليد عليها بوجه مشروع موجبا لتعلق الحق بها وتصح المعامله على ذلك الحق، مختص . . . . .

الشرح:

بالأراضى التى كانت حال فتحها معموره. وحيث إن تشخيص العماره حال الفتح فى الأراضى المفتوحه غالباً غير ميسور، ومقتضى الاستصحاب عدم عمارتها حاله، فيترتب على ذلك دخول الأراضى فى ملك المحيى ومن يده عليها وهى محياه يحكم بكونها ملكاً له بقاعده اليد، ولا- يضّر العلم الإجمالى بكون بعض الأراضى كانت حال فتحها معموره، وذلك لخروج الأطراف الأخرى عن محل الابتلاء.

وبتعبير آخر: قوله صلى الله عليه وآله: «من أحيى أرضاً مواتاً فهى له»(٣)، لم يخرج عنه إلا- الأرض المفتوحه عنوه التى كانت معموره حال فتحها، واستصحاب عدم كون الأرض معموره حال فتحها يدخل الأرض فى العموم المزبور، ومع عدم إحراز إحيائها فمن وضع يده عليها تكون بمقتضى قاعده اليد ملكاً له. والعلم الإجمالى بكون بعض

ص: ٢٤٩

- ١- (١) وسائل الشيعه ٩ : ٥٢٧ ، الباب الأول من أبواب الأنفال، الحديث ١٢ .
- ٢- (٢) منيه الطالب فى شرح المكاسب ٢ : ٢٧٢ .
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٥ : ٤١٢ ، الباب ٢ من كتاب إحياء الموات، الحديث ٥ .

الأرض كانت معموره حال فتحها غير ضائر لاعتبارها، كما تقدم.

ويجرى ذلك في الأرض التي لا- يعلم بكونها مفتوحة عنوه، فإنه لو كان إحياءها ممن وضع يده عليها يحكم بكونها له أخذاً بعموم: «من أحيى أرضاً مواتاً فهي له»، بضميمه استصحاب عدم كونها مفتوحة عنوه أو استصحاب عدم كونها أرضاً للمسلمين صلحاً، نظير الحكم بحليه نكاح المرأة أخذاً بعموم قوله سبحانه: «أَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ»<sup>(١)</sup> بضميمه استصحاب عدم كونها أختار رضاعيه أو أمياً رضاعيه ونحو ذلك. وفيما إذا كان وضع يده عليها وهي معموره يحكم بكونها ملكاً له بقاعده اليد، على قرار ما تقدم.

....

الشرح:

وقد يقال، كما عن بعض الأجله رحمه الله <sup>(٢)</sup>: إن استصحاب عدم الموضوع لا- يثمر في نفي حكمه، إلا- إذا دلّ الخطاب الشرعي على عدم الحكم بعدم الموضوع، بأن كان الموضوع قد ذكر له الحكم في القضية الشرطيه ونحوها، كما في قوله: «إذا بلغ الماء قدر كثر لا ينجسه شيء»<sup>(٣)</sup>، فإنّ مفهوم الشرطيه ارتفاع الاعتصام عن الماء بارتفاع الكثرية. أو كان الموضوع قد نفي عنه الحكم المذكور له بانتفاء ذلك الموضوع في خطاب آخر، ويكون في غير ذلك نفي الحكم بنفي موضوعه مثبتاً، حيث إن انتفاء الحكم بانتفاء موضوعه عقلي لا- شرعي. وعلى ذلك، فلا ثمره في استصحاب عدم كون الأرض مفتوحة عنوه في نفي كونها للمسلمين، وكذلك استصحاب عدم كونها معموره حال فتحها... إلى غير ذلك من موارد نفي الحكم باستصحاب نفي الموضوع.

أقول: يرد عليه أولاً: أنّ نفي كون الأرض معموره حال فتحها أو نفي كونها مفتوحة عنوه أو أرض صلح على أنها للمسلمين ليس لنفي الحكم، بل لإثبات قيد الموضوع للحكم، حيث إن الشارع قد حكم بأن من أحيى أرضاً لم تكن مفتوحة عنوه أو لم تكن حال فتحها معموره، أنها ملك لمحييها. وإحياء الأرض محرز بالوجدان عدم كونها معموره حال فتحها أو عدم كونها مفتوحة عنوه أو وقوع الصلح عليها على أنها

ص: ٢٥٠

١- (١) سورة النساء: الآية ٢٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١: ١٥٨، الباب ٩ من أبواب الماء المطلق، الحديث ١ و ٢ و ٦.

٣- (٣) كتاب الصلاة (تقاريرات النائيني للكاظمي) ١: ٣٤٤.

## معانى القرب فى «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ»

للمسلمين محرز بالأصل، فيتم موضوع ملك المحيى.

وثانيا: أنّ نفي الحكم الفعلى بنفى موضوعه لو كان مثبتا باعتبار أنّ نفي الحكم بانتفاء موضوعه عقلى، لكان إثبات الحكم الفعلى بإثبات موضوعه أيضا مثبتا؛ لأنّ جعل الحكم لموضوع بنحو القضية الحقيقيه يقتضى عقلاً فعليه ذلك الحكم بفعله. ...

الشرح:

موضوعه، كما أنه يلازم نفي فعليته بعدم فعليه موضوعه.

والحل هو: أنّ العلقه بين تحقق الموضوع وفعله الحكم كما حصل بجعل الشارع وإنشائه الحكم له بنحو القضية الحقيقيه كذلك العلقه بين انتفاء الموضوع وعدم حصوله وبين عدم فعليه الحكم قد حصلت بتلك العلقه، فلاحظ موارد جريان قاعده الفراغ أو الاستصحاب الجارى فى مقام الامتثال، حيث يفيد كلّ منهما سقوط التكليف، مع أنّ سقوطه بحصول متعلقه خارجا عقلى. والسرّ فى عدم كون ذلك مثبتا ما ذكرنا من أن العلقه بين التكليف وذلك المتعلق قد حصلت بجعل الشارع، فيكون حدوثه وسقوطه قابلاً للتعبد.

والحاصل، كما أنّ الأصل يجرى فى ناحيه إثبات الموضوع ويفيد ثبوت حكمه، كذلك يجرى فى ناحيه عدم حصوله ويفيد عدم فعليه التكليف أو سائر الأحكام.

بقى فى المقام أمر، وهو: أنّ اعتبار عماره الأرض حال فتحها فى كونها خراجيه وأن الميته حال الفتح من الأنفال معروف بين الأصحاب، وذكروا فى وجه ذلك أنّ ما يكون للمسلمين هى الأرض المأخوذه من الكفار بعنوان الغنيمه، وأما المأخوذه منهم فيما إذا كانت ملكا لغيرهم كالمغصوبه من مسلم فلا تدخل فى الغنيمه، فاللازم ردها إلى مالكها. والميته من أراضيه لم تكن ملكا لهم، بل كانت من الأنفال التى كانت يدهم عليها يد عدوان.

وفيه: أنّ عنوان الغنيمه لم يؤخذ فى كون الأرض المأخوذه للمسلمين، بل المعتبر أخذ الأرض من الكفار بالقتال أو بالصلح، وهذا يشمل المعموره والميته، بل يشمل المأخوذ منهم ما كانت ملكا لمسلم فى أيديهم. غايه الأمر إذا كانت لمسلم يحكم ببقائها فى ملكه؛ لأنّ ما دلّ على حرمة مال المسلم وعدم تملك ماله بغير رضاه وكيف كان، فما ذكروه من حصول الملك تبعاً للآثار ممّا لا دليل عليه إن

أرادوا الانتقال.

نعم المتيقن هو ثبوت حق الاختصاص للمتصرف ما دام شيء من الآثار موجوداً. فالذى ينبغي أن يصرف الكلام إليه هو بيان الوجه [١] الذى يجوز التصرف معه حتى يثبت حق الاختصاص، فنقول:

الشرح:

يعارض ما دل على دخول الأرض المفتوحة فى ملك المسلمين بالعموم من وجه، وبعد تساقط الإطلاقين يرجع إلى استصحاب بقائها فى ملكه.

والمعارضه بالعموم من وجه وإن تكن ملحوظه بين ما دل على أن الأرض الميته من الأنفال وبين ما دل على كون الأرض المفتوحة للمسلمين، ومقتضى كون العموم فى ناحيه ما دل على أن الميته من الأنفال وضعياً تقديمه، وعلى تقدير تساقطهما فى مورد الاجتماع يكون الرجوع إلى استصحاب بقاء الميته على كونها من الأنفال، إلا أن التقييد الوارد فى موثقه إسحاق بن عمار (١) يدفع المعارضه، حيث عدّ فيها من الأنفال الأرض الخربه التى لم يوجف بخيل ولا ركاب؛ لأن مقتضاه أن لا تكون الميته المأخوذه بخيل وركاب من الأنفال، ومع ذلك كان الحكم فى المسأله متسالم عليه عندهم، والله سبحانه هو العالم.

[١] يقع الكلام فى الموجب لجواز التصرف فى الأراضى الخراجيه ليثبت به حق الاختصاص المحكوم فى الروايات بجواز معامله عليه، وذكر المصنف رحمه الله أن مع التمكن على الاستئذان من الإمام عليه السلام كما فى حال حضوره يجب الرجوع إليه أو إلى الوالى من قبله أو وكيله، باعتبار أن الأرض ملك المسلمين والإمام عليه السلام وليهم فله عليه السلام. . . . .

الشرح:

نقل منفعه الأرض أو عينها.

أقول: المراد بنقل منفعه الأرض قبالتها أو إيجارتها، وأما نقل عينها فلم يظهر وجهه بعد كون تلك الأرض موقوفه متروكه غير قابله للنقل والانتقال، وولايته عليه السلام مع النهى عن بيعها معللاً بأنها للمسلمين الظاهر فى عدم قبولها لنقل العين لا تقتضى إلا

ص: ٢٥٢

نقل منافعها أو الإذن في الانتفاع بها.

وأما في زمان الغيبة، فقد ذكر رحمه الله أنّ المحتمل أحد وجوه خمسة:

الأول: الرجوع في التصرف فيها إلى السلطان أو عماله، ممن جوز الشرع أخذ الخراج منه مجاناً أو معاوضه، بل في صحيحه الحلبي: «لا بأس أن يتقبل الأرض وأهلها من السلطان»<sup>(١)</sup>. ولكن لا دلالة لها على تعيين ذلك، وعدم موجب آخر للتصرف في تلك الأراضي.

الثاني: جواز التصرف مطلقاً، أى بلا- حاجة إلى الاستئذان أو المعاملة لا مع السلطان ولا مع غيره، فإن مقتضى تحليل الأرض للشيعة ويكون التحليل بالإضافة إلى الأراضي القابلة للتملك إذنا فيه وفي غير القابلة له إذنا في التصرف وفي وضع اليد عليها، الموجب لثبوت حق الاختصاص. وفي روايه عبدالملك عن أبي عبدالله عليه السلام: «يا أبا سيار... وكل ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون». الحديث<sup>(٢)</sup>.

وبالجملة: تخصيص التحليل بالموات التي ملكه عليه السلام بلا موجب ويؤيد هذا التحليل ما ورد في جواز أخذ الخراج جائزه أو معاوضه، فإنه إذا جاز أخذ الخراج كأجره الأرض جاز أخذ نفس منفعه الأرض. والتعبير بالتأييد لإمكان دعوى أنّ جواز... .

الشرح:

أخذ بدل منفعتها لا يلزم جواز تصرف الشخص في الأرض استقلالاً؛ لأنّ جواز الأول، باعتبار إمضاء الشارع معاملة السلطان على ما تقدّم في المكاسب المحرمة.

الثالث: الرجوع إلى الحاكم الشرعي فإنّه نائب الإمام، ولا أقل من كون جواز التصرف في تلك الأرض، مع الرجوع إليه قطعي. وأما غير هذا الفرض فيبقى فيما دلّ على عدم الجواز وضعا أو تكليفاً.

الرابع: التفصيل بين من يستحق أجره الأرض؛ لكون صرفها عليه من مصالح المسلمين وبين غيرهم، فإنّه يستفاد جواز التصرف للأول من جواز تصرفه في بدل منفعه الأرض، وفي روايه أبي بكر الحضرمي، قال عليه السلام على ما في الروايه المزبوره: «ما منع ابن أبي السماك أن يبعث إليك بعطائك؟ أما علم أنّ لك في بيت المال

ص: ٢٥٣

١- (١) وسائل الشيعة ١٩: ٥٩، ٦٠، الباب ١٨ من كتاب المزارعه والمساقاه، الحديث ٣.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٩: ٥٤٨، الباب الرابع من أبواب الانفال، الحديث ١٢.

نصييا؟»(١) ولكن لا وجه لتصرف سائر الناس في تلك الأراضى مجاناً؛ ولذا أفتى غير واحد، على ما حكى عنهم، بعدم جواز حبس الخراج عن السلطان الجائر(٢)(٤) وسائل الشيعة ١٥ : ١٥٩ ، الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٤ .(٣). نعم، استثنى بعضهم ما إذا دفعه إلى نائب الإمام عليه السلام (٤).

الخامس: التفصيل بين ما عرض له الموت من أرض الخراج، فيجوز التصرف فيها بإحيائها كما هو مقتضى الترخيص في الإحياء، وكون المحيى مالكا للأرض أو أحق بها كما في عمومات جواز الإحياء وخصوص صحيحه سليمان بن خالد(٤) وخصوصيتها، باعتبار ورودها في جواز إحياء الخربة، الظاهره في الميتة بعد عمارتها. وبين الباقيه على عمارتها، فلا يجوز التصرف فيها إلا بأحد الوجوه المتقدمه. والأوفق . . . .

الشرح:

بالقواعد هو الوجه الثالث ثم الرابع ثم الخامس.

لا يخفى أنه لو تم الوجه الأول أو الوجه الثانى، فلا يختص شىء منهما بزمان الغيبه، بل يعمّ زمان الحضور، فإن بعض ما ورد ممّا يستظهر منه أحد الوجهين موردهما زمان الحضور، وفي موثقه إسماعيل بن الفضل الهاشمى قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام «عن رجل اكرى أرضاً من أرض أهل الذمه من الخراج وأهلها كارهون؟ وإنما يقبلها السلطان لعجز أهلها أو غير عجز؟ فقال: إذا عجز أربابها عنها فلك أن تأخذها، إلا أن يضاروا»(٥) الحديث. وفي صحيحه عبدالله بن سنان عن أبى عبدالله عليه السلام: «إن لى أرض خراج، وقد ضقت بها أفادعها؟ فسكت على هنيهه، ثم قال: إن قائمنا لو قام كان نصيبك من الأرض أكثر منها»(٦) الحديث.

وعلى ذلك فلا ينبغي الرّيب فى جواز أخذ أرض الخراج من السلطان واستعمالها وعمارتها، بل يمكن أن يقال بجواز وضع اليد عليها ولو باشتراء حقوق

ص: ٢٥٤

١- (١) وسائل الشيعة ١٧ : ٢١٤، الباب ٥١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ٦.

٢- (٢) و

٣- انظر حاشيه كتاب المكاسب ٢ : ٤٢٨ ، ومنيه الطالب ٢ : ٢٧٢ ، ومصباح الفقاهه ٣ : ٤١٦ ٤١٧ .

٤- (٣) وسائل الشيعة ٢٥ : ٤١١ ، الباب ١ من كتاب إحياء الموات، الحديث ٢ .

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٥ : ١٥٩ ، الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، الحديث ٣ .

العاملين عليها، بلا حاحه إلى الاستئذان من أحد وبلا لزوم دفع خراجها إلى السلطان أو غيره، كما ربما يظهر من صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، وعن الساباطي وزراره عن أبي عبدالله عليه السلام «أنهم سألوهما عن شراء أرض الدهاقين من أرض الجزية؟ فقال: إنه إذا كان ذلك انتزعت منك أو تؤدي عنها ما عليها من الخراج. قال عمار: ثم أقبل عليّ فقال: اشتراها، فإنّ لك من الحق ما هو أكثر من ذلك» (١). نعم، لو استولى على الأرض من له ولاية شرعية في زمان الغيبة فلا يبعد أن يقال بلزوم دفع الخراج إليه إذا أمّيا في زمان الحضور والتمكن من الاستئذان، فلا ينبغي الإشكال في توقّف التصرف على إذن الإمام عليه السلام، لأنّه وليّ المسلمين فله نقلها عينا ومنفعة. ومن الظاهر أنّ كلام الشيخ المطلق في المنع عن التصرف محمول على صورته عدم إذن الإمام عليه السلام مع حضوره.

وأما في زمان الغيبة، ففي: عدم جواز التصرف إلّا فيما أعطاه السّيلطان الذي حلّ قبول الخراج والمقاسمه منه. أو جوازه مطلقاً، نظراً إلى عموم ما دلّ على تحليل مطلق الأرض للشيعة، لا خصوص الموات التي هي مال الإمام عليه السلام، وربّما يؤيده جواز قبول الخراج الذي هو كأجره الأرض، فيجوز التصرف في عينها مجاناً. أو عدم جوازه إلّا بإذن الحاكم الذي هو نائب الإمام عليه السلام. أو التفصيل بين من يستحقّ أجره هذه الأرض، فيجوز له التصرف فيها، لما يظهر من قوله عليه السلام للمخاطب في بعض أخبار حلّ الخراج: «وإنّ لك نصيباً في بيت المال»، وبين غيره الذي يجب عليه حقّ الأرض، ولذا أفتى غير واحد على ما حكى بأنّه لا يجوز حبس الخراج وسرقته عن السلطان الجائر والامتناع عنه، واستثنى بعضهم ما إذا دفعه إلى نائب الإمام عليه السلام. أو بين ما عرض له الموت من الأرض المحياه حال الفتح، وبين الباقيه على عمارتها من حين الفتح فيجوز إحياء الأول، لعموم أدلّه الإحياء وخصوص روايه سليمان بن خالد ونحوها.

وجوه، أوفقها بالقواعد الاحتمال الثالث، ثمّ الزّابع، ثمّ الخامس. وممّا ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوه، كأوراق الأشجار وأثمارها، وأخشاب الشّرح:

ص: ٢٥٥

---

١- (١) وسائل الشيعة ١٧: ٣٦٨، الباب ٢١ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأول.



طلبه، حيث إن الأرض ملك للمسلمين وله صرفها في مصالحهم، وجواز الامتناع عن دفعه الظاهر من بعض الروايات المشار إليها يختص بما إذا كان الحاكم على الأرض الجائر وعماله، فلاحظ.

الأبنية والسقوف الواقعة، والطين المأخوذ من سطح الأرض، والجص والحجاره ونحو ذلك، فإن مقتضى القاعده كون ما يحدث بعد الفتح [١] من الأمور المنقوله ملكاً للمسلمين، ولذا صرح جماعه كالعلامة والشهيد والمحقق الثاني وغيرهم على ما حكى عنهم بتقييد جواز رهن أبنية الأرض المفتوحه عنوه بما إذا لم تكن الآلات من تراب الأرض.

نعم الموجوده فيها حال الفتح للمقاتلين، لأنه ممّا ينقل. وحينئذٍ فمقتضى القاعده عدم صحه أخذها إلا من السلطان الجائر أو من حاكم الشرع، مع إمكان أن يقال: لا مدخل لسلطان الجور، لأن القدر المأذون في تناوله منه منفعه الأرض، لا أجزاءها إلا أن يكون الأخذ على وجه الانتفاع لا التملك، فيجوز.

ويحتمل كون ذلك بحكم المباحات، لعموم «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحقّ به». ويؤيده بل يدلّ عليه استمرار السيره خلفاً عن سلف على بيع الأمور المعموله من ترابه أرض العراق من الآجر والكوز والأواني وما عمل من التربه الحسينيه، ويقوى هذا الاحتمال بعد انفصال هذه الأجزاء من الأرض.

الشرح:

[١] إذا كانت تلك الأمور تابعه للأرض زمان فتحها وباعتبار ذلك كانت محكومه كرقبه الأرض بكونها ملكاً للمسلمين فلا يزول ملكهم بانفصالها وخروجها عن تبعيه الأرض، كما هو الحال في سائر الموارد التي يدخل الشيء في ملك أحد تبعاً للعين الأخرى. نعم، لا يبعد أن يقال: إن النهى عن بيع أرض المسلمين لا يعم لما بعد انفصالها، بل يلتزم بدخولها في ملك من يضع يده عليها بوجه مشروع، حيث إن وضع اليد عليها كذلك كسائر ما يكون ملكاً لعنوان عام ويصير ملكاً بالأخذ، والسيره مستمره على بيع ما يعمل من الأراضي الخراجيه من الكوز وسائر الظروف ونحوها، ولم يرد في شيء من الروايات الردع عن بيعها أو تملكها، والله سبحانه هو العالم.

مسأله: واعلم أنه ذكر الفاضلان وجمع ممن تأخر [١] عنهما في شروط العوضين بعد الملكيه: كونه طلقاً. وفرّعوا عليه: عدم جواز بيع الوقف إلا فيما

استثنى، ولا الرهن إلا بإذن المرتهن أو إجازته، ولا أم الولد إلا في المواضع المستثناه.

الشرح:

[١] ذكر الفاضلان (١) وجمع آخر (٢) أنّ العوضين في البيع يعتبر كون كلّ منهما مملوكا وكون ملكهما طلقا، وفرعوا على اشتراط الطلق عدم جواز بيع الوقف إلا- فيما استثنى، وبيع الرهن إلا- بإذن المرتهن أو إجازته، ولا- بيع أم الولد إلا- في بعض الموارد. والمراد بالطلاق أن تكون سلطنه المالك بالإضافة إلى المال تامه، بحيث يجوز له نقله مجانا أو بالمعاوضه، وجواز النقل باعتبار عدم تعلق حق للغير به مانع عن نقله بلا إذن ذلك الغير.

والوجه في رجوع المراد بالطلاق إلى ذلك هو أنّ تمام السلطنه وكون المالك مطلق العنان في التصرف في معنى جواز نقله مجانا أو مع العوض.

وقوله رحمه الله: «لمرجعه إلى أنّ شرط البيع» تعليل لقوله: «ولكن هذا المعنى في الحقيقة راجع إلى كون الملك ممّا يستقل المالك بنقله»، فيكون حاصل عباره الفاضلين أنّ من شروط العوضين كونهما مملوكا، بحيث يصح بيعهما وهذا لا معنى له، فإن صحه البيع لا تكون شرطا في صحته كما لا يمكن تفريع عدم صحه بيع الوقف أو الرهن أو أم الولد على الاشتراط المزبور، بل عدم كون الملك وقفا أو رهنا أو أم الولد شرط، ويتفرع على عدم تعلق تلك الحقوق بالعوضين صحه البيع وعلى تعلقها بطلانه.

والمراد ب «الطلاق» تمام السلطنه على الملك بحيث يكون للمالك أن يفعل بملكه ما شاء، ويكون مطلق العنان في ذلك، لكن هذا المعنى في الحقيقة راجع إلى كون الملك ممّا يستقلّ المالك بنقله ويكون نقله ماضياً فيه، لعدم تعلق حق به مانع عن نقله بدون إذن ذى الحق، فمرجهه إلى: أنّ من شرط البيع أن يكون متعلقه ممّا يصحّ للمالك بيعه مستقلاً، وهذا ممّا لا محصل له، فالظاهر أنّ هذا العنوان ليس في نفسه شرطاً ليتفرّع عليه عدم جواز بيع الوقف والمرهون وأمّ الولد، بل الشرط في الحقيقة انتفاء كلّ من تلك الحقوق الخاصه وغيرها ممّا ثبت منعه عن تصرف

ص: ٢٥٧

١- (١) الشرائع ٢: ١٧، والقواعد ١: ١٢٦، وفيه: ويشترط في الملك التماميه.

٢- (٢) منهم الشهيدان في اللمعه وشرحها (الروضه البهيّه) ٣: ٢٥٣، والمحقّق السبزواري في الكفايه: ٨٩، والمحدّث البحراني في الحدائق ١٨: ٤٣٨.

المالك كالتذر والخيار ونحوهما وهذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق.

فمعنى «الطلق»: أن يكون المالك مطلق العنان في نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التي ثبت منعها للمالك عن التصرف في ملكه، فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانعة عن التصرف، لا تأسيس لشرط ليكون ما بعده فروعاً، بل الأمر في الفرعية والأصالة بالعكس.

الشرح:

وعلى ذلك، فليكن المراد بالطلق عدم تعلق الحقوق بالعوضين مما نهى الشارع عن البيع معها وهذه عبارته مختصره منتزعه عن عدم تعلق تلك الحقوق، وقولهم: «فلا يصح بيع الوقف والرهن وأم الولد»، من قبيل تعداد تلك الحقوق وتفصيل لتلك العبارة لا من قبيل التفريع على الشرط، فإن الشرط في الحقيقة عدم كون العوضين وقفاً أو رهناً أو أم ولد، ويتفرع على عدم تلك الحقوق كون الملك طلقاً.

والحاصل: أن الشارع قد منع عن نقل المال في بعض الموارد، باعتبار تعلق حق الغير بالمال المزبور، ويتنزع عن عدم تعلق الحق المزبور كون ملك المال طلقاً، فالعمد هو التعرض للموارد التي قد منع الشارع عن بيع المال فيها، باعتبار تعلق حق الغير به.

ثم إن أكثر من تعرض لهذا الشرط لم يذكر من الحقوق إلا الثلاثة المذكورة، ثم عنونوا حق الجاني [١] 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 عبارته الأكثر التذر: المتعلق بالعين [٢]

الشرح:

[١] يعنى الحق المتعلق بالعبد الجانى، حيث إن لولى المجنى عليه الحق فى القصاص أو استرقاقه، وفى كون هذا الحق مانعاً عن تصرف مولاة ببيعه كلام يتعرض رحمه الله له فيما بعد.

[٢] لم يثبت كون تعلق التذر بالعين مانعاً عن صحه بيعها، فإنّ وجوب الوفاء بالتذر تكليف فيكون بيع العين المنذوره مخالفه للتكليف المزبور، والنهى عن المعامله لا يوجب فسادها، خصوصاً فيما إذا كانت بعنوان خارجى، وبهذا يظهر الحال

فى صورته الحلف على عدم بيع العين.

ودعوى عدم جواز بيع العين المنذوره لتعلق حق الله أو تعلق حق الفقراء بها لا يمكن المساعدة عليها، فإن الالتزام بالفعل لله كما هو مفاد النذر نظير الالتزام بالفعل للمشروط له فى الشرط فى العقود لا يكون تمليكا لذلك الفعل، فضلاً عن تعلق حق المشروط له بالعين التى يتعلق بها ذلك الفعل. بل تمليك الفعل كما هو مفاد عقد الإجاره لا يقتضى تعلق حق للمستأجر بالعين، بل المستأجر يملك الفعل المتعلق بها خاصة كما لا يخفى.

والحاصل: أن اللام فى قول الناظر: «لله على أن أتصدق بالمال»، نظير قول المشروط عليه فى ضمن عقد: «على أن أخط لك هذا الثوب»، ليست للملكيه، بل لمجرد التعدى وكون مدخوله طرف الالتزام، بل على تقدير كونها للملك فلا تقتضى قبل البيع، والخيار المتعلق به [١] والارتداد [٢]، والحلف على عدم بيعه، وتعيين الهدى للذبح [٣]

الشرح:

تملك الفعل تعلق حق للمتملك بالعين التى يتعلق به الفعل.

[١] أى الخيار المتعلق بالعين.

أقول: الخيار كما يأتى فى بحث الخيارات حق متعلق بالعقد لا بالعين، فىكون لدى الخيار حق فسخ العقد وإزالته وثبوت هذا الحق، بل واستيفاؤه لا يتوقف على بقاء العوضين، بل يصح لدى الخيار فسخه حتى بعد تلف العين فى يد الآخر، غاية الأمر يرجع مع فسخ المعامله إلى بدل العين من المثل أو قيمه.

نعم، فيما إذا كان المشروط على الآخر إبقاء العين وعدم نقلها عن ملكه زمان الخيار كما لا يبعد ذلك فى بيع الخيار، حيث يكون فيه اشتراط من البائع على المشتري بإبقاء العين فى المده المضروبه للخيار، فلا يجوز للمشتري بيعها تكليفاً؛ لوجوب الوفاء بالشرط والوفاء بالعقد. ولا يوجب ثبوت حق للبائع فى العين لىوجب ذلك فساد التصرف فيها.

[٢] يعنى ارتداد العبد المسلم، فإنه يكون بالارتداد فى معرض التلف بالقتل حداً، حتى فيما إذا كان ارتداده ملياً، حيث إنه أيضاً فى معرض التلف بالقتل بعدم توبته بعد استتابته، هذا ولكن كون الشئ فى معرض التلف لا يمنع عن بيعه، غاية الأمر

ص: ٢٥٩

يثبت للمشتري الجاهل بالحال خيار الفسخ بالعيب المزبور كما لا يخفى.

[٣] وفي صحيحه الحلبي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام «عن الرجل يشتري البدنه ثم تضلّ قبل أن يشعرها ويقلدها فلا يجدها حتّى يأتي منى فينحر ويجد هديه؟ قال: إن لم يكن قد أشعرها فهي من ماله إن شاء نحرها، وإن شاء باعها، وإن كان أشعرها واشترط عتق العبد في عقد لازم [١] والكتابه المشروطه أو المطلقه بالنسبه إلى ما لم يتحرّر منه، حيث إنّ المولى ممنوع عن التصرف بإخراجه عن ملكه قبل الاداء، والتّديير المعلق على موت غير المولى [٢]، بناءً على جواز ذلك، فإذا مات المولى ولم يمت من علّق عليه العتق كان مملوكاً للورثه ممنوعاً من التصرف فيه، وتعلّق حقّ الموصى له [٣] بالموصى به بعد موت الموصى وقبل قبوله، بناءً على الشرح:

نحرها» (١).

ويمكن أن يقال: إنّه لا يستفاد منها مزيد من وجوب ذبح الحيوان أو نحره، نظير الحيوان المندور ذبحه والتصدق بلحمه، لا النهى عن بيعه ليقال بظهور النهى فى فساد، فتدبر.

[١] لا يخفى أنّ اشتراط عتقه من شرط الفعل، فيجب على المشروط عليه الوفاء به، ومع عدم وفائه يجوز للمشروط له فسخ العقد الذى اشترط فيه عتق العبد، وإذا فرض خروج العبد عن ملك المشروط عليه بالبيع أو غيره قبل الفسخ المزبور فيرجع المشروط له إليه ببدل ذلك العبد.

وكيف كان، فلا يوجب اشتراط العتق نقصاً فى ملك العبد وخروجه عن الطلق كما تقدم فى شرط الخيار.

[٢] وعليه فمقتضى الروايه (٢) انعتاقه بموت من علق انعتاقه على موته وعدم نفوذ التصرفات المنافيه لذلك من الورثه.

[٣] لا- يبعد أن يكون المال فى الوصيه التمليكيه ملكاً للموصى له بموت منع الوارث من التصرف قبله، وتعلّق حقّ الشّفعه [١] بالمال، فإنّه مانع من لزوم التصرفات الواقعه من المالك، فللشفيع بعد الأخذ بالشّفعه إبطالها، وتغذيه الولد

ص: ٢٦٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٤ : ١٤٣، الباب ٣٢ من أبواب الذبح، الحديث الأول.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٢٣ : ١٣٠ ١٣١، الباب ١١ من أبواب التدبير، الحديث ١.

المملوك [٢] بنطفه سيده فيما إذا اشترى أمه حُبلى فوطئها فأنت بالولد بناءً على عدم جواز بيعها وكونه مملوكاً [٣] ولد من حرّ شريك في أمه حال الوطء فإنه الشرح:

الموصى، بلا حاجة إلى قبوله. نعم، يكون للموصى له رد المال وإخراجه عن ملكه، وعلى تقدير القول بالحاجة إلى القبول يبقى الموصى به في ملك الموصى، فإن المنتقل إلى الورثة من التركة هو غير الموصى به فيما إذا لم يكن زائداً على الثلث، وتمام الكلام في محله.

[١] لا يخفى أنّ تعلق حق الشفعة في الفرض وكون الشفيع متمكناً على إبطال التصرفات الجارية على المبيع بأخذه بحق شفيعته أجنبي عن مورد الكلام، فإن مع تعلقها لا يلزم بتلك التصرفات فتكون في معرض البطلان بالأخذ بالشفعة، وكلامنا في اشتراط البيع وتوقف صحته على كون الملك طلقاً بأن لا ينعقد البيع مع عدمه.

[٢] لو اشترى أمه حُبلى مع حملها فعليه ترك وطئها إلى أربعة أشهر وعشره أيام من مبدأ حملها على كلام في اعتبار الزائد على أربعة أشهر، وإن وطئها في المدة المزبوره أو بعدها إلى أن تضع حملها وأفرغ ماءه في فرجها فلا يجوز له بيع ذلك الولد وعليه عتقه، على قول تساعد عليه ظاهر الرواية (١).

[٣] وكونه مملوكاً، عطف على «تغذية الولد» وكان المراد أنه إذا كانت الأمه ملكاً لاثنتين فوطئها أحدهما وأتت بالولد يكون الولد حصه منه ملكاً للشريك ولكن ليس له بيعه، بل له تقويم حصته وأخذ تلك القيمة من الواطئ.

مملوك له، لكن ليس له التصرف فيه إلا بتقويمه وأخذ قيمته، وتعارض السبب المملك والمزيل للملك كما لو قهر حربى [١] أباه والغنيمه قبل القسمه [٢] بناءً على حصول الملك بمجرد الاستيلاء دون القسمه لاستحاله بقاء الملك بلا مالك. وغير ذلك مما سيقف عليه المنتبع، لكننا نقتصر على ما اقتصر عليه الأصحاب من ذكر الوقف، ثم أم الولد، ثم الزهن، ثم الجنايه، إن شاء الله تعالى.

مسأله: لا يجوز بيع الوقف [٣] إجماعاً محققاً في الجملة ومحكياً وعموم الشرح:

ص: ٢٤١

١- (١) وسائل الشيعه ٢١ : ٩٤ ، الباب ٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١ .

[١] ظاهره التّعرض لما ذكره بعضهم (١) من أنّ الحربى، أى الكافر الحربى، لو باع أباه أو غيره من قرابته التى تعتق عليه، بأن يكون الكافر المزبور استولى على من يعتق عليه بالقهر وبياعه، ففى صحه هذا البيع إشكال. ووجه الإشكال أنّ قهره واستيلاءه وإن يوجب تملكه إلا- أنّ المفروض تحقق القرابه المانعه عن استقرار الملك فلا يحصل البيع حال الملك، ولكن فى روايه قد سأل عبدالله اللحام أبا عبدالله عليه السلام «عن رجل يشتري من رجل من أهل الشرك ابنته فيتخذها؟ قال: لا بأس» (٢). وظهرها صحه البيع، ويمكن حملها على حصول الملك للمشتري بالاستيلاء لا ببيع الوالد.

[٢] لا- يخفى أنّ الغنيمه تدخل فى ملك المقاتلين باستيلائهم عليها وكونها ملكا لهم بنحو الإشاعه، وعدم جواز بيع أحدهم حصته قبل أخذها باعتبار كون حصته مجهوله بحسب المقدار، ولا يبعد القول بجواز بيعها بعد تعيينها حتّى فيما إذا كان البيع قبل القبض كما هو مقتضى إطلاق دليل حل البيع.

[٣] ذكر رحمه الله فى الاستدلال على عدم جواز بيع الوقف بعد الإجماع محصلاً قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» وروايه أبى على بن راشد، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام، قلت: جعلت فداك إننى اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتى فلما عمّرتها حُجِّرت أنّها وقف. فقال: لا يجوز شراء الوقف، ولا تدخل الغلّه فى ملكك، إذ دفعها إلى من أوقفت عليه. قلت: لا أعرف لها ربّاً. قال: تصدق بعلّتها».

الشرح:

ومقولاً (٣)، لقوله عليه السلام فى مكاتبه محمد بن الحسن الصفار التى رواها الصدوق بسنده الصحيح، أنّه كتب إلى أبى محمد الحسن بن على عليهما السلام فى الوقف وما روى فيه عن آباءه، فوقع عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله» (٤). ومقتضاها أن العين حسب وقفها فتكون ملكا للبطون بطناً بعد بطن أو للجهه، وأنها تبقى كذلك فلا يصح إبدالها.

لا يخفى أنّ الاستدلال بها موقوف على أن يكون عدم جواز البيع داخلاً فى

ص: ٢٤٢

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب للميرزا الإيروانى ٢ : ٤٣٦، الرقم ٨٤٨.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨ : ٢٤٦، الباب ٣ من أبواب التجاره، الحديث ٢.

٣- (٣) راجع الانتصار : ٢٢٦، والسرائر ٣ : ١٥٣، والمسالك ٥ : ٣٩٩، والمستند ٢ : ٣٧١.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٩ : ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول، والفقيه ٤ : ١٧٦ / ٦٢٠.

عنوان الوقف أو ملازماً لتحقيق ذلك العنوان، وأما بناءً على أنه حكم شرعى غير داخل فى عنوانه وغير ملازم لتحقيقه فلا، حيث إن ظاهر الروايه إمضاء الشارع الوقف كما أنشأه صاحبه، وسيأتى التعرض لكون عدم جواز البيع حكماً شرعياً أو داخلياً فى عنوانه أو ملازماً له فانتظر.

وروايه أبى على بن راشد قال: سألت أبا الحسن عليه السلام: «جعلت فداك، اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتى بألفى درهم، فلما وفرت المال خبرت أن الأرض وقف، فقال: لا يجوز شراء الوقوف ولا تدخل الغله فى ملكك، ادفعها إلى من أوقفت عليه، قلت: لا أعرف لها رباً، قال: تصدق بعلتها» (١). فإن مقتضى إطلاق قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء وما ورد من حكاية وقف أمير المؤمنين عليه السلام وغيره من الأئمة عليهم السلام مثل ما عن ربيع بن عبد الله عن أبى عبد الله عليه السلام فى صورته وقف أمير المؤمنين عليه السلام: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما تصدق به على بن أبى طالب وهو حى سوى: تصدق بداره التى فى بنى زريق، صدقة لا تباع ولا توهب حتى يرثها الله الذى يرث السماوات والأرض، وأسكن فلاناً هذه الصدقة ما عاش وعاش عقبه، فإذا انقضوا فهى لذوى الحاجه من المسلمين... الخبر».

الشرح:

الوقف، هو عدم الفرق بين كون المباشر لبيعه الغاصب أو متولى الوقف أو الموقوف عليهم، والروايه بحسب سندها لا بأس بها، فإن الكلينى رحمه الله رواها عن محمد بن جعفر عن محمد بن عيسى عن أبى على بن راشد، ومحمد بن جعفر، سواء كان أبو العباس أو أبو الحسن الأسدى موثق بتوثيق عام أو خاص، وأبى على بن راشد ممدوح كما عن الشيخ (٢) رحمه الله .

وبما فى غير واحد من الروايات من صورته وقفهم عليهم السلام كروايه ربيع عن أبى عبد الله عليه السلام «قال: تصدق أمير المؤمنين عليه السلام بدار له فى المدينة فى بنى زريق، فكتب: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما تصدق به على بن أبى طالب وهو حى سوى، تصدق بداره التى فى بنى زريق صدقة لا تباع ولا توهب، حتى يرثها الله الذى يرث السماوات والأرض، وأسكن هذه الصدقة خالاته ما عشن وعاش عقبهن، فإذا انقضوا

ص: ٢٦٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٨٥، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول، والكافى ٧ : ٣٧ / ٣٥.

٢- (٢) نقله ابن داود فى رجاله : ٢٢٠ / ٦٦، وانظر اختيار معرفه الرجال ٢ : ٨٠٠ / ٢٩٩٢ و ٨٦٣ / ١٠٢٢.



ووجه الاستدلال أنّ توصيف الصدقه بما لا يباع ولا يوهب ظاهر فى توصيف النوع، أى طبيعى المفعول المطلق، لا أنه شرط خارجى فى شخص الصدقه، وأن على فإنّ الظاهر من الوصف كونها صفة لنوع الصدقه لا لشخصها، ويبعد كونها شرطاً خارجاً عن النوع مأخوذاً فى الشخص، مع أنّ سياق الاشتراط يقتضى تأخره عن ركن العقد، أعنى الموقوف عليهم، خصوصاً مع كونه اشتراطاً عليهم. مع أنه لو جاز البيع فى بعض الأحيان كان اشتراط عدمه على الإطلاق فاسداً، بل مفسداً، لمخالفته للمشروع من جواز بيعه فى بعض الموارد: كدفع الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه، أو طروء الحاجه، أو صيرورته ممّا لا ينتفع به أصلاً.

الشرح:

الموقوف عليهم فى الصدقه المزبوره إبقاء العين وعدم إبدالها. فإنّ الحمل على هذا النحو من الاشتراط خلاف الظاهر، حيث إنه لو كان الأمر كذلك لكان الأنسب تأخير الشرط عن ذكرهم لا ذكر الشرط قبل تعيينهم، وأيضاً لو كان ما ذكر شرطاً على الموقوف عليهم لكان محكوماً بالفساد، فإنه يجوز بيع الوقف فى حالات، فاشتراط عدم جوازه عليهم مطلقاً خلاف السنه.

ولكن يمكن الجواب عن الأخير، بأن اشتراط عدم البيع إطلاقه محمول على صورته عدم الجواز، وهذا الحمل لازم، سواء كان قوله: «لا يباع ولا يوهب» من الاشتراط على الموقوف عليهم، أو وصفاً لنوع الصدقه، مع أنه يمكن دعوى لزوم التقييد فى صورته توصيف النوع فقط. وأما على فرض الاشتراط فيبقى الاشتراط على الإطلاق حيث إن المحتمل علمه عليه السلام بعدم عروض المجوزات على وقفه، وهذا بخلاف صورته إرادته وصف النوع فقط، فإنّ العلم بعدم عروض المجوز على شخص من الوقف لا يوجب الحكم على النوع بأنه لا يباع ولا يوهب.

وبالجملة، مقتضى أصاله عدم التقييد هو: أنّ ما ذكر اشتراط لا توصيف للنوع.

أقول: لا حاجه إلى التقييد على تقدير كون المراد توصيف النوع وتقييد طبيعى الصدقه، وذلك فإنّ قوله عليه السلام: «لا يباع ولا يوهب»، وارد فى مقام إنشاء الوقف وذكره

ص: ٢٦٤

إلا أن يقال: إن هذا الإطلاق نظير الإطلاق المتقدم في رواية ابن راشد في انصرافه إلى البيع لا لعذر، مع أن هذا التقييد مما لا بد منه على تقدير كون الصفة فصلاً للنوع أو شرطاً خارجياً. مع احتمال علم الإمام عليه السلام بعدم طروء هذه الأمور المبيحة، وحينئذ يصح أن يستغنى بذلك عن التقييد على تقدير كون الصفة شرطاً، الشرح:

للقرينه على إرادته الوقف من الصدقة التي هي بمنزلة الجنس الجامع بين الوقف وبين تملك المال للآخر مجاناً بقصد القربة، وليس في مقام بيان حكم الوقف من حيث عدم جواز البيع؛ ليقال: إنه لا بد من رفع اليد عن إطلاقه وحمله على صورته عدم عروض المجوزات.

وذكر بعض الأجلة رحمه الله: أن احتمال الاشتراط على الموقوف عليهم مبنى على الالتزام بأن الوقف من قبيل العقود ويحتاج إلى القبول من الموقوف عليهم، وأما بناءً على ما هو الصحيح من كونه من الإيقاعات فلا معنى للاشتراط، ثم إنه على الوصف للنوع فلا يمكن استظهار عدم جواز بيع الوقف فيما لم يكن الوقف بعنوان الصدقة كما إذا لم يقصد فيه التقرب، فإن النسبة بين الوقف والصدقة عموم من وجه؛ لا اعتبار قصد التقرب في الصدقة، سواء كان من قبيل الوقف أو سائر الصّدقات المندوبه أو الواجبه. والوقف يعم ما إذا لم يكن فيه قصد التقرب، ودعوى الحكم بعدم جواز بيع الوقف مطلقاً باعتبار إلغاء الخصوصيه لا يخفى ما فيها.

أقول: الاشتراط على الموقوف عليهم لا يتبنى على كون الوقف من العقود، فإن نفوذ هذا الشرط على الموقوف عليهم أو المتولى ليس للدليل وجوب الوفاء بالشرط ليقال: إن الشرط لا يعم إلا ما إذا كان الإلزام في ضمن عقد بل لقوله عليه السلام: «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» (١).

بخلاف ما لو جعل وصفاً داخلياً في النوع، فإن العلم بعدم طروء مسوغات البيع في الشخص لا يغني عن تقييد إطلاق الوصف في النوع، كما لا يخفى. فظهر: أن التمسك بإطلاق المنع عن البيع على كون الوصف داخلياً في أصل الوقف كما صدر عن بعض من عاصرناه لا يخلو عن نظر، وإن كان الإنصاف ما ذكرنا: من

ص: ٢٦٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول.

ظهور سياق الأوصاف في كونها أوصافاً للنوع.

الشرح:

وبتعبير آخر: ما نحن فيه نظير الاشتراط على الوصى، كما إذا أوصى بستانا من ثلثه للصرف في الحج والصلاه وسائر الخيرات واشترط على الوصى عدم بيعه إلى خمس سنوات، فإنه لا ينبغي الزيب في نفوذ هذا الاشتراط وعدم جواز بيعه قبل تلك المده؛ بدليل نفوذ الإيضاء مع أنّ الإيضاء من الإيقاعات فلا يحتاج إلى القبول، وإنما يجوز للوصى رده زمان حياه الموصى مع وصول الرد.

والحاصل: لا ينبغي الزيب في أنّ قوله عليه السلام: «لا يباع ولا يوهب» وصف، ولكن الكلام في أنّه وصف للطبيعي وتفريع له؛ ليكون المراد عدم جواز البيع والهبة في الوقف في الجملة، حيث لا يمكن الأخذ بالإطلاق في ناحيه المنع؛ لذكره في مقام إنشاء الوقف أو وصف للصدقه الشخصيه وأن ذلك الشخص لا يباع، ولو كان وصفا للشخص مع عدم كونه وصفا للطبيعي فلا بد من حمله على الاشتراط من الوقف. ولكن الصحيح ظهور التوصيف في وصف الطبيعي لا لما ذكره المصنف من أنّه لو كان شرطا لكان الأنسب تأخيره عن ذكر الموقوف عليهم، فإن مجرد الأنسيه لا يصحح الظهور مع صحه خلافها، بل باعتبار أنّ إنشاء الوقف لا يتم بمجرد قول القائل: «تصدقت بالعين» إذ لا دلالة للصدقه على خصوصيه الوقف، ولذا يؤتى بمثل قوله: «لا يباع ولا يوهب» للقرينه على إرادته الوقف، ولا تتم القرينه إلا إذا كان عدم جواز البيع والهبة من قبيل توصيف الطبيعي بوصف نوعه كما لا يخفى.

....

الشرح:

وقد تحصل ممّا تقدّم أنّه مع هذا التوصيف لا يكون له إطلاق، بحيث يمكن التمسك به في موارد الشك في جواز بيع الوقف، بخلاف حسنه أبي على بن راشد المتقدمه.

ولكن نوقش في الاستدلال بها أيضا، مع عروض بعض الحالات على الوقف والشك في جواز بيعه معها، بأنها غير وارده في مقام الجواب عن جواز بيع الوقف وعدمه بحسب الحالات؛ لأنّ السائل فيها قد كان يعلم بعدم جواز شراء الوقف. خصوصا مع ملاحظه قوله: «فلما وفرت المال خبرت أنّ الأرض وقف»<sup>(١)</sup>، فإنّ

ص: ٢٦٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٨٥ ، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصادقات، الحديث الأوّل .

ظاهرها أنه لو كان يعلم بالوقف لما أقدم على شراء الوقف، بل إنما كان بصدد السؤال عن علاج الواقعة مع جهله بالوقوف عليه، غايه الأمر قبل تمام ذكره الواقعة أجاب الإمام عليه السلام بوجوب رد الغله إلى الموقوف عليهم.

أقول: من المحتمل جدا أن يحتمل السائل صحة شراء الوقف في فرض جهله بالوقف ودفع الثمن وجهاله الموقوف عليهم، وحيث إن الإمام عليه السلام ذكر أنه لا يجوز شراء الوقف وفهم منه بطلان الشراء في جميع الحالات التي منها حاله السابقة في مورد السؤال، سأل ثانيا بأنه كيف يصنع بالغله مع جهاله الموقوف عليهم؟

والحاصل: أن مقتضى الأصل في كل خطاب عام أو خاص يتضمن الموضوع والحكم أن ذلك الحكم يعم الموضوع في جميع حالاته ما لم تقم قرينه عرفيه على خلاف ذلك، وما ذكر لا يعد قرينه لما ذكرنا من الاحتمال، ولذا لا بأس بالتمسك بالإطلاق الوارد في الحسنه في كل مورد يفرض فيه احتمال جواز بيع الوقف بطريان ومثما ذكرنا ظهر أن المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة [١]:

حقّ الواقف، حيث جعلها بمقتضى صيغه الوقف صدقه جاريه ينتفع بها. وحقّ البطون المتأخره عن بطن البائع والتعديد الشرعي المكشوف عنه بالروايات، فإن الوقف متعلق لحقّ الله، حيث يعتبر فيه التقرب ويكون لله تعالى عمله وعليه عوضه.

الشرح:

بعض الحالات.

[١] لم يظهر كون المانع عن بيع الوقف متعددا فضلاً عن كونه ثلاثه، فإنّ الثابت منع الشارع عن بيع الوقف كمنعه عن بيع أم الولد ونحوها، وكون الوقف تملكاً للبطون على نحو الترتب في الوقف الخاص وتمليكا للجهه في الوقف العام لا ينافي مبادله العين الموقوفه بما يكون العوض ملكاً للبطون أو للجهه. وتمليك الواقف تلك العين للموقوف عليهم بقصد التقرب لا يكون موجبا إلا - لعدم جواز رجوع الواقف في الوقف لا - عدم جواز بيع الموقوف عليهم أو متولى الوقف، فإنّ الصدقه الواجبه، بل المستحبه تملك للغير بقصد التقرب مع أنه يجوز للفقير التصرف فيها كسائر أمواله،

ص: ٢٦٧

وإرادته الواقف كون العين صدقه جاريه يكفى فيها قيام بدلها مقامها.

وأما حق البطلون فليس إلا- تملكهم العين حال وجودهم، مع بقاء العين على الوقف، وإذا انتقل الوقف إلى البدل، كما إذا قيل جواز بيع الوقف، ينتقل الحق إلى البدل.

والحاصل: أن عدم جواز بيع الوقف المستفاد من الروايات كعدم جواز بيع أم الولد حكم شرعى ولا- يكون من الحق القابل للإسقاط، غايه الأمر فى مورد قيام الدليل على جواز بيع الوقف يكون للبائع الولايه على إبطال الوقف، بالإضافة إلى العين الموقوفه بالبيع. ويكون العوض ملكا للبطلون كالمعوض، أو جواز إبطال أصل الوقف كما إذا كان العوض ملكا خاصا للبطلن الموجود.

وقد يرتفع بعض هذه الموانع فيبقى الباقي وقد يرتفع كلها، وسيجىء التفصيل.

ثم إن جواز البيع لا ينافى بقاء الوقف [١] إلى أن يباع. فالوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه، فمعنى جواز بيع العين الموقوفه جواز إبطال وقفها إلى بدل أو لا إليه، فإن مدلول صيغته الوقف وإن أخذ فيه الدوام والمنع عن المعاوضه عليه، إلا أنه قد يعرض ما يجوز مخالفه هذا الإنشاء، كما أن مقتضى العقد الجائر كالهبة تمليك المتهب المقتضى لتسلطه المنافى لجواز انتزاعه من يده. ومع ذلك يجوز مخالفته وقطع سلطنته عنه، فتأمل.

إلا أنه ذكر بعض فى هذا المقام [٢]: أن الذى يقوى فى النظر بعد إمعانه: أن الشرح:

[١] مراده أن جواز بيع الوقف فى مورد لا ينافى كون العين موقوفه ما دام لم يقع البيع، وما تقدّم من عدم جواز بيع الوقف باعتبار تعلق الحقوق الثلاثه به، ليس المراد منه إلا- أن الوقف يقتضى عدم جواز بيعه لا- أنه يستلزمه بنحو اللزوم والعليه التامه لينحل الوقف بجواز بيعه. ومجرد الاقتضاء، بمعنى أن إبقاء العين على الوصف الذى جعله الواقف قرار مالكي، ومع إمضاء الشارع لا يجوز بيعها ونقلها.

نعم، إذا طرأ أمر فيمكن معه الحكم بجواز بيعه، وإن شئت فلاحظ الهبه فإنها تمليك العين مجاناً، ومقتضاه أن لا- يجوز للغير التصرف فى العين الموهوبه ولو كان ذلك الغير واهبها، ولكن مع ذلك يجوز للواهب التصرف فيها بردّها إلى ملكه بحسب حكم الشرع.

[٢] قد يقال (١): إنَّ عدم جواز بيع الوقف باعتبار أنَّ جوازه ينافي الوقف بحيث الوقف ما دام وقفاً لا يجوز بيعه، بل لعلَّ جواز بيعه مع كونه وقفاً من التضاد. نعم، إذا بطل الوقف أتجه حينئذٍ جواز بيعه، ثمَّ ذكر بعض مبطلات الوقف المسوّغه لبيعه. وقد سبقه إلى ذلك بعض الأساطين في شرحه على القواعد، حيث استدللَّ على المنع عن بيع الوقف بعد النصِّ والإجماع، بل الضرورة: بأن البيع وأضرابه ينافي حقيقته الوقف، لأخذ الدوام فيه، وأنَّ نفي المعاوضات مأخوذ فيه ابتداءً.

الشرح:

لا- يجتمع جوازه معه، فإنَّ الوقف كما هو المرورى عن النبي (٢) صلى الله عليه و آله ، بل الظاهر منه بحسب ما هو المعروف من عنوانه فى الأذهان، حبس العين وتسييل المنفعة. والمراد بحبس العين جعلها بحيث لا- تقبل النقل والانتقال، وإذا صار الوقف محكوماً بجواز بيعه فلا يمكن اجتماع هذا الجواز مع بقاء الوقف، بل يكون الدليل على جواز بيعه كاشفاً عن بطلان الوقف فى ذلك المورد.

وأجاب عن ذلك المصنّف رحمه الله ، بأنّه إن أراد هذا القائل أنّ جواز بيع الوقف لا يجتمع مع الحقوق الثلاثة التى تقدم ثبوتها فى الوقف، بل لابدّ فى مورد جواز بيعه من سقوط بعضها، كما إذا جاز بيع الوقف ومبادلته بما يكون للبطون، فإنّ الفرض سقوط حق البطون عن نفس العين لا عن بدلها، أو سقوط حقهم حتّى عن بدلها، كما إذا كان العوض ملكاً لطلقاً للبطن الموجود فهذا صحيح. وإن أراد بجواز البيع فلا- يجتمع مع أصل الوقف؛ لمنافاه ذلك الجواز ومضادته مع الوقف كما هو ظاهر عبارته، فهو غير تام.

والوجه فى عدم التمام أنّ الوقف قسم منه فى حقيقته إخراج للعين عن الملكيه وجعلها بحيث لا تقبل الملك، نظير عتق العبد، وكما أنّ العتق إخراج للإنسان عن الرقيه وجعله بحيث لا يمكن صيرورته ملكاً للآخر، كذلك فى وقف المساجد. .... .

الشرح:

والمشاهد تخرج الأرض والبناء عن قابليه كونها ملكاً. ولكن مع ذلك لا يكون من المباحات ليتصرف فيه كلّ أحد بما شاء، بل لا يجوز التصرف المنافى للوقف كما هو

ص: ٢٦٩

١- (١) القائل هو صاحب الجواهر ٢٢ : ٣٥٨، وكاشف الغطاء فى شرح القواعد (مخطوط) : الورقه ٨٥ .

٢- (٢) السنن الكبرى ٦ : ١٦٢ .

مقتضى قوله عليه السلام: «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» (١).

وهذا القسم لا يقبل النقل، باعتبار أنّ العين لا تصير ملكاً لأحد.

وأما سائر الوقوف، سواء كان الوقف خاصاً أو عاماً يكون الوقف فيها تمليكا؛ ولذا يعبر عن هذا القسم بالصدقة التي تكون تمليكا للبطون أو الوجهه. نعم، الوقف ليس مطلق جعل الشيء ملكاً، بل بنحو يقتضى الدوام والاستمرار، أى استمرارهم على ملكه ولا يكون هذا الدوام والاستمرار من قبيل اللازم، بل بنحو الاقتضاء بحيث لا ينافى الوقف تخلفه فى بعض الموارد. ولو كان جواز بيع الوقف منافياً لأصل الوقف بحيث يخرج الشيء عن كونه وقفاً لكان لازم ذلك بطلان الوقف حتى إذا لم يتفق مع بيع الوقف، كما إذا فرض حاجه الموقوف عليهم واضطرارهم إلى ثمن الوقف، ولكن لم يتفق بيعه إلى أن ارتفعت حاجتهم، فيلزم أن يحكم بجواز بيعه بعد ذلك أيضاً؛ لبطلان الوقف قبل ذلك.

لا- يقال: إذا فرض الاعتراف كما هو ظاهر المصنف رحمه الله، بأن مع جواز بيع الوقف ينتفى حق البطون اللاحقه عن شخص العين كما فى مورد جواز تبديلها بما يكون ملكاً للبطون، وعن بدلها أيضاً كما فى مورد جواز تملك البطن الموجوده ثمن الوقف وصرفه فى ضرورتهم، فلان ذلك جواز بيع الوقف فيما إذا لم يتفق البيع إلى أن ارتفعت ضروره البطن الموجوده. والوجه فى اللزوم، أنّ مع سقوط حق البطون وفيه: أنه إن أريد من بطلانه انتفاء بعض آثاره وهو جواز البيع المسبب عن سقوط حق الموقوف عليهم عن شخص العين أو عنها وعن بدلها، حيث قلنا بكون الثمن للبطن الذى يبيع. فهذا لا محصل له، فضلاً عن أن يحتاج إلى نظر، فضلاً عن إمعانه.

الشرح:

اللاحقه عن العين وعن بدلها أيضاً لا موجب لرجوعها ثانياً.

فإنه يقال: ليس معنى سقوط حقهم إلا قيام الدليل على ثبوت الولاية للبطن الموجوده على البطون اللاحقه بمبادله ملكهم، كما إذا كان مدلول دليل جواز البيع بمبادله الوقف بما يكون ملكاً للبطون أو مع ثبوت الولاية لهم على تملك الثمن فى

ص: ٢٧٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٩: ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأوّل .

مورد جواز صرف ثمن الوقف على ضروراتهم. وكذا فيما ثبت جواز بيع الوقف العام يكون بمقتضى ذلك الدليل ثبوت الولاية لمتولى الوقف أو الحاكم على العين الموقوفة، بمبادلتها بما يكون للجبهة الموقوفة عليها.

والحاصل: لا- يكون جواز بيع الوقف كاشفا عن بطلان ملكية البطون كما عليه ظاهر الجواهر(١) رحمه الله ، وإنما يكون موجبا لثبوت الولاية وكون تلك الولاية مطلقه أو مقيدة تابعه لظاهر الدليل، ومع عدم الدلالة يؤخذ بمقتضى الأصل، وقد ظهر من جميع ما ذكرنا أنّ الدليل على جواز بيع الوقف فى مورد التخصيص أو التقييد فى خطاب «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»(٢)، وفى مثل قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف»(٣).

وإن أريد به انتفاء أصل الوقف كما هو ظاهر كلامه ، حيث جعل المنع من البيع من مقومات مفهوم الوقف، ففيه مع كونه خلاف الإجماع، إذ لم يقل أحد ممن أجاز بيع الوقف فى بعض الموارد ببطلان الوقف وخروج الموقوف عن ملك الموقوف عليه إلى ملك الواقف: أنّ المنع عن البيع ليس مأخوذاً فى مفهومه، بل هو فى غير المساجد وشبهها قسم من التملك[١] ولذا يطلق عليه الصدقة، ويجوز الشرح:

[١] يظهر ممّا ذكر رحمه الله أنّ الوقف على نحوين: وقف تحريرى كوقف الأرض أو البناء مسجداً أو مشهداً. ووقف تمليكى، تكون العين الموقوفة ملكاً للموقوف عليهم، سواء كان الموقوف عليهم أشخاصاً أو عنواناً، ويعبر عن ذلك بالوقف الخاص أو العام.

ولكن الأمر ليس كذلك، بل للوقوف أقسام: وذلك فإن الواقف قد لا يلحظ فى وقفه إلا حبس العين على عنوان من غير نظر إلى رجوع منافعها إلى أشخاص. أو على عنوان وجهه، وهذا القسم من الوقف لا يكون فيه الموقوف عليه.

لا يقال: هذا القسم لا يدخل فى الوقف، بل جعل الأرض أو البناء مسجداً أو مشهداً عنوان آخر غير عنوان الوقف، وإن جرى عليه أحكامه من عدم جواز بيعه.

فإنه يقال: لو كان الأمر كذلك يصح قول مالك الأرض أو البناء: «جعلتها مسجداً

١- (١) الجواهر ٢٢: ٣٥٧ ٣٥٨ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩: ١٧٥ ، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأوّل .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩: ١٨٥ ، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأوّل .



ولكن ما وقفها»، ولا أظن أن يلتزم بذلك أحد.

والموجب للدعوى المزبوره أنّ الوقف عنده إيقاف العين على الموقوف عليه وكان العين في الاعتبار على رأسهم تدر منافعها إليهم، وقد رأى أنّ في مورد وقف المكان مسجداً أو مشهداً ليس من يكون إيقاف العين على رأسه، ولكن سنين أنّ الوقف بمعنى الحبس، وكلمه (على) للتعدى لا- الاستعلاء؛ ولذا لا- يفرق بين قوله: «وقفها على أولاد زيد أو على طلاب العلم»، أو «وقفها لأولاد زيد أو لطلاب العلم».

وبتعبير آخر: يحتاج إلى تعيين الموقوف عليه أو الموقوف له فيما لوحظ عود... .

الشرح:

منافع العين إلى شخص على ما سيأتي، وليس يلزم الوقف فيما إذا لم يكن فيه لحاظ عود المنافع إلى أحد.

والحاصل: أنّ عنوان المسجد ينطبق على الأرض أو البناء المعدّ للعبادة كالصلاه وغيرها، ولا يترتب عليه بمجرد الإعداد أحكام الوقف من خروج العين عن الملك وعدم جواز نقله وغير ذلك من الأحكام، وفي صحيحه عبيدالله بن الحلبي أنه سأل أبا عبدالله عليه السلام «عن مسجد يكون في الدار، فيبدو لأهله أن يتوسّعوا بطائفه منه، أو يحولوه عن مكانه؟ فقال: لا- بأس بذلك»<sup>(١)</sup>.

وعلى الجملة: أنّ المرتكز في وقف الأرض أو البناء مسجداً وحبسها له هو فك الأرض أو البناء عن علقه الملكيه وجعلها بحيث لا تصلح للدخول في ملك أحد، وهذا معنى الوقف التحريري، ولا يبعد أن يقال: ما يذكر للمساجد من الأحكام، كحرمة مكث الجنب والحائض ووجوب تطهيره، لا- يعم إلا- المساجد الموقوفه لعناوينها؛ لانصراف الخطابات إليها. ولا فرق في وقفها كسائر الوقوف بين كونه بالإنشاء اللفظي، أو بنحو المعاطاه كما هو مقتضى إطلاق قوله عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»<sup>(٢)</sup>، كما لا يحتاج في تحققة فيها كسائر الأوقاف إلى القبول من الحاكم أو غيره؛ للإطلاق المزبور.

بل لا يبعد عدم حاجه الوقف العام إلى القبض، وإنما يحتاج إلى القبض في

ص: ٢٧٢

١- (١) وسائل الشيعه ٥: ٢٠٨، الباب ١٠ من أبواب أحكام المساجد، الحديث الأول.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩: ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول.

الوقف الخاص بشهاده مثل صحيحه صفوان بن يحيى عن أبى الحسن عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يقف الضيعه ثم يبدو له أن يحدث فى ذلك شيئاً؟ فقال: إن كان وقفها لولده. ....» .

الشرح:

ولغيرهم ثم جعل لها قيماً لم يكن له أن يرجع فيها، وإن كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى بلغوا فيحوزها لهم، لم يكن له أن يرجع فيها، وإن كانوا كباراً ولم يسلمها إليهم ولم يخاصموا حتى يحوزوها عنه، فله أن يرجع فيها<sup>(١)</sup>.

ووقف تمليكى: وهو ما إذا لم يكن الوقف تحريماً، فإنه لا ينبغى الرّيب فى حصول الملك للموقوف عليه فيما إذا أنشأ الواقف ملكه العين له، كما إذا قال: «جعلت الضيعه أو غيرها ملكاً لأولاد زيد طبقه بعد طبقه إلى أن يرث الله السماوات والأرض، وإن انقرضوا فهى للفقراء».

وإنما الكلام فيما إذا كان إنشاء الوقف بعنوان الوقف وإرادته ما هو مدلوله المرتكز، وكان من قصده عود منفعه العين إلى الموقوف عليهم، كما إذا قال: «وقفت هذه الضيعه لأولاد زيد أو على أولاده؛ ليكون غلتها لهم»، ففى ذلك يقع الكلام فى خروج نفس الضيعه عن ملك الواقف ودخولها فى ملك الموقوف عليهم.

واستدلّ المصنّف رحمه الله على خروجها عن ملك الواقف ودخولها فى ملك الموقوف عليهم، بما ورد فى غير واحد من الروايات<sup>(٢)</sup> من التعبير عن الوقف بالصدقه التى لا تباع ولا توهب، حيث إن من الظاهر كون المعروف من معنى الصدقه تمليك الغير بقصد القربه. ويعبر عن التمليك كذلك بالوقف، باعتبار استمرارها ودوامها وعدم صيرورتها ملكاً طلقاً للموجودين من الموقوف عليهم.

واستدلّ فى «الجواهر» على دخول العين فى ملك الموقوف عليهم فيما كان من قصد الواقف عود منافع العين وصيرورتها لهم أنّ العين تتبع المنافع فى الانتقال، ومن ....» .

الشرح:

أنّ العين الموقوفه كالمنافع تضمن بالإتلاف والتلف فى اليد، وإذا كانت العين خارجه

ص: ٢٧٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٨٠، الباب ٤ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٤ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ١٨٦ و ١٨٧، الباب ٧ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٢ و ٣ و ٤ .

عن ملك الواقف فلا بد من دخولها في ملك الموقوف عليهم؛ لأنّ المال الذي ليس له مالك لا يضمن. وقد يستدلّ على دخول العين الموقوفة في ملك الموقوف عليهم بما ورد في جواز بيعهم العين الموقوفة في بعض الموارد، حيث إنّه لا يبيع إلا في ملك، وأن العين إذا لم تكن ملكا فكيف جاز بيعها.

وعن السيد الزدى رحمه الله الاستدلال على خروج العين عن ملك الواقف، بأن اعتبار الملكيه لأحد لا بد فيه من أثر يصحح الاعتبار، ومع كون الواقف أجنبيا عن منافع العين إلى الأبد فلا معنى لاعتبار ملكيه العين له، ولكن احتمال عدم دخولها في ملك الموقوف عليهم، بل يكون الداخلة في ملكهم هي المنافع فقط، كما في مورد إجاره العين. ونتيجة ذلك أن يكون الوقف بالإضافة إلى العين الموقوفة فكا عن الملكيه.

ولكن قد نوقش في ذلك كلّ؛ أمّا التعبير بالصدقه فلا بدّ أصاله الحقيقيه تجرى فيما إذا شك في المراد بعد إحراز المعنى الموضوع له، وأمّا إذا علم المراد وشك في أنّ الاستعمال على نحو الحقيقيه فلا مجرى لأصالتها، وفيما نحن فيه يعلم أنّ المراد بالصدقه هو الوقف بقصد التقرب. ويشك في أنّ إطلاق الصدقه عليه بنحو الحقيقيه، حيث إنّ من أفرادها أو أنّ إطلاقها عليه بنحو المجاز، حيث لا يكون في الوقف تمليك وتملك.

وفيه: أنّ هذه المناقشه قد صدرت عن جعل فيما تقدّم النسبه بين الوقف والصدقه العموم من وجه، ومقتضاه كون الوقف في مورد قصد التقرب معنونا بعنوان الصدقه الجاريه حقيقه.

مع أنّه إن أريد أنّ إنشاء الوقف بإرادته المعنى الحقيقي للصدقه الجاريه غير . . . . .

الشرح:

صحيح، فلا يتحقق الوقف فلا أظن الالتزام به، وإن أريد أنّه لم يحرز انطباق عنوان الصدقه بمعناه الحقيقي على ما أراد الموجب بقوله: «وقفت هذه العين لأولاد زيد طبقه بعد طبقه»، المعنى المرتكز عند الأذهان للوقف. ففيه: أنّه لا يعرف للوقف عند الأذهان في مثل المورد ممّا كان الملحوظ عود المنفعه إلى الأشخاص ودخولها في ملكهم إلا عنوان التمليك وجعل ذلك الملك بنحو إقرار العين وحبسها.

ويقرب من هذا الوقف الوقف الصرفي، وهو ما إذا كانت العين محبوسه لصرف

منافعها على الموقوف عليهم، سواء كان المراد صرف نفس منافعها كما إذا قال: «وقفت هذه الضيعة على أولاد زيد الأول فالأول؛ لياكلوا ثمرتها»، أو كان المراد الأعم من صرف عين منافعها أو بدلها كما إذا قال: «وقفت هذه الضيعة للعلماء أو الحجاج»، وفي مثل ذلك يجوز لمتولى الوقف بيع ثمره الضيعة وصرف ثمنها عليهم. ووجه قرب الوقف الصرفي إلى الوقف التمليكي، هو أنّ العين في الوقف الصرفي أيضا ملك، ولكن للعنوان الموقوف عليه لا الأشخاص، وإنما يملك الأشخاص المنفعة بعد الصرف والقبض؛ ولذا لا يرث الوارث من الموقوف عليه قبل صرف المنفعة ولا يجب في السهم المقبوض الزكاة؛ لأنّ الشخص لا يملك المنفعة إلا بعد قبضها لا حين بلوغ الزرع وصيرورته حنطه أو شعيرا أو صيروره الثمره عنبا أو ثمرا، فإن الثمره في ذلك الحين كانت ملكا للعنوان ولا يتوجه التكليف بإعطاء الزكاة إلا للأشخاص.

وهذا بخلاف الوقف التمليكي، فإنّه إن مات أحد من الموقوف عليهم يرث سهمه وارثه ويجب على كلّ من بلغ سهمه مقدار النصاب الزكاة، ويشترك القسمان في ضمان العين ومنافعها فيما لو أتلف العين أو منافعها متلف أو تلف بيده، بخلاف القسم الأول إيجابه بلفظ «تصدقت» إلا أنّ المالك له بطون متلاحقه، فإذا جاز بيعه مع الإبدال كان البائع ولياً عن جميع الملاك في إبدال مالهم بمال آخر، وإذا جاز لا معه كما إذا بيع لضروره البطن الموجود على القول بجوازه فقد جعل الشارع لهم حقّ إبطال الوقف [١] ببيعهم لأنفسهم، فإذا لم يبيعوا لم يبطل، ولذا لو فرض اندفاع الشرح:

من الأقسام وهو الوقوف التحريري؛ لأنّه لا دليل على ضمان المال فيما لم يكن ملكاً لأحد أو عنوان. بل الموجب له إتلاف مال الغير، أو تلفه بيده في غير مورد الاستيمان.

والقسم الأخير من الوقف الوقف الانتفاعي، وهو ما إذا كان حبس العين لمجرد انتفاع الموقوف عليهم من غير أنّ تدخل العين أو منافعها في ملكهم حتى بعد القبض، كما في وقف بعض الأشجار لأكل الماره ووقف الخانات للمسافرين والزوار والمدارس والكتب العلميه لطلاب علم الدين. وفي هذا القسم لا تدخل العين ولا منفعتها في ملك الموقوف عليهم؛ ولذا لا يكون توارث ولا تصحح المعاوضه على منافع العين لا من الموقوف عليهم ولا من المتولى، ولا يبعد أن يقال ببقاء العين

ومنافعها على ملك واقفها؛ ولذا يضمن العين أو منافعها بالإتلاف، ويكفى في اعتبار الملكية للواقف ترتب هذه الثمرة.

ومما ذكرنا يظهر الحال في الوجوه المتقدمه؛ للاستدلال على خروج العين من ملك واقفها أو دخولها في ملك الموقوف عليهم، وأيضا ظهر أنّ الوقف في حقيقته عبارة عن حبس العين؛ إما حبسا عنوانيا أو حبسا تمليكيا أو حبسا صرفيا أو حبسا انتفاعيا. والمراد بالحبس جعل العين على حاله لا تخرج عنها بحسب قرار مالكها، أى لا تصلح للخروج عنها بحسبه كما لا يخفى.

[١] لا- يخفى أنه لا- دلالة فيما ورد في جواز بيع الوقف وصرف ثمنه على ضروره البطن الموجود على ولايتهم على جعل العين الموقوفه ملكا طلقا عند البيع؛ ليقع البيع الضروره بعد الحكم بجواز البيع أو لم يتفق البيع، كان الوقف على حاله، ولذا صرح في جامع المقاصد بعدم جواز رهن الوقف وإن بلغ حداً يجوز بيعه، معللاً باحتمال طرؤ اليسار للموقوف عليهم عند إرادته بيعه في دين المرتهن.

إذا عرفت أنّ مقتضى العمومات في الوقف عدم جواز البيع، فاعلم أنّ لأصحابنا في الخروج عن عموم المنع في الجملة أقوالاً:

أحدها: عدم الخروج عنه أصلاً، وهو الظاهر من كلام الحلّي، حيث قال في السرائر بعد نقل كلام المفيد قدس سره: والذي يقتضيه مذهبنا أنه بعد وقفه وتقييضه لا يجوز الرجوع فيه، ولا تغييره عن وجوهه وسئله، ولا بيعه، سواء كان بيعه أدرّ عليهم أم لا، وسواء خرب الوقف ولا يوجد من يراعيه بعماره من سلطان وغيره، أو يحصل بحيث لا يجدى نفعاً، أم لا. قال الشهيد رحمه الله بعد نقل أقوال المجوّزين: وابن إدريس سدّ الباب، وهو نادر مع قوّته.

وقد ادّعى في السرائر عدم الخلاف في المؤيّد، قال: إن الخلاف الذي حكيناه بين أصحابنا إنّما هو إذا كان الوقف على قوم مخصوصين وليس فيه شرط يقتضى رجوعه إلى غيرهم، وأمّا إذا كان الوقف على قوم ومن بعدهم على غيرهم وكان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غيره إلى أن يرث الله الأرض، لم يجوز بيعه على وجه، بغير خلاف بين أصحابنا، انتهى.

وفيه نظر يظهر ممّا سيأتى من ظهور أقوال كثير من المجوّزين في المؤيّد. الشرح:

لهم، بحيث لو فرض فسخ العقد يصير الوقف ملكاً طلقاً لذلك البطن ولو مع اتفاق ارتفاع ضرورتهم عند حصول الفسخ، بل المقدار الثابت ولايه البطن الموجود على صرف ثمن الوقف في حوائجهم، إضافه على ولايتهم على بيعه، فيكون صرفهم نظير صرف أهل العلم مال الإمام عليه السلام على حوائجهم.

وحكى المنع مطلقاً عن الإسكافي وفخر الإسلام أيضاً إلا في آلات الموقوف وأجزائه التي انحصر طريق الانتفاع بها في البيع. قال الإسكافي فيما حكى عنه في المختلف: إن الموقوف رقيقاً أو غيره لو بلغ حاله إلى زوال ما سئله من منفعتة فلا بأس ببيعه وإبدال مكانه بثمنه إن أمكن، أو صرفه فيما كان يصرف إليه منفعتة، أو ردّ ثمنه على منافع ما بقى من أصل ما حبس معه إذا كان في ذلك صلاح، انتهى.

وقال فخر الدين في الإيضاح في شرح قول والده رحمهما الله: ولو خَلِقَ حصير المسجد، وخرج عن الانتفاع به، أو انكسر الجذع بحيث لا ينتفع به في غير الإحراق، فالأقرب جواز بيعه، قال بعد احتمال المنع، بعموم النص في المنع: والأصح عندي جواز بيعه وصرف ثمنه في المماثل إن أمكن، وإلا ففي غيره، انتهى.

ونسبه المنع إليهما على الإطلاق لا بد أن تُبنى على خروج مثل هذا عن محلّ الخلاف، وسيظهر هذا من عبارته الحلبي في الكافي أيضاً، فلاحظ.

الثاني: الخروج عن عموم المنع في المنقطع في الجملة خاصه دون المؤيد، وهو المحكى عن القاضي، حيث قال في محكى المهذب: إذا كان الشيء وقفاً على قوم ومن بعدهم على غيرهم وكان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غير ذلك إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن عليها، لم يجز بيعه على وجه من الوجوه، فإن كان وقفاً على قوم مخصوصين وليس فيه شرط يقتضى رجوعه إلى غيرهم حسب ما قدمناه، وحصل الخوف من هلاكه أو فساده، أو كان بأربابه حاجه ضروريه يكون بيعه أصلح لهم من بقاءه عليهم، أو يخاف من وقوع خُلفٍ بينهم يؤدي إلى فساده، فإنه حينئذٍ يجوز بيعه وصرف ثمنه في مصالحهم على حسب استحقاقهم، فإن لم يحصل شيء من ذلك لم يجز بيعه على وجه من الوجوه. ولا يجوز هبه الوقف، ولا الصدقه به أيضاً.

وحكى عن المختلف وجماعه نسبه التفصيل إلى الحلبي، لكن العبارة

المحكى عنه عن كافيته لا تساعده، بل ربما استظهر منه المنع على الإطلاق، فراجع.

وحكى التفصيل المذكور عن الصدوق. والمحكى عن الفقيه: أنه قال بعد روايه على بن مهزيار الآتيه : 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 الأخيره فى المنقطع لا يظهر من كلام الصدوق والقاضى، 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 فى مصالحهم. وقد حكى القول بهذين عن القاضى، إلا- أن يوجه بأنه لا- يقول ببقاءه على ملك الواقف حين الوقف حتى يكون حسباً، بل هو وقف حقيقى وتمليك للموقوف عليهم مدّه وجودهم، وحينئذ فيبيعهم له مع تعلق حق الواقف نظير بيع البطن الأول مع تعلق حق سائر البطون فى الوقف المؤبد.

لكن هذا الوجه لا يدفع الإشكال عن الحلبي، المحكى عنه القول المتقدم، حيث إنه يقول ببقاء الوقف مطلقاً على ملك الواقف.

الثالث: الخروج عن عموم المنع والحكم بالجواز فى المؤبد فى الجملة، وأما المنقطع فلم ينصوا عليه وإن ظهر من بعضهم التعميم ومن بعضهم التخصيص بناءً على قوله برجوع المنقطع إلى ورثه الواقف، كالشيخ وسائر رحمهما الله . ومن حكم برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى وجوه البر كالسيد أبى المكارم ابن زهره فلازمه جعله كالمؤبد.

وكيف كان، فالمناسب أولاً نقل عبارة هؤلاء، فنقول: قال المفيد فى المقنع: الوقوف فى الأصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها، إلا- أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم والتقرب إلى الله بصلتهم، أو يكون تغيير الشرط فى الموقوف أدر عليهم وأنفع لهم من تركه على حاله. وإذا أخرج الواقف الوقف عن يده إلى من وقف عليه، لم يجز له الرجوع فى شىء منه، ولا تغيير شرائطه، ولا نقله عن وجوهه وسبله. ومتى اشترط الواقف فى الوقف: أنه متى احتاج إليه فى حياته

لفقر كان له بيعه وصرف ثمنه فى مصالحه، جاز له فعل ذلك. وليس لأرباب الوقف بعد وفاه الواقف أن يتصرفوا فيه ببيع أو هبه أو يغيروا شيئاً من شروطه، إلا أن يخرب الوقف ولا يوجد من يراعيه بعماره من سلطان أو غيره، أو يحصل بحيث لا يجدى نفعاً، فلهم حينئذ بيعه والانتفاع بثمنه. وكذلك إن حصلت لهم ضروره إلى ثمنه كان لهم حلّه، ولا يجوز ذلك مع عدم ما ذكرناه من الأسباب والضرورات. انتهى كلامه رحمه الله .

وقد استفاد من هذا الكلام فى غايه المراد جواز بيع الوقف فى خمس مباح، وضمّ صورته جواز الرجوع وجواز تغيير الشرط إلى المباح الثلاثه المذكوره بعد وصول الموقوف إلى الموقوف عليهم ووفاه الواقف، فلاحظ وتأمل.

ثم إنّ العلامة ذكر فى التحرير: أنّ قول المفيد بأنّه: لا يجوز الرجوع فى الوقف إلا أن يحدث إلى قوله: أنفع لهم من تركه على حاله، متأول. ولعلّه من شدّه مخالفته للقواعد لم يرتض بظاهره للمفيد. وقال فى الانتصار على ما حكى عنه: ومما انفردت الإماميه به: القول بأنّ الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا يجدى نفعاً جاز لمن هو وقف عليه بيعه والانتفاع بثمنه، وأنّ أرباب الوقف متى دعتهم ضروره شديده إلى ثمنه جاز لهم بيعه، ولا يجوز لهم ذلك مع فقد الضروره. ثمّ احتجّ باتّفاق الإماميه، ثمّ ذكر خلاف ابن الجنيد، وردّه بكونه مسبقاً وملحوقاً بالإجماع، وأنّه إنّما عوّل فى ذلك على ظنون له وحسبانٍ وأخبارٍ شاذه لا يلتفت إلى مثلها.

ثمّ قال: وأما إذا صار الوقف بحيث لا يجدى نفعاً، أو دعت أربابه الضروره إلى ثمنه، لشدّه فقرهم، فالأحوط ما ذكرناه: من جواز بيعه، لأنّه إنّما جعل لمنافعهم، فإذا بطلت منافعهم منه فقد انتقض الغرض منه ولم يبق منفعة فيه إلاّ من الوجه الذى ذكرناه، انتهى.

وقال فى المبسوط: وإنّما يملك الموقوف عليه بيعه على وجه عندنا، وهو أنّه إذا خيف على الوقف الخراب، أو كان بأربابه حاجه شديده ولا يقدر على القيام به، فحينئذ يجوز لهم بيعه، ومع عدم ذلك لا يجوز بيعه، انتهى. ثمّ احتجّ على ذلك بالأخبار.

وقال سلاّر فيما حكى عنه: ولا يخلو الحال فى الوقف والموقوف عليهم:



من أن يبقى ويبقوا على الحال التي وقف فيها، أو يتغير الحال، فإن لم يتغير الحال فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف ولا هبته ولا تغيير شيء من أحواله، وإن تغير الحال في الوقف حتى لا ينتفع به على أي وجه كان، أو لحق الموقوف عليهم حاجة شديده جاز بيعه وصرف ثمنه فيما هو أنفع لهم، انتهى.

وقال في الغنيه على ما حكى عنه : ويجوز عندنا بيع الوقف للموقوف عليه إذا صار بحيث لا يجدي نفعاً وخيف خرابه، أو كانت بأربابه حاجة شديده دعتهم الضروره إلى بيعه، بدليل إجماع الطائفه، ولأنّ غرض الواقف انتفاع الموقوف عليه، فإذا لم يبق له منفعه إلا على الوجه الذي ذكرنا جاز، انتهى.

وقال في الوسيله: ولا يجوز بيعه يعنى الوقف إلا بأحد شرطين: الخوف من خرابه، أو حاجة بالموقوف عليه شديده لا يمكنه معها القيام به، انتهى.

وقال الراوندى في فقه القرآن ؛ على ما حكى عنه : وإنما يملك بيعه على وجه عندنا، وهو إذا خيف على الوقف الخراب، أو كان بأربابه حاجة شديده، انتهى.

وقال في الجامع على ما حكى عنه : فإن خيف خرابه، أو كان بهم حاجة شديده، أو خيف وقوع فتنه بينهم تستباح بها الأنفس، جاز بيعه، انتهى.

وعن النزّه: لا- يجوز بيع الوقف إلا- أن يخاف هلاكه، أو يؤدى المنازعه فيه بين أربابه إلى ضرر عظيم، أو يكون فيهم حاجة عظيمه شديده ويكون بيع الوقف أصلح لهم، انتهى.

وقال في الشرائع: ولا يصح بيع الوقف ما لم يؤدّ بقاءه إلى خرابه لخلف بين أربابه ويكون البيع أعود. وقال في كتاب الوقف: ولو وقع بين الموقوف عليهم خلفٍ بحيث يُخشى خرابه جاز بيعه، ولو لم يقع خلف ولا- يُخشى خرابه، بل كان البيع أنفع لهم، قيل: يجوز بيعه، والوجه المنع، انتهى. ومثل عباره الشرائع في كتابي البيع والوقف عباره القواعد في الكتابين.

وقال في التحرير: لا يجوز بيع الوقف بحال، ولو انهدمت الدار لم تخرج العرّصه عن الوقف، ولم يجز بيعها. ولو وقع خلف بين أرباب الوقف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه على ما رواه أصحابنا. ثم ذكر كلام ابن إدريس وفتواه على المنع مطلقاً وتنزيله قول بعض الأصحاب بالجواز على المنقطع، ونفيه الخلاف

على المنع في المؤبد. ثم قال: ولو قيل بجواز البيع إذا 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 أدى بقاؤه إلى خرابه جاز، وكذا يباع لو خشى وقوع فتنه بين أربابه مع بقائه على الوقف، انتهى.

وعن بيع الإرشاد: لا يصح بيع الوقف إلا أن يخرب، أو يؤدى إلى الخلف بين أربابه على رأى. وعنه في باب الوقف: لا يصح بيع الوقف، إلا أن يقع بين الموقوف عليهم خلف يخشى به الخراب.

وقال في التذكرة في كتاب الوقف على ما حكى عنه: والوجه أن يقال: يجوز بيع الوقف مع خرابه وعدم التمكّن من عمارته، أو خوف فتنه بين أربابه يحصل باعتبارها فساد، انتهى. وقال في كتاب البيع: لا يصح بيع الوقف، لنقص الملك فيه، إذ القصد منه التأيد. نعم، لو كان بيعه أعود عليهم، لوقوع خلف بين أربابه وخشى تلفه أو ظهور فتنه بسببه جوّز أكثر علمائنا بيعه، انتهى.

وقال في غايه المراد: يجوز بيعه في موضعين: خوف الفساد بالاختلاف، وإذا كان البيع أعود مع الحاجة. وقال في الدرّوس: لا يجوز بيع الوقف إلاّ- إذا خيف من خرابه أو خلف أربابه المؤدى إلى فساد. وقال في اللمعة: لو أدى بقاؤه إلى خرابه لخلف أربابه، فالمشهور الجواز، انتهى. وقال في تلخيص الخلاف على ما حكى عنه: إنّ لأصحابنا في بيع الوقف أقوالاً- متعدّده، أشهرها: جوازه إذا وقع بين أربابه خلف وفتنه وخشى 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 يُستباح فيه الأنفس. وعن إيضاح النافع: أنّه جوّز بيعه إذا اختلف أربابه اختلافاً يخاف معه القتال ونهب الأموال ولم يندفع إلاّ- بالبيع. قال: فلو أمكن زواله ولو بحاكم الجور لم يجز، ولا- اعتبار بخشيه الخراب وعدمه، انتهى. ومثله كلامه المحكى عن تعليقه على الشّرائع. وقال في جامع المقاصد بعد نسبة ما في عباره القواعد إلى موافقه الأكثر: إن المعتمد جواز بيعه في ثلاثه مواضع:

أحدها: إذا خرب واضمحَلَّ بحيث لا ينتفع به، كحُصْر المسجد إذا اندرست وجذوعه إذا انكسرت.

ثانيها: إذا حصل خُلْفٌ بين أربابه يخاف منه تلف الأموال، ومستنده صحيحه على بن مهزيار. ويُشترى بثمنه في الموضوعين ما يكون وقفاً على وجه يندفع به الخُلْف، تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الإمكان. ويتولَّى ذلك الناظر الخاص إن كان، وإلا فالحاكم.

ثالثها: إذا لحق بالموقوف عليه حازه شديده ولم يكن ما يكفيهم من غلّه وغيرها، لروايه جعفر بن حنّان عن الصادق عليه السلام انتهى كلامه، رفع مقامه.

وقال في الرّوضه: والأقوى في المسأله ما دلّ عليه صحيحه على ابن مهزيار عن أبي جعفر الجواد عليه السلام: من جواز بيعه إذا وقع بين أربابه خُلْفٌ شديد، وعلّله عليه السلام بأنّه: ربّما جاء فيه تلف الأموال والنّفوس، وظاهره أنّ خوف أدائه إليهما وإلى أحدهما ليس بشرط، بل هو مظنّه لذلك. قال: ولا يجوز بيعه في غير ما ذكرناه وإن احتاج إليه أرباب الوقف ولم يكفهم غلّته، أو كان أعود، أو غير ذلك ممّا قيل، لعدم دليل صالح عليه، انتهى. ونحوه ما عن الكفّايه.

هذه جمله من كلماتهم المرثيه أو المحكيه. والظاهر أنّ المراد بتأديه بقاء الوقف إلى خرابه: حصول الظنّ بذلك، الموجب لصدق الخوف، لا التأديه على وجه القطع، فيكون عنوان «التأديه» في بعض تلك العبارات متّحداً مع عنوان «خوفها» و«خشيتها» في بعضها الآخر، ولذلك عبّر فقيه واحد تاره بهذا، وأخرى بذاك كما اتّفق للفاضلين والشّهيد. ونسب بعضهم عنوان الخوف إلى الأ-كثر كالعلامه في التّذكره، وإلى الأشهر كما عن إيضاح النّافع، وآخر عنوان التأديه إلى الأكثر كجامع المقاصد، أو إلى المشهور كاللمعه. فظهر من ذلك: أنّ جواز البيع بظن تأديه بقاءه إلى خرابه ممّا تحقّقت فيه الشّهرة بين المجوّزين، لكن المتيقّن من فتوى المشهور: ما كان من أجل اختلاف أربابه. اللهم إلا أن يستظهر من كلماتهم كالنصّ كون الاختلاف من باب المقدّمه وأنّ الغايه المجوّزه هي مظنّه الخراب. إذا عرفت ما ذكرناه، فيقع الكلام تاره في الوقف المؤبّد، وأخرى في المنقطع.

أمّا الأوّل: فالذي ينبغي أن يقال فيه: إنّ الوقف على قسمين: أحدهما: ما يكون ملكاً للموقوف عليهم، فيملكون منفعتهم، فلم يستجاره وأخذ أجرته ممّن

انتفع به بغير حق. والثانى: ما لا يكون ملكاً لأحد، بل يكون فكّ ملك نظير التحرير، كما فى المساجد والمدارس والرُّبُط، بناءً على القول بعدم دخولها فى ملك المسلمين كما هو مذهب جماعه، فإنّ الموقوف عليهم إنّما يملكون الانتفاع دون المنفعه، فلو سكنه أحد بغير حق فالظاهر أنّه ليس عليه أجره المثل.

والظاهر أنّ محلّ الكلام فى بيع الوقف إنّما هو القسم الأوّل. وأمّا الثانى: فالظاهر عدم الخلاف فى عدم جواز بيعه [١] لعدم الملك.

الشرح:

[١] لا- ينبغى الرّيب فى أنّ الوقف إذا كان تحريراً فلا- يجوز بيعه ولا- سائر المعاوضه عليه بلا استثناء، والوجه فى عدم الجواز ليس عدم كون العين ملكاً طلقاً، بل لعدم كونه قابلاً للتملك والبيع تمليك العين بعوض، وعلى ذلك فلو خربت القرية التى فيها المسجد أو انقطعت الماره عن الطريق الذى فيه المسجد لم يجوز بيعه. والظاهر أنّ هذا مما لا خلاف فيه.

نعم، ذكر كاشف الغطاء(١) رحمه الله بعد قوله بعدم جواز البيع فى هذا القسم من الوقف لعدم كونه قابلاً للتملك؛ لرجوع العين إلى الله ودخولها فى مشاعره التى يجب تعظيمها، الأرض مع اليأس عن الانتفاع بها فى جهه المسجديه تؤجر للزراعه ويراعى فيها الآداب اللازمه للمسجد من حرمة تنجيسها ووجوب تطهيرها وحرمة مكث الجنب والحائض فيها ونحو ذلك. كما يجب المحافظه على كونها مسجداً بأحكام وبالجملة، فكلامهم هنا فيما كان ملكاً غير طلق، لا فيما لم يكن ملكاً، وحينئذٍ فلو خرب المسجد وخربت القرية وانقطعت الماره عن الطريق الذى فيه المسجد، لم يجوز بيعه وصرف ثمنه فى إحداث مسجد آخر أو تعميره، والظاهر عدم الخلاف فى ذلك كما اعترف به غير واحد.

نعم، ذكر بعض الأساطين بعد ما ذكر: أنّه لا- يصحّ بيع الوقف العام مطلقاً، لا- لعدم تماميه الملك، بل لعدم أصل الملك، لرجوعها إلى الله ودخولها فى مشاعره :

الشرح:

ص: ٢٨٣

قباله الإجاره وسندها؛ لثلا تكون يد المستأجر أماره على كونها ملكا له ويصرف عائد الأرض من الأجره على مماثله.

مثلاً: إذا كان المسجد فى قرية تصرف الأجره على مسجد قرية أخرى، احتياطاً فى كون ذلك المسجد أقرب إلى الموقوف وأحوج وأفضل، ومع تعارض الأقرب مع الأفضل مثلاً يلاحظ الراجح منهما، وإن تعذر صرف الأجره على المماثل تصرف فى غيره على مسجد البلد أو الحسينيه ونحو ذلك. وإن لم يمكن ذلك أيضاً تصرف على مصالح المسلمين، ولو بإحداث القنطره والضوء ونحوها، هذا بالإضافة إلى الأرض.

وأما غيرها من الآلات والأثاث والفرش والحيوانات وثياب الضرائح ونحوها فإن أمكن الانتفاع بأعيانها فى خصوص المحل الذى عُين لها فيجب إبقاؤها والانتفاع بأعيانها فى ذلك المحل، وإن لم يمكن الانتفاع بأعيانها فى خصوص ذلك المحل ينتفع بأعيانها فى مثل ذلك المحل. وإن لم يمكن الانتفاع على ذلك انتفع بأعيانها فى مطلق مصالح المسلمين، كما إذا لم يمكن الانتفاع بخشبه سقف المسجد فى ذلك المسجد ولا فى مسجد آخر ينتفع بها، ولو فى مثل القنطره من مصالح المسلمين.

أنه مع اليأس عن الانتفاع به فى الجبهه المقصوده تؤجر للزراعه ونحوها، مع المحافظه على الآداب اللازمه لها إن كان مسجداً مثلاً. وإحكام السجلات، لثلا يغلب اليد فيُقضى بالملك، وتصرف فائدتها فيما يماثلها من الأوقاف مقدماً للأقرب والأحوج والأفضل احتياطاً، ومع التعارض فالمدار على الراجح، وإن تعذر صرف إلى غير المماثل كذلك، فإن تعذر صرف فى مصالح المسلمين. وأما غير الأرض من الآلات والفرش والحيوانات وثياب الضرائح ونحوها، فإن بقيت على حالها وأمکن الانتفاع بها فى خصوص المحل الذى أُعدت له، كانت على حالها، وإلا جعلت فى المماثل، وإلا فى غيره، وإلا فى المصالح، على نحو ما مرّ، وإن تعذر الانتفاع بها بآقيه على حالها بالوجه المقصود منها أو ما قام مقامه، أشبهت الملك بعد إعراض المالك، فيقوم فيها احتمال الرجوع إلى حكم الإباحه، والعود ملكاً للمسلمين لتصرف فى مصالحهم، والعود إلى المالك، ومع اليأس عن معرفته تدخل فى مجهول المالك، ويحتمل بقاؤه على الوقف وبيع، احترازاً عن التلف والضرر ولزوم الحرج، وتُصرف مرتباً على النحو السابق. وهذا هو الأقوى كما

صرّح به بعضهم، انتهى.

الشرح:

وإذا لم يمكن الانتفاع بأعيانها أصلاً، لا فى المحل ولا فى مماثله ولا فى غيره من مصالح المسلمين يكون فى البين احتمالات كونها من قبيل الملك بعد إعراض مالكة من دخولها فى المباحات، فىصح لكل أحد تملكها والتصرف فيها ودخولها فى ملك المسلمين كسائر أموال المسلمين، فتصرف على مصالحهم كيف اتفق وعودها إلى ملك واقفها أو ملك ورثتهم. ومع عدم عرفانهم تكون من قبيل الأموال المجهول مالكةا.

وفيه: أنّ إجاره الأرض وبيع الآلات [١] حسن لو ثبت دليل على كونها ملكاً للمسلمين ولو على نحو الأرض المفتوحة عنه، لكنّه غير ثابت، والمتيقّن خروجه عن ملك مالكة، أمّا دخوله فى ملك المسلمين فمنفى بالأصل.

الشرح:

والرابع: وهو الأقوى المصرّح به فى كلام بعضهم، عدم بطلان وقفها بخروجها عن الانتفاع بأعيانها كما ذكر، بل تباع احترازاً عن تلفها وتصرف فى المكان المعدّ له بحسب تعيين الواقف، أو على مماثله أو على مطلق مصالح المسلمين، على ما مرّ فى صورته إمكان الانتفاع بأعيانها.

[١] لا- يخفى أنّ ما ذكره كاشف الغطاء (١) من إجاره أرض المسجد للزراعة يصح لو قيل بأن الوقف بالإضافه إلى الأرض تملك للمسلمين أو انتفاعى لهم، ولو كان وقف الأرض كذلك يصح بيعها أيضاً، كما يأتى فى الوقف التملكى والانتفاعى، ولكن الظاهر أنّ الوقف فى المسجد والمشهد بالإضافه إلى أرضها تحريرى ومعه لا تصح إجارته كما لا يصح بيعها. لا باعتبار عدم كون الأرض ملكاً لمن ينتقل إليه العوض؛ ليقال: إنه لا يعتبر فى صحه البيع كون المبيع ملكاً له كما فى بيع الكلى، كما لا يعتبر فى الإجاره كون المنفعة ملكاً لمن تنتقل إليه الأجره، كما فى إجاره الحر نفسه، بل لا يصح بيعها ولا إجارته؛ لعدم إمكان صيروره الأرض أو منافعها ملكاً لأحد، كما هو مقتضى قوله عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» (٢). والبيع تملك العين

ص: ٢٨٥

١- (١) شرح القواعد (مخطوط): الورقه ٨٤ ٨٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأوّل.

للمشترى بعوض، والإجاره تملك المنفعه.

وبهذا يظهر عدم صحه سائر المعاوضات أيضا، فلا يختص عدم الجواز بالبيع أو الإجاره.

نعم، يمكن الحكم بإباحه الانتفاع للمسلمين، لأصالة الإباحه، ولا يتعلّق عليهم أجره. ثم إنّه ربّما ينافى ما ذكرنا من عدم جواز بيع القسم الثّانى من الوقف ما ورد فى بيع ثوب الكعبه وهبته، مثل روايه مروان بن عبد الملك: «قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى من كسوه الكعبه ما قضى ببعضه حاجته وبقي بعضه فى يده، هل يصلح له أن يبيع ما أراد؟ قال: يبيع ما أراد، ويهب ما لم يرد، وينتفع به ويطلب بركته. قلت: أيكفّن به الميّت؟ قال: لا». قيل: وفى روايه أخرى: «يجوز استعماله، ويبيع نفسه» وكذلك ما ذكره فى بعض حُصُر المسجد إذا خَلِقَتْ،

الشرح:

ودعوى عدم صحه بيع الآلات أيضا، مع عدم إمكان صرفها على المماثل أو غيرها من وجوه الخير، مبنيه على كون وقفها أيضا من قبيل وقف الأرض، ولكن يمكن أن يقال: إن الوقف بالإضافه إلى نفس العرصه كذلك، وأما بالإضافه إلى آلات البناء، حيث إنّه لا تبقى على حالها إلى الآخر، يكون فى نظر الواقف وقفا تملكيا أو انتفاعيا، كما هو الحال بالإضافه إلى فرش المسجد وحصيره وسائر ما يوضع فيه. ولا منافاه فى الاختلاف فى كيفية الوقف حتّى فيما كان فى البين إنشاء واحد، فقول الواقف: «وقفت هذا البناء مسجدا»، لا ينافى كونه بالإضافه إلى العرصه تحريرا وبالإضافه إلى الآلات تملكيا أو انتفاعيا، نظير ما إذا فرش بساطا فى البناء وجعل فيه حب الماء وغيره، وقال: «وقفت البناء وما فيه بعنوان المسجد».

وأما الاستشهاد على حكم حصير المسجد ونحوه بما ورد فى ثوب الكعبه، فغير ظاهر؛ لأنّ الثوب المزبور لم يحرز كونه وقفا، بل الظاهر أنّه كسائر المال الذى يهدى للكعبه يصرف فى الحجاج وزواره؛ ولذا أجاز أخذه والانتفاع به وبيعه إلى غير ذلك كما لا يخفى.

والعمده فى المقام بيان الوجه فيما ذكر من استعمال الآلات وسائر الأثاث فى

وجذوعه إذا خرجت عن الانتفاع. اللهم إلا أن يقال: إن ثوب الكعبة وحصير المسجد ليسا من قبيل المسجد، بل هما مبذولان للبيت والمسجد، فيكون كسائر أموالهما، ومعلوم أنّ وقفه أموال المساجد والكعبة من قبيل القسم الأول وليس من قبيل نفس المسجد، فهي ملك للمسلمين، فللناظر العام التصرف فيها بالبيع.

الشرح:

المماثل ثم في سائر وجوه الخير، مع ملاحظه الأقرب فالأقرب إلى الوقف، ومع عدم إمكان صرفه بعينه يباع ويصرف بدله على ما ذكر على الترتيب، مع أنّ الصرف في المماثل أو في الأقرب فالأقرب بعينه، ومع عدم الإمكان ببدله يكون خارج عن مدلول الوقف. وليس في البين إلا- دعوى استفاده تعدد المطلوب من الوقف في مثل هذه الموارد ممّا يكون قصد الواقف جعل العين مهما أمكن في الخير المرسوم بنفسها، وفي غيره على تقدير عدم إمكان ذلك الخير، وبديلها مع عدم إمكان استعمال العين، كما يدلّ عليه ويؤيّد ما ورد في قصور مال الوصيه وعدم إمكان صرفه في الجهة الموصى بها. وفي روايه على بن زيد صاحب السابري قال: «أوصى إلى رجل بتركته وأمرني أن أحج بها عنه، فنظرت في ذلك فإذا هو شيء يسير لا يكفي للحج إلى أن قال: فلقيت جعفر بن محمد عليه السلام . . . فقال: ما صنعت؟ قلت: تصدقت بها، قال: ضمنت إلا أن لا يكون يبلغ ما تحج به من مكة، فإن كان لا يبلغ ما تحج به من مكة فليس عليك ضمان»(١).

وفي روايه على بن أبي حمزه قال: سألت أبا الحسن عليه السلام «عن رجل أوصى بثلاثين ديناراً يُعتق بها رجل من أصحابنا، فلم يوجد ذلك؟ قال: يُشترى من الناس نعم، فرق بين ما يكون ملكاً طلقاً كالحصير المُشترى من مال المسجد، فهذا يجوز للنّاظر بيعه مع المصلحه ولو لم يخرج عن حيز الانتفاع، بل كان جديداً غير مستعمل، وبين ما يكون من الأموال وقفاً على المسجد كالحصير الذي يشتريه الرّجل ويضعه في المسجد، والثوب الذي يُلبس البيت، فمثل هذا يكون ملكاً للمسلمين لا يجوز لهم تغييره عن وضعه إلا في مواضع يسوغ فيها بيع الوقف.

ثمّ الفرق بين ثوب الكعبة وحصير المسجد: أنّ الحصير يتصوّر فيه كونه وقفاً

ص: ٢٨٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ٣٤٩، الباب ٣٧ من كتاب الوصايا، الحديث ٢.



على المسلمين، لكن يضعه في المسجد، لأنه 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 حصيرا [١] في المسجد أو الشرح:

فيعتق<sup>(١)</sup>. وفي روايه محمد بن الزّيان قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن إنسان أوصى بوصيه فلم يحفظ الوصى إلا بابا واحدا منها، كيف يصنع في الباقي؟ «فوقع عليه السلام: الأبواب الباقية اجعلها في البر»<sup>(٢)</sup>.

والحاصل: أنّ الوقف على الجهات التي يكون نظر الواقف فيها صرف المال على جهة من الخيرات فيه قرينه عامه على أنّ الوقف على جهة خاصه من قبيل تعدد المطلوب، بخلاف الوقف الخاص، حيث ينتهي أمد الوقف فيه بانتهاء الموقوف عليهم كما لا يخفى.

[١] إذا أحرز أنّ وقف الحصير على المسجد الفلاني ووضعه فيه لانتفاع وضع حبّ ماء فيه، وإن كان الظاهر في الأوّل الاختصاص وأوضح من ذلك الثّرب الموضوعه فيه وفي الثاني العموم، فيجوز التوضؤ منه وإن لم يرد الصّلاه في المسجد.

والحاصل: أنّ الحصير وشبهها الموضوعه في المساجد وشبهها يتصوّر فيها أقسام كثيره يكون الملك فيها للمسلمين، وليست من قبيل نفس المسجد وأضرابه، فتعرض الأصحاب لبيعها لا ينافي ما ذكرنا.

نعم، ما ذكرنا لا يجرى في الجذع المنكسر من جذوع المسجد التي هي من أجزاء البنيان، مع أنّ المحكى عن العلامه وولده والشّهيدين والمحقّق الثاني جواز الشرح:

المصلين، من غير لحاظ خصوصيه في ذلك المكان، فلا كلام، ويجوز في الفرض لمتولى الوقف نقله إلى مسجد آخر، حتّى مع إمكان الانتفاع به في ذلك المسجد، وذكر المصنّف رحمه الله أن هذا النحو من الوقف ظاهر في الماء الموضوع في المسجد، فإنّه يوضع

ص: ٢٨٨

١- (١) المصدر السابق: ٤٠٥، الباب ٧٣ من كتاب الوصايا، الحديث الأول.

٢- (٢) المصدر السابق: ٣٩٣، الباب ٦١ من كتاب الوصايا، الحديث الأول.

فى مسجد باعتبار أنه أحد المواضع التى ينتفع به المصلون، فيجوز معه الوضوء به من غير صلاه فى ذلك المسجد. وربما يظهر الاختصاص كما فى فرش حصير فى المسجد، وهذا الاختصاص فى الترتب الموضوعه أوضح، وفى مثل ذلك لا يجوز النقل مع إمكان الانتفاع به فى المكان الموضوع فيه.

أقول: لم يظهر وجه كون الاختصاص فى وقف الترتب أظهر من وقف الحصر، ومع ذلك لا- يمكن الاعتماد على ما ذكر من دعوى الظهور، بل لابد فى الموارد من ملاحظه السيره على عموم الانتفاع أو خصوصه، ومع الشك فى كون الموقوف عليهم هو العام أو الخاص، كما إذا شك فى وقف الماء على مطلق المصلين أو المصلين فى المسجد المزبور، فالأصل عدم العموم. ولا يعارض بأصله عدم الوقف على الخاص، فإن جواز تصرف المصلين فى المسجد المزبور محرز فلا مورد للأصل فيه.

بيعه وإن اختلفوا فى تقييد الحكم وإطلاقه كما سيجىء، إلا أن نلتزم بالفرق بين أرض المسجد، فإن وقفها وجعلها مسجداً فك ملك، بخلاف ما عداها من أجزاء البنيان كالأخشاب والأحجار، فإنها تصير ملكاً للمسلمين، فتأمل.

وكيف كان، فالحكم فى أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأساً هو إبقاؤها مع التصرف فى منافعها كما تقدم عن بعض الأساطين أو بدونه [١]. وأما أجزاءه كجذوع سقفه وآجره من حائطه المنهدم فمع المصلحة فى صرف عينه الشرح:

[١] أى بدون ما ذكره بعض الأساطين (١)، بأن يزرع المسجد المزبور بدون إجاره، والعمده فى وجه ما ذكر كله من نقل الحصر ونحوه إلى سائر الأمكنه مع ملاحظه الأقرب فالأقرب هى استفاده تعدد المطلوب من وقف الواقف بقريته عامه تجرى غالباً فى موارد الوقف الانتفاعى، بل الصرفى. وتلك القرينه هى إحراز إرادته الواقفين من جعل العين فى مكان ووقفها عليه جعلها صدقه جاريه وتبديلها بعين أخرى فى بعض الموارد، فهو أيضاً لتلك القرينه المقتضيه للاشتراط الضمنى على المتولين أو الموقوف عليهم إبقاء تلك الصدقه مهما أمكن وبأى نحو تيسر المضى بقولهم عليهم السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» (٢).

ص: ٢٨٩

١- (١) المعنى من بعض الأساطين هو كاشف الغطاء الذى مر ذكره آنفاً .

ولو توقف إبقاء العين على حالها ببيع بعضها وصرف صدقه ثمن ذلك البعض على الباقي يقدم، حيث إن إبقاء نفس العين صدقه بحسب تلك القرينه مقدم على إبقاء الصدقه بالعلاج في تمام العين بحسب ماليتها.

ولو أحرز في مورد عدم إرادته الواقف تعدد المطلوب وإبقاء الوقف بعد انتهاء الموقوف عليهم أو انتهاء عايد الوقف أو زوال العنوان من العين الموقوفه يكون فيه تعين، لأن مقتضى وجوب إبقاء الوقوف وأجزائها على حسب ما يوقفها أهلها وجوب إبقائه جزءاً للمسجد، لكن لا يجب صرف المال من المكلّف لمؤنته، بل يصرف من مال المسجد أو بيت المال. وإن لم يكن مصلحه في ردّه جزءاً للمسجد، فبناءً على ما تقدّم من أنّ الوقف في المسجد وأضرابه فكّ ملك، لم يجوز بيعه، لفرض عدم الملك.

وحيث إنّ قلنا بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف فالأقرب، تعين صرفه في مصالح ذلك، كإحراقه لآجر المسجد ونحو ذلك كما عن الروضه وإلاّ صرف في مسجد آخر كما في الدروس وإلاّ صرف في سائر مصالح المسلمين.

قيل: بل لكلّ أحد حيازته وتملكه، وفيه نظر.

وقد أُلحق بالمساجد المشاهد والمقابر والخانات والمدارس والقناطر الموقوفه على الطريقه المعروفه، والكتب الموقوفه على المشتغلين، والعبد المحبوس في خدمه الكعبه ونحوها، والأشجار الموقوفه لانتفاع المازّه، والبارى الموضوعه لصلاه المصلين، وغير ذلك ممّا قصد بوقفه الانتفاع العامّ لجميع الناس أو للمسلمين ونحوهم من غير المحصورين، لا لتحصيل المنافع بالإجاره ونحوها وصرفها في مصارفها كما في الحمّامات والدكاكين ونحوها، جميع ذلك صار بالوقف كالمباحات بالأصل، اللازم إبقاؤها على الإباحه كالطرق العامه والأسواق.

وهذا كلّه حسن على تقدير كون الوقف فيها فكّ ملك، لا تملياً. ولو أُلّف شيئاً من هذه الموقوفات أو أجزائها متلف، ففي الضمان وجهان [١]:

الشرح:

الوقف من المنقطع الآخر، وسيأتي إن شاء الله تعالى حكمه.

ص: ٢٩٠

[١] لا يخفى أنّ مفاد حديث «على اليد» (١) ضمان من تكون يده على العين بغير من عموم «على اليد»، فيجب صرف قيمته في بدله. ومن أنّ ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه والمفروض عدم المطالبة بأجره منافع هذه لو استفادها ظالم كما لو جعل المدرسه بيت المسكن أو محرزاً، وأنّ الظاهر من التأديه في حديث «اليد» الإيصال إلى المالك فيختص بأملك الناس، والأول أحوط وقوّاه بعض.

إذا عرفت جميع ما ذكرنا، فاعلم أنّ الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور:

الشرح:

الائتمان، سواء كان هو المتلف أم لا، وقاعده الإلتلاف مفادها ضمان المتلف، سواء كان المال بيده أو بيد مالكة فتعليه رحمه الله ضمان الإلتلاف بقاعده اليد من سهو القلم.

وكيف كان، فالعمده في دليل الضمان في موارد اليد والإلتلاف، السيره العقلانيه مع ورود روايات في موارد في الأبواب المتفرقه، ومقتضاهما عدم الفرق بين كون المال ملكاً للشخص أو الطبيعي والعنوان كما يشهد بذلك ما ورد في تلف الزكاه ومال الوصيه قبل إقباضهما، كصحيحه محمد بن مسلم قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام «رجل بعث بزكاه ماله لتقسّم فضاعت، هل عليه ضمانها حتّى تقسّم؟ قال: إذا وجد لها موضعاً فلم يدفعها فهو لها ضامن حتّى يدفعها، وإن لم يجد لها من يدفعها إليه فبعث بها إلى أهلها فليس عليه ضمان» (٢). حيث إن بعث الزكاه من العزل الموجب لتعيين الزكاه التي تكون ملكاً للعنوان قبل التقسيم والإقباض، وهذه الصحيحه قرينه على الجمع بين الروايات الواردة في بعث الزكاه، وأيضاً لا فرق بين ضمان العين ومنافعها.

وما ذكر قدس سره من عدم ضمان المنافع لا يزيد على مجرد الدعوى. نعم، لم يحرز وجه للضمان في موارد الوقف التحريري من السيره أو غيره، فلاحظ والله سبحانه هو العالم.

الأولى: أن يخرب الوقف [١] بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كالحيوان المذبوح والجذع البالي والحصير الخلق. والأقوى جواز بيعه، وفقاً لمن عرفت ممّن تقدّم نقل كلماتهم، لعدم جريان أدلّه المنع.

الشرح:

ص: ٢٩١

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

٢- (٢) وسائل الشيعه ٩: ٢٨٥، ٢٨٦، الباب ٣٩ من أبواب المستحقين للزكاه، الحديث الأول.

[١] الصوره الأولى من صور جواز بيع الوقف ما إذا خرب بحيث تسقط العين عن قابليه الانتفاع بها كالحصير الخلق والجذع البالى أو الحيوان المذبوح، والمراد عدم إمكان انتفاع البطون اللاحقه من عين الوقف كما فى المذكورات لا سقوطها عن قابليه الانتفاع، حتى بالإضافة إلى البطن الموجود، وإلا سقطت ماليتها فلم يجز بيعها باعتبار عدم ماليتها.

والحاصل: أنّ المراد صيروره العين بحيث لو انتفع البطن الموجود بها يكون الانتفاع بها من قبيل إتلافها، كصرف الجذوع الباليه فى الإحراق فلا تبقى عين حتى تنتفع بها البطن اللاحقه، والقرينه على كون المراد من ذلك ما يذكره رحمه الله من دوران الأمر فى هذه الصوره بين أمور ثلاثه:

الأول: أن لا يتصرف البطن الذى تكون العين ملكهم فعلاً، بل تبقى العين بحالها حتى تتلف.

الثانى: انتفاع البطن الموجود بها بإتلافها، كما فى الحيوان المذبوح بأكله وفى الجذوع الباليه والحصير الخلق بالإحراق.

والثالث: بيعها وشراء ما يكون قابلاً للانتفاع، حتى بالإضافة إلى البطون اللاحقه.

ثم ذكر أولاً: أن جواز البيع فى هذه الصوره ليس باعتبار قيام دليل خاصّ عليه، بل باعتبار قصور المقتضى وعدم الدليل على عدم جواز بيع الوقف فى مثل هذه الحاله، فإن عدم جواز بيع الوقف لم يعم الفرض، وروايه عدم جواز شراء الوقف منصرفه إلى ما يكون قابلاً للانتفاع البطن اللاحقه من العين مع انتفاع البطن الموجوده منها، وروايه: «أما الإجماع، فواضح. وأما قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف» فلا نصرافه إلى غير هذه الحاله. وأما قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» فلا يدلّ على المنع هنا، لأنه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفيه المرسومه فى إنشاء الوقف، وليس منها عدم بيعه، بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف وإن ذكر فى متن العقد، للاتفاق على أنه لا فرق بين ذكره فيه وتركه، وقد تقدّم ذلك وتضعيف قول من قال ببطان العقد إذا حكم بجواز بيعه. ولو سلم أن المأخوذ فى الوقف إبقاء العين، فإنّما هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العين، والمفروض تعدّره هنا.

الشرح:

«الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»<sup>(١)</sup>، ناظره إلى إمضاء الوقف بما رسمه الواقف وعدم جواز بيعه ليس ممّا رسمه، بل هو حكم شرعى كما مر، بل لو كان إبقاء العين رسمه الواقف كان رسم الواقف واشترائه فى صورته قابليه العين للانتفاع.

وحيث كان، لقائل يقول: إذا لم يكن دليل على جواز البيع ومنعه تصل النوبه إلى الأصل العملى وهو استصحاب عدم جواز بيع الوقف.

وذكر ثانيا: ترديد الأمر فى هذه الصورة بين أمور ثلاثه، ثالثها جواز البيع وشراء ما يصلح للبقاء، وجزم بطلان الأولين ليتعين الثالث فلا- تصل النوبه إلى الأصل العملى، وأضاف إليه عدم جريان الاستصحاب المزبور فى نفسه بدعوى أنه لو فرض عدم الجواز فعلاً لكان هذا منعا جديدا غير المنع السابق، فإن المنع السابق كان فى ضمن وجوب رعايه الحقوق للبطون اللاحقه، فلم تبق تلك الحقوق بعد سقوط العين عن قابليه الانتفاع بها كما تقدم.

والحاصل: أنّ جواز بيعه هنا غير مناف لما قصده الواقف فى وقفه، فهو ملك للبطون يجوز لهم البيع إذا اجتمع إذن البطن الموجود مع أولياء سائر البطون، وهو الحاكم أو المتولّى.

والحاصل: أنّ الأمر دائر بين تعطيله حتّى يتلف بنفسه، وبين انتفاع البطن الموجود به بالإتلاف، وبين تبديله بما يبقى وينتفع به الكلّ.

والأول: تضييع مناف لحق الله وحقّ الواقف وحقّ الموقوف عليه، وبه يندفع استصحاب المنع، مضافاً إلى كون المنع السابق فى ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف، وهو انتفاع جميع البطون بعينه، وقد ارتفع قطعاً، فلا يبقى ما كان فى ضمنه.

وأما الثّانى: فمع منافاته لحق سائر البطون يستلزم جواز بيع البطن الأول، إذ لا فرق بين إتلافه ونقله.

والثالث: هو المطلوب.

الشرح:

أقول: ظاهر كلامه فرض الخراب فى الوقف الخاصّ، ومن الظاهر العين الموقوفه فيه باعتبار عدم القرينه العامه على اشتراط إبقاء الوقف بدلها لو وصلت إلى حد يكون

ص: ٢٩٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول.

انتفاع البطن الموجود منها بإتلافها والوقف يقتضى جواز الانتفاع بها فعلاً، وإذا لم يمكن الانتفاع بها بوجه تبقى العين للبطن الآتية يجوز للبطن الموجود ذلك الانتفاع، كأكل الحيوان المذبوح وجعل الجذوع الباليه وقوداً. كما يجوز لهم بيعها وبالبيع أو الإتلاف ينتهى أمد الوقف، ولا- يحتاج البيع إلى إذن المتولى للبطن الآتية؛ لأنّ مع عدم قابليه العين للبقاء مع انتفاع البطن الموجوده لا- يثبت للبطن اللاحقه حق فى الثمن ليشتري بها ما يكون وقفاً للبطن، كما لا يمنع الوقف عن بيع البطن الموجوده لكون العين ملكهم على الفرض.

نعم يمكن أن يقال: إذا كان الوقف ممّا لا يبقى [١] بحسب استعداده العادى إلى آخر البطن فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم، فينتهى ملكه إلى من أدرك آخر أزمنه بقاءه، فتأمل.

وكيف كان فمع فرض ثبوت الحق للبطن اللاحقه، فلا وجه لترخيص البطن الموجود فى إتلافه.

الشرح:

[١] إذا كانت العين ملكاً طلقاً للبطن الموجوده بحيث يترتب عليها جواز إتلافها أو بيعها واختصاص الثمن للبطن المزبور يكون ذلك بعينه ما تقدّم من صاحب «الجواهر» رحمه الله من انتهاء الوقف وانحلاله بجواز البيع، فيرد الإشكال المتقدّم من أنّه لو فرض بقاء العين إلى زمان البطن اللاحق كما إذا لم تبعها البطن الموجوده ولم ينتفعوا بها ولو بإتلافها لزم أن لا تكون العين ملكاً للبطن اللاحقه، بل ملكاً لورثه البطن الموجوده، ولعله إلى ذلك أشار بقوله: فتأمل.

ولكن الظاهر عدم انحلال الوقف بالحكم بجواز البيع، حيث إنّه لو انحل الوقف بجوازه لرجعت العين إلى ملك الوقف ولا تكون ملكاً للبطن الموجوده أيضاً، فإن ملكيتهم قد حصلت بالوقف وبانتهائه وانحلاله تنتهى الملكيه.

والحاصل: أنّ الملكيه المجعلوله للبطن اللاحقه بمقتضى الوقف التملكى على تقدير بقاء العين إلى زمانهم، وإذا فرض عدم حصول المجوز للبيع تبقى العين إلى زمانهم بفساد البيع على تقديره، وأما إذا فرض جواز بيعها أو إتلافها فباعتها البطن الموجوده لا- تبقى عين ويكون الثمن ملكاً للبطن الحاضر. وأما إذا لم تبعها البطن الموجود ولم تلتف وبقيت إلى زمان البطن اللاحقه، تكون ملكاً لهم.

وعلى الجملة، يكون انحلال الوقف بالبيع أو الإتلاف فيما إذا لم يكن فى البين اشتراط إبقاء الوقف مهما أمكن ولو بماليته، فتدبر.

ومما ذكرنا يظهر: أنّ الثمن على تقدير البيع [١] لا- يخصّ به البطن الموجود، وفاقاً لمن تقدّم ممّن يظهر منه ذلك كالإسكافى والعلامة وولده والشهيدى والمحقق الثانى، وحكى عن التنقيح والمقتصر ومجمع الفائده لاقتضاء البديله

الشرح:

[١] تعرّض رحمه الله فى المقام لأمر:

الأول: أنّه مع بيع العين الموقوفه لا- تختص البطن الموجوده بالثمن، بل الثمن يكون ملكا للبطن على حد ملك المعوض لهم؛ ولذا لا- يحتاج البديل فيما كان قابلاً للانتفاع مع بقاء عينه إلى إنشاء الوقف، بل يكون ملكا للبطن على حد المعوض بمقتضى المبادله، ومع عدم كون البديل قابلاً للانتفاع مع بقاء عينه يشتري به ما يكون قابلاً للانتفاع كما ذكر.

وذكر رحمه الله فى وجه ذلك كلّ ما توضيحه: أنّ العين الموقوفه ملك فعلى البطن الموجوده لكن لا بملكه مطلقه، بل الملكيه للبطن الموجوده مؤقّته من حيث المنتهى بحال حياتهم؛ ولذا لا- يجوز فى الوقف الخاص نقل العين إلى الغير بإعطاء ملكيتها الأبدية، كما لا يجوز لهم إجاره العين بأزيد من مده حياتهم إلا فضولاً. بخلاف مالك العين بالملكه المطلقه، فإنّه يجوز له أن يتصرّف فى ماله بإعطاء ملكيته الأبدية للغير وإجارته بمده تزيد على مده حياته، فإن ذلك مقتضى الملكيه المطلقه الثابته له.

والحاصل: أنّ العين فى الوقف الخاص ملك للبطن الموجود فعلاً وملك شأنى للبطن اللاحقه، بمعنى أنّ العين تصير ملكا فعليا للبطن اللاحقه بعد انقضاء البطن الموجوده بملكه يتلقونها من الواقف، أى بمقتضى جعله لا من البطن الموجوده كما فى موارد الإرث. وعلى ذلك، فإن كانت العين الموقوفه ملكا فعليا للبطن الموجوده يكون بدل العين بمقتضى المعاوضه كذلك، حيث لو أمكن عدم قيام البديل مقام العين كما ذكر، بأن لا يكون البديل ملكا شأنيا للبطن اللاحقه لأمكن أن لا يكون ملكا فعليا ذلك، فإنّ المبيع إذا كان ملكاً للموجودين بالفعل وللمعدومين بالقوه كان الثمن كذلك، فإن الملكيه اعتبار عرفى أو شرعى يلاحظها المعتر عند تحقق أسبابها، فكما أنّ الموجود مالك له فعلاً ما دام موجوداً بتمليك الواقف، فكذلك المعدوم



مالك له شأنًا بمقتضى تملك الواقف. وعدم تعقل الملك للمعدوم إنما هو في الملك الفعلى، لا الشأنى.

الشرح:

للبطن الموجوده.

ثم إن الحكم بكون البدل ملكا فعليا للبطن الموجوده وشأنيا للبطن اللاحقه أولى ممّا ذكروه فى ديه العبد الموقوف المقتول، حيث قالوا: إنّ الديه تكون ملكا للبطن الموجوده والبطن اللاحقه على قرار الوقف. ووجه الأولويه أنّ الديه بدل شرعى حكم بها بعد تلف العين، فيمكن أن تختص بالبطن الموجوده.

وكذلك بدل العين الموقوفه أولى بعدم الاختصاص للبطن الموجوده ممّا ذكروه فى تلف العين المرهونه، حيث قالوا: إن بدل تلك العين يكون رهنا.

ووجه الأولويه أنه يمكن أن يقال: إن العين المرهونه كانت رهنا بما أنها ملك للمالك المديون وقد فرض زوال ملك المديون عن العين، فيمكن أن يزول الرهن عنها من غير أن يتعلق بالبدل، بخلاف الملك الشأنى للبطن اللاحقه، حيث إنّ تعلقه بالعين لا بما أنها ملك للبطن الموجوده، بل بما أنّ الملكيه المزبوره كالمملكه الفعليه للبطن الموجوده مجعوله بجعل الواقف وإنشائه، وكل من الملكيتين مؤفته كما تقدم.

أقول: كلّ ذلك حسن، ولكنه رحمه الله غفل عن نكته واحده، وهى أنه لا- معنى للملك الشأنى فى المقام، إلا أنّ العين على تقدير بقائها إلى زمان انقضاء البطن الموجوده تصير ملكا فعليا لتلك البطن، وأنّ الملكيه المؤفته للبطن الموجوده فى هذا الفرض فقط. وأمّا على تقدير تلف العين أو إتلافه حقيقه أو حكما بحيث لا تبقى إلى زمان انقضاء ودعوى: أن الملك الشأنى ليس شيئاً محققاً موجوداً، يكذبها إنشاء الواقف له كإنشائه لملك الموجود. فلو جاز أن تخرج العين الموقوفه إلى ملك الغير بعوض لا- يدخل فى ملك المعدوم على نهج دخول المعوض، جاز أن تخرج بعوض لا يدخل فى ملك الموجود. وإليه أشار الشهيد قدس سره فى الفرع الآتى، حيث قال: إنه يعنى الثمن صار مملوكاً على حدّ الملك الأول، إذ يستحيل أن يملك لا على

الشرح:

البطن الموجوده، فلم يجعل للبطن اللاحقه ملكيه، ولا تكون ملكيه البطن الموجوده فى فرض تلف العين محدوده مؤفته؛ ولذا لا تضمن البطن الموجوده للبطن اللاحقه

ص: ٢٩٦

شيئاً فيما إذا انتفعوا بالعين المخروبه بإتلافها، كجعل الجذوع الباليه وقودا.

وعلى ذلك، فإن أتلفوا العين ببيعها مع جواز البيع فلا يكون للبطن اللاحقه ملكيه ليدخل البديل فى ملكهم. نعم، إذا بقيت العين ولم تتصرف فيها البطن الموجوده أصلاً حتى وصلت العين إلى البطن اللاحقه تكون ملكا لهم، فلاحظ وتدبر.

الثانى: أنه لا يجرى على البديل حتى فيما إذا كان قابلاً لانتفاع البطون مع بقاء عينه حكم الوقف الابتدائى من عدم جواز بيعه، بل يجوز معاوضته بعين أخرى مع صلاح البطون، فإن عدم جواز البيع حكم شرعى بالإضافة إلى الوقف الابتدائى، أى ما يكون وقفا بإنشاء الواقف ولا- يعم ما كان وقفا بالمبادله. ولو كان عدم جواز البيع باعتبار الاشتراط من الواقف فلا ينبغى الريب فى أن الاشتراط بالإضافة إلى ما أنشأ الوقف له ولا يجرى فى بدله.

الثالث: أنه لا يجب شراء مماثل الوقف بحسب العنوان، بل يجوز شراء كل ما يكون صالحا لانتفاع البطون مع رعايه صلاحهم، والوجه فى ذلك ما تقدم من عدم كون العين الموقوفه ملكا طلقا للبطن الموجوده، بل يتعين بيعها وشراء ما يكون قابلاً لانتفاع البطون مع بقاء عينه، ولولم يكن البديل داخلاً فى عنوان المبدل ومماثلاً له.

حدّه. خلافاً لظاهر بعض العباثر المتقدمه، واختاره المحقق فى الشرائع فى ديه العبد الموقوف المقتول. ولعل وجهه: أن الوقف ملك للبطن الموجود، غايه الأمر تعلّق حقّ البطون اللاحقه به، فإذا فرض جواز بيعه انتقل الثمن إلى من هو مالك له فعلاً، ولا يلزم من تعلّق الحقّ بعين المبيع تعلّقه بالثمن، ولا- دليل عليه. ومجرد البدليه لا- يوجب ترتّب جميع اللوازم، إذ لا- عموم لفظى يقتضى البدليه والتنزيل، بل هو بدل له فى الملكيه وما يتبعها من حيث هو ملك.

الشرح:

ولكن ذكر فى محكى التذكره أنّ الوقف مع وصوله إلى حد الخراب يباع ويصرف ثمنه فى جهه الوقف، ويكون صرفه فيها بشراء المماثل مع إمكانه، ومع عدمه يشتري ما يجوز الانتفاع به مع بقاء عينه، وإن لم يمكن ذلك أيضا يدفع الثمن إلى الموقوف عليهم الموجودين يتصرفون فيه بما شاءوا. وعلل شراء المماثل مع إمكانه وشراء مطلق ما يصح وقفه مع عدم إمكانه بالجمع بين غرض الواقف، وهو انتفاع البطون والعمل باشتراط إبقاء العين، حيث إنّ شراء المماثل إبقاء للعين بحسب نوعها، واحتمال لزوم

إبقائها بشخصها غير صحيح؛ لاستلزامه فى الفرض فوت غرضه بتمامه. كما أنّ احتمال عدم لزوم الشراء أصلاً بأن يدفع الثمن إلى البطن الموجوده فيتصرفون فيه بما شاءوا أيضاً غير صحيح؛ لأنّه إخراج للعين أو بدلها عن ملك البطون اللاّحقه، مع استحقاقهم تلك العين مع عدم وجودهم فعلاً كاستحقاق الموجودين.

وذكر المصنّف رحمه الله فى عدم اعتبار شراء المماثل أمرين:

أحدهما: أنّه لم يظهر أنّ شراء المماثل أقرب إلى غرض الواقف، فإنّ غرضه يختلف ولا يقف على حد. مثلاً ربما يكون غرضه الانتفاع بثمره البستان، وإذا لم يمكن الانتفاع لغور مائه، ودار الأمر بين شراء بستان لا ينتفع الموقوف عليهم بثمرته بل يصل إليهم قيمته، وبين شراء ملك آخر يصل إليهم أجره منفعتة، فلا وجه للقول بأن وفيه: أنّ ما ينقل إلى المشتري إن كان هو الاختصاص الموقّت الثابت للبطن الموجود، لزم منه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السّابق إلى البطن اللاّحق، فلا يملكه المشتري ملكاً مستمراً. وإن كان هو مطلق الاختصاص المستقرّ الذى لا يزول إلّا بالتّناقل، فهو لا يكون إلّا بثبوت جميع الاختصاصات الحاصله للبطن له، فالثمن لهم على نحو المثلث.

الشرح:

شراء البستان أقرب إلى غرض الواقف، خصوصاً إذا كان الملك الآخر أكثر نفعاً.

وثانيهما: أنّه لا دليل على وجوب رعايه غرض الواقف، بل اللازم اتباع الوقف على النحو الذى رسمه الواقف، وإذا كان غرض الواقف خارجاً عن مدلول إنشائه ووقفه فلا يعمّه قوله عليه السلام: «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله» (١).

والحاصل: أنّ غايه ما يمكن أن يقال فى المقام: إن العين المخروبه لا تخرج عن ملك البطون، ومقتضى ذلك أنّه لا يجوز للبطن الموجوده الانتفاع من الوقف بإتلافها كجعل الجذوع الباليه وقوداً، بل يتعين على تقدير إرادتهم الانتفاع بتبديلها بشراء ما يصلح لانتفاع البطون، سواء كان مماثلاً للعين الموقوفه أم لا، كما هو مقتضى إطلاق دليل حل البيع ونفوذه بعد إحراز جواز بيع تلك العين، فيكون المقام نظير ما إذا أحرز جواز بيع المصحف وشك فى اعتبار إسلام مشتريه كما لا يخفى.

ص: ٢٩٨

أقول: لو كان المتبع مدلول الوقف فقد ذكرنا أنّ مدلوله ثبوت الملكيه للبطن اللاحقه على تقدير بقاء العين إلى زمانهم مع إمكانه، وإذا فرض وصول العين من الخراب إلى حد لم يمكن إبقاء العين للبطن اللاحقه مع انتفاع البطن الموجوده لم يكن على البطن الموجوده إلزام بإبقاء العين من ناحيه رسم الواقف ولا من ناحيه الشارع، ومما ذكرنا تعرف أنّ اشتراك البطون في الثمن أولى من اشتراكهم في ديه العبد المقتول، حيث إنه بدل شرعى يكون الحكم به متأخراً عن تلف الوقف، فجاز عقلاً منع سرايه حقّ البطون اللاحقه إليه، بخلاف الثمن، فإنّه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضه الحقيقيه، فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختصّ بالمعوض.

ومن هنا اتضح أيضاً أنّ هذا أولى بالحكم من بدل الرهن الذى حكموا بكونه رهناً، لأنّ حقّ الرهنيه متعلق بالعين من حيث إنه ملك لمالكه الأول، فجاز أن يرتفع، لا إلى بدل بارتفاع ملكيه المالك الأول، بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم، فإنّه ليس قائماً بالعين من حيث إنه ملك البطن الموجود، بل اختصاص موقت نظير اختصاص البطن الموجود، منشأ بإنشائه، مقارن له بحسب الجعل، متأخر عنه فى الوجود.

وقد تبين ممّا ذكرنا: أنّ الثمن حكمه حكم الوقف فى كونه ملكاً لجميع البطون على ترتيبهم، فإن كان ممّا يمكن أن يبقى وينتفع به البطن على نحو المبدل وكانت مصلحه البطن فى بقاءه أبقى، وإلاّ أبدل مكانه ما هو أصلح.

الشرح:

فيجوز للبطن الموجوده إتلاف عينه أو نقله إلى الغير مجاناً أو مع العوض. وبكل منهما ينتفى التقدير الذى جعل الملكيه للبطن اللاحق على ذلك التقدير، فيختص الثمن بالبطن الموجوده، فلا يجب عليهم شراء البدل فضلاً عن صيرورته وقفاً بمجرد الشراء.

نعم، إذا أمكن إبقاء بعض الوقف ببيع بعضه وصرف ثمنه على الباقي تعين ذلك؛ لأنّ إلزام الواقف بالإضافه إلى البعض ونهى الشارع عن بيع كله بحاله. هذا كله فيما لم يكن فى البين قرينه عامه على إبقاء الوقف مهما أمكن كما فى الوقف العام، وإلاّ تعين شراء البدل.

ومن هنا ظهر عدم الحاجه إلى صيغه الوقف فى البدل، بل نفس البدليه

تقتضى كونه كالمبدل، ولذا علّله الشَّهيد قدس سره في غايه المراد بقوله: لأنه صار مملوكاً على حدِّ الملك الأوّل، إذ يستحيل أن يملك لا على حدّه.

ثم إنَّ هذه العين حيث صارت ملكاً للبطون، فلهم أو لوليهم أن ينظر فيه ويتصرّف فيه بحسب مصلحه جميع البطون ولو بالإبدال بعين أخرى أصلح لهم، بل قد يجب إذا كان تركه يعدّ تضييعاً للحقوق وليس مثل الأصل ممنوعاً عن بيعه إلاّ لعذر، لأنّ ذلك كان حكماً من أحكام الوقف الابتدائي، وبديل الوقف إنّما هو بدل له في كونه ملكاً للبطون، فلا يترتب عليه جميع أحكام الوقف الابتدائي.

ومما ذكرنا أيضاً يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف كما هو ظاهر التذكرة والإرشاد وجامع المقاصد والتنقيح والمقتصر ومجمع الفائده: بل قد لا يجوز إذا كان غيره أصلح، لأنّ الثمن إذا صار ملكاً للموقوف عليهم الموجودين والمعدومين فاللّازم ملاحظه مصلحتهم، خلافاً للعلامة وولده والشَّهيد وجماعه فأوجبوا المماثلة مع الإمكان، لكون المثل أقرب إلى مقصود الواقف.

وفيه مع عدم انضباط غرض الواقف، إذ قد يتعلق غرضه بكون الموقوف عيناً خاصّه، وقد يتعلّق بكون منفعه الوقف مقداراً معيناً من دون تعلّق غرض بالعين، وقد يكون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته، كما لو وقف بستاناً ليتفّعوا بثمرته ببيع، فدار الأمر بين أن يشتري بثمره بستان في موضع لا يصل إليهم إلاّ- قيمه الثمره، وبين أن يشتري ملك آخر يصل إليهم أجره منفعتة، فإنّ الأوّل وإن كان مماثلاً- إلاّ- أنه ليس أقرب إلى غرض الواقف: أنه لا- دليل على وجوب ملاحظه الأقرب إلى مقصوده، إنّما اللّازم ملاحظه مدلول كلامه في إنشاء الوقف، ليجرى «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها».

فالحاصل: أنّ الوقف ما دام موجوداً بشخصه لا يلاحظ فيه إلاّ مدلول كلام الواقف، وإذا بيع وانتقل الثمن إلى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه إلاّ مصلحتهم.

هذا وقال العلامة في محكي التذكرة: كلّ مورد جوّزنا بيع الوقف فإنه يباع ويصرف الثمن إلى جهة الوقف، فإن أمكن شراء مثل تلك العين ممّا ينتفع به كان أولى، وإلاّ جاز شراء كلّ ما يصح وقفه، وإلاّ صرف الثمن إلى الموقوف عليه يعمل به ما شاء، لأنّ فيه جمعاً بين التوصل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام، وبين النصّ الدالّ على عدم جواز مخالفه الواقف، حيث شرط التأيد،

فإذا لم يمكن التأييد بحسب الشَّخص وأمكن بحسب النَّوع وجب، لأنَّه موافق لغرض الواقف وداخل تحت الأوَّل الذي وقع العقد عليه، ومراعاة الخصوصية الكليه تُفضي إلى فوات الغرض بأجمعه، ولأنَّ قصر الثَّمن على البائعين يقتضى خروج باقى البطون عن الاستحقاق بغير وجه، مع أنَّه يستحقُّون من الوقف كما يستحقُّ البطن الأوَّل، ويقدر وجودهم حال الوقف.

وقال بعض علمائنا والشافعيَّة: إنَّ ثمن الوقف كقيمه الموقوف إذا تلف فيصرف الثَّمن على الموقوف عليهم على رأى، انتهى. ولا يخفى عليك مواقع الردِّ والقبول فى كلامه قدس سره .

ثمَّ إنَّ المتولَّى للبيع هو البطن الموجود [١] بضميمه الحاكم القيم من قبل سائر الشَّرح:

[١] ذكر رحمه الله أنَّ المتولَّى للبيع هو البطن الموجود مع الحاكم الشَّرعى، حيث إنَّه ولى على البطون اللاحقه وليس للناظر إلى الوقف ولا-يه بالإضافه إلى بيع العين الموقوفه، حيث إنَّ النظاره المجمعوله له منحصره بالأُمور الراجعة إلى صوره بقاء العين وإبقائها.

ويمكن أن يقال: إن البيع راجع إلى الناظر ولا- يكون للبطن الموجوده ولا- الحاكم الشَّرعى مع الناظر إلى الوقف أمر، حيث إنه منصوب من قبل الواقف للأُمور الراجعة البطون ويحتمل أن يكون هذا إلى الناظر إن كان؛ لأنَّه المنصوب لمعظم الأُمور الراجعة إلى الوقف إلا أن يقال بعدم انصراف وظيفته المجمعوله من قبل الواقف إلى التصرف فى نفس العين. والظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف. ويحتمل بقاءه لتعلق حقه بالعين الموقوفه فيتعلق بدلها.

ثمَّ إنه لو لم يمكن شراء بدله ولم يكن الثَّمن ممَّا ينتفع به مع بقاء عينه كالنقدين فلا- يجوز دفعه إلى البطن الموجود [١]؛ لما عرفت من كونه كالمبيع الشَّرح:

إلى الوقف وبيعه، وشراء البدل من تلك الأُمور.

ودعوى عدم شمول حق النظاره للتصرف فى العين بإخراجها عن ملك البطون فى صوره جوازه شرعا لم يعلم وجهها بعد كون ذلك من تلك الأُمور. نعم، لا يبعد سقوط نظارته بالإضافه إلى البدل، مع إمكان القول ببقاء نظارته حتَّى بالإضافه

إلى البدل.

أقول: بعد ما ذكرنا أنّ العين الموقوفة ملك البطن الموجوده فعلاً ولهم نفى التقدير الذى تصير معه العين فى المستقبل ملكا للبطن اللاحقه فلا معنى لدخاله الناظر فى نفى ذلك التقدير من البطن الموجوده، سواء كان ذلك النفى بإتلاف العين حقيقه أو حكما بالبيع ونحوه.

نعم، فيما إذا كانت فى الوقف قرينه ولو كانت عامه على إبقاء الوقف بأى وجه أمكن ولو بيع الموقوفه وإبدالها، كما فى الوقف الصرفى أو الانتفاعى، يكون ذلك للمتولى من قبل الواقف ومع عدمه يرجع إلى الحاكم الشرعى، حيث إن إبدال العين الموقوفه فى الوقف الصرفى أو الانتفاعى من الأمور الحسيه الراجعه إليه كما لا يخفى.

[١] قد تقدّم ممّا ذكرنا أنّ الثمن فى الوقف الخاصّ يكون للبطن الموجوده مشتركاً بين جميع البطون، وحينئذٍ فيوضع عند أمين حتّى يتمكّن من شراء ما ينتفع به ولو مع الخيار إلى مدّه، ولو طلب ذلك البطن الموجود، فلا- يبعد وجوب إجابه، ولا يعطل الثمن حتّى يوجد ما يشتري به من غير خيار.

نعم، لو رضى الموجود بالأتجار به وكانت المصلحه فى التّجاره، جاز مع المصلحه إلى أن يوجد البدل، والربح تابع للأصل [١] ولا- يملكه الموجودون، لأنّه جزء من المبيع، وليس كالثمن الحقيقى. ثمّ لا- فرق فى جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف بين عروض الخراب لكّله أو بعضه فيباع البعض المخروب ويجعل بدله ما يكون وقفاً. ولو كان صرف ثمنه فى باقيه بحيث يوجب زياده منفعه الشّرح:

ولا- يجب عليهم شراء عين أخرى قابله للوقف إلا مع الاشرط عليهم فى الوقف وبدون ذلك يكون الشّراء احتياطاً استجابياً، ويؤيد، بل يدلّ عليه بعض ما ورد فى بيع الوقف المزبور على ما تسمع.

نعم، لو لم يمكن فى الوقف الصرفى والانتفاعى شراء البدل ينتظر زمان التمكن على شراء البدل، ومع الصلاح يجوز للمتولى الاتجار بثمرن الوقف ويكون ربحه تابعاً للأصل، ولا- يصرف ذلك الربح إلى الموقوف عليهم إلا إذا فهم من الوقف الصرف عليهم فى كلّ زمان بأى نحو أمكن.

[١] يعنى إذا كان ثمن الوقف مئة درهم مثلاً- فشرى به فرسا وباعوه بعد ذلك بمئتين فيكون تمام المئتين ملك البطون ولا يختص الربح بالبطن الموجوده، ووجهه: أن الفرس كان ملكا للبطون على ما تقدّم، وتمام المئتين بدل عن الفرس فلا بد من دخول المئتين فى ملك من يخرج عن ملكهم الفرس، وهم تمام البطون على قرار ما زعمه المصنّف رحمه الله . ولا- امتياز فى ذلك بين مئة الربح ومئة الأصل، وهذا بخلاف ما إذا وقف حيوانا على أولاد زيد فأنجب الحيوان الولد، فإنّ ذلك الولد ملك للبطن جاز مع رضا الكلّ؛ لما عرفت من كون الثمن ملكاً للبطون فلهم التصرف فيه على ظنّ المصلحه. ومنه يعلم جواز صرفه فى وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف فيجوز صرف ثمن ملك مخروب فى تعمير وقف آخر عليهم. ولو خرب بعض الوقف، وخرج عن الانتفاع وبقي بعضه محتاجاً إلى عماره لا يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقه، فهل يصرف ثمن المخروب إلى عماره الباقي وإن لم يرض البطن الموجود وجهان آتيان [١] فيما إذا احتاج إصلاح الوقف بحيث لا- يخرج عن قابليه انتفاع البطون اللاحقه إلى صرف منفعتة الحاضره التى يستحقّها البطن الموجود إذا لم يشترط الواقف إخراج مؤنه الوقف عن منفعتة قبل قسمته فى الموقوف عليهم. وهنا فروع أخر يستخرجها الماهر بعد التأمل.

الشرح:

الموجوده، كما هو مقتضى تملك المنفعه للبطن الموجوده وحبس العين على البطون.

[١] إذا احتاجت العين الموقوفه إلى التعمير والترميم لأجل بقائها وحصول النماء، فإن عين الواقف ما يصرف فى تعميرها فهو، وإلا صرف نماؤها فى تعميرها مقدما على حق الموقوف عليهم، بلا فرق بين الوقف الخاص والعام، حتى فيما إذا استلزم صرف نمائها على تعميره حرمان البطن الموجوده، وذلك فإن المتفاهم العرفى من الوقف إبقاؤها وأن وصول منافعتها إلى الموقوف عليهم ملك أو صرف أو انتفاع بعد لحاظ إبقائها، وكأن هذه قرينه عامه فى كل وقف كما لا يخفى.

ولكن هذا لا- يجرى فيما إذا كان بعض الوقف خرابا بحيث يجوز بيعه، فإنه بالبيع يختص الثمن بالبطن الموجوده على قرار ما تقدّم، فلا يجب عليهم صرفه فى عماره الباقي أو فى عماره وقف آخر، وإن كان ذلك أحوط.

ص: ٣٠٣



الصّوره الثّانيه: أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع [١] المعتقد به، بحيث يصدق عرفاً أنّه لا منفعة فيه، كدار انهدمت فصارت عرّصه تؤجر للانتفاع بها بأجره لا تبلغ شيئاً معتداً به. فإن كان ثمنه على تقدير البيع لا يعطى به إلا ما كان منفعته كمنفعه العرّصه، فلا- ينبغي الإشكال في عدم الجواز. وإن كان يُعطى بثمنه ما يكون منفعته أكثر من منفعه العرّصه، بل يساوى منفعه الدّار، ففي جواز البيع وجهان:

من عدم دليل على الجواز مع قيام المقتضى للمنع، وهو ظاهر المشهور، حيث قيدوا الخراب المسوّغ للبيع بكونه بحيث لا يجدى نفعاً، وقد تقدّم التصريح من العلامه في التحرير بأنّه: لو انهدمت الدّار لم تخرج العرّصه من الوقف، ولم يجز بيعها.

اللهمّ إلا أن يحمل النفع المنفّى في كلام المشهور على النفع المعتقد به بحسب حال العين، فإنّ الحّمّام الذى يستأجر كلّ سنه مئه دينار إذا صارت عرّصه تؤجر كلّ سنه خمس دراهم أو عشره لغرض جزئى كجمع الزبائل ونحوه يصدق عليه أنّه لا يجدى نفعاً، وكذا القرية الموقوفه، فإنّ خرابها بغور أنهارها وهلاك أهلها، ولا تكون بسلب منافع أراضيها رأساً، ويشهد لهذا ما تقدّم عن التحرير: من جعل عرّصه الدار المنهدمه مواتاً لا ينتفع بها بالكلّيه مع أنّها كثيراً ما تُستأجر للأغراض الجزئيه.

الشرح:

[١] المراد بالخراب فى هذه الصوره أن تصل العين الموقوفه من الخراب إلى الحد الذى لا يصل إلى الموقوف عليهم من المنفعه أو النفع إلا مقدار يسير يلحق بالمعدوم، مع إمكان تعميره من عائده أو بيعه بعضه على ما تقدم. والموجب لجواز البيع فى هذه الصوره أيضاً قصور المقتضى على قرار ما تقدم فى الصوره الأولى، ويجرى على بيعه من اختصاص الثمن بالطن الموجوده أو تحصيل ما يقبل الوقف بذلك الثمن ما جرى على البيع فى الصوره الأولى فلا نعيد.

فالظاهر دخول الصوره المذكوره فى إطلاق كلام كلّ من سوّغ البيع عند خرابه بحيث لا يجدى نفعاً، ويشمله الإجماع المدعى فى الانتصار والغنيه، لكن الخروج بذلك عن عموم أدلّه وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف الذى هو حبس العين، وعموم قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف مشكل».

ويؤيد المنع حكم أكثر من تأخر عن الشيخ بالمنع عن بيع النخله المنقلعه،

بناءً على جواز الانتفاع بها في وجوهٍ أخرى، كالتسقيف وجعلها جسراً ونحو ذلك.

بل ظاهر المختلف حيث جعل النزاع بين الشيخ والحلى رحمهما الله لفظياً، حيث نزل تجويز الشيخ على صورته عدم إمكان الانتفاع به في منفعه أخرى الاتفاق على المنع إذا حصل فيه انتفاع ولو قليلاً، كما يظهر من التمثيل بجعله جسراً.

نعم، لو كان قليلاً في الغايه 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 المعتمد بها موجوده، وإلا فمجرد حبس العين وإمساكه ولو من دون منفعه، لو وجب الوفاء به لمنع عن البيع في الصورة الأولى.

ثم إن الحكم المذكور جارٍ فيما إذا صارت منفعة الموقوف قليلة لعارض آخر غير الخراب، لجريان ما ذكرنا فيه. ثم إنك قد عرفت فيما سبق أنه ذكر بعض: أن جواز بيع الوقف [١] لا يكون إلا مع بطلان الوقف وعرفت وجه النظر فيه ثم

الشرح:

[١] البعض هو صاحب «الجواهر» (١) رحمه الله، فإنه ذكر في وجه بطلان الوقف في صورته خراب الوقف أن من شرط الوقف كون العين مع بقائها صالحه لانتفاع الموقوف وجه بطلان الوقف في الصورة الأولى بفوات شرط الوقف المراعى في الابتداء والاستدامه، وهو كون العين ممّا ينتفع بها مع بقاء عينها.

الشرح:

عليهم، وهذا الشرط يكون مراعى في حدوث الوقف وبقائه.

وفيه: أنه لا دليل على اعتبار ما ذكر إلا في حدوث الوقف، حيث إن الوقف في حقيقته تحريري وتمليكي وصرفي وانتفاعي، ولا يقتضى شىء من ذلك تمام الوقف بالخراب على ما تقدّم، مثلاً لا تخرج العين الموقوفه عن ملك البطن الموجوده أو الطبيعي بمجرد سقوطها عن قابليه الانتفاع بها، وكذلك في الوقف الانتفاعي فيما إذا لوحظ في الوقف الانتفاع ولو ببدلها.

والحاصل: ليس اشتراط الوقف بكون العين قابله للانتفاع بها إلا كاشتراط المالىه

ص: ٣٠٥

فى العوضين فى البيع، وإذا اشترى مالاً- وخرج بعد ذلك عن المالىه لا- يكون خروجه عنها موجبا لبطلان البيع وانحلاله. وفى المقام يكون سقوط العين الموقوفه عن الانتفاع المعتد به مع عدم إمكان علاجها لا يوجب إلّا جواز بيعها وإبطال وقفيتها مطلقا كما فى الوقف الخاص، أو إلى بدل كما فى الوقف العام من الصرفى والانتفاعى على ما مرّ.

وألحق رحمه الله انعدام عنوان العين الموقوفه بصوره خرابها فى انحلال الوقف، كما إذا أوقف بستانا فغارت ماؤه ويست أشجاره فإنّه يبطل الوقف، وبطلانه لانتفائه العنوان عن العين المنشأ لها الوقف بذلك العنوان.

«وربما يؤيد ذلك بما ذكروا من أنه لو أوصى لزيد دارا وانهدمت الدار قبل موت الموصى بطلت الوصيه»<sup>(١)</sup>، وأورد المصنّف رحمه الله على ما ذكر من أنّ انعدام العنوان بعد تمام الوقف ليس كأنعدام عنوان المبيع بعدم تمام البيع، كما لو اشترى بستانا وغار ماؤه وفيه: ما عرفت سابقاً من أنّ بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحاً لا وجه له فى الوقف المؤبد، مع أنّه لا دليل عليه. مضافاً إلى أنّه لا- دليل على اشتراط الشرط المذكور فى الاستدامه، فإنّ الشروط فى العقود الناقله يكفى وجودها حين النقل، فإنّه قد يخرج المبيع عن المالىه ولا- يخرج بذلك عن ملك المشتري مع أنّ جواز بيعه لا- يوجب الحكم بالبطلان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم إلى الجواز، كما تقدّم.

الشرح:

ويست أشجاره بعد ذلك، فإن ذلك لا يوجب انحلال البيع وخروج الأرض والأشجار اليابسه عن ملك المشتري.

وكذلك الأمر فى الوقف وحتّى فى الوصيه بعد تمامها، وأمّا بطلانها بانعدام العنوان قبل موت الموصى فهو باعتبار أنّ متعلق التملك فى الوصيه هو البستان حال موت الموصى؛ ولذا لا يعتبر وجود الموصى به حال الوصيه، ومع انعدام العنوان قبل موته لا يكون الموصى به، وإلى ذلك أشار رحمه الله: من أنّ بطلان الوصيه بانتفاء العنوان قبل موت الموصى من جهة أخرى، لا من جهة اعتبار بقاء العنوان فى بقاء الوصيه أو الوقف.

ص: ٣٠٦

أقول: ما ذكر رحمه الله حسن فيما إذا كان العنوان المأخوذ مشيراً إلى العين الخارجي فقط، كما في قوله: «بعت هذه بكذا»، وأما إذا لوحظ مشيراً إليها وتحدد الوقف بما دام ذلك العنوان، نظير العنوان المأخوذ في موضوعات الأحكام، كما في قوله: «أكرم كلَّ عالم»، حيث إن عنوان العالم وإن يؤخذ عنواناً للخارج، إلا أنه مع ذلك لوحظ تحديد الحكم به فلا محاله يرتفع الوقف بارتفاع العنوان. وإذا قال: «وقفت هذا البستان على كذا مادام كونه بستاناً»، فبارتفاع العنوان عنه بالمره يرتفع الوقف وتعود العين بعده إلى ملك واقفها، أى يكشف عن عدم جعل الملكيه بعد ذلك للموقوف عليهم من الأول؛ ثم ذكر: أنه قد يقال بالبطلان أيضاً بانعدام عنوان الوقف فيما إذا وقف بستاناً مثلاً ملاحظاً في عنوان وقفه البستانيه، فخربت حتى خرجت عن قابليته ذلك، فإنه وإن لم تبطل منفعتها أصلاً لإمكان الانتفاع بها داراً مثلاً لكن ليس من عنوان الوقف. واحتمال بقاء العرصه على الوقف باعتبار أنها جزء من الوقف وهى باقيه، وخراب غيرها وإن اقتضى بطلانه فيه لا يقتضى بطلانه فيها، يدفعه: أن العرصه كانت جزءاً من الموقوف من حيث كونه بستاناً، لا مطلقاً، فهى حينئذٍ جزء عنوان الوقف الذى فرض خرابه، ولو فرض إرادته وقفها لتكون بستاناً أو غيره لم يكن إشكال فى بقائها، لعدم ذهاب عنوان الوقف. وربما يؤيد ذلك فى الجملة ما ذكره فى باب الوصيه: من أنه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصى بطلت الوصيه لانتفاء موضوعها. نعم، لو لم تكن «الداريه» و«البستانيه» ونحو ذلك مثلاً عنواناً للوقف وإن قارنت وقفه، بل كان المراد به الانتفاع به فى كل وقت على حسب ما يقبله، لم يبطل الوقف بتغير أحواله.

ثم ذكر: أن فى عود الوقف إلى ملك الواقف أو وارثه بعد البطلان أو الموقوف عليه وجهين.

أقول: يرد على ما قد يقال بعد الإجماع على أن انعدام العنوان لا يوجب الشرح:

ولذا تدخل العين فى ملك ورثه الواقف زمان موته لا ورثته فى زمان زوال العنوان.

وإذا مات الواقف عن ولدين ثم مات أحد الولدين عن بنت فترث العين المزبوره البنت مع عمها بالمناصفه، نظير ما سيأتى فى غير هذا الفرض من الوقف المنقطع آخره، أى العين الموقوفه التى تبقى بعد انتهاء الموقوف عليهم. نعم، فيما إذا

لم تقم قرينه على تحديد الوقف بالعنوان، نظير ما في المثال، فمقتضى كون الوقف من قسم المعاملات كون العنوان مأخوذاً لمجرد الإشارة إلى العين كما لا يخفى.

بطلان الوقف، بل ولا جواز البيع وإن اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه، لكنّه غير تغير العنوان كما لا يخفى: أنّه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان، لأنّه:

إن أُريد ب «العنوان» ما جعل مفعولاً- في قوله: «وقفت هذا البستان»، فلا- شكّ في أنّه ليس إلّا كقوله: «بعت هذا البستان» أو «وهبته»، فإنّ التملك المعلق بعنوان، لا- يقتضى دوران الملك مدار العنوان، فالبستان إذا صار ملكاً فقد مُلك منه كلّ جزء خارجي وإن لم يكن في ضمن عنوان البستان، وليس التملك من قبيل الأحكام الجعليه المتعلّقه بالعنوانات.

وإن أُريد ب «العنوان» شيء آخر، فهو خارج عن مصطلح أهل العرف والعلم، ولا بدّ من بيان المراد منه، هل يراد ما اشترط لفظاً، أو قصداً في الموضوع زياده على عنوانه؟

وأما تأييد ما ذكر بالوصيه، فالمناسب أن يقايس ما نحن فيه بالوصيه بالبستان بعد تمامها وخروج البستان عن ملك الموصى بموته وقبول الموصى له، فهل يرضى أحد بالتزام بطلان الوصيه بصيروره البستان عرصه؟

نعم، الوصيه قبل تمامها يقع الكلام في بقائها وبطلانها من جهات أُخر.

ثمّ ما ذكره من الوجهين، ممّا لا يعرف له وجه بعد إطباق كلّ من قال بخروج الوقف المؤبّد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه أبداً.

الصوره الثالثه: أن يخرب بحيث يقلّ منفعته، لكن لا إلى حدّ يلحق بالمعدوم.

والأقوى هنا المنع، وهو الظاهر من الأكثر في مسأله النخله المنقلعه، حيث جوّز الشيخ رحمه الله في محكي الخلاف بيعها، محتجّاً بأنّه لا- يمكن الانتفاع بها إلّا على هذا الوجه، لأنّ الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل ولا يرجى عوده، ومنعه الحلّي قائلاً: ولا يجوز بيعها، بل ينتفع بها بغير البيع، مستنداً إلى وجوب إبقاء الوقف على حاله مع إمكان الانتفاع، وزوال بعض المنافع لا يستلزم زوال جميعها، لإمكان التسقيف بها ونحوه، وحكي موافقته عن الفاضلين والشّهيدين، والمحقّق الثّاني وأكثر المتأخّرين. وحكي في الإيضاح عن والده: أنّ النزاع بين الشيخ والحلّي

لفظي، واستحسنه، لأنّ في تعليل الشيخ اعترافاً بسلب جميع منافعتها، والحليّ فرض وجود منفعه ومنع لذلك بيعها. قيل: ويمكن بناء نزاعهما على رعايه 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 منفعه الوقف من دون خراب، فلا يجوز بذلك البيع إلاّ إذا قلنا بجواز بيعه إذا كان أعود، وسيجيء تفصيله.

الصّوره الرّابعة: أن يكون بيع الوقف أنفع [١] وأعود للموقوف عليه. وظاهر المراد منه: أن يكون ثمن الوقف أزيد نفعاً من المنفعة الحاصلة تدريجاً مدّه وجود الموقوف عليه. وقد نسب جواز البيع هنا إلى المفيد، وقد تقدّم عبارته، فراجع.

الشرح:

[١] المنسوب إلى المفيد (١) رحمه الله جواز بيع الوقف إذا كان أعود وأنفع للموقوف عليهم، وزيادة النفع قد تلاحظ بالإضافة إلى جميع الموقوف عليهم كما إذا اشترى بثمن الوقف عينا تكون وقفا على قرار العين الموقوفه، وقد تلاحظ بالإضافة إلى البطن الموجود كما إذا قيل باختصاص الثمن للبطن الموجود.

ولكن لا يخفى أنّه إذا كان الدليل على جواز البيع في هذه الصوره روايه على بن رثاب عن جعفر بن حيان (٢) أو روايه «الاحتجاج» (٣) فمقتضاهما كون البيع أنفع وزيادة النفع قد تلاحظ بالنسبه إلى البطن الموجود، وقد تلاحظ بالنسبه إلى جميع البطون إذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه. والأقوى المنع مطلقاً، وفاقاً للأكثر، بل الكلّ، بناءً على ما تقدّم: من عدم دلالة قول المفيد على ذلك، وعلى تقديره فقد تقدّم عن التحرير: أنّ كلام المفيد متأول.

وكيف كان، فلا إشكال في المنع، لوجود مقتضى المنع، وهو وجوب العمل على طبق إنشاء الواقف، وقوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف»، وغير ذلك. وعدم ما الشرح:

ص: ٣٠٩

١- (١) نسبه إليه الشهيد في الدروس ٢ : ٢٧٩ ، والمحقق الثاني في جامع المقاصد ٩ : ٦٨ ، وانظر المقنعه : ٦٥٢ ٦٥٣ .

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ١٩٠ ، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٨ .

٣- (٣) الاحتجاج ٢ : ٣١٣ ٣١٢ ، ووسائل الشيعه ١٩ : ١٩١ ، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٩ .

بالإضافة إلى البطن الموجوده، بل مقتضى ما تقدّم أنّ مع بيع البطن الموجوده ينتهى التقدير الذى جعلت معه الملكيه للبطن اللاحقه على ذلك التقدير؛ ولذا يختص الثمن بالبطن الموجوده.

ومع الإغماص عن ذلك، ما ذكر المصنّف رحمه الله من ولاية البطن الموجوده أو بائع الوقف على إسقاط حقوق البطون الآتية قبل بيعهم؛ ليكون المبيع ملكا طلقا لهم فيباع لا يمكن المساعدة عليه، فإنّه من المحتمل ولايتهم على التصرف فى الثمن الذى لا يكون ملكا طلقا لهم.

وتظهر الثمره بين هذا وما ذكره رحمه الله من صيروره الوقف ملكا طلقا للبطن الموجوده قبل بيعهم فيما لو انفسخ البيع المزبور لجهه، فإنّه الوقف يرجع إلى حاله بناءً على ما ذكرنا، وإلى البطن الموجوده طلقا بناءً على ما ذكره رحمه الله، وأيضا لو كان للبطن الموجود الولاية على إبطال الوقف قبل بيعهم لبطلت ملكيتهم للعين أيضا؛ لأنّ ملكيتهم كانت بالوقف فترجع العين إلى ملك الواقف كما لا يخفى.

وكيف ما كان، فالصحيح عدم صحه بيع الوقف وعدم جوازه حتّى فى هذه الصوره، باعتبار ضعف الروايتين سندا ودلاله على ما ستسمع.

يصلح للمنع عدا روايه ابن محبوب عن على بن رثاب عن جعفر بن حنّان، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف غلّه له على قرابته من أبيه، وقرابته من أمّه، وأوصى لرجل ولعقبه من تلك الغلّه ليس بينه وبينه قرابه بثلاثمائة درهم فى كلّ سنه، ويقسّم الباقي على قرابته من أبيه وقرابته من أمّه، فقال عليه السلام: جائز للذى أوصى له بذلك. قلت: رأيت إن لم يخرج من غلّه تلك الأرض التى أوقفها إلاّ خمسمائه درهم؟ فقال: أليس فى وصيته أن يُعطى الذى أوصى له من الغلّه ثلاثمائة درهم، ويقسّم الباقي على قرابته من أبيه وأمّه؟ قلت: نعم قال: ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلّه شيئا حتّى يُوفى الموصى له ثلاثمائة درهم، ثمّ لهم ما يبقى بعد ذلك. قلت: رأيت إن مات الذى أوصى له؟ قال: إن مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها ما بقى أحد منهم، فإن انقطع ورثته ولم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابه الميّت، يردّ إلى ما يخرج من الوقف، ثمّ يقسّم بينهم، يتوارثون ذلك ما بقوا وبقيت الغلّه. قلت: فللورثه من قرابه الميّت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلّه؟ قال: نعم، إذا رضوا كلّهم وكان البيع خيرا لهم، باعوا».

والخبر المروى عن الاحتجاج: أنّ الحميرى كتب إلى صاحب الزّمان جعلنى الله فداه : أنّه روى عن الصادق عليه السلام خبر مأثور:

«أنّ الوقف إذا كان على قوم بأعيانهم وأعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه وكان ذلك أصلح، لهم أن يبيعوه. فهل يجوز أن يشتري من بعضهم إن لم يجتمعوا كلّهم على البيع، أم لا- يجوز إلا- أن يجتمعوا كلّهم على ذلك؟ وعن الوقف الذى لا- يجوز بيعه؟ فأجاب عليه السلام : إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه، وإذا كان على قوم من المسلمين فليبع كلّ قوم ما يقدرّون على بيعه مجتمعين ومتفرّقين، إن شاء الله».

دلّت على جواز البيع، إمّا فى خصوص ما ذكره الرّواى وهو كون البيع أصلح وإمّا مطلقاً، بناءً على عموم الجواب، لكنّه مقيد بالأصلح، لمفهوم روايه جعفر. كما أنّه يمكن حمل اعتبار رضا الكلّ [١] فى روايه جعفر على صورته بيع تمام الوقف، لا اعتباره فى بيع كلّ واحد، بقرينه روايه الاحتجاج. ويؤيّد المطلب صدر روايه ابن مهزيار الآتيه لبيع حصه ضيعه الإمام عليه السلام من الوقف.

الشرح:

[١] حاصله: أنّ المستفاد من روايه جعفر بن حيان(١) اعتبار اجتماع أمور ثلاثه فى جواز بيع الوقف: الأول: حاجه الموقوف عليهم، أى البطن الموجوده. والثانى: كون البيع أنفع لهم من بقاء الوقف بحاله. والثالث: اجتماعهم على البيع، فلا يجوز لبعضهم بيع الوقف، ولكن الأمر الثالث لا- يعتبر فى بيع الحصه ويحمل اعتبار الاجتماع على صورته بيع تمام الوقف، فإن هذا الحمل مقتضى الجمع بين هذه الروايه وروايه «الاحتجاج»(٢) المجوزه لبعضهم بيع ما قدر عليه من حصته، وأنه لا يعتبر فى نفوذ هذا البيع اجتماع الموقوف عليهم على الرضا.

وبتعبير آخر: روايه الجعفرى دالّه بالإطلاق على عدم نفوذ بيع البعض حتّى فى حصته وروايه «الاحتجاج» داله على نفوذ خصوص بيع البعض حصته من الوقف فيرفع اليد عن الاطلاق بالثانى، ويؤيد ذلك صدر روايه على بن مهزيار(٣) الآتيه الدالّه

ص: ٣١١

١- (١) مرّت آنفاً .

٢- (٢) مرّت آنفاً .

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩ : ١٨٧ ١٨٨ ، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٥ و ٦ .



على إذنه عليه السلام فى بيع حصته من الوقف مع كونها بعضاً منه، ويبقى اعتبار الأمرين الأولين.

ولا- يمكن الاستدلال بالرواية على جواز بيع الوقف لمجرد بيعه أنفع للموقوف عليهم كما هو المفروض فى الصورة الرابعة، بل يمكن أن يقال بأن مدلول الرواية جواز والجواب: أما عن روايه جعفر، فبأنها إنما تدلّ على الجواز مع حاجة الموقوف عليهم، لا لمجرد كون البيع أنفع، فالجواز مشروط بالأمرين كما تقدّم عن ظاهر النزّه. وسيجىء الكلام فى هذا القول. بل يمكن أن يقال: إنّ المراد بكون البيع خيراً لهم: مطلق النفع الذى يلاحظه الفاعل ليكون منشأ لإرادته، فليس مراد الإمام عليه السلام بيان اعتبار ذلك تعديداً، بل المراد بيان الواقع الذى فرضه السائل، يعنى: إذا كان الأمر على ما ذكرت من المصلحة فى بيعه جاز، كما يقال: إذا أردت البيع ورأيت أنه أصلح من تركه فبع، وهذا ممّا لا يقول به أحد. ويحتمل أيضاً أن يراد من الخير خصوص رفع الحاجة التى فرضها السائل.

الشرح:

بيع الوقف لمجرد حاجة الموقوف عليهم وليس كون البيع خيراً لهم شرطاً فى جوازه، فإن قوله عليه السلام: «وكان البيع خيراً لهم»، تمهيداً لذكر الجواب وهو جواز البيع مع حاجتهم إلى ثمنه وليس من الشرط التعبدى. ووجه ذكره تمهيداً أنّ الموقوف عليهم حيث لا يقدمون عادة على البيع فيما إذا لم يكن البيع أصلح بحالهم ولا يحصل لهم الداعى إلى البيع المزبور إلا فى هذا الحال، ذكر أنه إذا كان البيع أصلح بحيث حصل لهم الداعى إلى البيع فلا بأس.

والحاصل: الشرط المزبور لا يكون قيداً لجواز البيع، بل من قبيل فرض الداعى إلى البيع، مع احتمال أن يراد بكون البيع خيراً لهم رفع حاجتهم التى فرضها السائل، فيكون ظاهر الرواية أو محتملها جواز البيع مع حاجة الموقوف عليهم إلى ثمنه، وهذا غير الصورة الرابعة، بل أمر لم يلتزم به أحد كما يأتى فى الصورة الخامسة.

لا- يقال: روايه الجعفرى وارده فى الوقف المنقطع للاقتصار فيها بذكر الأعقاب ولم يذكر فيها أنّ المال كان وقفاً على فقراء المسلمين مثلاً مع انقضاء الأعقاب ليكون وقفاً مؤبداً. فإنه يقال: عدم ذكر ذلك لا يدل على الانقطاع، بل كان على

وعن المختلف وجماعه الجواب عنه بعدم ظهوره في المؤبد، لاقتصاره على ذكر الأعتاب.

وفيه نظر، لأنّ الاقتصار في مقام الحكاية لا يدلّ على الاختصاص، إذ يصحّ أن يقال في الوقف المؤبد: إنّه وقف على الأولاد مثلاً، وحينئذٍ فعلى الإمام عليه السلام أن يستفصل إذا كان بين المؤبد وغيره فرق في الحكم، فافهم.

وكيف كان، ففي الاستدلال بالرواية مع ما فيها من الإشكال على جواز البيع بمجرد الأنفعيّة إشكال، مع عدم الظفر بالقائل به، عدا ما يوهمه ظاهر عباره المفيد المتقدّمه.

ومما ذكرنا يظهر الجواب عن روايه الحميرى[١].

الشرح:

الإمام عليه السلام الاستفصال في جوابه بين كون الوقف مؤبداً كما ذكر أم لا- على تقدير الفرق بينهما في الحكم، مع أنه لا يمكن الالتزام بجواز بيع وقف المنقطع أيضاً بمجرد حاجه البطن الموجوده، ولعله إلى ذلك أشار رحمه الله بقوله: فافهم.

[١] لا- يخفى أنّ روايه الحميرى(١) ظاهرها جواز بيع الوقف فيما إذا لم يكن المال موقوفاً على إمام المسلمين، ولم يؤخذ فيها قيد الحاجه، بل لم يؤخذ فيه كون البيع أصلح بناءً على إطلاق الذيل وعدم كونها في صدرها شرطاً تعديداً، فكيف يظهر الجواب عنها ممّا ذكره في روايه الجعفرى(٢)؟ وأيضاً إذا فرض أنّه ليس كون البيع خيراً شرطاً تعديداً لقضاء العاده بأن الإنسان لا يُقدّم على البيع إلّا- إذا كان أصلح لجرى ذلك في الحاجه أيضاً، فإن الإنسان لا يقدم عاده على بيع سكنائه أو ضيعته إلّا إذا كان محتاجاً إلى ثمنه. فلا- تكون الحاجه إلى الثمن ككون البيع خيراً شرطاً تعديداً، مع أنّ الحاجه قد تمّ لو قلنا في هذه الصوره بالجواز كان الثمن للبطن الأوّل البائع يتصرف فيه على ما شاء.

ومنه يظهر وجه آخر لمخالفه الروايتين للقواعد، فإنّ مقتضى كون العين مشتركه بين البطن كون بدله كذلك، كما تقدّم من استحاله كون بدله ملكاً لخصوص البائع، فيكون تجويز البيع في هذه الصوره والتصرّف في الثمن رخصه

ص: ٣١٣

١- (١) وهى الروايه الوارده فى الاحتجاج التى مرّت آنفاً.

٢- (٢) مرّت آنفاً .

من الشّارع للبائع فى إسقاط حقّ اللّاحقين أنّا ما قبل البيع نظير الرّجوع فى الهبة المتحقّق ببيع الواهب لثلاً يقع البيع على المال المشترك، فيستحيل كون بدله مختصّاً.

الشّرح:

فرضت فى السّؤال ولم تؤخذ فى الجواب لىوجب رفع اليد عن إطلاق الجواز الوارد فى روايه الحميرى .

والحاصل: أنّ مقتضى الروايتين جواز بيع الوقف فيما إذا لم تكن العين موقوفه على إمام المسلمين مطلقاً، أو فيما كان البيع أصلح بحال البطن الموجوده ولا يعتبر فيه حاجه الموقوف عليهم.

وممّا ذكرنا يظهر الحال فيما ذكر النّائينى رحمه الله من أنّ النسبه بين روايه الحميرى ومثل روايه أبى على بن راشد(١) الدالّه على عدم جواز بيع الوقف وشرائه هى التباين(٢)، ولكن صوره الخراب خارجه عن مدلول روايه أبى على بن راشد، حيث تقدّم جواز شراء الوقف فى تلك الصوره، وبعد إخراج تلك الصوره عن مدلولها تكون أخص مطلق بالاضافه إلى روايه الحميرى فيرفع اليد بها عن إطلاق روايه الحميرى الصّوره الخامسه: أن يلحق الموقوف عليهم ضروره شديده. وقد تقدّم عن جماعه تجويز البيع فى هذه الصّوره، بل عن الانتصار والغنيه: الإجماع عليه. ويدلّ عليه روايه جعفر المتقدّمه.

الشّرح:

وكذا روايه الجعفرى بحملهما على صوره خراب الوقف. فتكون النتيجة عدم جواز بيع الوقف فى غير صوره الخراب وجوازه فيها.

ووجه الظهور: أنّ روايه أبى على بن راشد فى نفسها لا تعمّ صوره الخراب فكيف تكون النسبه بينها وبين روايه الحميرى التباين ليعالج بما ذكر؟ هذا أولاً.

وثانياً: أنّه لا يمكن حمل روايه الحميرى على صوره خراب الوقف، فإنّ هذا الحمل لولم يكن من حمل الإطلاق على الفرض النادر فلا أقل من كونه منافياً للتفصيل بين ما إذا كان الوقف على إمام المسلمين وغيره كقوم من المسلمين، فإنّ جواز البيع فى

ص: ٣١٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٨٥ ، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأوّل .

٢- (٢) منيه الطالب فى شرح المكاسب ٢ : ٢٨٧ .

صوره خراب الوقف يعمّ كلا القسمين، ورواه ابن حنان(١) قد فرض فيها ثبوت الغلّة للأرض الموقوفه.

وثالثاً: أنّ النسبه بين الروایتين العموم من وجه، لأخذ خصوصیه عدم الخراب فی روایه أبی علی بن راشد المانع عن بیع الوقف وأخذ خصوصیه الوقف علی غیر الإمام فی الروایه المجوّزه، فتتعارضان فیما إذا لم یخرب الوقف علی غیر الإمام، وبعد تساقطهما یرجع إلى عموم حل البیع كما لا یخفی. وأما صدر صحیحه علی بن مهزیار(٢) الداله علی جواز بیع حصه الإمام علیه السلام من الوقف، فلم یظهر منها أنّ البیع المزبور بیع بعد تمام الوقف كما یأتی.

... .

الشرح:

وعن بعض الأجلّه(٣) أنّه یحتمل أن یكون البیع الأرض المفروضه فی روایه جعفر بن حیان علی القاعده بأن لا یكون المراد من وقف الغلّه الوقف المصطلح، فإنّه لم یفرض فی الروایه وقف الأرض ذات الغله، بل ذکر فیها وقف الغلّه. وكما یحتمل یكون المراد بالغله الأرض ذات الغله یحتمل أن یراد بالوقف معناه اللغوی، أی الإسكان والإیقاف علیهم بأن یعیّن المالك الغله علی قرابته من أمّه وأبیه بعد إخراج مقدار منها یقدر بثلاثمئه درهم علی الآخر الذی لا قرابه بینه وبين الواقف.

والحاصل: أنّ الوقف بمعناه اللغوی تصح نسبه إلى الغله والمنفعه، وما ذکر فی الروایه رجل أوقف غله علی قرابته؛ إما أن یراد به الوقف المصطلح بأن یحمل الغله علی الأرض ذات الغله، حیث إن المنفعه بنفسها غیر قابله للوقف، وإما أن یراد من وقف الغله معناها اللغوی، ویؤید ذلك ما فی نسخه «التهدیب»: أوقف غله له(٤)، والإیقاف كما قیل بأن استعماله فی الوقف المصطلح قلیل. وما فی قوله: «من غله الأرض التي وقفها»، یحتمل أن یكون (التي . . .) وصفا للغله لا الأرض، و(من) فی قوله: «یرد ما یرد من الوقف»(٥) بیانا لما یرد، وعلى ذلك یكون بیع الأرض مع

ص: ٣١٥

١- (١) وسائل الشیعه ١٩ : ١٩٠ ، الباب ٦ من کتاب الوقوف والصدقات، الحدیث ٨ .

٢- (٢) مرّت آنفاً .

٣- (٣) الجواهر ٢٢ : ٣٧٢ .

٤- (٤) التهدیب ٩ : ١٣٣ ، الحدیث ١٢ .

٥- (٥) وسائل الشیعه ١٩ : ١٩٠ ، الباب ٦ من کتاب الوقوف والصدقات، الحدیث ٨ .

هذا الإيقاف اللغوى على القاعده، ويرجع الموصى له إلى المشتري بمقدار حقه أو يشترط البائع على المشتري حقه إليه.

أقول: إن كان المراد من وقف الغله أو إيقافها الإيقاف الخارجى بأن هيا حال حياته أرضا ذات غله وتركها لتكون غلتها فى تناول يدى قرابته من أبيه وأمه مع الوصيه ويرده: أنّ ظاهر الروايه أنّه يكفى فى البيع عدم كفايه غله الأرض لمؤونه سنه الموقوف عليهم، كما لا يخفى. وهذا أقل مراتب الفقر الشرعى [١] والمأخوذ فى عبارته من تقدم من المجوزين اعتبار الضروره والحاجه الشديده وبينها وبين مطلق الشرح:

ببعض الغله للآخر يكون المراد بالغله أيضا الأرض ذات الغله، وأنه لا وجه للسؤال بذلك التعبير، بل المناسب أن يقول: رجل ترك أرضا ذات غله وأوصى من غلتها للآخر. هذا، مع أنّ التعبير عن الوقف المعروف بالإيقاف غير عزيز، فلاحظ حسنه أبى على بن راشد المتقدمه، حيث ذكر عليه السلام: «ادفعها إلى من أوقف عليه». وإن كان المراد الإيقاف المعاملى، فلا نتصور تلك المعامله إلا الحبس المعروف بالعمرى والوصيه والوقف بمعناه المعروف.

والحبس المعروف بالعمرى لا يلائم ما فى ذيلها من تجويز البيع بعد انقضاء الموصى له وعقبه لورثه قرابه الميت إن لم يكفهم الغله، حيث إن ذكر عدم كفايه الغله قرينه على أنّ المراد من الورثه، الورثه للقرابه من أبيه وأمه لا- ورثه نفس الميت، ولو كان الأرض ذات الغله حبسا كما ذكر لكان البائع ورثه نفس الميت، أى ولو كانوا ورثه ورثته.

وإرادته الوصيه من الوقف بقرينه التفصيل بين قرابه الميت من أبيه وأمه والآخر الأجنبى فى التعبير غير مناسب، أضف إلى ذلك ما فى الروايه من موارد الظهور فى الوقف المعروف كقوله: «يرد ما يخرج من الوقف»، وكون التى وقفها وصفا لنفس الأرض.

[١] ذكر فى السؤال حاجه الموقوف عليهم وعدم كفايه الغله لهم، والظاهر أنّ الثانى بيان لحاجتهم وأنّ المراد عدم كفايتها لمؤونه سنتهم، فيكون ظاهر الجواب جواز

بيع العين الموقوفة مع فقر الموقوف عليهم وإمكان علاجه بالبيع المزبور. وأما الحاجة الفقر عموم من وجه، إذ قد يكون فقيراً ولا يتفق له حاجة شديده، بل مطلق الحاجة لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعه عليه، وقد يتفق الحاجة والضرورة الشديده في بعض الأوقات لمن يقدر على مؤنه سنته. فالزوايه بظاهاها غير معمول بها. مع أنه قد يقال: إن ظاهر الجواب جواز البيع بمجرد رضا الكل وكون البيع أنفع ولو لم يكن حاجة.

وكيف كان فلا يبقى للجواز عند الضروره الشديده إلا الإجماعان المعتضدان بفتوى جماعه، وفي الخروج بهما عن قاعده عدم جواز البيع، وعن قاعده وجوب كون الثمن على تقدير البيع غير مختص بالبطن الموجود مع وهنه بمصير جمهور المتأخرين وجماعه من القدماء إلى الخلاف، بل معارضته بالإجماع المدعى في السرائر إشكال.

الصورة السادسة: أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة [١] أو إذا كان فيه مصلحة البطن الموجود أو جميع البطن، أو عند مصلحه خاصه على حسب ما يشترط. فقد اختلف كلمات العلّامه ومن تأخر عنه في ذلك.

الشرح:

الشديده المعبر عنها بالاضطرار العرفي فهي أمر آخر غير الفقر الشرعي، والنسبه بينهما عموم من وجه، ومن الظاهر أنّ الدليل على ثبوت الحكم لعنوان تكون النسبه بينه وبين الآخر العموم من وجه لا- يقتضى ثبوت ذلك الحكم لذلك العنوان الآخر. والمتحصّل: أنه لا يمكن إثبات جواز بيع العين الموقوفة في الصورة الخامسة كالزابعه والثالثه.

[١] الظاهر أنّ المراد اشتراط الواقف أن يبيع الموقوف عليهم العين الموقوفة عند حاجتهم إلى ثمنه، وأمّا إذا كان الشرط بيع الواقف العين لنفسه عند حاجته إلى ثمنه فإن كان وقفه بعنوان الصدقه كما إذا كان بقصد القربه فلا ينبغي الرّيب في بطلان شرطه، فقال في الإرشاد: ولو شرط بيع الوقف عند حصول الضرر كالخراج والمؤن من قبل الظالم وشراء غيره بثمانه، فالوجه الجواز، انتهى.

وفي القواعد: ولو شرط بيعه عند الضروره كزياده خراج وشبهه وشراء غيره بثمانه، أو عند خرابه وعطلته، أو خروجه عن حد الانتفاع، أو قلّه نفعه، ففي

صحة الشرط إشكال. ومع البطلان، ففي إبطال الوقف نظر، انتهى.

الشرح:

فإن كل ما كان بقصد القربه فلا يجوز الرجوع فيه، سواء كان بالإنشاء أو بالفعل، ومن الفعل البيع المشترط.

بل يمكن أن يقال: بطلان الوقف مع الاشتراط المزبور، كما ربما يستظهر من صحيحه ابن الفضل الهاشمي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، قال: إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحق به، ترى ذلك له وقد جعله لله يكون له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثاً أو يمضى صدقه؟ قال: يرجع ميراثاً على أهله» (١). أضف إلى ذلك عدم إحراز صدق عنوان الوقف مع الاشتراط المزبور؛ ليعمّ قوله عليه السلام: «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها» (٢). وبهذا يظهر الحال فيما إذا لم يكن مع الاشتراط المزبور قصد القربه.

والحاصل: مع عدم إحراز صدق عنوان الوقف يؤخذ باستصحاب بقاء المال في الملك، وهذا بخلاف صورته اشتراط البيع للموقوف عليهم في بعض الموارد، فإن الاشتراط لا ينافي الوقف كما يظهر ذلك من صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج الآتيه الوارده في الوقف ينبع.

وذكر في الإيضاح في وجه الجواز روايه جعفر بن حنّان المتقدمه، قال: فإذا جاز بغير شرط فمع الشرط أولى. وفي وجه المنع: أن الوقف للتأيد، والبيع ينافيه، قال: والأصح أنه لا يجوز بيع الوقف بحال، انتهى.

وقال الشهيد في الدروس: ولو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم أو وقوع الفتنه بينهم فأولى بالجواز، انتهى.

الشرح:

وأما إذا كان اشتراط البيع للموقوف عليهم مطلقاً بأن يبيعوا العين في أي زمان شاؤوا فلا يبعد منافاته لأصل الوقف أيضاً، خصوصاً فيما إذا لم يكن فيه قيد كون البدل وقفاً أو شراء البدل، فإن حقيقه الوقف في حدوثه يتقوم باشتراط إبقاء العين بحيث لا ينافيه الاستثناء في بعض الموارد.

ص: ٣١٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٩: ١٧٧ ١٧٨، الباب ٣ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩: ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ١.

وعلى تقدير الإغماض عن ذلك يكون اشتراط البيع كذلك منافياً لقوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف»<sup>(١)</sup>، ولا يفيد مع النهى الوضعى مثل قوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»<sup>(٢)</sup>، فإنه لا يعمّ إلا الالتزام والإلزام بين الطرفين مطلقاً، أو لم يكن ابتدائياً كما إذا كان فى ضمن عقد والوقف لا- يكون من العقد ولا- الشرط فيه بمعنى الإلزام والالتزام من الطرفين. ولا قوله: «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»، فإنه مقيد بما إذا لم يكن إنشاء الوقف على نحو غير مشروع، وإنشأؤه بحيث جاز بيعه وشراؤه وقف بوجه غير مشروع، كما هو مقتضى قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف».

وعلى الجملة: لا يرفع اليد عن النهى فى بيع الوقف إلا فيما كان الاشتراط للموقوف عليه بمنزلة الاستثناء عما يقتضيه الوقف فى بعض الموارد.

ويظهر منه: أنّ للشّروط تأثيراً، وأنّه يحتمل المنع من دون الشّروط، والتّجوز معه. وعن المحقّق الكركى أنّه قال: التحقّق أنّ كلّ موضع قلنا بجواز بيع الوقف يجوز اشتراط البيع فى الوقف إذا بلغ تلك الحالة، لأنّه شرط مؤكّد، وليس بمناف للتأييد المعتمد فى الوقف، لأنّه مقيد واقعاً بعدم حصول أحد أسباب البيع، وما لا، فلا [١] للمنافاه. فلا يصحّ حينئذٍ حبساً. لأنّ اشتراط شراء شىء بثمنه يكون وقفاً منافاً لذلك لاقتضائه الخروج عن المالك فلا يكون وقفاً ولا حبساً، انتهى.

أقول: يمكن أن يقال بعد التمسّك فى الجواز بعموم «الوقف على حسب ما يوقفها أهلها» «والمؤمنون عند شروطهم» بعدم ثبوت كون جواز البيع منافياً لمقتضى الوقف فلعله مناف لإطلاقه، ولذا يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرّو مسوّغاته، فإنّ التحقّق كما عرفت سابقاً أنّ جواز البيع لا- يبطل الوقف، بل هو وقف يجوز بيعه، فإذا بيع خرج عن كونه وقفاً. ثمّ إنّ لو سلّم المنافاه فإنّما هو بيعه للبطن الموجود وأكل ثمنه، وأمّا تبديله بوقف آخر فلا تنافى بينه وبين مفهوم الوقف، فمعنى كونه حبساً: كونه محبوساً من أن يتصرّف فيه بعض طبقات الملاك على نحو الملك المطلق، وأمّا حبس شخص الوقف فهو لازم لإطلاقه وتجرّده عن مسوّغات الإبدال، شرعيّه كانت كخوف الخراب أو بجعل الواقف كالأشراط فى متن العقد، فتأمل.

ص: ٣١٩

١- (١) المصدر: ١٨٥، الباب ٦، الحديث الأوّل.

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



الشرح:

[١] يعنى إذا لم يكن شرط البيع فى موارد يجوز بيع الوقف فيها بلا اشتراط فلا يصح لا الشرط ولا الوقف، بل لا يقع التصرف المزبور حبساً أيضاً، والوجه فى عدم وقوعه حبساً أنّ مورد الحبس يبقى المال فى ملك الحابس ويكون للمحبوس له ملك الانتفاع، وإلزام الواقف فى الفرض بشراء البدل ينافى بقاء المال على ملكه، باعتبار ظاهر شرط شراء البدل فرض خروج المال عن ملكه.

ثمّ إنّه روى صحيحاً فى الكافى ما ذكره أميرالمؤمنين عليه السلام فى كيفيته وقف ماله فى عين ينبع. وفيه: «فإن أراد يعنى الحسن عليه السلام أن يبيع نصيباً من المال» [١]

ليقضى به الدّين ليفعل إن شاء لا حرج عليه فيه، وإن شاء جعله سرى الملك. وإنّ ولد على ومواليهم وأموالهم إلى الحسن بن على. وإن كانت دار الحسن بن على غير دار الصدقه فبداله أن يبيعها فليبيعها إن شاء ولا حرج عليه فيه فإن باع فإنّه يقسم ثمنها ثلاثه أثلاث فيجعل ثلثاً فى سبيل الله ويجعل ثلثاً فى بنى هاشم وبنى المطلب وثلثاً فى آل أبى طالب، وإنّه يضعه فيهم حيث يراه الله.

الشرح:

والحاصل: لا يكون التصرف المزبور وفقاً لبطلانه ببطلان شرطه، ولا يقع حبساً لما ذكر.

أقول: عدم وقوع الحبس باعتبار عدم قصده، وإلا - شرط شراء البدل؛ ليكون وقفاً على قرار المبدل، لا ينافى بقاء المال على الملك كما فى الوقف الانتفاعى.

[١] ظاهره إرادته بيع بعض الوقف فتكون الزوايه دليلاً على جواز اشتراط بيع الوقف للبطن الموجوده، وحمله على إرادته بيع بعض ثمرته ضعيف، فإنّه لو كان المراد بيع ثمره الوقف وصرّف ثمنه فى أداء دينه لكان الأنسب أن يقول: فإن أراد أن يقضى به دينه فلا حرج عليه. فالعدول عن الضمير إلى الاسم الظاهر أى التّصيب من المال مع ذكر البيع بقريته ما قبله من «أنّه يقوم على ذلك الحسن بن على يأكل منه بالمعروف، وينفقه حيث يريد الله فى حلّ محلّل لا حرج عليه» (١) ظاهره إرادته بيع الوقف.

وكذا قوله: فبدا له أن يبيعها فليبيعها، حيث إنّ الضمير يرجع إلى دار الصدقه

ص: ٣٢٠

واحتمال رجوعه إلى داره عليه السلام ضعيف؛ لأن جواز بيع الحسن عليه السلام داره لا يحتاج إلى ثم قال: وإن حدث في الحسن أو في الحسين حدث. فإن الآخر منهما ينظر في بنى علي إلى أن قال: فإنه يجعله في رجل يرضاه من بنى هاشم، وإنه يشترط على الذى يجعله إليه أن يترك هذا المال على أصوله وينفق الثمره حيث أمره به من سبيل الله ووجهه وذوى الرحم من بنى هاشم وبنى المطلب والقريب والبعيد، لا يباع شىء منه ولا يوهب ولا يورث. . . الروايه». وظهرها جواز اشتراط البيع فى الوقف لنفس البطن الموجود فضلاً عن البيع لجميع البطون وصرف ثمنه فيما ينتفعون به. والسند صحيح، والتأويل مشكل [١] والعمل به.

الصورة السابعة: أن يؤدى بقاؤه إلى خرابه [٢] علماً أو ظناً، وهو المعبر عنه الشرح:

الاشتراط عليه. أضيف إلى ذلك اشتراط تقسيم ثمنها أثلاثاً.

[١] فإن الروايه ظاهرها وقف الأموال المزبوره لا الوصيه بها، ويفصح عن ذلك قوله عليه السلام: «وإن الذى كتبت من أموالى هذه صدقه واجبه بتله حياً أنا أو ميتاً» (١)، حيث إنه لو كانت وصيه لكانت صدقه واجبه بعد مماته عليه السلام فقط.

والمتحصّل أنّ الروايه ظاهرها الوقف العام الصرفى وقد اشترط فيه للمتولى الإذن فى بيع نصيب من المال حينما أراد به قضاء الدين أو مطلقاً، كما هو ظاهر قوله عليه السلام: «وإن شاء جعله شروى الملك» (٢). ولا يبعد التعدى إلى الوقف الخاص؛ لعدم احتمال الفرق، بل إلى صورته اشتراط بيع تمام الوقف وتملكه؛ لما ذكرنا من عدم احتمال الفرق كما لا يخفى.

[٢] الصورة السابعة: وهى صورته الخوف من بقاء الوقف وعدم بيعه إلى خرابه ب «خوف الخراب» فى كثير من العبائر المتقدمه. والأداء إلى الخراب قد يكون للخلف بين أربابه، وقد يكون لا له. والخراب المعلوم أو المخوف، قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع نفعاً معتداً به، وقد يكون على وجه نقص المنفعه. وأما إذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر كانتفاعه السابق أو أزيد، فلا يجوز بيعه إلا على ما استظهره بعض من تقدم كلامه سابقاً: من أن تغير عنوان الوقف

ص: ٣٢١

١- (١) المصدر السابق.

٢- (٢) المصدر السابق.

يسوّغ بيعه وقد عرفت ضعفه. وقد عرفت من عبارات جماعه تجويز البيع في صورته التأديبه إلى الخراب ولو لغير الاختلاف، ومن أخرى تقيدهم به.

الشرح:

مستقبلاً، بأن علم ذلك أو ظن، سواء كان ذلك للاختلاف بين الموقوف عليهم أو لأمر آخر. والمراد بالخراب إما سقوط العين الموقوفه عن المنفعه المعتد بها، أو ما يعم نقص المنفعه.

وأما إذا كان الخراب غير موجب لسقوطها عن المنفعه المعتد بها، بأن فرض الانتفاع بها بوجه آخر، كما إذا كان الوقف قبل خرابه بستاناً وبعد خرابه تصير أرضاً زراعيه لا تقل منفعتها عن منفعه البستان، لم يجز بيعها. نعم، لو قيل بأن زوال عنوان الوقف يوجب انتهاء الوقف كما تقدّم عن صاحب الجواهر رحمه الله، جاز بيعها(1).

والصّوره الثّامنه: وجود الاختلاف بين الموقوف عليهم المؤدى مع بقاء الوقف وعدم بيعه إلى تلف المال أو النفس علماً أو ظناً أو احتمالاً. والفرق

بين الصورتين أنّ الصوره السابعه لم تؤخذ فيها خصوصيه الاختلاف بين الموقوف عليهم، ولكن أخذت خصوصيه العلم أو الظن بخراب الوقف مستقبلاً. وفي الصّوره الثّامنه أخذت خصوصيه اختلاف الموقوف عليهم ولكن لم يؤخذ الأداء إلى الصوره الثّامنه: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا- يؤمن معه تلف المال أو النفس وإن لم يعلم أو يظن بذلك. فإن الظاهر من بعض العبارات السابقه جوازه لذلك، خصوصاً من عبّر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب.

الصوره التاسعه: أن يؤدى الاختلاف بينهم إلى ضرر عظيم من غير تقييد بتلف المال، فضلاً عن خصوص الوقف.

الشرح:

خراب خصوص الوقف، بل الخوف فيها تلف المال سواء كان مال الوقف أو غيره، بل لم يؤخذ خصوص تلف المال، بل يعم تلف النفس، كما لم يؤخذ خصوص العلم أو الظن، بل ما يعم احتمال التلف.

الصّور التاسعه: أنّ يكون بين الموقوف عليهم اختلاف يؤدى مع بقاء الوقف

ص: ٣٢٢

وعدم بيعه إلى ضرر كبير، سواء كان الضرر ضرر العرض أو النفس.

الصورة العاشرة: أن يكون بقاء الوقف وعدم بيعه موجبا للفساد والخلاف بين الموقوف عليهم، بحيث يكون الاختلاف والفساد مظنه تلف النفوس واستباحتها.

وذكر رحمه الله أنه لو كان بقاء الوقف وعدم بيعه في هذه الصورة مؤدياً إلى خراب الوقف بحيث لا تكون له منفعة معتد بها، بأن يكون ساقطاً عن المنفعة رأساً، فلا يبعد جواز بيعه، وأمّا في غير ذلك فلا، والوجه في جواز بيعه في الصورة المزبورة فلأن بيعه لا ينافي وقف الواقف وغرضه كما لا تنافيه الأدلة الشرعية ولا حقوق البطون الآتية المعبر عنها فيما تقدم بحق الواقف وحق البطون وحق الشارع.

أمّا عدم منافاته لوقف الواقف وغرضه فإن غرضه الانتفاع بالعين، وإذا أحرز أنه لا يمكن الانتفاع بالعين مستقبلاً ودار الأمر بين عدم الانتفاع لا بشخصها ولا بنوعها، بأن يبقى الوقف بحاله حتى يخرب أو ينتفع لا بشخصه، بل بنوعه بأن بيع بما يبقى لانتفاع البطون، فإن الثاني أقرب إلى غرض الواقف ووقفه. والأدلة الشرعية المانعة عن الصورة العاشرة: أن يلزم فساد يستباح منه الأنفس، والأقوى: الجواز مع تأديه البقاء إلى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعاً يعتد به عرفاً، سواء كان لأجل الاختلاف أو غيره، والمنع في غيره من جميع الصور.

أمّا الجواز في الأول، فلما مرّ من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع، فإن الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه، فإذا فرض العلم أو الظن بانقطاع شخصه، فدار الأمر بين انقطاع شخصه ونوعه، وبين انقطاع شخصه لا نوعه، كان الثاني أولى، فليس فيه منافاه لغرض الواقف أصلاً.

الشرح:

بيع الوقف أيضاً لا تعم الغرض؛ لعدم تمام الإجماع فيه على عدم جواز البيع، والرواية المانعة منصرفه إلى غيرها، كما مر في بيان جواز البيع في الصورة الأولى.

إن قلت: ما الفرق بين هذا الفرض والصورة الأولى؟ قلت: كان المفروض في الصورة الأولى عدم وقوع البيع قبل الخراب وإمكان بيع الوقف بعد خرابه وشراء ما يصلح لكونه وقفاً، والمفروض في هذه الصورة إمكان البيع قبل خراب الوقف وإمكان شراء البديل بما تنتفع به البطون، بحيث لا يمكن بيعه وشراء البديل وتحصيل البديل بعد الخراب.

أقول: لو كان الوقف بحيث لا- يمكن بيعه بعد الخراب أو كان البديل المشتري به بعد الخراب ممّا لا يكون له نفع معتد به فلا ينبغي الإشكال في جواز بيعه في آخر أزمته إمكان بيعه وشراء البديل فيما إذا كان الوقف من وقف العام، سواء كان صرفياً أو انتفاعياً، فإن المفروض فيه قيام القرينه العامه على شرط بقاء الوقف مهما أمكن على ما تقدم. وأما إذا أمكن البيع وشراء البديل بعد الخراب أيضاً ولو كان البديل قليل المنفعه بالإضافة إلى العين الموقوفه حال عمارتها، فلا وجه لرفع اليد عن إطلاق قوله عليه السلام: «لا يجوز وأما الأدله الشرعيه، فغير ناهضه، لاختصاص الإجماع، وانصراف النصوص إلى غير هذه الصوره.

وأما الموقوف عليهم، فالمفروض إذن الموجود منهم، وقيام الناظر العامّ أو الخاصّ مقام غير الموجود. نعم، قد يشكل الأمر فيما لو فرض تضرّر البطن الموجود من بيعه، للزوم تعطيل الانتفاع إلى زمان وجدان البديل، أو كون البديل قليل المنفعه بالنسبه إلى الباقي.

وممّا ذكر يظهر أنّه يجب تأخير البيع إلى آخر أزمته إمكان البقاء، مع عدم فوات الاستبدال فيه [١] ومع فوته ففي تقديم البيع إشكال. ولو دار الأمر بين بيعه الشرح:

شراء الوقف» (١)، بل قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» (٢).

وأما الوقف الخاصّ، فإن كان الخراب المترقب في زمان البطن الموجوده بحيث لا يمكن بيعه بعد فعلية الخراب جاز بيعه في آخر أزمته إمكانه ويصير الثمن ملكاً للبطن الموجوده، حيث تقدم أنّ لهم نفى التقدير الذي جعل معه الملك للبطن اللاحقه مع فعلية الخراب، ويجرى ذلك الوجه في الفرض. وأما إذا كان الخراب المترقب في زمان البطن اللاحقه فلا موجب معه لرفع اليد عن إطلاق قوله عليه السلام: «الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»، وقوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف»، فتدبر جيداً.

[١] يعنى إذا فرض إمكان بيع الوقف واستبداله بعين أخرى في زمان لا يمكن بعده البيع ولا الاستبدال فالجواز ظاهر، وأما إذا فرض إمكان البيع في ذلك الزمان ولكن لا يمكن شراء البديل فيه بحيث لو أريد شراء البديل فلا بد من وقوع البيع قبل ذلك

ص: ٣٢٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٧ : ٣٦٤، الباب ١٧ من أبواب عقد البيع وشروطه.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩ : ١٧٥، الباب ٢ من أبواب الوقوف والصدقات، الحديث الأول .

الزمان، ففي تقديم جانب البطون بتقديم البيع إشكال.

والإبدال به، وبين صرف منفعة الحاصله مده من الزمان لتعميره ففي ترجيح حقّ البطن الذي يفوته المنفعة أو حقّ الواقف وسائر البطون المتأخره المتعلق بشخص الوقف وجهان لا يخلو أولهما عن قوه [١] إذا لم يشترط الواقف إصلاح الوقف من منفعة مقدماً على الموقوف عليه.

وقد يستدلّ على الجواز فيما ذكرنا، بما عن التنقيح: من أنّ بقاء الوقف على حاله، والحال هذه إضاعه وإتلاف للمال، وهو منهى عنه شرعاً، فيكون البيع جائزاً. ولعله أراد الجواز بالمعنى الأعمّ، فلا يرد عليه: أنّه يدلّ على وجوب البيع.

وفيه: أنّ المحرّم هو إضاعه المال المسلّط عليه، لا ترك المال الذي لا سلطان عليه إلى أن يخرب بنفسه، وإلّا لزم وجوب تعمیر الأوقاف المشرفه على الخراب بغير البيع مهما أمكن مقدماً على البيع، أو إذا لم يمكن البيع.

والحاصل: أنّ ضعف هذا الدليل بظاهره واضح، ويتضح فساده على القول بكون الثمن للبطن الموجود لا غير. ويتلوه في الضعف ما عن المختلف والتذكرة والمهدّب وغايه المرام: من أنّ الغرض من الوقف استيفاء منافعه وقد تعدّرت، فيجوز إخراجه عن حدّه، تحصيلاً للغرض منه، والجمود على العين مع تعطيلها الشرح:

أقول: قد ظهر ممّا تقدم عدم الإشكال في تقديم البيع في الوقف الصرفي أو الانتفاعي للزوم إبقاء الوقف مهما أمكن ولو بنوعه، وأما في الوقف الخاص فلا يقدم البيع على ما ذكر.

[١] قد تقدم أنه إذا دار الأمر بين صرف منافعه على عمارته لتبقى العين للبطون أو صرفها على البطن الموجوده فالأظهر صرفها لعمارتها، خلافاً للمصنف رحمه الله، حيث رجح الثاني. ووجه ما ذكرنا: أنّ ظاهر الوقف هو أنّ للموقوف عليهم المقدار الباقي من حاجه الوقف.

تضييع للغرض، كما أنّه لو تعطّل الهدى ذبح في الحال وإن اختصّ بموضع، فلما تعدّرت مراعاة المحلّ ترك مراعاة الخاص المتعدّرت.

وفيه: أنّ الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف، لأنّه الذي دلّ عليه صيغه الوقف، والمفروض تعدّرته فيسقط. وقيام الانتفاع بالنوع مقام

الانتفاع بالشخص لكونه أقرب إلى مقصود الواقف فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الأقرب إلى غرض الواقف بعد تعذر أصل الغرض. فالأولى منع جريان أدله المنع مع خوف الخراب المسقط للمنفعه رأساً، وجعل ذلك مؤيداً.

وأما المنع في غير هذا القسم من الصوره السابعه وفيما عداها من الصور اللاحقه لها، فلعموم قوله عليه السلام: «لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلّه في ملكك»، فإنّ ترك الاستفصال [١] فيه عن علم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على بعض الوجوه المجوّزه وعدمه الموجب لحمل فعل البائع على الصحه يدلّ على أنّ الوقف ما دام له غلّه لا يجوز بيعه. وكذا قوله عليه السلام: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله»، وما دلّ على أنّه: يترك حتّى يرثها وارث السماوات والأرض.

الشرح:

[١] يعنى لو جاز بيع الوقف في غير سقوط العين عن الانتفاع لما أجاب عليه السلام في روايه عليين راشد(١) بعدم جواز شراء الوقف بلا استفصال، والوجه في ذلك أنه لو كان في البين مجوّز آخر لبيعه غير خرابه يكون للمشتري الشراء مع احتمال ذلك المجوز حملاً لفعل البائع على الصحه. ولكن على الإمام عليه السلام الاستفصال عن احتمال ذلك المجوز وعدمه، فحكمه عليه السلام بعد الجواز من غير استفصال مقتضاه عدم جواز بيع الوقف المعمور.

هذا كلّه، مضافاً إلى الاستصحاب في جميع هذه الصور وعدم الدليل الوارد عليه، عدا المكاتبه المشهوره التي انحصرت تمسيك كلّ من جوزه في هذه الصور فيها، وهي مكاتبه ابن مهزيار، قال: «كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام: أنّ فلاناً ابتاع ضيعه فأوقفها، وجعل لك في الوقف الخمس، ويسأل عن رأيك في بيع حصّتك من الأرض، أو تقويمها على نفسه بما اشتراها، أو يدعها موقوفه؟ فكتب إليّ: أعلم فلاناً أنّي أمره ببيع حصّتي من الضيعه، وإيصال ثمن ذلك إليّ، إنّ ذلك رأيي إن شاء الله تعالى، أو يقومها على نفسه إن كان ذلك أوفق له. قال: وكتبت إليه: أنّ الرجل ذكر أنّ بين من وقف عليهم بقيه هذه الضيعه اختلافاً شديداً، وأنّه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف، ويدفع إلى كلّ إنسان

ص: ٣٢٤

١- (١) مرّت آنفاً.

منهم ما وقف له من ذلك، أمرته. فكتب بخطه: وأعلمه أنّ رأبي: إن كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أنّ بيع الوقف أمثل فليبع، فإنّه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس» حيث إنه يمكن الاستدلال للجواز [١] بها في القسم الثاني من الصورة السابعه، بناءً على أنّ قوله: «فإنه . . . الخ» تعليل لجواز البيع في صورته الشرح:

لا يقال: لو تمّ لكان مقتضياً لعدم جواز بيع الوقف المعمور حتّى في صورته إحراز خرابه مستقبلاً، فإن مع عدم خرابه فعلاً ووجود الغله له يدخل في ظاهر النهي عن الشراء، فإنه يقال: نعم، ولكن قد تقدم جواز البيع مع اشتراط البائع والقرينه العامه في الوقوف العامه على إبقاء الوقف مهما أمكن مساوق لاشتراط بيعه في آخر أزمته إمكان البيع والاستبدال على ما تقدم.

[١] المراد بالقسم الثاني من الصورة السابعه كون بقاء الوقف وعدم بيعه مؤدياً علماً أو ظناً إلى خرابه، بمعنى قلّه منفعتّه، كما أنّ المراد بالقسم الأول ما إذا كان بقاؤه مؤدياً كما ذكر إلى سقوطه عن الانتفاع رأساً بحيث لا يبقى له منفعة معتدّ بها.

الاختلاف، وأنّ المراد بالمال هو الوقف، فإنّ ضمّ النفوس إنّما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف، لا أنّ المناط في الحكم هو اجتماع الأمرين كما لا يخفى، فيكون حاصل التعليل: أنّه كلّما كان الوقف في معرض الخراب جاز بيعه.

الشرح:

وقد أورد رحمه الله على دلالة المكاتبه على جواز بيع الوقف في القسم الثاني المزبور بأمر:

الأول: أنّ المدعى في ذلك القسم جواز بيع ما إذا علم أو ظن أداء بقائه إلى خرابه كما هو تصريح بعض (١)، وظاهر تعبير بعض آخر عنه بخوف الخراب (٢)، والخوف كما يظهر من كلماتهم وموارد استعمالاتهم لا- يصدق بمجرد الاحتمال ما لم يكن في السبب أماره، كما في خوف الضرر في وجوب الإفطار وحرمة السفر مع خوف الهلاك . . . إلى غير ذلك. مع أنّ الوارد في الروايه لفظ «ربما» وظاهرها يعم الاحتمال حتّى ما إذا كان ضعيفاً.

الثاني: أنه على تقدير كون المراد بالمال في الروايه الوقف، فظاهر تلفه سقوطه

ص: ٣٢٧

١- (١) الشرائع ٢: ٢٧٠، والقواعد ٢: ٢٣، واللمعه: ٩٥، وغيرها .

٢- (٢) المبسوط ٣: ٣٠٠، والغنيه: ٢٩٨، والجامع للشرائع: ٣٧٢، وغيرها .



عن الانتفاع رأساً كما هو القسم الأول من الصورة السابعة، فلا تعمّ الرواية القسم الثاني.

الثالث: أنّ ظاهر تلف المال فى مقابل تلف النفس تلف مطلق المال، سواء كان هو الوقف أو غيره، فىكون مقتضى الرواية جواز بيع الوقف تحفظاً للمال الآخر، وهذا غير المدعى.

أقول: الخوف كما يظهر للراجع إلى وجدانه حاله يحصل للنفس بمجرد الاحتمال أيضاً، غاية الأمر قد لا يكون مجرد الخوف موجباً للحكم، كما فى السفر المخوف فيه هلاك الشخص، فإنه لو كان بمجرد موجباً لحرمة لا يبقى فى البين سفر وفيه: أنّ المقصود جواز بيعه إذا أدى بقاؤه إلى الخراب علماً أو ظناً، لا- مجرد كونه ربما يؤدى إليه المجامع للاحتمال المساوى أو المرجوح، على ما هو الظاهر من لفظ «ربما» كما لا يخفى على المتتبع لموارد استعمالاته ولا أظنّ أحداً يلتزم بجواز البيع بمجرد احتمال أداء بقائه إلى الخراب، لأنّ كلمات من عبّر بهذا العنوان كما عرفت بين قولهم: «أدى بقاؤه إلى خرابه»، وبين قولهم: «يخشى أو يخاف خرابه».

والخوف عند المشهور، كما يعلم من سائر موارد إطلاقاتهم مثل قولهم: «يجب الإفطار والتيمّم مع خوف الضرر»، «ويحرم السفر مع خوف الهلاك» لا- يتحقّق إلا- بعد قيام أماره الخوف. هذا، مع أنّ مناط الجواز على ما ذكر تلف الوقف رأساً، وهو القسم الأول من الصورة السابعة الذى جوّزنا فيه البيع، فلا- يشمل الخراب الذى لا يصدق معه التلف. مع أنّه لا وجه بناءً على عموم التعليل للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف، بل كلّما خيف تلف مال جاز بيع الوقف. وأمّا تقريب الاستدلال بالمكاتبه [١] على جواز البيع فى الصورة الثامنة وهى صورته وقوع الاختلاف الذى ربما أوجب تلف الأموال والنفس فهو: أنّ الشرح:

حلال يوجب القصر إلا نادراً، ويكون ذلك قرينه على كون المراد به السفر الذى فيه أماره موجبه للظن بالهلاك كما لا يخفى.

[١] الصورة الثامنة: ما إذا كان بين الموقوف عليهم خلاف بحيث يخاف تلف المال أو النفس فى صورته بقاء الوقف وعدم بيعه، والوجه فى جواز البيع فيها ظهور المكاتبه فى اعتبار الاختلاف الخاص وجواز البيع معه؛ لأنّ الوارد فيه وإن كان جواز

البيع مع اختلاف الموقوف عليهم، إلا أن تعليل الجواز بأنه ربما يجيء في الاختلاف تلف المال والنفس مقتضاه تقييد الاختلاف بالاحتمال المزبور.

الحكم بالجواز معلق على الاختلاف، إلا أن قوله: «فإنه ربما . . . الخ» مقيد بالاختلاف الخاص وهو الذى لا يؤمن معه من التلف، لأن العلة تقيد المعلول، كما فى قولك: لا تأكل الرمان لأنه حامض.

وفيه: أن اللازم على هذا، تعميم الجواز فى كل مورد لا- يؤمن معه من تلف الأموال والنفس وإن لم يكن من جهة اختلاف الموقوف عليهم، فيجوز بيع الوقف لإصلاح كل فتنه وإن لم يكن لها دخل فى الوقف. اللهم إلا- أن يدعى سوق العلة مساق التقريب، لا التعليل الحقيقى حتى يتعدى إلى جميع موارد. لكن تقييد الشرح:

وفيه: أن قوله عليه السلام: «ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال والنفس»<sup>(١)</sup>، أمره دائر بين حمله على التعليل أو على التقريب وبيان الحكمه لجواز البيع مع الاختلاف، ولو حمل على التعليل فمقتضاه عدم الخصوصية للاختلاف، بل كل ما كان مع بقاء الوقف احتمال تلف المال والنفس من الموقوف عليهم أو غيرهم وأمكن علاج ذلك ببيع الوقف جاز. ولو حمل على بيان الحكمه والتقريب فلا يكون فى البين تقييد للاختلاف، حيث إن الحكمه للحكم لا يكون مقيداً له.

ويظهر الحمل على الحكمه من كلام الشهيد رحمه الله فى «الروضه»<sup>(٢)</sup> فإنه ذكر بما حاصله أنه لا يعتبر فى جواز بيع الوقف الاختلاف الخاص، أى الاختلاف الذى يكون فيه احتمال تلف المال أو النفس، بل يجوز بيعه مع اختلافهم مطلقاً، باعتبار أن فى الاختلاف بحسب نوعه خوف تلف المال والنفس، ولا ينظر إلى أشخاصه. وكيف ما كان، فشىء من الحملين لا يناسب فرض الصوره الثامنه كما لا يخفى.

الاختلاف حينئذٍ بكونه ممّا لا يؤمن، ممنوع. وهو الذى فهمه الشهيد رحمه الله فى الروضه كما تقدّم كلامه لكن الحكم على هذا الوجه مخالف للمشهور. فلا يبقى حينئذٍ وثوق بالروايه بحيث يرفع اليد بها عن العمومات والقواعد، مع ما فيها من ضعف الدلاله، كما سيجىء إليه الإشاره. وممّا ذكرنا يظهر تقريب الاستدلال على الصوره

ص: ٣٢٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٨٨ ، الباب ٦ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٦ .

٢- (٢) الروضه البهيه ٣ : ٢٥٥ ، الثالثه يشترط فى المبيع أن يكون طلقاً، فلا يصح بيع الوقف .

وأما تقريب الاستدلال على الصّوره العاشره [٢] فهو: أنّ ضمّ تلف النفس إلى تلف الأموال مع أنّ خوف تلف الأنفس يتبعه خوف تلف المال غالباً يدلّ على اعتبار بلوغ الفتنة في الشدّه إلى حيث يُخاف منه تلف النفس ولا يكفى بلوغه إلى ما دون ذلك بحيث يخاف منه تلف المال فقط.

الشرح:

[١] الصوره التاسعه: ما إذا كان بين الموقوف عليهم اختلاف يؤدي ذلك الاختلاف مع بقاء الوقف إلى ضرر عظيم، سواء كان مال الوقف أو غيره، واستفاده الجواز في هذه الصوره من المكاتبه مبني على تقييد الاختلاف فيها بما ذيلها من قوله عليه السلام: «فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس» (١).

ولكن يرد على ذلك أيضاً أنه إن كان الذيل تعليلاً فلا بد من إلغاء الاختلاف والالتزام بجواز بيع الوقف كلما كان بقاؤه مؤدياً إلى تلف المال أو النفس، ومع عدم كونه تعليلاً، بل تقريباً لجواز بيع الوقف مع الاختلاف فلا بد من الالتزام بجواز بيع الوقف مع اختلاف الموقوف عليهم كان مؤدياً إلى التلف المزبور أم لا.

[٢] الصوره العاشره: ما إذا لزم من بقاء الوقف وعدم بيعه فساد تستباح فيه الأنفس، ووجه استظهار جواز بيعه في الفرض من المكاتبه هو أنّ ضمّ تلف الأنفس وفيه: أنّ اللازم على هذا عدم اختصاص موجب الفساد بوقوع الفتنة بين الموقوف عليهم. بل يجوز حينئذ بيع الوقف لرفع كلّ فتنة مع أنّ ظاهر الروايه كفايه كون الاختلاف بحيث ربما جاء فيه تلف الأموال والنفوس، والمقصود كما يظهر من عبارته الجامع المتقدّمه هو اعتبار الفتنة التي يُستباح بها الأنفس.

والحاصل: أنّ جميع الفتاوى المتقدّمه في جواز بيع الوقف الراجعه إلى اعتبار أداء بقاء الوقف علماً أو ظناً أو احتمالاً إلى مطلق الفساد أو فساد خاصّ أو اعتبار الاختلاف مطلقاً، أو اختلاف خاص مستنده إلى ما فهم أربابها من المكاتبه المذكوره. والأظهر في مدلولها هو إناطة الجواز بالاختلاف الذي ربما جاء فيه تلف الأموال والنفوس لا مطلق الاختلاف؛ لأنّ الذيل مقيّد [١] ولا خصوص

ص: ٣٣٠

الشرح:

فيها إلى تلف المال باعتبار أنّ خوف تلف الأنفس يقارن غالباً تلف المال، لا لكون تلف المال مجوّزاً بنفسه.

ولكن لا- يخفى أنّ مدلول الرواية على ما ذكر جواز علاج كلّ فتنه موجه للاستباحة المزبوره ببيع الوقف ولولم تكن الفتنه بين الموقوف عليهم، وظاهر الصورة العاشره وقوع الفساد بينهم كما أنّ ظاهر الروايه كفايه الاختلاف الذى يحتمل فيه مع بقاء الوقف الاستباحه المزبوره، والمفروض فى الصورة العاشره كون بقاء الوقف ملازماً لذلك الفساد لا أمراً محتملاً.

أضف إلى ذلك ذكر استباحه الأموال مع استباحه النفوس، باعتبار تقارن الأول بالثانى نوعاً خلاف ظاهر الروايه، بل ظاهرها كون احتمال كلّ من الضررين مجوّزاً لبيع الوقف.

[1] يعنى يكون الموجب لجواز البيع بحسب ظهور الروايه هو الاختلاف الموجب لتلف المال أو النفس علماً أو ظناً أو احتمالاً لا الاختلاف مطلقاً، والوجه فى المؤدّى علماً أو ظناً، لأنّ موارد استعمال لفظه «ربما» أعمّ من ذلك، ولا- مطلق ما يؤدّى إلى المحذور المذكور، لعدم ظهور الدليل فى التعليل بحيث يتعدّى عن مورد النصّ وإن كان فيه إشاره إلى التعليل. وعلى ما ذكرنا، فالمكاتبه غير مفتى بها عند المشهور، لأنّ الظاهر اعتبارهم العلم أو الظنّ بأداء بقائه إلى الخراب الغير الملازم للفتنه الموجه لاستباحه الأموال والأنفس، فيكون النسبه بين فتوى المشهور ومضمون الروايه عموماً من وجه.

لكن الإنصاف: أنّ هذا لا- يمنع من جبر ضعف دلالة الروايه وقصور مقاومتها للعمومات المانع، بالشهره، لأنّ اختلاف فتاوى المشهور إنّما هو من حيث الإختلاف فى فهم المناط الذى أنيط به الجواز من قوله عليه السلام: «إن كان قد علم الشرح:

تقييد الاختلاف بذلك ليس حمل قوله عليه السلام: «فإنه ربما جاء فى الاختلاف . . .» (1)، على التعليل الحقيقى؛ ليقال: إن لازمه اعتبار كلّ فتنه يكون فيها احتمال تلف المال أو

ص: ٣٣١

النفس، بل الذيل بحسب المتفاهم العرفي يكون تقييداً للاختلاف، وأن الموضوع لجواز البيع هو الاختلاف الخاص.

وعلى ذلك تكون النسبه بين فتوى المشهور ومضمون الروايه العموم من وجه؛ لأن فتاويهم تعمّ ما إذا كان في بقاء الوقف مع الاختلاف خوف خراب الوقف، بمعنى قلّه نفعه، والروايه لا- تعمّ إلّا تلف المال أو النفس، كما أنّ فتاواهم لا تعمّ ما إذا كان في بقاء الوقف مع الاختلاف مجرد احتمال التلف ولكن الروايه تعمه. فتجتمعان في الاختلاف المؤدىّ علماً أو ظناً إلى تلف العين الموقوفه، وتفترقان في الاختلاف المؤدىّ علماً أو ظناً إلى نقص منفعه الوقف في الاختلاف المؤدىّ إلى تلف المال أو النفس بنحو الاحتمال.

الاختلاف . . . المنضم إلى قوله: «فإنّه ربما جاء في الاختلاف . . .».

وأما دلالة المكاتبه على كون مورد السؤال هو الوقف المؤبد التام، فهي على تقدير قصورها منجبره بالشهره، فيندفع بها ما يدعى من قصور دلالتها من جهات، مثل: عدم ظهورها في المؤبد، لعدم ذكر البطن اللاحق، وظهورها في عدم إقباض الموقوف عليهم وعدم تمام الوقف كما عن الإيضاح وأوضحه الفاضل المحدّث المجلسي، وجزم به المحدّث البحراني، ومال إليه في الرياض. قال الأوّل في بعض حواشيه على بعض كتب الأخبار: إنّ يخطر بالبال أنّه يمكن حمل الخبر على ما إذا لم يُقبضهم الضيعه الموقوفه عليهم، ولم يدفعها إليهم، وحاصل السؤال: أن الواقف يعلم أنه إذا دفعها إليهم يحصل بينهم الاختلاف ويشتدّ، لحصول الاختلاف بينهم قبل الدفع إليهم في تلك الضيعه أو في أمر آخر، فهل يدعها موقوفه ويدفعها إليهم أو يرجع عن الوقف لعدم لزومه بعدّ ويدفع إليهم ثمنها؟ أيهما أفضل؟ انتهى موضع الحاجه.

والإنصاف: أنّه توجيه حسن، لكن ليس في السؤال ما يوجب ظهوره في ذلك، فلا يجوز رفع اليد عن مقتضى ترك الاستفصال في الجواب. كما أنّ عدم ذكر البطن اللاحق لا يوجب ظهور السؤال في الوقف المنقطع، إذ كثيراً ما يقتصر في مقام حكايه وقف مؤبد على ذكر بعض البطن، فترك الاستفصال عن ذلك يوجب ثبوت الحكم للمؤبد.

والحاصل: أنّ المحتاج إلى الانجبار بالشهره ثبوت حكم الروايه للوقف التام

المؤيد، لا- تعيين ما أنيط به الجواز من كونه مجرد الفتنة أو ما يؤدي الفتنة إليه، أو غير ذلك مما تقدم من الاحتمالات في الفقرتين [١] المذكورتين.

الشرح:

[١] الفقرة الأولى قوله عليه السلام: «إن كان علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع نعم، يحتاج إلى الاعتضاد بالشهره من جهة أخرى، وهى: أن مقتضى القاعده كما عرفت لزوم كون بدل الوقف كنفسه مشتركاً بين جميع البطون، وظاهر الروايه تقريره عليه السلام للسائل فى تقسيم ثمن الوقف على الموجودين، فلا بد: إما من رفع اليد عن مقتضى المعاوضه إلا بتكلف سقوط حق سائر البطون عن الوقف آنأ ما قبل البيع، لتقع المعاوضه فى مالهم. وإما من حمل السؤال على الوقف المنقطع، أعنى: الحبس الذى لا إشكال فى بقاءه على ملك الواقف، أو على الوقف الغير التام، لعدم القبض، أو لعدم تحقق صيغه الوقف وإن تحقق التوطن عليه. وتسميته وفقاً بهذا الاعتبار.

الشرح:

الوقف أمثل»، حيث يحتمل فى هذه الفقرة أن يكون المراد الاختلاف مطلقاً أو الاختلاف الخاص، والفقره الثانيه قوله عليه السلام: «فإنه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال والأنفس»<sup>(١)</sup>، حيث يحتمل كونه تعليلاً- حقيقياً أو تقييداً أو مجرد تقريب للحكم. والمتحصّل من كلماته رحمه الله أن فى دلالة المكاتبه على جواز بيع الوقف بعد تمامه تأملاً، وعلى تقدير دلالتها فى الأخذ بها إشكالاً، وقد تعرّض رحمه الله للإشكالات فى الدلاله وللإشكالات فى الأخذ بها فى طى الكلمات السابقه.

أقول: لا يوجب شىء ممّا ذكر الخلل فى ظهور المكاتبه فى جواز بيع الوقف بعد تمامه؛ لدفع الاختلاف أو تفاقمه الموجب ولو احتمالاً- لتلف الأموال والأنفس، وظاهر السؤال هو الوقف المعروف لا- الحبس الذى يبقى العين فى ملك الحابس، ويكون للمحبوس له الانتفاع أو المنفعه فى مده معينه أو مادام حياه أحدهما.

ويشهد لذلك السؤال عن بيعها ودفع ثمنها إلى الموقوف عليهم بمقدار ويؤيده: تصدى الواقف بنفسه للبيع، إلا أن يحمل على كونه ناظراً، أو يقال:

ص: ٣٣٣

إنه أجنبي استأذن الإمام عليه السلام في بيعه عليهم حسبه. بل يمكن أن يكون قد فهم الإمام عليه السلام من جعل السائل قسمه الثمن بين الموجودين مفروغاً عنها مع أن المركز في الأذهان إشتراك جميع البطون في الوقف وبدله أن مورد السؤال هو الوقف الباقي على ملك الوقف، لانقطاعه أو لعدم تمامه.

ويؤيده: أن ظاهر صدره المتضمن لجعل الخمس من الوقف للإمام عليه السلام هو هذا النحو أيضاً. إلا أن يصلح هذا الخلل وأمثاله بفهم الأصحاب الوقف المؤبد الشرح:

حصصهم من الوقف، حيث إن الثمن في الحبس يختص بالحابس ولا يدفع إلى المحبوس له، وعدم ذكر العقب في الوقف لا يدل على إرادة الحبس، بل عدم تعرض السائل لذكره لعدم الحاجة إلى ذكرهم، حيث إن غرضه السؤال عن بيعه ودفع ثمنه إلى البطن الموجوده. وحملها على الوقف قبل تمامه بالقبض غير صحيح، فإنه ينافيه تجويز البيع في الجواب بلا استفصال عن حصول القبض وعدمه، بل بما أنه عليه السلام قد فهم من السؤال أن الواقف قد جعل لنفسه التولية كما هو ظاهر قول السائل، وليس يأمن أن يتفاقم الخلاف بعده، أي بعد حياته وانقضاء تصديقه للوقف لم يستفصل عن حصول القبض، حيث يكفي فيه قبض المتولى على ما يشهد به مثل صحيحه صفوان بن يحيى المتقدمه، كما لم يستفصل عن وجه تصديقه لبيع الوقف مع أن الواقف يصير بالوقف أجنبياً عن العين الموقوفه.

وأما بالإضافه إلى حصه الإمام فيمكن أن لا يجعل التولية لنفسه بالإضافه إليه، ولذا سأل أولاً عما يصنع بخمس الضيعه أو جعل لنفسه التولية بالإضافه إليه أيضاً وسأل عن جواز بيعها وكان عند الإمام عليه السلام مجوز لبيعها كحاجته عليه السلام إلى الثمن أو غير ذلك، والله سبحانه هو العالم.

التام، ويقال: إنه لا بأس بجعل الخبر المعتضد بالشهره مخصّصاً لقاعده المنع عن بيع الوقف، وموجباً لتكليف الالتزام بسقوط حقّ اللاحقين عن الوقف عند إرادته البيع، أو نمنع تقرير الإمام عليه السلام للسائل في قسمه الثمن إلى الموجودين.

ويبقى الكلام في تعيين المحتملات في مناط جواز البيع، وقد عرفت الأظهر منها، لكن في النفس شيء من الجزم بظهوره، فلو اقتصر على المتيقن من بين المحتملات وهو الاختلاف المؤدى علماً أو ظناً إلى تلف خصوص مال الوقف

ونفوس الموقوف عليهم كان أولى. والفرق بين هذا والقسم الأول من الصورة السابعة الذى جَوَزنا فيه البيع: أن المناط فى ذلك القسم: العلم أو الظن بتلف الوقف رأساً. والمناط هنا: خراب الوقف، الذى يتحقق به تلف المال وإن لم يتلف الوقف، فإن الزائد من المقدار الباقى مال قد تلف. وليس المراد من التلف فى الرواية تلف الوقف رأساً حتى يتحد مع ذلك القسم المتقدم، إذ لا يناسب هذا ما هو الغالب فى تلف الضيعة التى هى مورد الرواية، فإن تلفها غالباً لسقوطها عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شأنها.

ثم إن الظاهر من بعض العبائر المتقدمه، بل المحكى عن الأ-كثر: أن الثمن فى هذا البيع للبطن الموجود. إلا- أن ظاهر كلام جماعه، بل صريح بعضهم كجامع المقاصد هو: أنه يشتري بثمنه ما يكون وقفاً على وجه يندفع به الخلف، تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الإمكان. وهذا منه قدس سره مبنى على منع ظهور الرواية فى تقرير السائل فى قسمه الثمن على الموجودين، أو على منع العمل بهذا التقرير فى مخالفه مقتضى قاعده المعاوضه من اشتراك جميع البطون فى البديل كالمبدل، لكن الوجه الثانى ينافى قوله باختصاص الموجودين بثمن ما يباع، للحاجه الشديده، تمسكاً بروايه جعفر، فتعين الأول، وهو منع التقرير. لكنه خلاف مقتضى التأمل فى الروايه.

وأما الوقف المنقطع، وهو: ما إذا وقف على من ينقرض [١] بناءً على صحته كما هو المعروف، فإما أن نقول ببقائه على ملك الواقف، وإما أن نقول بانتقاله إلى الموقوف عليهم. وعلى الثانى: فإما أن يملكوه ملكاً مستقراً بحيث ينتقل منهم إلى ورثتهم عند انقراضهم، وإما أن يقال بعوده إلى ملك الواقف، وإما أن يقال بصيرورته فى سبيل الله.

الشرح:

[١] وهل يصح الوقف المنقطع، وهو الذى يوقف المال فيه على ما يكون معرضاً للانقضاء والانتهاى كوقف البستان على زيد وعقبه، فالأظهر صحته بشهاده صحيحه محمد بن الحسن الصفار قال: «كتبت إلى أبى محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الذى يصح كيف هو؟ فقد روى أن الوقف إذا كان غير مؤقت فهو باطل مردود على الورثه، وإذا كان مؤقتاً فهو صحيح ممضى. وقال قوم: إن المؤقت هو الذى يذكر فيه أنه وقف على فلان



وعقبه، فإذا انقروا فهو للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها. وقال آخرون: هذا مؤقت إذا ذكر أنه لفلان وعقبه ما بقوا، ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها . . . إلى أن قال عليه السلام في الجواب: الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها»(١).

وأما تحديد الوقف بالزمان كقوله: وقفت هذا البستان لزيد عشر سنوات، فإن أريد به الحبس الآتي فيصح حبساً وإلا بطل، وذلك لاعتبار التأييد في تحقق عنوان الوقف، والمراد بالتأييد عدم تحديده بالزمان، بأن لا يكون بعد ذلك الزمان وقفاً فإنه لو لم يكن ذلك محرراً فلا أقل من احتمالها. وأما التأييد بمعنى بقاء الوقف إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها فهو غير معتبر، كما هو ظاهر الصحيحه وغيرها.

. . . . .

الشرح:

ثم إنه هل يدخل هذا القسم من الوقف في ملك الموقوف عليهم مستقراً بحيث تكون العين بعد انقراض الأخير من الموقوف عليهم لوارثه ومع عدم الوارث له للإمام عليه السلام، حيث إنه وارث من لا- وارث له، أو يكون ملكه غير مستقر يثبت مادام كون الموقوف عليه موجوداً أو يكون بعده للواقف أو ورثته أو تبقى العين من الأول على ملك واقفها. ولا يبعد الثاني، وذلك فإن كون العين ملكاً للموقوف عليهم مقتضى إنشاء الوقف بالصدقة حتى في الوقف على الأشخاص كما تقدم في بعض الروايات، ويؤيده عدم وجدان الفرق بين الوقف المؤبد والمنقطع في مدلول الوقف ولو كان الوقف في المؤبد تملكاً كان كذلك في المنقطع.

ووجه عدم استقرار الملك أن الموقوف عليهم، كما تقدم بيانه سابقاً، يتلقون الملك من الواقف ولا يكون تلقى كل طبقة عن سابقتها على حد الإرث وعلى ذلك ففيمما كان عقب زيد منقضيّاً في طبقة فلا تكون الملكية المَجْعولة لتلك الطبقة مطلقه، بل مقيدة كالتبقيات السابقة بما دامت حياتهم، فالملكية بعد ذلك باقية للواقف لم يجعلها لأحد، فإن الملكية المَجْعولة بالإضافة إلى الطبقة الأخيرة كالمَجْعولة لما قبلها بحسب ظهور قول الواقف: وقفت على زيد وعقبه بطناً بعد بطن مؤقتة ومحدوده بما

ص: ٣٣٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٩٢ ١٩٣، الباب ٧ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٢.

دامت حياة البطن. اللهم إلا أن يقال: تحديد الملكية لبطن بما دامت حياته باعتبار أن ملكية العين بعده مجعوله لبطن آخر، وإذا فرض في بطن عدم ملكية البطن الآخر بعده ولو باعتبار انقضاء البطون تكون الملكية لذلك البطن مطلقه، ويؤيد ذلك ماتقدم من ظهور الروايات من أن الثمن على تقدير بيع العين الموقوفه يكون ملكاً للبطن الموجوده، ويمكن منع التأييد فإنه لم يثبت بيع الوقف إلا في موارد:

منها: الاختلاف بين الموقوف عليهم، ويكون اختصاص الثمن فيه بالبطن. .... .

الشرح:

الموجود بالنص، أو باعتبار وقوع البيع عن الواقف المتولى وإرادته دفع الثمن إليهم.

ومنها: موارد اشتراط الواقف بيع الوقف لبطن وصرف ثمنه في ضرورياتهم، وهذا باعتبار نفوذ الشرط وكون الوقف على حسب ما يوقفها أهلها.

ومنها: مورد الخراب، ولم يثبت فيه اختصاص الثمن بالبطن الموجوده؛ ولذا ذكرنا الأحوط فيه اشتراء البديل مهما أمكن. والحاصل: أنه لو شك أيضاً في جعل الملكية المطلقة للبطن الأخيره، بحيث تنتقل العين الموقوفه إلى وارثهم ولو كان الوارث الإمام عليه السلام، فالأصل عدم جعل تلك الملكية لهم ولا تعارض باستصحاب بقاء العين في ملكهم لانقضاء الملكية في موت البطن الأخيره قطعاً، سواء كان بالإرث أو بنحو انقضاء البطن كما لا يخفى.

وعن المحقق القمي (١) رحمه الله أنه التزم بأن الوقف المنقطع يقع حبساً، والمراد بالحبس إبقاء المالك العين على ملكه وتمليك المنفعه منها للمحبوس له أو جعل الانتفاع منها له، وإن قيد ذلك بما دام عمر المحبوس له أو مادامت حياته أو بزمان خاص فهو، وإن جعل مطلقاً يلزم مادامت حياة الحابس.

ووجه التزامه أن الوقف المنقطع لا يقع وقفاً لاعتبار التأييد في تحقق عنوان الوقف، والمراد بالتأييد جعل العين للموقوف عليهم إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، وأما وقوعه حبساً فاستشهد بصحيحه عمر بن أذينة قال: «كنت شاهداً عند أبي ليلي وقضى في رجل جعل لبعض قرابته غله داره ولم يؤقت وقتاً، فمات الرجل

ص: ٣٣٧

فحضر ورثته ابن أبي ليلي وحضر قرابته الذي جعل له غلّه الدار، فقال ابن أبي ليلي: فعلى الأول: لا يجوز للموقوف عليهم البيع لعدم الملك وفي جوازه للواقف مع جهاله مدّه استحقاق الموقوف عليهم إشكال[١] من حيث لزوم الغرر بجهاله

الشرح:

أرى أنّ أدعها على ما تركها صاحبها، فقال محمد بن مسلم الثقفى: أما إنّ على بن أبي طالب قد قضى فى هذا المسجد بخلاف ما قضيت، فقال: وما علمك؟ فقال: سمعت أبا جعفر بن محمد بن على عليه السلام يقول: قضى على عليه السلام برد الحبيس وانفاذ المواريث، فقال له ابن أبي ليلي: هذا عندك فى كتابك؟ قال: نعم، قال: فأرسل وائتنى به، فقال له محمد بن مسلم: على أنّ لا تنظر من الكتاب إلا فى ذلك الحديث، قال: لك ذلك. قال: فأحضر الكتاب وأراه الحديث عن أبي جعفر عليه السلام فى الكتاب فردّ قضيته»(١).

أقول: كان فى نسخته رحمه الله ولم يوقف وقفاً، وفهم منه أنّ الجعل إذا لم يكن وقفاً يكون حبساً، وفيه ما لا يخفى، فإن الحبس كسائر العقود والإيقاعات يحتاج إلى القصد ومع عدمه أى بإرادته تمليك العين كما هو الفرض لا يتحقّق الحبس، والروايه ظاهره فى إرادته الحبس مطلقاً المحكوم بعود العين معه إلى ملك الحابس بموته كما لا يخفى.

لا يقال: إذا كان الوقف المنقطع بقصد التقرب فكيف يلتزم بعود الملك إلى الواقف وانتقاله إلى ورثته حين موته مع ما دل على أنّ ما كان لله لا يرد؟ فإنه يقال: معنى عدم ردّه عدم إرجاع العين بفسخ المعامله الواقعه بقصد التقريب، وأما إرجاعها بعد انتهاء أمد المعامله فلا يدخل فى مدلول ذلك الدليل، كما لو تصدق بمنفعه داره إلى سنتين فبعد انقضاء المدّه لا يكون استرجاع الدار منافياً له، وبهذا يظهر الحال فى الحبس بقصد القربه، فتدبر جيداً.

[١] أقول: لا يبعد جواز بيع الدار التى تسكنها المطلقه بالأقراء، باعتبار أنّ جهاله وقت استحقاق التسليم التامّ على وجه ينتفع به، ولذا منع الأصحاب كما فى الإيضاح على ما حكى عنهم، بيع مسكن المطلقه المعتدّه بالأقراء، لجهاله مدّه العده مع عدم كثره التفاوت.

الشرح:

ص: ٣٣٨

مدته عدتها مع عدم اختلافها بكثير لا يوجب اتصاف البيع بكونه غررياً، وأما في مثل المقام فلا ينبغي التأمل في صدق الغرر في البيع، باعتبار الجهل بزمان استحقاق تسلّم العين بمنافعها مع احتمال الاختلاف فيه بفاحش. ولا يقاس مورد الكلام ببيع الدار مع كونها مستأجره في جواز البيع، غايه الأمر يثبت الخيار لمشتريها مع جهله بالحال؛ لأنّ مورد الإجاره باعتبار معلومه زمان الإجاره لا- يوجب غرراً في البيع، بخلاف المقام ولكن مع ذلك دليل النهى عن بيع الغرر لا يزيد على سائر العمومات والمطلقات التي يرفع اليد عنهما بالخاص أو المقيد.

وما رواه المشايخ في الصحيح عن الحسين بن نعيم الصحاف ظاهر في صحه البيع مع جهاله استحقاق المشتري تسلّم العين بمنافعها. قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل جعل داره سكنى لرجل أيام حياته أو جعلها له ولعقبه من بعده، هل هي له ولعقبه من بعده كما شرط؟ قال: نعم، قلت له: فإن احتاج يبيعه؟ قال: نعم، قلت: فينقض بيع الدار السكنى، قال: لا ينقض البيع السكنى، كذلك سمعت أبي يقول: قال أبو جعفر عليه السلام: لا ينقض البيع الإجاره ولا السكنى، ولكن تبيعه على أنّ الذى اشتراه لا يملك ما اشتراه حتى تنقضى السكنى كما شرط» (١).

ولا يخفى عدم اختلاف الوقف المنقطع والسكنى بناءً على أنّ الأول كالثانى فى بقاء العين على ملك مالکها الأول، كما أنّ إطلاق الروايه وعدم الاستفصال فيها عن بيع نعم، المحكى عن جماعه كالمحقق والشهيدى فى المسالك والدروس وغيرهم صحه البيع فى السكنى المؤقتة بعمر أحدهما؛ بل ربما يظهر من محكى التنقيح الإجماع عليه. ولعله إمّا لمنع الغرر، وإمّا للنص، وهو ما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح أو الحسن عن الحسين بن نعيم، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل جعل داره سكنى لرجل زمان حياته ولعقبه من بعده قال: هي له ولعقبه الشرح:

الدار ممن جعل له سكنها أو من غيره جواز البيع فى كلا الفرضين فلا وجه للتفصيل بين البيع منه أو من غيره.

نعم، مع الإغماض عنها فقد يذكر هذا التفصيل، باعتبار عدم كون البيع ممن جعل

ص: ٣٣٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٩: ١٣٤، الباب ٢٤ من كتاب الإجاره، الحديث ٣، الكافى ٧: ٣٨ / ٣٨، الفقيه ٤: ١٨٥ / ١٨٥، التهذيب ٩: ٥٩٣ / ١٤١.

له السكنى غرراً ولو باعتبار انضمام السكنى، حيث إن استحقاق المشتري فيه العين بمنافعها محرز، وكذا الحال فيما إذا باع الواقف العين ممن انتقلت إليه منفعة العين عن الموقوف عليه. ولكن هذا التفصيل غير صحيح، باعتبار كون البيع فى نفسه كالفرض الثانى غررياً، ألا- ترى أنه لا- يمكن الالتزام بصحة البيع فيما إذا كانت صبرتان مختلفتان فى الكيل وقد علم كيل مجموعهما، وقد وهب المالك إحداها من أحد ثم أراد بيع الثانى منها بلا كيل، فإن الغرر لا يرتفع عن البيع بالهبة السابقه.

نعم، إذا كان انتقال المنفعة إلى الواقف ثانياً وأراد الواقف بعد ذلك بيعها بمنافعها فلا مورد للمناقشه، كما أنه لا مورد لها فيما إذا اجتمع الموقوف عليه والواقف على المعاوضه فيكون العوض موزعاً على العين والمنفعه، ويلزم كون المعاوضه بعنوان الصلح؛ لأن غير ه ومنه البيع لا يتضمن نقل كل من العين والمنفعه استقلالاً.

أقول: إذا كان الوقف المنقطع محكوماً بالصحة فيحكم بطلان بيعه، سواء قيل ببقائه على ملك الواقف أو دخوله فى ملك الموقوف عليهم أخذاً بما دل على عدم جواز شراء الوقوف، ولا موجب لدعوى انصرافه إلى الوقف المؤبد بعد كون الوقف من بعده كما شرط، قلت: فإن احتاج إلى بيعها، قال: نعم، قلت: فينقض البيع السكنى، قال: لا ينقض البيع السكنى؟ كذلك، سمعت أبى يقول: قال أبو جعفر عليه السلام: لا- ينقض البيع الإجاره ولا السكنى ولكن يبيعه على أن الذى يشتريه لا يملك ما اشتراه حتى ينقضى السكنى على ما شرط... الخبير». ومع ذلك فقد توقّف فى المسأله العلامه وولده والمحقّق الثانى.

ولو باعه من الموقوف عليه المختصّ بمنفعه الوقف، فالظاهر جوازه لعدم الغرر. ويحتمل العدم، لأن معرفه المجموع المركّب من ملك البائع وحقّ المشتري لا توجب معرفه المبيع. وكذا لو باعه ممن انتقل إليه [١] حقّ الموقوف عليه. نعم لو انتقل إلى الواقف ثم باع صحّ جزماً.

الشرح:

المنقطع كالوقف الانتفاعى وفقاً مع بقاء العين فيهما على ملك مالكها. والصحيحه المزبوره لا تعمّ الوقف المزبور؛ لعدم دخوله فى عنوان السكنى.

نعم، لا بأس بالعمل بالصحيحه فيجوز البيع مع السكنى حتى فيما إذا كانت السكنى محدودهً بعمر أحدهما، كما هو موردها.

وأما فى الوقف المنقطع، فلا- يجوز البيع ولا- المصالحة وغيرها من المعاملات الناقله للعين، فإن الوقف لا يباع ولا يوهب وليس النهى فيه مختصاً بالبيع، ومما ذكرنا يظهر الحال فيما ذكر رحمه الله من أنّ المعامله لو كانت مركبه من نقل العين من طرف الواقف ونقل المنفعه من قبل الموقوف عليهم بطور المصالحة ليكون العوض موزعاً عليهما صحت، لا يمكن المساعده عليه.

اللهم إلا أن يقال بانصراف النهى عن بيع الوقف عن الفرض، وهو بيعه زمان البطن الأخيره كما يأتى.

[١] أى يجرى فى بيع العين ممن انتقل إليه حق الموقوف عليهم ما تقدم فى بيعها وأما مجرد رضا الموقوف عليهم، فلا يجوز البيع من الأ-جنبى؛ لأنّ المنفعه مال لهم فلا- تنتقل إلى المشتري بلا عوض، اللهم إلا أن يكون على وجه الإسقاط لو صحّحناه منهم، أو يكون المعامله مركبه من نقل العين من طرف الواقف ونقل المنفعه من قبل الموقوف عليهم؛ فيكون العوض موزعاً عليهما. ولا بدّ أن يكون ذلك على وجه الصلح؛ لأنّ غيره لا يتضمّن نقل العين والمنفعه كليهما خصوصاً مع جهاله المنفعه.

ومما ذكرنا يظهر وجه التأمل [١] فيما حكى عن التنقيح: من أنه لو اتفق الواقف و الموقوف عليه على البيع فى المنقطع جاز، سواء أراد بيع الواقف أو بيع الموقوف عليه، كما يدلّ عليه كلامه المحكى عنه فى مسأله السكنى [٢] حيث أجاز الشرح:

من الموقوف عليهم من احتمال عدم الجواز؛ لأنّ معرفه المجموع المركب من ملك البائع وحق المشتري لا يوجب خروج البيع عن كونه غريباً.

ولا- يخفى أنّ حكمه رحمه الله بالصحة أولاً، ثمّ احتمال عدم الجواز ثانياً، يختص بما إذا أراد الواقف بيع العين من البطن الأ-خيره، أو ممن انتقل إليه حق هذا البطن، وأما إذا أريد بيعها من البطن الأول أو الوسط أو ممن انتقل إليه حق أحدهما فلا يجوز البيع المزبور؛ لأنّ خروج حق البطن الأخيره عن المعامله مع جهالته يوجب الغرر فى البيع.

[١] الظاهر أنّ مراده (١) رحمه الله ممّا ذكره هو لزوم كون المعامله بطور المصالحة وأنّ

ص: ٣٤١

١- (١) أى مراد صاحب التنقيح الرائع ٢ : ٣٢٩ ٣٣٠، وحكاه عنه المحقق التستري فى مقابس الأنوار : ١٥٧ .

نقل العين مع الجهاله بمدّه استحقاق الموقوف عليهم غررى، سواءً بيع ممن انتقل إليه حق الموقوف عليهم أو من غيرهم.

[٢] أى يدلّ على جواز البيع مع اتفاقهما كلامه المحكى فى السكنى (١)، ولعل استقلال مالك العين بالبيع ولو من دون رضا مالك الإنتفاع أو المنفعه. نعم، لو كان للموقوف عليه حق الإنتفاع من دون تملك للمنفعه كما فى السكنى على قول صحّ ما ذكره؛ لإمكان سقوط الحقّ بالإسقاط بخلاف المال، فتأمل [١].

وتمام الكلام فى هذه المسائل فى باب السكنى والحبس إن شاء الله تعالى.

الشرح:

وجه دلالتة أنه إذا جاز بيع المالك بالإضافة إلى العين خاليه عن المنفعه كما هو مقتضى عدم رضا الساكن الذى هو مالك المنفعه أو الإنتفاع، جاز أيضاً فيما كان فى البين رضاه، فإنه لا يحتمل دخل عدم رضاه فى جواز بيعها.

[١] أقول: لم يحرز أنّ الثابت فى السكنى للساكن حق بحيث يقبل الإسقاط منه، بل من المحتمل أنّ يكون الثابت بها مجرد جواز الإنتفاع بالسكنى، وكذلك الأمر فى بعض موارد الحبس بأن يحبس العين للإنتفاع بها، وعلى ذلك فيجوز للساكن أو المحبوس له المصالحة مع المشتري بأن لا ينتفع بالعين فلا يجوز لهم بعد المصالحة مزاحمة المشتري فى الإنتفاع بالعين مده التحبوس أو السكنى عملاً بقصد المصالحة.

وعدم جواز الإنتفاع بهذا العنوان لهما لا- ينافى جواز الإنتفاع بها الثابت لهما قبل هذه المصالحة، نظير ما إذا حلف الساكن أو المحبوس له بترك الإنتفاع كما لا يخفى.

والحاصل: أنّ المستفاد من مجموع الروايات أنّ الحبس والسكنى والعمرى من العناوين المنشأه، ويكون اختلافها بالإنشاء ويتفق بعضها مع بعض فى النتيجة، ويُجِلّ الأحكام، فإنّ بالحبس ينشأ عنوان الحبس الذى لا يكون العين خارجه عن ملك مالكةا بأن يكون منافعها ملكاً لذلك الغير أو ينتفع الغير بها أو يصرف منافعها أو ينتفع بها مطلقاً أو مادامت العين باقيه أو إلى مده. وأما السكنى فهو إنشاء جعل سكنى الدار للغير بأن يسكن فيها مطلقاً أو إلى مده. وأما العمرى وهى جعل الإنتفاع بالعين مادام أحدهما فى مقابل الرقبى وهو جعل الإنتفاع بالعين فى زمان، وعلى ذلك فإن كان مفاد أحدها

ص: ٣٤٢

وعلى الثاني: فلا يجوز [١] البيع للواقف لعدم الملك، ولا للموقوف عليه لاعتبار الواقف بقاءه في يدهم إلى انقراضهم.

وعلى الثالث: فلا يجوز [٢] البيع للموقوف عليه وإن أجاز الواقف، لمنافاته لاعتبار الواقف في الوقف بقاء العين، كما لا يجوز أيضاً للواقف الغير المالك فعلاً

الشرح:

مجرد الانتفاع فلا يحرز فيه حق قابل للإسقاط، بل تجوز المصالحة بنحو ما تقدم، وإن كان مفادها تملك المنفعة فيجوز التصرف فيها كما لا يخفى.

[١] عدم جواز البيع للواقف ظاهر، فإنه على الثاني تدخل العين الموقوفة في ملك الموقوف عليهم مستقراً، بحيث تنتقل العين من البطن الأخير إلى ورثتهم بالوراثه، وأما عدم جواز البيع للموقوف عليهم ففيه منع ظاهر؛ لأن اشتراط الواقف إبقاء العين بغرض وصولها إلى البطن اللاحق وكذلك النهى عن بيع الوقف ينصرف إلى ذلك، وإذا فرض انتهاء البطن ووصول العين بيد البطن الأخير كما هو الفرض، فلا يبقى منع عن بيعهم، لا عن الواقف ولا عن الشارع، فتدبر.

[٢] أى على القول بدخول العين في ملك الموقوف عليهم من غير استقرار، بأن ترجع العين إلى الواقف بعد انقضاء البطن الأخير، يكون عدم جواز بيع الموقوف عليهم، أى البطن الأخير، ظاهراً لاشتراط الواقف عليهم إبقاء العين ولو لرجوعها إليه، وكذا الحال فى النهى الشرعى. وأما عدم جواز بيعها للواقف باعتبار عدم ملكه العين فعلاً، ولا يفيد إجازة البطن الأخير؛ لأنه يعتبر أن يكون المجيز له سلطاناً على بيع المال والبطن المزبوره ليست كذلك. نعم، إذا قلنا بالصحة فى مسأله من باع شيئاً ثم ملكه كان بيع الواقف الواقع حال وجود البطن الأخير محكوماً بالصحة بعد انقراضهم.

ينبغى فى المقام التعرض لأمر، منها: أنّ الوقف يكون من المنقطع آخره أو المنقطع الأول أو الوسط، ولعل المشهور على صحه الأول وبطلان الثانى، وعلى بطلان وإن أجاز الموقوف عليه، إلا إذا جوّزنا بيع ملك الغير مع عدم اعتبار مجيز له فى الحال، بناءً على أنّ الموقوف عليه الذى هو المالك فعلاً ليس له الإجازة، لعدم تسلّطه على النقل، فإذا انقرض الموقوف عليه وملكه الواقف لزم البيع. ثم إنه قد أورد على القاضى قدس سره حيث جوّز للموقوف عليه بيع الوقف المنقطع مع قوله ببقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف.



الشرح:

الثالث بالإضافة إلى الوسط وما بعده، وقوى السيد اليزدى رحمه الله صحة المنقطع الأول أيضاً بالإضافة إلى الوسط وما بعده، وصحة المنقطع الوسط بالإضافة إلى الأول والأخير، بدعوى أن الوقف المنشأ في المقام نظير الوقف على ما يصح عليه الوقف وما لا يصح عليه في عرض واحد، كما إذا قال: «وقفت الضيعة على العلماء ومن سيولد لزيد من الأولاد»، حيث إن الوقف يصح في نصفه بالإضافة إلى العلماء ويبطل في نصفه الآخر. ودعوى انحلال الوقف في فرض الجمع دون الوقف المنقطع الأول أو الوسط لا يمكن مساعدته عليه، وإلا لما صح الوقف بالإضافة إلى الأول أيضاً في المنقطع الوسط.

لا- يقال: الحكم بالتبويض في الصحة في المنقطع الأول أو الوسط يوجب التعليق في الوقف بأن يكون المال وقفاً، على تقدير انقضاء ذلك الأول أو الوسط.

فإنه يقال: التعليق الموجب للبطلان في العقود والإيقاعات ما إذا كان إنشاء الوقف معلقاً، وأما إذا كان إنشائه مطلقاً وكان التعليق لازم التبويض في الحكم بالصحة فلا يضر، نظير الغرر الحاصل للبيع من الحكم بالتبويض كما إذا باع ماله ومال غيره بثمان معلوم، فلا يوجب الغرر في الثمن الحاصل من الحكم ببطلان البيع بالإضافة إلى مال الغير الغررى في إنشائه. وعلى ذلك فيبقى المقدار المحكوم بالبطلان من الوقف على ملك الواقف، فله نماؤه.

ويمكن دفع التنافي بكونه قائلاً بالوجه الثالث من الوجوه المتقدمه وهو ملك الموقوف عليهم ثم عوده إلى الواقف إلا أن الكلام في ثبوت هذا القول بين من اختلف في مالكة الموقوف في الوقف المنقطع، ويتضح ذلك بمراجعته المسأله في كتاب الوقف.

وعلى الرابع: فالظاهر أن حكمه حكم الوقف المؤبد كما صرح به المحقق الثاني على ما حكى عنه لأنه حقيقة وقف مؤبد كما لو صرح بكونه في سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليه الخاص. ثم إن ما ذكرنا في حكم الوقف المنقطع فإنما هو بالنسبة إلى البطن الذي لا بطن بعده يتلقى الملك من الواقف.

الشرح:

أقول: لا ينبغي الريب في عدم انحلال الوقف بالإضافة إلى الموقوف عليهم، أى

البطون، بخلاف انحلاله بالإضافة إلى أفراد البطن الواحد من الموقوف عليهم، وإذا قال: «وقفت الضيعة على أولاد زيد وأولاد بكر»، وأراد ما ظاهره من كون نصف الضيعة وفقاً لأولاد زيد ونصفها الآخر لأولاد الآخر، فلا يوجب بطلان الوقف بالإضافة إلى نصفها بطلانه بالإضافة إلى النصف الآخر. بخلاف ما إذا كان الوقف للبطون وحكم بفساده بالإضافة إلى البطن، فإنه لو حكم ببطلان الوقف بالإضافة إلى البطن الأول، كما في المنقطع الأول، يخرج الوقف المزبور من عموم الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها من الأول. فالحكم بدخوله ثانياً بعد انقضاء البطن المزبور موقوف على جواز التمسك بالعام فيما إذا خرج فرد منه في زمان، يخلاف المنقطع الوسط، فإنه لا- موجب لرفع اليد عن العموم المزبور ابتداءً، فيعمه العموم المزبور مادام البطن الأول موجوداً وبعد انقضائه يرجع إلى ملك الواقف أو ورثته عند موته.

والحاصل: ما ذكره رحمه الله مبنى على جواز التمسك بالعام فيما إذا خرج فرد منه من الأول أو الوسط في زمان وشك في دخوله في العموم المزبور بعد ذلك الزمان، وإلا- وأما حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعدهم، فإن قلنا بعدم تملكهم للمنقطع فهو كما تقدم. وأما على تقدير القول بملكهم، فحكم بيع غير الأخير من الشرح:

فالوجه ما هو المنسوب إلى المشهور، والله العالم.

الثاني: قد تقدم أنه يجوز أن يشترط في الوقف بيع العين الموقوفة أو بعضها للموقوف عليهم، بأن يكون ثمنه لهم، وأما اشتراط بيعها أو بيع بعضها للواقف كذلك فهو غير جائز، بل يوجب الاشتراط المزبور بطلان الوقف بشهاده صحيحه إسماعيل بن الفضل قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام «عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، وقال: إن احتجتُ إلى شيء من المال فأنا أحق به، ترى ذلك له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثاً أو يمضى صدقه؟ قال: يرجع ميراثاً على أهله» (1). حيث إن ظاهر قوله عليه السلام: «يرجع ميراثاً على أهله»، الإرشاد إلى بطلان الوقف المزبور، وإلا فلو كان الوقف تاماً لما عاد المال إلى أهله ميراثاً، وحمله على ما إذا تحقق احتياج واقفه وعود المال إليه ثم موته، كما عن السيد اليزدي رحمه الله كما

ص: ٣٤٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٩ : ١٧٧ ١٧٨، الباب ٣ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث ٣.

ترى. فإنه لم يستفصل الإمام عليه السلام بطرو الحاجة عليه وعدمه، بل حكم بكون المال ميراثاً، والتعبير بالرجوع مع بطلان الوقف من الابتداء بلحاظ نظر الواقف حيث كان يرى انعقاد الوقف.

ومما ذكرنا يظهر فساد ما أفاده رحمه الله من الحكم بصحة الشرط المزبور، أخذاً بقوله عليه السلام: «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»<sup>(١)</sup>، وأن مرجع الاشتراط المزبور وقف المال مادام كونه غنياً، فيكون الوقف مع الشرط المزبور من الوقف البطون حكم بيع بعض البطون في الوقف المؤبد، فيشترك معه في المنع في الصور التي منعنا، وفي الجواز في الصور التي جوّزنا، لاشتراك دليل المنع، ويتشارك أيضاً في حكم الثمن بعد البيع.

الشرح:

المنقطع، حيث لا فرق في الوقف المنقطع بين كون انقطاعه لاعتبار وصف الموقوف عليهم بأن يقف المال عليهم مادام كونهم عدولاً وبين اعتبار وصف في الواقف.

أقول: الوارد في السؤال: إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحق به، يعم ما إذا كان المراد عود الوقف إلى المالك وانتهاءه عند طرو حاجته إليه وما إذا كان المراد سلطانه على المال بالتصرف فيه ببيعه لنفسه أو صرف غلته لنفسه كسائر الملاك. ومقتضى إطلاق الجواب بطلان الوقف في جميع ذلك، وبهذا يرفع اليد عن عموم: «الوقف تكون على حسب ما يوقفها أهلها»، ولكن يمكن المناقشة في ذلك أن المفروض في الرواية عنوان الصدقة والوقف بقصد التقرب، فالتعدى إلى الوقف المجرد لا يخلو عن الإشكال؛ لاحتمال أن يكون هذا الحكم باعتبار كون الوقف لله.

نعم، في المروى عن دعائم الإسلام: «من أوقف أرضاً ثم قال: إن احتجت إليها فأنا أحق بها، ثم مات الرجل فإنها ترجع إلى الميراث»<sup>(٢)</sup>، ودلالته على كون ذلك من حكم مطلق الوقف ظاهر، ولكن في جواز الاعتماد عليه مع ضعف السند تأمل.

ص: ٣٤٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٩: ١٧٥، الباب ٢ من كتاب الوقوف والصدقات، الحديث الأول .

٢- (٢) دعائم الإسلام ٢: ٣٤٤ / ١٢٨٨ .



اعتبار مطابقه الإجازة للعقد ٥٠٠

انحلال البيع وعدمه ١٠٠٠

فى شرائط المجيز ١٣٠٠٠

من باع شيئاً ثم ملكه ٢٠٠٠

لو باع عن المالك وكاله ثم بان انعزاله ٥٨٠٠٠

لو باع عن المالك فانكشف كونه ولياً ٥٩٠٠٠

لو باع لنفسه فانكشف كونه ولياً ٦١٠٠٠

لو باع عن المالك فانكشف كونه مالكاً ٦٣٠٠٠

لو باع لنفسه باعتقاد أنه لغيره فانكشف أنه له ٧٢٠٠٠

شرائط العقد المُجاز ٧٢٠٠٠

تتبع العقود ٧٩٠٠٠

الردّ وأحكامه ٨٠٠٠٠

حكم المالك مع المشتري لو لم يجز ٩٧٠٠٠

حكم المشتري مع الفضولى ٩٩٠٠٠

ضمان البائع فضولاً الثمن ١٠٨٠٠٠

ضمان سائر الغرامات ١١٢٠٠٠

حكم غرامه المشتري للمالك ١١٧٠٠٠

قرار الضمان على البائع ١٢١٠٠٠

تعاقب الأيادى ١٣٣٠٠٠

ما أفاده صاحب الجواهر فى وجه الرجوع ... ١٣٩

المناقشه فيما أفاده صاحب الجواهر ... ١٣٩

لو كانت العين باقيه فى الأيادى المتعاقبه ... ١٤٢

بيع الفضولى مال نفسه مع مال غيره ... ١٤٤

كيفيه تقسيط الثمن ... ١٤٩

بيع من له نصف الدار نصفها ... ١٥٥

الإقرار بالحصه للغير ... ١٦١

مسأله الإقرار بالنسب ... ١٦٨

بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله ... ١٦٩

ولايه الأب والجد ... ١٧٤

اعتبار العداله فى ولايه الأب والجد ... ١٧٧

اعتبار الصلاح فى تصرف الأب والجد ... ١٨٢

اعتبار عدم المفسده فى تصرف الأب والجد ... ١٩٠

حكم ما إذا فقد الأب وبقي الجد القريب والبعيد ... ١٩١

ولايه الجد مع الأب فى مال الطفل

ولايه الفقيه ... ١٩٤

ولايه النبي صلى الله عليه و آله والإمام عليه السلام ... ١٩٧

ولايه الفقيه ... ٢٠٢

الاستدلال على ولايه الفقيه ... ٢٠٦

ولايه الفقيه ... ٢١٦

ولايه عدول المؤمنين ... ٢٣١

ولايه فقيه لفقيه آخر ... ٢٤٦

معانى القرب فى «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ» ... ٢٥١

اعتبار المالىه فى العوضين ... ٢٧١

الأرض الموات بالأصالة ... ٢٧٨

الأرض العامره بالأصالة ... ٢٨٦

ما عرض له الحياه بعد الموت ... ٢٩١

ما عرض له الموت بعد العماره ... ٢٩٢

الأراضى المفتوحه عنوه ... ٢٩٧

بيع الأراضى الخراجيه ... ٢٩٨

حكم الأراضى الخراجيه ... ٣٠٥

التصرف فى الأراضى الخراجيه ... ٣٠٩

اعتبار كون ملك العوضين طلقاً ... ٣١٥

عدم جواز بيع الوقف ... ٣٢١

المناقشه فيما أفاده صاحب الجواهر وكاشف الغطاء ... ٣٣٨

عدم جواز بيع الوقف التحريرى ... ٣٤٧

فى الوقف التحريرى وآلاته ... ٣٥٠

من أتلف الموقوفات فهو ضامن ... ٣٥٦

موجبات جواز بيع الوقف ... ٣٥٨

الكلام فى الوقف المنقطع ... ٤١٢

ص: ٣٤٩



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ( sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز  
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية  
الغمامة اصحمان



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

[www.Ghaemiyeh.com](http://www.Ghaemiyeh.com)

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩