

# فقه الصادق (ع) الجزء: ١٦

السيد محمد صادق الروحاني

الكتاب: فقه الصادق (ع)  
المؤلف: السيد محمد صادق الروحاني  
الجزء: ١٦  
الوفاة: معاصر  
المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن  
تحقيق:  
الطبعة: الثالثة  
سنة الطبع: ١٤١٣  
المطبعة:  
الناشر:  
ردمك:  
المصدر:  
ملاحظات:

## الفهرست

الصفحة	العنوان
٣٠	ثمرات ذكرا بعض متأخري المتأخرين
٣٤	ثمرات ذكرها بعض
٣٦	التنبيه الأول من تنبيهات الإجازة
٤٣	الإجازة لا تورث
٤٤	إجازة البعي ليست إجازة لقبض الثمن
٥٣	اعتبار كون المجيز جائر التصرف حال الإجازة
٥٤	عدم اشتراط كون العقد له مجيز في الحال
٥٧	عدم اشتراط كون المجيز جائر التصرف حين العقد
٥٩	لو كان المالك حين انعقد غير جائر التصرف
٦١	من باع شيئا ثم ملك
٧٤	صور بيع من باع شيئا ثم ملك
٩	القول في الإجازة
٨٠	لو باع معتقدا لكونه غير جائر التصرف
٨٢	لو باع لنفسه وانكشف كونه مالكا
٨٨	لو باع لنفسه فانكشف انه له
٨٩	القول في المجاز
٩١	يعتبر كون المجاز معلوما تفصيلا
٩٣	حكم العقود المترتبة
١٠٠	حكم تتابع العقود في صورة علم المشتري بالغضب
١٠٤	في احكام الرد
١١١	حكم رجوع المشتري إلى الغاصب
١١٨	في الغرامة التي غرمها المشتري
١٢٨	تعاقب الأيدي
١٣٧	بيع نصف الدار
١٥٣	ولاية النبي (ص) والامام (ع)
١٥٣	ثبوت الولاية التكوينية للمعصومين عليهم السلام
١٦٩	تشكيل الحكومة من وظائف المجتهد
١٦٦	في اشتراط تصرف الغير باذنهم
١٨٥	ولاية عدول المؤمنين
١٨٧	في اشتراط العدالة
١٩٦	مزاحمة الولي
١٩٦	توضيح الآية الشريفة
٢٠٦	بيان حقيقة المال والملك

٢٠٨	بيان الدليل على اعتبار المالكية في العوضين
٢٢١	الوقف قد يكون تمليكا وقد يكون فكا
٢٣٥	حكم بدل العين الموقوفة
٢٣٧	من له ولاية البيع
٢٤٠	الصورة الثانية
٢٤٢	الصورة الثالثة
٢٤٧	الصورة السادسة
٢٥١	الصورة السابعة
٢٥٧	الصورة العاشرة
٢٥٩	الوقف المنقطع
٢٦٤	بيع العين المرهونة
٢٧٠	بيان فائدة إجازة المرتهن
٢٧٢	حكم عقد الراهن لو سقط حق المرتهن
٢٨٣	بيع المكيل والموزون
٢٩٣	بيع الثوب والأرض مع المشاهدة
٣٠٣	الفرق بين الاستثناء والبيع
٣٠٦	اقسام الصبرة
٣١٧	حكم ما لو اختلفا في التغير
٣٢٤	لو اختلفا في تقدم البيع على التغير وتأخره عنه
٣٤٩	هل القدرة شرط أو العجز مانع
٣٥١	المانع هو العجز في زمان الاستحقاق
٣٥٧	حكم ما لو كان الوكيل عاجزا والموكل قادرا
٣٧٩	في قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده
٣٨٢	في الموارد التي توهم عدم اطراد القاعدة فيها
٣٨٨	يجب رد المقبوض بالعقد الفاسد إلى مالكة فورا
٤١١	إذا لم يوجد المثل الا بأكثر من ثمن المثل
٤١٤	إذا سقط المثل عن المالية
٤١٨	لو تعذر المثل في المثلي
٤٢١	في ان العبرة في قيمة المثل المتعذر بقيمة اي يوم
٤٢٣	لا فرق بين التعذر البدوي والطارى
٤٢٥	في المراد من اعواز المثل
٤٢٦	في معرفة قيمة المثل
٤٢٧	الاعتبار ببلد المطالبة أو بلد التلف
٤٢٨	لو تمكن من المثل بعد دفع القيمة
٤٣١	في ضمان القيمي بالقيمة
٤٣١	في تعيين القيمة
٤٤٧	ارتفاع القيمة بسبب الأمكنة

٢٩٨	إذا باع صاعاً من صبرة
٤٠٢	في بيان ما هو المرجع عند الشك في المثلية والقيمية
٤٥٤	في ان بدل الحيلولة ملك للمضمون له أو مباح
٤٥٥	في ان العين هل تنتقل إلى الضامن أم لا
٤٥٨	حق الأولوية
٤٥٩	حكم الزيادة العينية وارتفاع القيمة السوقية
٤٦١	إذا ارتفع التعذر يجب رد العين
٤٥١	مورد بدل الحيلولة
٧	المقدمة
٢٠	ظهور الثمرات على قول الكشف والنقل
٣٨	في كفاية الرضا الباطني في الإجازة
٤٠	في اعتبار عدم سبق الرد
٤٩	الإجازة ليست على الفور
٥٠	في اعتبار مطابقة الإجازة للعقد
٧٧	حكم ما إذا لم يجز البائع بعد تملكه
٨١	لو باع لنفسه وانكشف كونه ولياً
١٠٨	حكم التصرفات غير المنافية لملك المشتري
١٣٣	بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره
١٤١	بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله
١٤٣	ولاية الأب والجد
١٤٥	في اعتبار العدالة
١٤٨	اعتبار المصلحة في التصرف
١٥١	مشاركة الجد للأب
١٥٦	ثبوت منصب الحكومة والرئاسة للحجة (عليه السلام)
١٦١	ولاية التصرف في الأموال والأنفس
١٦٤	وجوب إطاعة المعصوم (عليه السلام)
١٦٧	ولاية الحاكم الشرعي
١٧٧	العالم المختلف أبواب الحكام آفة الدين
١٧٩	مزاحمة أحد المجتهدين لآخر
١٨٠	عدم أولوية الفقيه بالتصرف في الأموال والأنفس
١٨٣	ضابط التصرفات المتوقف جوازها على اذن الفقيه
١٩٣	فروع
٢١٢	في اعتبار كون ملك كل من العوضين طلقاً
٢١٤	بيع الوقف
٢٢٥	بيع الوقف مع عدم كون ملكاً
٢٢٩	صور بيع الوقف - الصورة الأولى
٢٣٤	حكم الثمن على تقدير البيع

٢٤٣	الصورة الرابعة
٢٤٦	الصورة الخامسة
٢٥٤	الصورة الثامنة
٢٥٦	الصورة التاسعة
٢٧٥	عدم صحة بيع ما يكال أو يوزن جزافا
٢٨٩	اخبار البائع بقدر المبيع
٢٩٤	بيع بعض من جملة متساوية الاجزاء
٣٠٠	ثمرات كون البيع كليا في المعين أو مشاعا
٣٠٨	في جواز ان ينذر للظروف ما يحتمل الزيادة والنقيصة
٣١٣	في كفاية المشاهدة وعدمها
٣١٦	في كفاية مشاهدة العين سابقا
٣٢٦	في لزوم الاختيار
٣٢٩	حكم شراء ما يفسده الاختيار
٣٣٢	بيع المجهول منضمًا إلى العلوم
٣٣٦	بيع المسك في الفار
٣٣٨	اعتبار العلم بقدر الثمن
٣٤٠	اعتبار القدرة على التسليم
٣٦٠	عدم الحاق الصلح بالبيع
٣٦١	بيع الضال والمجحود والمغصوب
٣٦٣	في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد
٣٧٢	مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده
٣٩٢	في ضمان المنافع المستوفاة
٣٩٣	في حكم المنافع غير المتوفاة
٣٩٨	في المثلي والقيمي
٤٠٦	في ما تقتضيه الأدلة الاجتهادية عند الشك في المثلية والقيمية
٤٤٨	بدل الحيلولة
٤٥٣	الزام المالك بأخذ المال
٤٦٣	في اختلاف المتبايعين في قدر الثمن

(١)

فقه الصادق  
الحسيني الروحاني  
مد ظله  
الجزء السادس عشر

(٣)



الكتاب: فقه الصادق تأليف  
فقيه العصر سماحة آية الله العظمى  
السيد محمد صادق الحسيني الروحاني  
الطبعة الثالثة ١٤١٣ هـ، ق  
المطبعة: أمير  
الناشر: مؤسسة دار الكتاب، قم المقدسة

(٤)

بسم الله الرحمن الرحيم

(٥)

بسم الله الرحمن الرحيم  
الحمد لله على ما أولانا من التفقه في الدين والهداية إلى الحق، وأفضل  
صلواته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة، وعلى آله العلماء بالله الأمناء على  
حلاله وحرامه.

وبعد: فهذا هو الجزء السادس عشر من كتابنا (فقه الصادق) وقد وفقنا  
لطبعه، والمرجو من الله تعالى التوفيق لنشر بقية الأجزاء فإنه ولي التوفيق.

(٧)

بعد الإجازة، والمعتبر قبلها، وستعرف توضيحه. هذه هي الأقوال في المسألة.  
وأما الأدلة: فقد استدلوا للكشف بوجوده، وكل واحد منها استدل به للقول  
بنحو من الكشف.

الأول: ما عن فخر الدين في الإيضاح، وهو: أنه إذا لم تكن الإجازة كاشفة  
لزم تأثير المعدوم في الموجود، إذ العقد حالها عدم، وحيث إن هذا الوجه بظاهره بين  
الفساد من جهة أن القائل بالنقل يرى أن العقد جزء العلة لا تمامها، ومعلوم أن بعض  
أجزاء العلة كثيرا ما تقدم على المعلول زمانا كما في التدريجيات - أي الأجزاء المتدرجة  
في الوجود - فقد تصدى المحقق النائيني ره لتوجيهه ووجهه: بأن مراده أن المنشأ لا  
يتخلف عن الانشاء، واسم المصدر لا يعقل انفكاكه عن المصدر.  
ولكن يرد عليه: أن المنشأ هو الملكية في اعتبار المتبايعين، والذي يكون محل  
الكلام هو الملكية في اعتبار الشارع الأقدس.

الوجه الثاني: ما عن جامع المقاصد، وهو: أن العقد سبب تام، إذ المأخوذ  
موضوعا لوجوب وفاء هو العقد، قال الله تعالى: \* (أوفوا بالعقود) \* (١) ولا يكون  
شئ آخر دخيلا فيه وإلا لأخذ في الموضوع، غاية الأمر خرج عن هذا العموم العقد  
الصادر من غير المالك إذا لم يجزه المالك، فالعقد الذي أجازه المالك يكون باقيا تحت  
العموم فلا مناص عن الالتزام بتأثيره خاصة من دون توقف على شئ آخر.  
نعم الكاشف عن ثبوت الموضوع هو الإجازة، إذ ما لم يجز حيث يمكن عدم  
الإجازة فيحتمل عدم تحقق الموضوع. هذا هو مدرك المعنى الأول من الكشف.  
وفيه: أولا: ما تقدم من أن خطاب \* (أوفوا بالعقود) \* متوجه إلى المالكين،  
ومفاده وجوب وفاء كل مالك بعقده، والعقد الصادر من الفضولي إنما يكون عقدا

(١) المائدة آية ٢.

وأما ما ذكره من الشاهدين فيرد على الأول منهما: أنه إن قلنا بأن القبول انشاء للملك فالفرق بينه وبين الإجازة واضح، وإن قلنا إنه رضا بمضمون الايجاب فلا محذور في الالتزام بحصول النقل من حين الايجاب، إلا أنه بناء على اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول قليل الفائدة، أي لا فرق بين وقوعه من حين الايجاب أو من حين القبول غالباً.

وأما الشاهد الثاني فيرد عليه: أن الفسخ هو حل العقد بقاء لا من حين تحقق العقد.

قال الشيخ ره في ذيل هذا، والحاصل أنه لا اشكال في حصول الإجازة بقول المالك... الخ.

أقول: هذا ليس حاصلًا لما تقدم بل هو جواب آخر، ومحصله: أنه لو سلم كون انشاء الفضولي متعلقًا بالنقل من حينه، إلا أن الإجازة ليست متعرضة لإنشاء الفضولي وإنما هي عبارة عن الرضا بالنقل والمبادلة، فتكون مؤثرة في النقل من حينها. وفيه: أن الرضا بالمبادلة ما لم يكن رضا بما أنشأه الفضولي لا يكون كافيًا، وإنما يبني على كفاية الكاشف عن الرضا، من قبيل: رضيت بكون مالي لزيد بإزاء ماله، من جهة كونه رضا بما أنشأه الفضول بالالتزام، وإلا لم يكن كافيًا. الإيراد الثاني: إنه لو سلم كون العقد انشاءً للنقل من حينه، والإجازة متعلقة بهذا، إلا أنه دليل على صحة هذا العقد المجاز بهذا النحو، فإن خطابات الامضاء من قبل \* (أوفوا بالعقود) \* (١) و \* (أحل الله البيع) \* (٢) إنما تتوجه إلى العاقدين، والمالك

(١) المائدة آية ٢.

(٢) البقرة آية ٢٧٥.

الذي اختاره المحقق الخراساني وتبعه جمع من الأساطين، وخلاصة الكلام، أن أدلة الامضاء إنما تدل على إمضاء العقد المجاز بما له من المدلول، وهو ما ذكرناه. هذا كله فيما تقتضيه القواعد.

وأما الأخبار الخاصة: فيدل على الكشف صحيح محمد بن قيس (١) المتقدم من جهة الحكم بعدم ضمان قيمة الولد في صورة الإجازة، مع أنه على القول بالنقل كان اللازم الحكم بالضمان، والشيخ ره قال: لكن لا ظهور له في الكشف الحقيقي فيحتمل الكشف الحكمي، ولكن يمكن أن يقال: إنه بضميمة قاعدة من أتلف ظاهر في الكشف الحقيقي، فإنه لو كانت الوليدة إلى حين الإجازة باقية على ملك مالکها كان الحكم بالضمان منافيا لتلك القاعدة، فبعين البرهان الذي ذكره لاستفادة الكشف من خبر أبي عبيدة يستفاد الكشف الحقيقي من هذا الصحيح، وحيث عرفت أن المعقول من الكشف هو الكشف في المعبر، والصحيح قابل للحمل عليه، فيحمل عليه. ويشهد له أيضا خبر أبي عبيدة (٢) الوارد في تزويج الصغيرين فضولا، الأمر بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي أجاز فمات للزوجة غير المدركة حتى تحلف بعد الإدراك، فقد أفاد الشيخ ره في وجه دلالة على الكشف، أن مال الميت لو كان قبل الإجازة باقيا على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفا لقاعدة تسلط الناس على أموالهم (٣)، فهو بضميمة قاعدة السلطنة يدل على الكشف. وأورد عليه السيد وتبعه المحقق الإيرواني ره: بأنه لا محيص عن مخالفة إحدى

- 
- ١ - الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.
  - ٢ - الوسائل - باب ١١ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ١.
  - ٣ - البحار ج ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

القاعدتين، إما قاعدة السلطنة إن قلنا بالنقل، أو عموم دليل الاستصحاب (١) إن قلنا بالكشف، فترجيح إحدى القاعدتين على الأخرى بلا مرجح.

وفيه: أن مخالفة عموم دليل الاستصحاب لا محيص عنها على القولين، إذ لو قلنا بالنقل وأنها تترث بعد الإجازة كان العزل منافيا لأصالة عدم الإجازة.

ويمكن أن يذكر وجه آخر لدلالته على الكشف، وهو: أنه لو قلنا بالنقل فإن بنينا على انتقال المال كلا إلى الوراثة وأن الزوجة تتلقى نصيبها من سائر الورثة لزم مخالفة قاعدة الإرث المقتضية لتلقي النصيب من الميت، وإن بنينا على بقاء مقدار نصيبها على ملك الميت لزم مخالفة قاعدة ما تركه الميت فلوارثه (٢) وهذا بخلاف ما لو بنينا على الكشف كما هو واضح.

فتحصل: أن القول بالكشف في المعتر هو الذي تقتضيه القواعد والأدلة، الخاصة، فعليه الفتوى.

الثمرة على القول بالكشف والنقل  
بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته والنقل  
وتنقيح القول في المقام بالبحث في مقامات:  
الأول: في تصرف كل منهما في ما انتقل إليه.  
الثاني: في تصرف كل منهما فيما انتقل عنه.

---

١ - الوسائل - باب ١ - من أبواب نواقض الوضوء - وباب ٤١ - من أبواب النجاسات وباب ١٠ من أبواب الخلل الواقع في الصلاة حديث ٣.

٢ - أصول الكافي ج ١ ص ٤٠٦.

مع أنه لو تنزلنا عن ذلك وسلمنا صدق العقد على التزام كل منهما وإن لم يكن مرتباً بالآخر، إلا أن التزام الأصيل بكون ماله لغيره ليس مطلقاً بل يكون على تقدير خاص وهو التزام طرفه بكون ماله له، فالإلتزام فعلي إلا أن الملتزم به معلق، وعليه فإذا علم بعدم الإجازة أو شك فيها وأجري استصحاب العدم لا يجب عليه الوفاء بالتزامه.

فما نقله الشيخ ره من بعض معاصريه من التفصيل بين صورة العلم بالإجازة وغيرها هو الصحيح على هذا المسلك، ولا يرد عليه ما أفاده الشيخ ره، مضافاً إلى أنه لو أغمض عن ذلك كله وسلم ما أفاده لما كان وجه للفرق بين النقل والكشف، إذ الإجازة على النقل حينئذ دخيلة في حصول الملك لا في وجوب الوفاء كما لا يخفى. وبما ذكرناه ظهر أن ما أفاده المحقق النائيني ره من وجوب الوفاء مطلقاً - من جهة أن وجوب الوفاء متفرغ على العقد لا الملك، والمفروض في باب الفضولي أن العقد تام ولو لم يكن مؤثراً، ولا ينافي وجوب الإلتزام على شخص عدم وجوبه على الآخر، فإن التزام أحدهما غير منوط بالتزام الآخر، لأن مقتضى مقابلة الجمع بالجمع في الآية الشريفة التوزيع، فكل واحد ملتزم بالوفاء بالعقد من طرفه - غير تام للإيرادين الأولين اللذين أوردناهما على الشيخ ره. فتحصل: أن الأظهر عدم لزوم العقد على الأصيل فله فسخ العقد قبل الإجازة.

ثم إن المنسوب إلى بعض الأعلام من تلامذة الشيخ ره الإيراد عليه: بأن تمسكه بعموم\* (أوفوا بالعقود)\* (١) في المقام تمسك بالعام في الشبهة المصدقية.



---

العقد التي هي الإيجاب والقبول.

وفيه: أنه يمكن أن يستدل له بدليل السلطنة (١) بعد فرض كونه باقيا على ملكه.

ودعوى أنه تصرف في العقد لا المال فلا يشمل دليل السلطنة، مندفعة بأن نتيجة عدم ثبوت هذا الحق له بما أنها خروج المال عن ملكه مع عدم رضاه فهو ينافي السلطنة المطلقة الثابتة للمالك.

وبالجملة: مقتضى عموم دليل السلطنة كما يكون جواز نقله عن ملكه، كذلك يكون جواز رفع اليد عن التزامه ما دام لم يخرج عن ملكه. وهذا البيان يجري على القول بالكشف الانقلابي والكشف المختار كما هو واضح، ولا يجري على سائر وجوه الكشف.

ثانيهما: إن مقتضى عموم دليل وجوب الوفاء بالعقود (٢) عدم جواز رفع اليد عنه، قال الشيخ ره: ولا يخلو عن اشكال، والظاهر أن منشأ اشكاله ما سيذكره بعد أسطر من عدم تمامية موضوع وجوب الوفاء على القول بالنقل قبل الإجازة. فالحق أنه على القول بشمول أدلة لزوم العقد لإنشاء الأصيل ليس له فسخه وعلى القول بعدم الشمول - كما اخترنا - فعلى القول بالنقل والكشف الانقلابي والكشف المختار يكون فسخه نافذا لعموم دليل السلطنة، وعلى سائر وجوه الكشف لا يكون كذلك لعدم الموضوع لدليل السلطنة، وعدم الدليل على جواز الفسخ ومقتضى الاستصحاب بقاء ما التزم به بعد الفسخ.

---

١ - البحار ج ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث.  
٢ - المائدة آية ٢.

الأول: في الانسلاخ، فقد يقال: إنه على الكشف يصح، وعلى النقل لا يصح، إذ على الكشف يكون الانتقال في زمان قابل له، وعلى النقل في زمان لا يكون قابلاً لذلك.

وأورد عليه صاحب الجواهر ره: بأنه على الكشف أيضاً يعتبر رضا المالك، والفرض انتفاء ملكيته بانتفاء قابلية العين لها. وأجاب عنه الشيخ ره بأجوبة: الأول: أنه لا وجه لاستمرار التملك المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها، كما لو وقعت بيوع متعددة على ماله، فإنهم صرحوا بأن إجازة الأول توجب صحة الجميع مع عدم بقاء ملكية الأول مستمرا. وفيه: أن صاحب الجواهر يمكن له أن يدعي بالفرق بين المقام والمثال، إذ في المثال عدم بقاء التملك للبدل إنما يكون للتصرف، وهو يؤكد القابلية، وهذا بخلاف المقام.

ولا يخفى أن جواب الشيخ ره إنما يكون بالنظر إلى إرادته من حيث عدم استمرار تملكه للبدل لا بالنظر إلى عدم استمرار ملكيته لماله لولا الإجازة فالقياس مع الفارق، غير مربوط بكلام الشيخ ره كما هو واضح، فتدبر فإنه دقيق. الثاني: فحوى خبر تزويج الصغيرين (١) فإن موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد. وفيه: أن المفروض موت الزوج، فليس هناك وطء ولا ولد، بل غاية ما هناك انتقال المال بعنوان الإرث، فلا أولوية

١ - الوسائل - باب ١١ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ١.

الثالث: اطلاق رواية عروة (١)، حيث لم يستفصل عن موت الشاة أو ذبحها واتلافها.

وفيه: أولاً: ما تقدم من عدم تماميته سنداً.

وثانياً: إن عدم الاستفصال يمكن أن يكون لعلمه صلى الله عليه وآله ببقاء الشاة.

بل الحق في الجواب عن الجواهر دفع احتمال اعتبار الاستمرار بالعمومات.

وعن المحقق النائيني ره الايراد على هذه الثمرة: بأنه على الكشف أيضاً بما

أنه يكون من تلف المبيع قبل القبض وهو من مال بائعه، يكون العقد منفسخاً.

وفيه: أولاً: إن هذه القاعدة إنما تختص بالبيع، وفيه أيضاً يختص بالمبيع، ففي

الفضولي في غير البيع، وفي البيع إذا كان التالف هو الثمن، لا يجري هذا الكلام

وثانياً: أنه يمكن فرض القبض بأن يكون المشتري عالماً برضا المالك بقبض

ماله فاقبضه الفضولي، فعلى الكشف يكون القبض قبض المالك فلا يكون التلف

قبل القبض.

وأما الكلام في تجدد القابلية كما لو صار الخمر خلا فسيأتي عند تعرض الشيخ

ره له.

الموضع الثالث: في شرائط العقد: وحيث إن المدار على ثبوتها حال الانشاء

خاصة - بل لا معنى لبقائها بعده - فلا فرق بين القول بالنقل أو الكشف.

١ - المستدرک باب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

كفاية الرضا الباطني في الإجازة  
الثاني: في أنه هل يكفي الرضا الباطني في الإجازة، أم يعتبر الانشاء، أم يعتبر  
كون الانشاء باللفظ الصريح؟ وجوه وأقوال.  
وتنقيح القول في المقام يقتضي البحث في جهات:  
الأولى: في أنه هل يكفي في الإجازة مجرد الرضا الباطني أم لا.  
الثانية: في أنه على فرض عدم الكفاية هل يكفي الانشاء القلبي كما عن  
المحقق الخراساني ره، أم لا؟  
الثالثة: في أنه على فرض عدم كفاية ذلك هل يكفي الفعل أم يعتبر القول.  
الرابعة: في أنه على فرض اعتبار القول هل يكفي الكناية أم يعتبر أن يكون  
على وجه الصراحة؟  
أما الأولى: فقد استدل الشيخ ره لكفاية الرضا الباطني بوجوه:  
الأول: العمومات المتقدمة المتمسك بها لصحة عقد الفضولي السالمة عن ورود  
مخصص عليها عدا ما دل على اعتبار رضا المالك في حل ماله وانتقاله إلى الغير ورفع  
سلطنته عنه (١).  
وأورد عليه جمع من المحققين: بأن العمومات إنما تدل على وجوب وفاء كل  
مكلف بعقده، وعقد الفضولي لا يكون عقدا للمالك بمجرد رضاه، بل يحتاج إلى انشاء  
الإجازة.

١ - سورة النساء آية ٢٩ - الوسائل - باب ٣ - من أبواب مكان المصلي حديث ١ - ٣.

ولكن قد عرفت في أول مبحث الفضولي أن الاستناد المعتبر إنما هو الاستناد بمعنى أنه عقده وبيعه، وهذا المعنى كما يتحقق بالإمضاء والانفاذ وإظهار الرضا يتحقق بالرضا به فراجع ما ذكرناه.

الثاني: ما ورد في عدة من الأخبار من أن سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقرار منه عليه (١).

والجواب عن ذلك: بأن السكوت في أمثال المقام امضاء عرفي قد تقدم ما فيه، نعم، الإيراد عليه بأن في نكاح العبد خصوصية - حيث إن العقد لنفسه وإنما المفقود إذن المولى ورضاه فيكفي مجرد الرضا بخلاف ساير أقسام عقد الفضولي تام. وبذلك يظهر الجواب عن الوجه الثالث وهو ما دل على أن قول المولى لعبده طلق يدل على الرضا بالنكاح (٢) فيصير إجازة، وما دل على أن المانع من لزوم نكاح العبد معصية السيد (٣) التي ترتفع بالرضا.

الرابع: ما دل على أن التصرف من ذي الخيار رضا منه (٤). وفيه: أن ذلك قابل للحمل على التعبد، أو على أن هذا الفعل كاشف عن الرضا واسقاط الحق. وعلى كل حال يكون أجنبيا عن المقام، فالعمدة هي العمومات. وأما الجهة الثانية: فعلى القول بعدم كفاية الرضا الباطني، الأظهر ما عن المحقق الخراساني ره من كفاية الانشاء القلبي، إذ به يحصل الاستناد والانتساب، وما دل على أن الحالات النفسانية غير البارزة ساقطة عن درجة الاعتبار في باب العقود

- ١ - الوسائل - باب ٢٦ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.
- ٢ - الوسائل - باب ٢٧ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.
- ٣ - الوسائل - باب ٢٤ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١ و ٢.
- ٤ - الوسائل، باب ٤ من أبواب الخيار

والإيقاعات إنما هو في المؤثر وهو العقد دون الشروط، ولا ريب في أن الرضا الباطني شرط كما عرفت.

وأما الجهة الثالثة: فالأظهر كفاية الفعل في الانشاء، إذ لو سلم أنه يتوقف الاستناد على الانشاء وابرازه، لا دليل على اعتبار اللفظ فيه. ودعوى أن الاستقراء في النواقل الاختيارية اللازمة كالبيع يقتضي اعتبار اللفظ والإجازة منها، مندفة بأنه في تلك النواقل أيضا بنينا على كفاية الفعل راجع مبحث المعاطاة.

وأما الجهة الرابعة: فلو أغمضنا عن جميع ذلك، فالأظهر كفاية الكناية، ولا يعتبر أن يكون باللفظ الصريح.

ودعوى أن انشاء اللازم وابعاده في الانشاء القولي ليس ايجادا للملزوم عرفا، وكون الملزوم مقصودا وداعيا من ايجاد اللازم لا أثر له، لأن الدواعي لا أثر لها في باب المعاملات - التي استند إليها المحقق النائيني ره في عدم وقوع العقد بالكنايات قد عرفت ما فيها في مبحث خصوصيات ألفاظ العقد - فراجع ما ذكرناه هناك. اعتبار عدم سبق الرد

الثالث: المشهور بين الأصحاب: أنه من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد. وقد استدل لاعتبار هذا الشرط بوجوه:

الأول: الاجماع.

وفيه: أولا: إن الاجماع المنقول - سيما مع معلومية مدرك المجمعين - ليس بحجة.

وثانياً: أنه لا وجه لدعواه بعد افتاء جمع من الفقهاء ببطان عقد الفضولي رأساً. الثاني: إن الإجازة إنما تجعل المجيز أحد طرفي العقد، وبها يصير مكلفاً بوجوب الوفاء بالعقد، فالرد المتخلل بينها وبين العقد الصادر من الأصيل والفضولي يكون رداً متخللاً بين أجزاء العقد، وقد تقرر في محله أنه يعتبر أن لا يحصل بين طرفي العقد ما يسقطهما عن صدق العقد.

وفيه: أولاً: إن ما هو المسلم في تلك المسألة إنما هو مضرية رد من صدر منه الالتزام والتعهد قبل تحقق الالتزام من صاحبه، كما لو رد الموجب بعد الإيجاب قبل قبول القابل. وأما لورد صاحبه ذلك، كما لورد القابل قبل أن يقبل ثم قبل فليس الحكم مسلماً بينهم، والمقام من قبيل الثاني لا الأول، فإن المجيز إنما يرد قبل أن يصدر الالتزام منه، والملتزم إنما هو غيره كما هو واضح.

وثانياً: أنه فرق بين الرد المتخلل بين الإيجاب والقبول، والرد المتخلل بين العقد والإجازة، وبعبارة أخرى: ليست الإجازة في جميع الأحكام كالقبول أو الإيجاب، ولذا ترى أن الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول يضر، والفصل بينهما وبين الإجازة لا يضر كما هو واضح.

الثالث: إن مقتضى ما دل على سلطنة الناس على أموالهم (١) تأثير الرد في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه، فلا يبقى ما تلحقه الإجازة. وفيه: أن العلاقة المتصورة بالإضافة إلى المال لا تخلو من الملكية والحقية، وشئ منهما لا يكون في المقام، أما الأولى: فواضح، وأما الثانية: فلأن العقد قبل

١ - البحار ج ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

الإجازة لا يوجب كون الأصيل ذي حق، ولذا بنينا على عدم حرمة بيع الفضولي. وبالجملة: لا يحدث بواسطة عقد الفضولي أدنى مرتبة من الملك والحق، وعليه فلا وجه للتمسك بقاعدة السلطنة.

وما أفاده المحقق النائيني ره من أنه وإن لم تحصل العلاقة شرعا لكنها تحصل له عرفا، فالرد يبطل هذه العلقة.

فيه: أن العلقة التي عرفت أنها إما الملكية أو الحقية لا تحصل ولو عرفا. وأجاب السيد الفقيه قده عن هذا الوجه بجوابين آخرين: أحدهما: إن قاعدة السلطنة متعارضة، لأن مقتضاها جواز أن يجيز بعد الرد، لأنه مقتضى سلطنته على ماله.

وفيه: أنه بعد تسليم تأثير الرد في حل العقد لا يبقى موضوع للإجازة كي تؤثر فيه.

ثانيهما: أنه قد مر من الشيخ ره أن قاعدة السلطنة إنما تثبت نفوذ التصرفات الثابتة بالشرع كالبيع والهبة ونحوهما لا جميع ما أراده المالك، إذ ليست مشرعة، فلا تصلح لاثبات مؤثرية الرد في حل العقد.

وفيه: أنه لو سلم حصول العلقة للأصيل بالإضافة إلى المال لا اشكال في صلاحية قاعدة السلطنة للدلالة على جواز رفعها، فإن ذلك من مصاديق تسلط الانسان على رفع مزاحمة الغير، ولا يحتاج إلى دليل آخر. فتدبر - فالصحيح ما ذكرناه - فالأظهر صحة الإجازة بعد الرد.



برضا البائع وأما قبض الثمن الكلي وتشخصه به فهو لا يكون قابلاً للإجازة، فإنه حيث لم يتعين الكلي في المقبوض بيد الفضولي فليس هناك ضمان المعاوضة على المشتري، بل الثمن باق على كليته، والمفروض أن القبض من حيث هو غير قابل لتعلق الإجازة به، فلا وجه لجريان الفضولية فيه وتصحيحه بالإجازة. وفيه: - مضافاً إلى ما عرفت من ضعف المبنى - يرد على ما أفاده في قبض الثمن الشخصي: إن ضمان المشتري للثمن قبل القبض إنما يكون حكماً شرعياً ثابتاً على خلاف القاعدة، وهو الحكم بانفساخ المعاملة بالتلف لاحقاً مالياً كي يكون قابلاً للإسقاط.

وما أفاده المحقق النائيني ره من أن ذلك إنما يكون من جهة الشرط الضمني إذ كل من البائع والمشتري يشترط على صاحبه بالارتكاز قبض الثمن أو المثلث وليس مقصودهم مجرد التبدل، لو تم وإن لزم منه كون ذلك من الحقوق، إلا أنه لا يتم، فإن لزم ذلك ثبوت الخيار لا انفساخ العقد كما هو ظاهر الخبر (١). واستدل السيد لما ذهب إليه: بأن الفضولية إنما تجري في التصرفات المعاملية لا في الأفعال الخارجية، والقبض في المعين من الأفعال الخارجية وفي الكلي من التصرفات المعاملية، فإن ذلك يكون من باب الوفاء، وهو في اللب مبادلة بين الكلي والفرد المتشخص - وقد عرفت ما فيه - فالأظهر قابليتهما للإجازة. الجهة الثانية: أنه هل يأتي في القبض نزاع الكشف والنقل أم لا، وجهان أظهرهما الثاني، لأن ذلك النزاع في العقد إنما يكون من جهة أن وراء العقد شيء وهو الملكية، ويمكن البناء على تحققها من الأول، وهذا بخلاف القبض، إذ ليس وراءه

١ - الوسائل - باب ١٠ - من أبواب الخيار.

عن المشروط، وعليه فإذا تقدمت الإجازة لغى الرد لكونه ردا بعد الإجازة، وإذا تقدم الرد لم يفد الإجازة بناء على اعتبار أن لا تكون مسبقة بالرد، وإلا صحت الإجازة ليست على الفور

السادس: هل الإجازة على الفور فمع التأخير تسقط، أم لا؟ فيه وجهان: أقواهما الثاني: لا طلاق الأدلة، وصحيح محمد بن قيس المتقدم (١).

وعليه، فلو لم يجز المالك ولا رد، فهل يتعين اجبار المالك بأحد الأمرين - كما اختاره السيد قده - أم يتعين ثبوت الخيار - كما ذهب إليه جمع - أم يثبت الأمران بنحو التخيير - كما اختاره الشيخ ره - وجوه؟

وليعلم أن محل الكلام إنما هو فيما إذا لم يجز للأصيل التصرف فيما انتقل عنه وفيما انتقل إليه، وأما إذا جاز له التصرف فيما انتقل عنه إما لعدم لزوم لعقد عليه أو لجوازه، حتى بناء على لزوم العقد، لا مورد لشيء من هذه الوجوه، إذ لا يلزم ضرر عليه من عدم الإجازة والرد. وأيضا الظاهر أن محل الكلام ما لو لم يكن الأصيل عالما بكون طرفه فضوليا، أو كان مطمئنا بأنه يجيز المالك أو يرد، وأما إذا كان عالم به ولم يكن مطمئنا بشيء منهما، فمن حيث إنه مقدم على الضرر لا يجري شيء من الوجوه. فتدبر.

وكيف كان: فالأظهر من تلك الوجوه هو الثاني، إذ الإجبار إنما يكون لأحد أمرين: إما الامتناع عن الحق من جهة أن السلطان ولي الممتنع، أو للامتناع عن

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

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

ومن الواضح أن عقد الفضولي لا يوجب حدوث حق للأصيل على المالك -  
كما تقدم - ولا وجوب الإجازة أو الرد عليه، فالإجبار لا مورد له، وقاعدة (٢) نفي  
الضرر لا تصلح لإثبات جوازه لكونها نافية للحكم لا مثبتة، فهي توجب نفي لزوم  
العقد على الأصيل، فالمتعين هو ثبوت الخيار للأصيل.  
اعتبار مطابقة الإجازة للعقد

السابع: هل يعتبر في صحة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو خصوصاً،  
أم لا، أم يفصل بين المطابقة من حيث الجزء، والمطابقة من حيث الشرط؟ وجوه  
وأقوال.

وتنقيح القول بالبحث في مقامين:  
الأول: في عدم المطابقة من حيث الجزء، بأن يكون الشيء المحذوف أو المضاف  
جزءاً.

الثاني: في عدم المطابقة من حيث الشرط، وأما في صورة الاختلاف من حيث  
المباينة كما لو وقع العقد على فرس فأجاز في الحمار فلا اشكال في عدم الصحة.  
أما المقام الأول: فالكلام فيه يقع في موردين: الأول: فيما إذا كان محذوفاً،

---

١ - الوسائل - باب ١ - من أبواب الأمر والنهي وما يناسبها وغيره من الأبواب.  
٢ - الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار - حديث ٣ - ٤ - ٥.

بالعين من قبيل حق الرهانة أو الجنائية، ويمكن أن يكون للنص الخاص (١). وكيف كان: فقد استدل الشيخ للصحة - مضافا إلى العمومات - بالأصل: وفيه: أنه إن أراد بالأصل هو أصالة الصحة، فيرد عليه: أن الأصل في المعاملات هو الفساد، وإن أراد به أصالة البراءة، فيرد عليه، أنه ره بنى على عدم الرجوع إليها عند الشك في جزئية شئ أو شرطيته للأسباب في باب المعاملات - كما تقدم منه في مقدمة الكتاب - فلا محالة يكون مراده به القاعدة المستفادة من العمومات، ولكن على المختار لا بأس بالاستدلال به أيضا، فمقتضى العمومات والأصل هي الصحة.

وقد استدل للبطلان بأمور:

الأول: إنه قد باع مال الغير لنفسه، وقد مر الاشكال فيه، وربما لا يجري فيه بعض ما ذكر هناك من الأجوبة عن ذلك الاشكال.

وأجاب عنه الشيخ ره: بأن الأقوى صحته، وربما يسلم هنا عن بعض

الاشكالات الجارية هناك مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاوضان.

توضيح المقام: أن عمدة الأشكال في تلك المسألة إنما هي أمران.

أحدهما: أنه بناء على اعتبار دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه

المعوض، وبالعكس الفضولي البائع مال الغير لنفسه غير قاصد لحقيقة المعاوضة والبيع.

الثاني: مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.

أما الاشكال الأول: فلو تم ما ذكره جوابا عنه في تلك المسألة من أن

الفضولي إنما يبيع للمالك ويبنى على أنه هو المالك، جرى ذلك في المقام.

---

١ - الوسائل - باب ١٥ - من أبواب ما تجب فيه الزكاة.

عليه: أن مآل هذا إلى أنه لا تطابق بين ما وقع عليه العقد وما تعلق به الإجازة، وهذا هو الإشكال الثاني، والجواب عنه قد تقدم، والكلام في المقام في هذا المحذور المذكور من حيث هو.

وما أورده المحقق الإيرواني ره عليه بأن: البيع لشيء انشاء لرد كل عقد وقع عليه على سبيل الاجمال وإن لم يلتفت إلى العقد ولم يعلم به، فكل فعل للمنافي فهو انشاء للرد فلا وجه للتفصيل بين انشاء الرد وفعل ما ينافيه. يمكن دفعه: بأن انشاء الرد إنما هو كسائر الانشاءات متقوم بالقصد وبدونه لا يتحقق، فما أفاده الشيخ ره متين.

نعم ما ذكره أخيرا في وجه كون الفعل المنافي موجبا لانفساخ العقد في البيع الخياري يمكن أن يورد على: بأنه إذا لم يكن الفعل في نفسه مستلزما لإنشاء الرد لم يرد إلا بذلك، لأنه لا محذور في الالتزام بوقوعه في ملك الغير، وأصالة الصحة في الفعل لا تصلح لإثبات تحقق قصد الرد. فتدبر، مضافا إلى أنه تقدم عدم قدح الرد في تأثير الإجازة.

السابق: النصوص الخاصة، وهي طائفتان:

الأولى: الأخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع ما ليس عندك، وقد تقدم (١) في أوائل بيع الفضولي أنها بحسب السند لا كلام فيها. وتقريب دلالتها: أنها تدل على فساد البيع المذكور مطلقا بالنسبة إلى المالك والمخاطب، أو بالنسبة إلى خصوص المخاطب. وباطلاقها تدل على عدم وقوع البيع للبائع ولو صار ملكا وأجاز، بل الظاهر منها إرادة حكم خصوص صورة تملكه بعد

البيع وإلا فعدم وقوعه له قبل تملكه لا يحتاج إلى البيان. وأجاب عنها الشيخ ره: بأنها تدل على عدم ترتب الأثر المقصود من البيع على هذا البيع، وهذا لا ينافي ترتب الأثر عليه إذا لحقه الإجازة. وفيه: أن مقتضى اطلاقها عدم ترتب الأثر عليه وإن أجاز وأجابوا عنها بأجوبة آخر أحسنها جوابان - وقد تقدما - : أحدهما: إن الظاهر البدوي من النبوي النهي عن بيع ما ليس حاضرا عنده، سواء كان مملوكا له أم لا، قد على تسليمه أم لا، كليا أو شخصا، وحيث إنه لا يمكن الالتزام به تعيين حملته، إما على النهي عن بيع ما ليس مملوكا له. أو على النهي عن بيع ما لا يقدر على تسليمه، وإن لم يكن الثاني أقرب لا كلام في عدم اقربية الأول.

الطائفة الثانية: النصوص الخاصة: كصحيح يحيى بن الحجاج عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن رجل قال لي: اشتر هذا الثوب وهذه الدابة وبعنيها أربحك فيها كذا وكذا، قال (عليه السلام): لا بأس بذلك اشتريها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها (١).

وخبر خالد بن الحجاج عنه (عليه السلام) عن الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا. قال (عليه السلام): أليس إن شاء ترك وإن شاء أخذ؟ قلت: بلى قال (عليه السلام): لا بأس به إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام ويحرم الكلام (٢). وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) عن رجل أتاه رجل

١ - الوسائل - باب ٨ - من أبواب العقود حديث ١٣.

٢ - الوسائل - باب ٨ - من أبواب العقود حديث ٤.

فقال: ابتع لي متاعا لعلي أشتريه منك بنقد أو نسيئة فابتاعه الرجل من أجله قال (عليه السلام): ليس به بأس، إنما يشتريه منه بعد ما يملكه (١).  
وصحيح منصور عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل أمر رجلا يشتري له متاعا فيشتريه منه قال (عليه السلام): لا بأس بذلك إنما البيع بعد ما يشتريه (٢).  
وصحيح معاوية: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): يجيئني الرجل يطلب مني بيع الحرير وليس عندي منه شيء فيقولني عليه وأقوله في الربح والأجل حتى نجتمع على شيء ثم أذهب فأشتري له الحرير فأدعوه فقال (عليه السلام): رأيت إن وجد بيعا هو أحب إليه مما عندك يستطيع أن ينصرف إليه ويدعك أو وجدت أنت ذلك أتستطيع أن تنصرف إليه وتدعه؟ قلت: نعم، قال: فلا بأس (٣).  
والشيخ ره أجاب عنها أولا بما حاصله: أنها تدل على المنع عن الإلزام والالتزام من المتبايعين بآثار البيع قبل الاشتراء، فكذا بعده من دون حاجة إلى الإجازة، وهذا لا ينافي الصحة مع الإجازة ثم رجع عن ذلك والتزم بدلالاتها على الفساد من جهة أن عدم ترتب الأثر المقصود على عقد إلا مع انضمام بعض الأمور اللاحقة كالقبض والإجازة لا يقتضي النهي عنه بقول مطلق، بل لا بد من النهي عنه مقيدا بتجرده عن ذلك القيد. فالطلاق النهي يقتضي الفساد حتى مع الإجازة.  
والحق في المقام أن يقال: إن الصحاح الثلاثة الأخيرة ظاهرة في إرادة بيع الكلي، وتدلل على أنه لا يجوز بيع الكلي في الذمة ثم اشتراء بعض أفرادها وتسليمه إلى

- 
- ١ - الوسائل - باب ٨ - من أبواب العقود حديث ٨.
  - ٢ - الوسائل - باب ٨ - من أبواب العقود حديث ٦.
  - ٤ - الوسائل - باب ٨ - من أبواب العقود حديث ٧.

---

وأما الصورة الثالثة: ففيها فرضان

الأول: أن يكون ذلك الغير موكلا إياه في هذا البيع أو تحت ولايته.

الثاني: أن يكون أجنبيا عنه.

أما الفرض الأول: فالظاهر اتحاده مع الصورة الأولى من حيث الحكم والمدرك، إذ البيع للنفس ثم الاشتراء أعم من البيع بالمباشرة أو التسبيب - هكذا قيل - ولكن الانصاف أن دعوى اختصاص نصوص المنع بالأولى وعدم شمولها لهذا المورد قريبة جدا، فحكم الفرضين واحد وهو أنه لو باع له بانيا على مالكيته على تقدير كون البيع معاوضة حقيقة أو بدونه - على تقدير عدمه - فإن أجاز المالك صح للمالك على الأول، ولذلك الغير على الثاني. وإن ملكه الثالث فأجاز صح له، وإن ملكه البائع فأجازه صح له على التقدير الأول، وللبيع على الثاني.

حكم ما إذا لم يجز البائع بعد تملكه

الثانية: ما لو لم يجز المالك على تقدير تملكه قال الشيخ الظاهر بطلان البيع الأول.

وقد استدل له: بالأخبار المتقدمة بدعوى شمولها لهذه المسألة يقينا، وبما دل على اعتبار طيب النفس في صحة التجارة وترتب آثارهما (١)، إذ المفروض أن المالك بعد ما صار مالكا لم يرض بكون ماله للمشتري الأول، والتزامه القبلي لم يكن إلا التزاما بكون مال غيره له.

ولكن يرد عليه: أن ما ذكره من شمول الأخبار لهذه المسألة يقينا، من غير أن

---

١ - النساء آية ٣٠ - الوسائل - باب ٣ - من أبواب مكان المصلي حديث ١ - ٣.



يفصل بين كون البيع منجزاً أم معلقاً على تملك البائع أو إجازته، ينافي ما ذكره قبل أسطر من دعوى اختصاصها بالفرض الأول، اللهم إلا أن يقال: إن مفروض كلامه في المقام هو البيع منجزاً.

والصحيح أن يستدل له: بأنه مع عدم الإجازة لا دليل على صحته، لأن العمومات المختصة بالبيع المستند إلى المالك، وفي المقام لا يكون مستندا إليه، إذ المراد من الاستناد إلى المالك ليس قيماً الانشاء به، بل المراد إضافة البيع إلى المالك بما هو مالك، وهذا العقد قبل التملك لم يكن مضافاً إليه لعدم التملك، وبعده لا يستند إليه لعدم الإجازة.

وبعبارة أخرى: الإضافة إلى المالك أمر قصدي لا قهري، فكيف يلتزم بها بمجرد التملك.

وقد استدل لعدم الحاجة إلى الإجازة: بما دل على وجوب الوفاء بالعقود (١) وما دل على وجوب الوفاء بالشرط (٢). بتقريب: أن العقد صادر من هذا الشخص، والمانع عن لزوم الوفاء به قبل التملك هو كون المبيع مال الغير، إذ لا معنى للوفاء بالالتزام بمال الغير، وبعد زوال المانع وصورته ملكاً له لا مانع من توجه الأمر بالوفاء إليه. وأجاب عنه الشيخ ره بجوابين: أحدهما: إن دليل الوفاء قبل التملك لم يكن شاملاً له، فيستصحب بعده، والمقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع إلى حكم العام.

وفيه: أن عدم شمول العام له بالتقريب الذي ذكرناه لم يكن من جهة خروج

١ - المائدة آية ٢.

٢ - الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار.

بعض الأفراد في بعض الأزمان بدليل مخصص كي يقال إنه من موارد استصحاب حكم الخاص بعد ذلك الزمان، بل كان من جهة عدم تمامية موضوع العام في نفسه، إذ لا وفاء للالتزام بمال الغير، فالبائع قبل التملك غير داخل في موضوع العام، فيكون نظير من لم يكن مشمولاً للدليل وجوب إكرام العالم لعدم كونه عالماً، ثم صار كذلك، فهل يتوهم فيه كونه مورداً لاستصحاب عدم وجوب الإكرام، مع أنه لو سلم كونه مشمولاً للدليل العام في نفسه وخروجه بدليل مخصص بما أنه يكون خارجاً عنه من الأول لا من الوسط لا يكون مورداً لاستصحاب حكم الخاص، مضافاً إلى ذلك كله ما حققناه في محله من كون المرجع عموم العام في جميع الموارد لا استصحاب حكم الخاص. وتتمام الكلام في محله.

الثاني: معارضة العموم المذكور بعموم ما دل على (١) سلطنة الناس على أموالهم، و (٢) عدم حلها لغيرهم إلا عن طيب النفس.

وقد يورد عليه: بأن هذا يتم لو قلنا بدخوله في ملكه وخروجه عن ملكه من دون رضاه، وأما إذا قلنا بدخوله في ملك المشتري الأول بمجرد اشتراء البائع - من جهة أن البيع الأول مقتض لدخول المال في ملك المشتري وكونه ملكاً للغير مانع، فإذا زال المانع أثر المقتضي أثره - فلا يدخل في ملكه بخروجه عن ملك مالكه الأصلي. فتأمل.

فالصحيح أن يجاب عنه: بأن العقد قبل التملك غير مستند إلى المالك الفعلي، وبعده لا إجازة منه كي يستند إليه، ومع عدم الاستناد لا يكون مشمولاً للعمومات. فالأظهر عدم الصحة ما لم يجز.

١ - البحار ج ١ - ص ١٥٤ الطبع القديم - و ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث  
٢ - الوسائل - باب ٣ - من باب أبواب مكان المصلي حديث ١ - ٣.

وفيه: أن الدليل (١) إنما دل على نفوذ تصرفات الولي في مال المولى عليه بما فيه صلاحه، ولم يدل دليل على لزوم قصد عنوان المولى عليه بهذا العنوان، والقطع بعدم رضاه بالمعاملة لو التفت إلى الولاية لا يضر إذا كان راضيا بالفعل - فضلا عن احتمال - فإنه من قبيل تخلف الداعي. فالأظهر هي الصحة وعدم التوقف على الإجازة لو باع لنفسه وانكشف كونه وليا  
الصورة الثانية: أن يبيع لنفسه وينكشف كونه وليا.  
وملخص القول فيها: أنه بناء على ما أفاده الشيخ ره في بيع الغاصب لنفسه من أنه إنما يبيع للمالك بما هو مالك تحقيقا للمعاوضة لا بد من البناء على الصحة وعدم الوقوف على الإجازة، أما الصحة فلأن البيع واقع للمالك، وأما عدم الوقوف على الإجازة فلصدوره عن رضا من له الولاية على مثل هذا البيع فلا حاجة إلى الإجازة. وما ذكره ره في وجه الاحتياج إليها من عدم الوقوع على الوجه المأذون فيه، يرد عليه: أن غرضه إن كان عدم كونه مأذونا فيه تكليفا فيرده: ما تقدم من عدم كون بيع الفضولي لنفسه أو لغيره حراما. وإن كان غرضه عدم كونه مأذونا فيه وصفا، فيرده: أن المفروض كونه وليا ولعله إلى هذا أشار بقوله فتأمل، وأما بناء على ما ذكرناه من أن التنزيل لا يصح قصد المعاوضة، فلا يمكن تصحيح البيع في المقام لأن الولي لا يتمكن من تملك مال المولى عليه مجانا.

١ - الوسائل - باب ١٥ - من أبواب عقد البيع وشروطه - وباب ٨٨ - من أبواب أحكام الوصايا.

قوام البيع.

وبالحملة: الانتقال شرعا من آثار البيع، ولا يلزم قصده حتى يقال أنه يكون موقوفا على الإجازة. وإلى هذا نظر الشيخ ره فيما ذكره في مقام الجواب. وأما ما ذكره الشيخ ره بقوله: مع أن عدم القصد المذكور لا يقدر بناء على الكشف، الذي حاصله: أن عدم إمكان قصد النقل فعلا يناسب القول بالنقل، فإن الانتقال إنما يكون من حين الإجازة: بخلاف القول بالكشف فإن الانتقال فعلي، فيمكن قصده حال النقل، فيرد عليه: أن المدعى هو وقوف النقل على الإجازة لا تأخره عنها، وهذا لا فرق فيه بين القول بالنقل والكشف، فإنه على الكشف أيضا يكون النقل موقوفا على الإجازة.

الوجه الثاني: ما أفاده الشيخ ره، وهو: أن أكثر أدلة اشتراط الإجازة في بيع الفضولي جارية هنا، ومراده بما أدلة اعتبار التراضي وطيب النفس (١) كما يصرح به بعد ذلك.

وتقريب ما أفاده: أنها تدل على اعتبار رضا المالك في التصرف في ماله بما هو ماله لا ذات ما هو ماله، ولذا لو قدم إلى غيره طعاما بتخييل أنه لغيره لم يجز له التصرف فيه لو علم بأنه له، وفي المقام بما أن البائع إنما رضي بنقل مال معين اتفق كونه ملكا له في الواقع، ولم يرض بنقله بما هو ماله، فيحتاج إلى الإجازة لذلك. وفيه: أنه إن كان البيع عن شخص من يتخييل كونه مالكا لزم بطلان البيع وعدم إمكان تصحيحه ولو بالإجازة، وإن كان عن المالك بنحو يعم نفسه فالرضا بنقل ماله بعنوان أنه ماله موجود، فإما يكون باطلا أو يكون لازما غير متوقف على

١ - النساء آية ٣٠ - الوسائل - باب ٣ - من أبواب مكان المصلي حديث ١ - ٣.

الإجازة.

وبعبارة أخرى: أنه لا ريب في كونه راضيا ببيع مال نفسه، فإن كان البيع بيعا عن الأب بشخصه بطل البيع لعدم المورد للإجازة، وإن كان بيعا عن المالك بما هو مالك بنحو يعم نفسه كان الرضا متعلقا بنقل مال المالك الواقعي وإن كان منطبقا على نفسه، ومعه لا حاجة إلى الإجازة لصدور العقد عنه مباشرة وعن الرضا، وهو أولى من إذنه وإجازته.

ولعله إلى هذا يرجع ما استدل به لعدم الاحتياج إلى الإجازة بما نقله الشيخ ره بقوله: ولأن قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا بمجرد القصد... الخ فلا يرد عليه ما ذكره الشيخ.

وقد يقال: إن هذا الحق للمالك من باب خيار الفسخ، فعقده متزلزل من حيث البقاء لا من باب الإجازة، فيكون متزلزلا من حيث الحدوث معللا بقاعدة نفي الضرر (١).

وأجاب عن ذلك الشيخ الأعظم ره بما حاصله يرجع إلى أمرين: أحدهما: أنه لا يصح الرجوع إلى قاعدة نفي الضرر التي هي من الأدلة الثانوية بعد كون اعتبار الرضا وطيب النفس مما تقتضيه الأدلة الأولية.

وبعبارة أخرى: إن مقتضى الأدلة الأولية توقف الانتقال على الرضا، فمع فقدة لا يتحقق الانتقال، ومع عدمه كيف يحكم بثبوت الخيار الذي هو فرع الانتقال. الثاني: إن الضرر المترتب على المعاملة تارة يكون ضررا ماليا كما في موارد خيار العيب والغبن، وأخرى يكون ضررا سلطانيا، أي يكون موجبا للنقص في

١ - الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار.

سلطانه على ماله، وفي الأول يتدارك الضرر بالخيار، وأما في الثاني فالتحفظ عليه إنما يكون بالتحفظ على سلطانه على ماله، وسد بابه إنما هو بالالتزام بعدم خروجه عن ملكه بلا رضاه لا خروجه عند وتداركه بالخيار، إذ أصل الانتقال ولو متزلزلاً ضرر على المالك في سلطانه، فهذا الضرر يوجب رفع الصحة لا اللزوم.

وبهذا البيان يظهر أن ما أورده المحقق النائيني ره على الشيخ بأن الصحة ليست أمراً مجعولاً حتى ترتفع بها بل هي منتزعة من تحقق الشرائط، فلو دل دليل على اعتبار قيد في ناحية الأسباب أو المسببات فنفس هذا الدليل كاف لإثبات هذا القيد، وإلا فلا يمكن اثبات قيد بقاعدة الضرر ونحوها لأنها حاكمة على الأحكام الثابتة، ولا يمكن اثبات حكم بها لولا جعله لزم منه الضرر، في غير محله، فإن دليل نفي الضرر يرفع امضاء الشارع للعقد الذي يلزم منه هذا الضرر ولا محذور في ذلك. قال الشيخ: ثم إن الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفة على القول بصحة عقد الفضولي... الخ.

محصل ما ذكره: أن الأدلة الأربعة التي أقاموها على بطلان بيع الفضولي من الكتاب (١) والسنة (٢) والإجماع والعقل، غير الأخير منها لا تشمل هذا العقد لأنه صدر ممن بيده أمر المال. نعم لو قلنا بفساد عقد الفضولي من باب حكم العقل بقبح التصرف في مال الغير، يتجه البطلان في المقام. وأورد عليه المحقق النائيني: بأن حكم العقل بقبح التصرف فيما هو مال الغير واقعا بمناط واقعي، وحكمه بقبح التصرف فيما علم أنه مال الغير طريقي، فالحكم الشرعي المستكشف من الأول من باب الملازمة حكم واقعي، والحكم الشرعي

١ - النساء: آية ٢٩. الوسائل باب ٧ من أبواب أحكام العقود  
٢ - النساء: آية ٢٩. الوسائل باب ٧ من أبواب أحكام العقود

على نحو الإطلاق لوقوع عقد الفضولي على شئ خاص، وهو لو كان مجهولا عند المجيز فلا تشملها الأدلة الدالة على نفوذ الإجازة، بل حكمها حكم تعلق الوكالة بالأمر المبهم التي لا اعتبار بها عند العقلاء.

وفيه: أولا: أنه يمكن الاطلاق في الإجازة، بمعنى تعلقها بما وقع أياما كان، وليس ذلك من قبيل الأمر المبهم الذي لا واقع له.

وثانيا: أنه لو سلم عدم كون تعلقها بالعقد على نحو الاطلاق غاية الأمر كونها من قبيل إجازة الجهول، وهي كالإذن في المجهول لا اشكال فيها.

وبالحملة: أن الإذن في المبهم لعدم كون المبهم مما له واقع لا يصح، وكذلك إجازته، وأما الإذن في المجهول فالأظهر عدم المحذور فيه، وكذلك الإجازة المتعلقة به.

الثالث: ما أفاده المحقق النائيني ره أيضا، وهو: إن الإجازة مع عدم العلم بالمجاز تندرج في عموم نهي النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر.

وفيه: أولا: إن الغرر المنفي مختص بالبيع (١).

وثانيا: أنه على فرض العموم لا اشكال في عدم كون التوكيل والإذن مشمولين للمنفي، إذ لا ريب في عدم وجوب ذكر جميع الخصوصيات والتعيين من جميع الجهات فيهما، وكذلك الإجازة.

الرابع: إن البيع إنما ينتسب إلى المجيز من حين الإجازة، ففي الحقيقة هي تكون معاملة وبيعا، فيعتبر أن لا تكون غررية.

---

١ - الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣ - والمستدرک باب ٣١ من أبواب آداب التجارة حديث ١ - وسنن يهقي ج ٥ ص ٣٣٨ - وسنن الترمذي ج ٣ - ص ٥٣٢ - وأخرجه مسلم - وأبو داود - في كتاب البيوع.

فلو باع العين شخص واحد من متعدد فضولا كانت العقود عرضية من حيث الصحة لا طولية وخارجة عما هو محل الكلام، وتعاقبها أما أن يكون بوقوعها من أشخاص متعددة وأما بتعاقبها على أثمان عديدة.

ثم إن المراد من العوض في كلماتهم - على ما صرح به الشيخ ره - هو الثمن الكلي، وبعبارة أخرى: إن محل البحث هي صورة ترامي الأثمان لا ورود العقود على العوض الشخصي.

ثم إن العقود المتعددة إما واقعة على مال الغير أو على عوضه، بأن يكون العوض في كل عقد معوضا في الآخر، وعلى كل تقدير ربما يكون العاقد هو المشتري في كل طبقة أو غيره ولا كلام في أن للمالك إجازة أي منها شاء، إنما الكلام في أنه إذا أجاز عقدا هل يوجب ذلك صحة غيره أم لا؟

وتنقيح القول فيه: أن المجاز إما أول عقد واقع على مال المالك، أو آخر عقد واقع عليه، أو وسط واقع بين سابق ولاحق واقعين على مورد عقد الوسط والمراد من المورد أعم من الثمن والمثمن في العقد الوسط، وأيضا المراد من الوقوع على المورد أعم من كون المورد في ذلك العقد ثمنا أو مثمنا أو واردين على بدل مورده، أو كون السابق واردا على مورده واللاحق واردا على بدل مورده، أو بالعكس، فهذه ست صور للعقود الواردة على المعوض، وأما الواقعة على العوض فهي أيضا كذلك، لأن المجاز إما أن يكون أول عقد واقع عليه، أو آخر عقد، أو وسط بين سابق ولاحق واردين على مورده، أو بدل مورده، أو يكون السابق على المورد واللاحق على بدله، أو بالعكس. فمجموع الصور اثنتا عشرة، ست للفرض الأول، وست للفرض الثاني. وجمع الشيخ الجميع فيما إذا باع عبد المالك بفرس، ثم باعه المشتري بكتاب، ثم باعه الثالث بدينار، وباع البائع الفرس بدرهم، وباع الثالث الدينار بجارية وباع



(...)

على أموالهم.

وفيه: - مضافا إلى عدم تسالم الأصحاب على ذلك، بل هناك قولان آخران: أحدهما: الضمان مطلقا، ثانيهما: الضمان مع بقاء العين - إن الأسباب المملكة مضبوطة وليس التسليط بعنوان العوضية منها، وأما إباحة التصرفات فلا بد وأن تكون إما بفعل المالك أو بحكم الشارع، وشئ منهما ليس في المقام. الثاني: إنهم حكموا بعدم الضمان في صورة الإتلاف، فلو لم يكن ملكا له كان ضامنا، لأن اتلاف مال الغير موجب للضمان. وفيه: - مضافا إلى ما تقدم - أن عدم الضمان لازم أعم للملك ولما أذن مالكة في الإتلاف.

الثانية: في أنه هل يجوز الرجوع في ما دفع مع بقاءه أم لا؟ الأظهر هو الأول، أما بناء على ما عرفت في المسألة الأولى فواضح، وأما بناء على القول الآخر فكذلك بناء على كون التسليط مبيحا للتصرفات، وأما على القول بكونه مملكا فلأنه لو سلم ذلك كان هبة ويجوز الرجوع في الموهوب مع بقاءه. المسألة الثالثة: في أنه هل يجوز الرجوع إلى البديل إذا أتلفه الغاصب، أم لا؟ قد استدلل للثاني بوجوه: الأول: الاجماع.

وفيه: - مضافا إلى عدم ثبوته كما تقدم - أنه لم يثبت كونه اجماعا تعديدا. الثاني: ما أفاده المحقق النائيني (ره) وهو: أن الضمان إما معاوضي أو يدي، وشئ منهما لا مورد له في المقام، أما الأول: فلعلمه بأنه ليس المضمن له، وأما الثاني: فلعلم المشتري بكونه غاصبا ولازمه التسليط المجاني فيكون من صغريات قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده.

حكم التصرفات غير المنافية لمملك المشتري  
وأما المورد الثاني: فالكلام فيه يقع في جهتين:  
الأولى: في أنه هل يكون فعل مصداقاً للرد كي يصح انشاء الرد به أم لا؟ وقد  
ذهب المحقق النائيني ره إلى الثاني.  
وفيه: أن تحريك الرأس بعد سؤال السائل أنه هل ترد البيع فعل يكون رداً  
بالحمل الشائع، وكذلك الكتابة، فهما مصداقان للرد الفعلي.  
الثانية: في أن الأفعال غير المنافية لمملك المشتري هل يتحقق بها الرد أم لا؟  
وتلك الأفعال على قسمين: الأول: ما يقع حال التفات المالك إلى وقوع العقد من  
الفضولي على ماله. الثاني: ما يقع في حال عدم الالتفات.  
أما القسم الأول: فقد ذهب الشيخ الأعظم ره إلى تحقق الرد به.  
واستدل له بصدق الرد عليه، فيشملة ما دل على أن للمالك الرد، مثل ما ورد  
في نكاح العبد والأمة بغير إذن مولاه كموثق زرارة عن الإمام الباقر (عليه السلام)  
عن مملوك تزوج بغير إذن سيده فقال: ذاك إلى سيده إن شاء أجازته وإن شاء فرق  
بينهما (١). ونحوه غيره.  
وما ورد فيمن زوجته أمه وهو غائب كخبر محمد بن مسلم عن مولانا الباقر  
(عليه السلام) عن رجل زوجته أمه هو غائب قال (عليه السلام): النكاح جائز إن  
شاء المتزوج قبل وإن شاء ترك، فإن ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه (٢).

١ - الوسائل - باب ٢٤ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.  
٢ - الوسائل - باب ٧ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٣.

أن يكون للتحري عن مشتر يدفع أكثر مما دفعه المشتري الأول، فإن حصل دفع إليه وإلا أجاز بيع الفضولي، وعليه فلا تكون كاشفة عن انشاء الرد. فالحق أن يقال: إن منشأ عدم تأثير الإجازة بعد الرد إن كان هو الاجماع فالمتيقن منه غير الرد الفعلي، بل ادعى الاجماع على اعتبار اللفظ في الرد، فالإجازة بعده تؤثر وإن كان مدركه دليل السلطنة (١) وقلنا إن له اطلاقاً من حيث الأسباب وأحرزنا من الخارج انشاء الرد بهذه الأفعال، كان الرد المانع عن تأثير الإجازة متحققاً بالأفعال المفروضة، وإلا فلا.

وأما القسم الثاني: فالظاهر أنه لا يتحقق به الرد، لأنه من الانشائيات المتقومة بالقصد المفقود مع عدم الالتفات. وما أفتوا به من أن انكار الطلاق رجوع فإنما هو للنص الخاص (٢). مع أنه يمكن تطبيقه على القاعدة بأن يقال إن الزوجية بعد الطلاق إلى انقضاء العدة ثابتة، والتشبهت بها رجوع، وانكار الطلاق تشبهت بها. وعلى كل تقدير لا يكون مربوطاً بالمقام.

---

١ - البحار ج ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث  
٢ - الوسائل باب ١٤ من أبواب أقسام الطلاق.

على النقل كما تقدم، مع أنه لم يشك أحد في الصحة.  
وفيه: أنه يمكن الجواب عنه بما ذكره هو قده من: أنه يمكن أن يكون الدفع  
تمليكا على تقدير عدم الإجازة، وإن كان الثمن تالفا فالمعروف أنه لا يجوز الرجوع،  
وعن غير واحد: دعوى الاجماع عليه.

وقد استدل لجواز الرجوع وللضمان بوجوه:  
أحدها: ما استند إليه الشيخ ره، وهو: أن اطلاق قولهم إن كل عقد يضمن  
بصحيحة يضمن بفاسده يقتضي الضمان، نظرا إلى أن البيع الصحيح يقتضي  
الضمان، ففاسده كذلك.

وفيه: أولا: إن هذه ليست قاعدة مستقلة تعبدية في قبال سائر مقتضيات  
الضمان، بل مدرکہا عموم على اليد (١)، فلا بد من ملاحظة تلك القاعدة والشيخ ره  
حيث منع من دلالة اليد على الضمان في المقام فلا مورد لتأمله، وميله إلى الضمان بل  
افتائه به مستندا إليها.

وثانيا: إن هذه القاعدة غاية ما تدل عليه هو الضمان، وأما أن الضامن هو  
الغاصب البائع أو المالك فلا تدل عليه إن لم تدل على أن الضامن هو المالك لا المجري  
للصيغة والعلم بعدم ضمانه في المقام من جهة التخصص أو التخصيص نظرا إلى عدم  
كون العقد عقد المالك في المقام لا يوجب صرف الضمان إلى البائع الغاصب.  
وثالثا: إن الفساد لا يصدق على عقد الفضولي، بل هو صحيح فاقد لشرط

١ - المبسوط كتاب الغصب - المستدرک باب - ١ - من أبواب كتاب الوديعة حديث ١٢ سنن بيهقي ج ٦  
ص ٩٠ - كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

قابل للحقوقه.

ثانيها: قاعدة الاقدام، وقد تقدم في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد أنها وغيرها من القواعد التي عددها من مقتضيات الضمان لا تكون كذلك، وانحصار موجب الضمان باليد والاتلاف، وهما في المقام يقتضيان الضمان. وقد أورد الشيخ على الاستدلال باليد في المقام: بأنها وإن كانت تقتضي الضمان إلا أن فحوى ما دل (١) على عدم ضمان من استأمنه المالك ودفعه إليه لحفظه - كما في الوديعة - أو الانتفاع به - كما في العارية - أو استيفاء المنفعة منه - كما في العين المستأجرة عدمه إذ الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان فالتسليط على التصرف فيه واتلافه مما لا يوجب ذلك بطريق أولى.

ثم أورد على نفسه: بأن التسليط إنما يكون في مقابل العوض، فأجاب عنه: بأنه سلطه بإزاء مال غيره، فلم يضمنه في الحقيقة شيئاً من كيسه.

ثم أورد على نفسه بما حاصله: أنه إنما سلطه بإزاء مال الغير بعد البناء ولو عدوانا على كونه ملكا له، وعليه بنينا تحقق مفهوم المعاوضة، فهو يسلمه على وجه يضمنه بماله، إلا أن كلا منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع، بل بنى المشتري على كون المضمن ملكا للبائع، فالتسليط إنما يكون في مقابل ماله حقيقة، إلا أن كون المضمن مالا له ادعائي.

وأجاب عنه: بأن المعاملة والتضمن ليست ابتداء بين الشخصين، فتكون حقيقة المعاملة تضمين كل منهما للآخر بماله الواقعي، ويكون تعلقها بالمالين اعتبارا

---

١ - الوسائل - باب ٤ - من أبواب أحكام الوديعة - وباب ١ - من أبواب أحكام العارية وباب ٣٢ من أبواب أحكام الإجارة.

تصح دعوى الغرور.  
وأما في المورد الثاني: فإن كان الالتزام على الوجه الشرعي فهو الموجب للرجوع، وإلا فلا موجب له.  
وأما في الصورة الثانية: فقبل بيان حكم الأقسام لا بد من بيان القواعد التي استندوا إليها في الحكم في المقام:  
منها قاعدة نفي الضرر (١): حيث إن الحكم بعدم رجوع المشتري إلى البائع ضرر عليه، فتنفيه القاعدة.  
وفيه: أولاً: ما حقق في محله من أن قاعدة نفي الضرر نافية للأحكام ولا تصلح لإثبات الحكم فلا يمكن إثبات الضمان بها.  
وثانياً: إن الحكم بضمان البائع ضرر عليه، فيتعارض الضرران، فالأظهر أنه لا مورد لها في المقام.  
ومنها قاعدة التسبب: أي قوة السبب على المباشر واستدلوا لها: بالإجماع المحكي في الإيضاح على تقديم السبب على المباشر إذا كان أقوى بقاعدة الإلتلاف (٢).  
وفيه: أن المتقين من معقد الاجماع وما يستفاد من القاعدة إنما هو فيما إذا لم يتوسط بين فعل الفاعل والأثر المترتب عيه فعل فاعل مختار.  
توضيح ذلك: إن السبب على أقسام الثلاثة:  
الأول: ما إذا كان الفعل مستندا إلى السبب دون المباشر، ويكون المباشر غير

١ - الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٤ و ٥.  
٢ - قاعدة مستفادة من مضامين الأخبار.

مختار، ولم يصدر عنه الفعل باختياره. وفي هذا القسم يتم ما ذكر، والدليلان يدلان على الضمان على السبب.

وعد المحقق النائيني ره من هذا القسم حكم الحاكم بشهادة شهود الزور وفعل المكره باكره الجائر، نظرا إلى أن الفعل لا يستند إلى المباشر شرعا لكون واجبا عليه.

وفيه: أن الوجوب الشرعي لا يوجب رفع الضمان، ألا ترى أنه لو اضطر إلى أكل مال الغير ووجب عليه ذلك حفظا للنفس لا يحكم عليه بعدم الضمان، بل هو ضامن، ففي مسألة المكره للمالك الرجوع إلى المكره بالفتح. نعم في مسألة حكم الحاكم ليس له الرجوع إليه للنصوص الخاصة.

الثاني: ما إذا كان السبب محدثا للداعي للمباشر من دون أن يستند الفعل إلى السبب، كمن علم غيره طريق سرقة الأموال، وفي هذا القسم لا وجه للضمان على السبب، والوجهان لا يدلان عليه.

الثالث: ما إذا كان الفعل مستندا إلى المباشر، والضمان المترتب عليه مستندا إلى السبب، كمن قدم إلى غيره طعاما ليأكله مجانا فتبين عدم كون الطعام له. وفي هذا القسم وإن كان المتجه الضمان، ولكن لا لما تقدم من الاجماع وقاعدة الإلتلاف، فإنه بعد فرض استناد الفعل إلى المباشر لا يكون السبب متلفا ولا يكون الاجماع عليه تعديا، بل لقواعد أخر، فاتضح أن قاعدة التسبب من حيث هي لا موضوعية لها. ومنها قاعدة الغرور: واستندوا فيها إلى أمور: أحدها: الاجماع.

ثانيها: قاعدة نفي الضرر (١) نسب ذلك إلى الرياض.

١ - الوسائل - باب ١٧ - من أبواب لخيار.

ثالثها: قاعدة الإلتلاف من باب قوة السبب على المباشر.  
رابعها: قاعدة الإلتلاف، بالإضافة إلى الخسارة الواردة على المغرور.  
وشئ من هذه الوجوه لا يتم، أما الثلاثة الأولى: فلما تقدم، وأما الأخير: فلأن  
خسارة المالك مستندة إلى حكم الشارع بالضمان من جهة الإلتلاف الاختياري  
للمشتري غير المستند إلى البائع كما تقدم.  
فالصحيح أن يستدل لها بوجهين آخرين:  
أحدهما: النبوي المعروف: المغرور يرجع على من غره (١) المعمول به بين  
الفريقين.

ثانيهما: استنباطها من النصوص الخاصة الواردة في الموارد الجزئية، مع اشتغال  
بعضها على التعليل: كخبر رفاعة قضى أمير المؤمنين (عليه السلام): في امرأة زوجها  
وليها وهي برصاء: أن لها المهر بما استحل من فرجها، وأن المهر على الذي زوجها،  
وإنما صار المهر عليه لأنه دلسها (٢).  
وفي خبر إسماعيل بن جابر في الرجل أعجبت امرأة فأتى أباه فزوجه غيرها  
فولدت منه ثم علم أنها غير ابنته وأنها أمة، قال (عليه السلام): ترد الوليدة على  
مواليها، والولد للرجل، وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالي الوليدة كما غر  
الرجل وخذعه (٣). ونحوهما غيرهما.  
وهي وإن وردت في النكاح، إلا أنه لما فيها من عموم العلة تتعدى عن النكاح

١ - رواه المحقق النائيني في حاشية الإرشاد.

٢ - الوسائل - باب ٢ - من أبواب العيوب والتدليس من كتاب النكاح حديث ٢.

٣ - الوسائل - باب ٧ - من أبواب العيوب والتدليس من كتاب النكاح حديث ١.



إلى غيره، فالحق ثبوت هذه القاعدة.

نعم تختص بناء على ذلك بما إذا كان الغار عالما، وأما إذا كان جاهلا فلا تكون هذه القاعدة ثابتة، وذلك لأن الغرور ليس بمعنى الجهل، لأنه بهذا المعنى لازم لا يكون له اسم الفاعل، والمفعول بل هو بمعنى الخدعة والتدليس، ولا اشكال في أن البائع أو غيره الموجب للخسارة إذا كان جاهلا لا يكون مدلسا ولا يكون فعله خدعة، فلا يشمل النبوي ولا النصوص الخاصة.

وبما ذكرناه ظهر عدم تمامية ما أفاده السيد الفقيه بقوله: ولا فرق على الظاهر بين كون الغار عالما أو جاهلا، وما يحتمل أو يقال من عدم صدق الغرور مع الجهل كما ترى.

ثم إنه ربما يستدل لهذه القاعدة: بالنصوص (١) الواردة في شاهد الزور الدالة على أنه يرجع إليه إذا رجع من شهادته، ولكنه فاسد، وذلك لوجهين: الأول: إنها تدل على الرجوع ابتداء إلى شاهد الزور، لا أنه يرجع إلى الحاكم وهو إلى الشاهد، فلا ربط لها بهذه القاعدة.

الثاني: إن في ذلك الباب خصوصية، وهي أن المباشر - وهو الحاكم - يجب عليه الحكم على طبق الشهادة، ومع احتمال دخلها لا سبيل إلى دعوى التعدي والغاء الخصوصية.

إذا عرفت هذا فاعلم: أن المعروف بين الأصحاب رجوع المشتري إلى البائع في الغرامة التي لم يحصل له في مقابلها نفع، وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه. واستدل له: بالإجماع، وبقاعدة نفي الضرر، وقد مر ما فيهما.

١ - الوسائل - باب ١١ - من كتاب الشهادات.

فالصحيح أن يستدل له: بقاعدة الغرور، وبصحيح جميل عن الإمام الصادق (عليه السلام) في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يحق مستحق الجارية، قال (عليه السلام): يأخذ الجارية المستحق ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه (١).  
إذ حرية الولد إما أن تعد نفعا عائدا إلى الأب أو لا، وعلى التقديرين يثبت المطلوب، أما على الأول: فبالفحوى، إذ لو غار في صورة عود النفع إلى المغرور فبالأولى في صورة عدمه، وأما على الثاني فواضح.  
وعن صاحب الحقائق: عدم الرجوع إليه، واستدل له، بخبري زرارة (٢) وزريق (٣) الساكتين عن حكم رجوع المشتري إلى البائع، مع كونهما في مقام البيان، فإن ذلك آية عدم الرجوع.  
وفيه: أولا: إن خبر زرارة ساكت عن الرجوع في ما غير مه في مقابل المنافع المستوفاة، فلا مساس له بمسألتنا، وذيل خبر زريق متضمن لرجوع المشتري في الغرامة التي غر مها في اصلاح المعيشة من قيمة عرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة ودفع النوائب عنها إلى المالك، فهو يدل على خلاف المقصود.  
وثانيا: إن السكوت في مقام البيان يكون دليلا لا مطلقة، وفي المقام الخبران في مقام بيان حكم المشتري مع المالك لا في مقام البيان من جميع الجهات حتى من جهة رجوع المشتري إلى البائع.

- 
- ١ - الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٥.
  - ٢ - الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٢.
  - ٣ - الوسائل - باب ٣ من أبواب يكتسب به حديث ١.

ولو جمع بين ملكه وغيره مضى في ملكه وتخير المالك في آخر

بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره  
مسألة: (ولو جمع بين ملكه وغيره) وباعهما معا بعقد واحد وثنى كذلك  
(مضى) بيعه (في ملكه) وكان فيما لا يملك موقوفا على الإجازة، (و) هو مراد المصنف  
بقوله: (تخير المالك في الآخر).  
وقال الشيخ: لا ريب في الصحة على القول بصحة بيع الفضولي، والظاهر  
الصحة على القول ببطلانه.

وهو قابل للمناقشة، فإن جميع ما ذكر وجهها للبطالان يجري على القول بصحة  
بيع الفضولي. نعم على القول بصحته وكون الإجازة كاشفة بنحو الشرط المتأخر  
وتحققها لا يجري شيء من تلك الوجوه كما ستعرف.  
وكيف كان: فيشهد للصحة في المملوك على جميع التقادير - مضافا إلى الاجماع  
- صحيح الصفار عن أبي محمد العسكري (عليه السلام): لا يجوز بيع ما ليس يملك  
وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك (١). بل العمومات الدالة على صحة العقود  
كآية الشريعة (٢) تدل على الصحة فيه.  
وقد ذكروا في وجه عدم الشمول أموراً:  
منها: أن البيع أمر واحد بسيط، فإما أن يكون هذا الواحد مشمولاً للعمومات  
فلازمه الصحة في جميع أجزاء المبيع، أو لا يكون مشمولاً لها فلازمه البطلان في الجميع.  
وعلى التقديرين لا وجه للتفكيك بين الأجزاء صحة وفسادا، وحيث إنه لا يمكن

١ - الوسائل - باب ٢ - من أبواب عقد البيع وشروطه  
٢ - المائدة آية ٢.

وربما تكون موجبة لأحدهما. وعلى الثاني تارة: تكون موجبة للازداد من الطرفين بالسوية كما في مصراعي الباب، وأخرى: تكون موجبة له بالاختلاف كما لو كان قيمة أحدهما مع الانضمام خمسة ولا معه أربعة، وكان قيمة الآخر معه ستة ولا معه ثلاثة. وثالثة: تكون موجبة للنقصان من الطرفين بالسوية. ورابعة: تكون موجبة له بالاختلاف. وخامسة: تكون موجبة للزيادة في أحدهما والنقيصة في الآخر، كما لو باع جارية مع ابنتها الصغيرة وفرضنا أن قيمة الأم تنقص في صورة ضم ابنتها إليها من جهة قيامها بتربيتها، وقيمة الصغيرة تزيد بذلك.

الثاني: أن كل جزء إنما يقبل بجزء من الثمن في حال الانضمام لا مطلقا.

الثالث: إن الأوصاف لا تقابل بالمال، وتختلفها يوجب الخيار لا رد جزء من الثمن.

وبهذه الأمور يظهر أن الأظهر هو الثالث، إذ يرد على الأول: ما ذكره الشيخ ره من أنه لا يستقيم فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل في زيادة القيمة كما في مصراعي الباب وزوج خف إذا فرض تقويم المجموع بعشرة وتقويم أحدهما بدرهمين وكان الثمن خمسة، فإن لازم هذا القول رجوع المشتري بخمس الثمن فيبقى للبائع أربعة في مقابل مصراع واحد، مع أنه لم يجعل في المعاملة في مقابله إلا نصف الثمن. ويرد على الثاني: هذا المحذور بعينه في صور الاختلاف، فإنه في مثال الجارية وابنتها إذا باعهما بعشرة وكانت قيمة الجارية في حال الانفرد ستة وفي حال الانضمام أربعة وقيمة ابنتها بالعكس، فإذا كانت البنت لغير البائع لازم ما اختاره الشيخ ره رجوع المشتري إلى البائع بخمسين من الثمن، مع أنه إنما جعل من الثمن بإزائها ثلاثة أحماس. فالمتعين هو القول الثالث.

(و) كيف كان: ف (للمشتري مع فسخ المالك) ورده العقد (الخيار) فله

كلياً ملكاً مصداقه، فما ذكره في صداق المرأة نظير للمقام من هذه الجهة، فإن حكم الشارع الأقدس برد نصف المهر في قوة تمليك الزوجة نصفه للزوج، فيكون من باب أنه من ملك كلياً ملكه مصداقه، إذ المرأة مالكة لمصداق النصف فيكون نظيراً للمقام. بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله

الثانية: لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله كالخمر صفقة بثمن واحد: فلا خلاف في صحة البيع في المملوك، وعن غير واحد: دعوى الاجماع عليه. ويشهد لهم - مضافاً إلى ذلك، وإلى العمومات التي عرفت في مسألة بيع الملك وغير الملك تقريب دلالتها على الصحة في أمثال المقام، وأن ما ذكر في وجه عدم شمولها لها تارة لعدم المقتضي وأخرى لعدم المانع غير تام، فراجع ما حققناه - اطلاق مكاتبة الصغار المتقدمة المتضمنة أنه لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك (١)، فإنها باطلاقها تشمل ما إذا كان بعض القرية وقفاً عاماً غير مملوك لأحد.

وطريق تقسيط الثمن على المملوك وغيره يعرف مما تقدم في مسألة ما لو باع ماله مع مال الغير من أنه يقوم كل واحد منفرداً، لكن بملاحظة حال الانضمام فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين. لكن الإشكال هنا في طريق معرفة قيمة غير المملوك لفرض أنه لا قيمة له له.

١ - الوسائل - باب ٢ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

## ولاية الأب والجد

مسألة: يجوز للأب والجد أن يتصرفا في مال الطفل بالبيع والشراء بلا خلاف. وفي الجواهر: دعوى الاجماع بقسميه عليه، وفي غير واحد من الكتب: دعوى ذلك.

واستدل له الشيخ الأعظم قده: بالأخبار المستفيضة المصرحة في موارد كثيرة، وبفحوى سلطنتهما على بضع البنت في باب النكاح (١).

وفيه: أن النصوص المستفيضة المشار إليها طوائف:

الأولى: ما تضمنت الأخذ من مال الولد (٢).

الثانية: ما وردت في تقويم الأب جارية ولده الصغار ثم يصنع بها ما شاء (٣).

الثالثة: ما وردت في جواز اتجار الوصي بمال الطفل إذا كان قد أوصى أبوه

بذلك (٤).

ولا يصح الاستدلال بشئ منها، أما الأولى: فلأنها واردة في تصرف الأب لنفسه استقلالاً لا تصرفه لابنه، مع أنها واردة في الولد مطلقاً صغيراً كان أم كبيراً، بل مورد أكثرها البالغ، وفي بعضها التقييد بصورة الحاجة والاضطرار، وفي بعضها المنع عن الأخذ إذا كان الولد ينفق عليه بأحسن النفقة، مع أنها مختصة بالأب غير متعرضة للجد.

١ - الوسائل - باب ٦ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

٢ - الوسائل - باب ٧٨ و ٧٩ - من أبواب يكتسب به.

٣ - الوسائل - باب ٧٨ و ٧٩ - من أبواب يكتسب به.

٤ - الوسائل - باب ٩٢ - من أبواب أحكام الوصايا.

وأما الثانية: فلأنه من الممكن اختصاص ذلك بالجارية من جهة أن الشارع الأقدس قد وسع في أسباب حلية الوطاء بما لم يوسع في سائر المعاملات كما تقدم في مبحث

الفضولي، مع أن فيها ما ورد في الكبير كصحيح ابن محبوب الوارد في تقويم جارية البنت التي قد أهداها إليها أبوها حين زوجها، مع أنها من جملة أدلة جواز تصرفاته الراجعة إلى نفسه وسبيلها سبيل تلك الأدلة.

وأما الثالثة: فعدم دلالتها على الولاية في حال الحياة واضح.

وأما الفحوى فقد تقدم في مبحث الفضولي المناقشة في فحوى نفوذ النكاح بالإضافة إلى سائر المعاملات. فراجع.

ولكن مع ذلك أصل الحكم مما لا ينبغي التوقف فيه لبناء العقلاء عليه وعدم ردع الشارع عنه، واجماع الأمة عليه، وجملة كثيرة من النصوص الدال بعضها كنصوص الاتجار بماله الوارد في باب الزكاة (١) والمؤيد غيره كالنصوص المتقدمة. بقي الكلام في الجملة المذكورة في جملة من الأخبار (أنت ومالك لأبيك) (٢) لا اشكال في عدم كون اللام للملك لعدم مملوكية رقبة الولد لأحد، وماله المفروض كونه ملكا له لا يعقل كونه ملكا لأبيه، وكذا لا ينبغي التوقف في عدم كونها للاختصاص بعنوان كونه وماله تحت ولايته لأنها وردت في الكبير أيضا، ولا كلام في عدم ولايته على ولده الكبير، بل الأمر يدور بين أمرين: الأول: أن تكون اللام للاختصاص بنحو السلطنة على الانتفاع به وبماله فسبيلها حينئذ سبيل النصوص المتقدمة الدالة على ذلك.

١ - الوسائل - باب ٢ - من أبواب من تحب عليه الزكاة.

٢ - الوسائل - باب ٧٨ - من أبواب ما يكتسب به.

---

الثاني: أن تكون لإفادة كون الولد موهوبا تكوينا للأب وانتسابه إليه بكونه ولده.

ويؤيد الثاني المكاتبة الواردة عن الإمام الرضا (عليه السلام) حيث قال: وعلة تحليل مال الولد لوالده بغير إذنه وليس ذلك للولد لأنه الولد موهوب للوالد في قوله عز وجل... الخ (١) وعليه فهي حكمة التشريع. وبعبارة أخرى: أنها علة التحليل في مقام الثبوت لا الإثبات، وتدل على أن منشأ جعل تلك الآثار ذلك ولا تكون هي متكلفة لحكم جعلي فلا يتمسك باطلاقها. إنما الكلام يقع في جهات: اعتبار العدالة

الأولى: في أنه هل يعتبر في ولاية الأب والجد العدالة - كما عن الوسيلة والإيضاح - أم لا تعتبر - كما هو المشهور بين الأصحاب؟ - وجهان. قد استدلل لعدم الاعتبار بوجوه:

الأول: الأصل، تمسك به الشيخ قده في مقابل الإطلاق، وعليه فليس المراد به القاعدة المستفاد منه، بل المراد به الأصل العملي، ولذا أورد عليه جمع ممن تأخر عنه منهم المحقق النائيني ره: بأن الأصل بالعكس، لأن نفوذ تصرف شخص في مال غيره يتوقف على الدليل، ومع عدمه الأصل يقتضي عدم نفوذه.

---

١ - الوسائل - باب ٧٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٩.



ولكن الظاهر أن مراده بالأصل هو استصحاب عدم الردع بعد ثبوت عدم اعتبارها عند العقلاء وعدم ثبوت ردع من الشارع الأقدس، وعليه فلا إيراد عليه. الثاني: الإطلاقات، تمسك بها الشيخ ره وتبعه غيره ولا بأس به إن كان هناك إطلاق، وقد تقدم الكلام فيه.

الثالث: الاجماع المحكي عند التذكرة على ولاية الفاسق على التزويج وهو كما ترى.

وقد استدل لاعتبار العدالة بوجهين:

الأول: أنه ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يعرب عن حاله ويستحيل من حكمة الصانع جعل الفاسق أمينا يقبل اقراراته واخباراته عن غيره. وفيه: أولا: إن المنافي للحكمة جعل من لا يبالي بالخيانة وليا، فإذا فرضنا تحديد الولاية بالتصرفات التي لا مفسدة فيها - لا سيما إذا كان مأمونا من هذه الجهة خصوصا بملاحظة شفقة الأبوة ورأفته - لم يكن فسقه مانعا عن جعله وليا. وثانيا: ما ذكره الشيخ ره بقوله: بأن الحاكم متى ظهر عنده اختلاف حال الطفل أي رؤية آثار ضيق المعاش عليه أو اختلاف حاله في ثروته منعه من التصرف في ماله... الخ.

الثاني: نص القرآن، وقد استظهر الشيخ ره أن المراد به آية الركون إلى الظالم (١)، واستظهر بعض مشايخنا أن المراد به آية النبأ (٢). تقريب الاستدلال بالأولى أحد وجهين: أحدهما: إن جعله تعالى الفاسق أمينا

١ - هود آية ١١٤.

٢ - الحجرات آية ٧.

اعتبار المصلحة في التصرف  
الجهة الثانية: هل يشترط في تصرفهما المصلحة أو يكفي عدم المفسدة أم لا  
يعتبر شئ وجوه.  
والكلام فيها في موردين:  
الأول: في اعتبار عدم المفسدة.  
الثاني: في اعتبار المصلحة.  
أما المورد الأول: فعن غير واحد: دعوى الاجماع على اعتباره. واستدل لعدم  
الاعتبار. باطلاق النبوي وغيره من النصوص.  
وأورد عليه الشيخ ره: بأنه لا بد من تقييده بما يقيد من الأخبار جواز تصرف  
الأب في مال الابن بصورة الحاجة كخبر الحسين بن أبي العلاء (١) أو بأن لا يكون فيه  
سرف كصحيح ابن مسلم (٢)، أو كونه مما لا بد منه معللا بأن الله لا يحب الفساد  
كصحيح  
الشمالي (٣)، وبالآية: \* (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن) \* (٤) بتقريب أنها  
تشمل الحد ويتم في الأب بعدم الفصل، وبالاجماع.  
أقول: أما الأخبار فهي تدل على جواز أخذ الأب لنفسه مع الحاجة، وهذا  
غير مربوط بتصرفه فيه بعنوان الولاية الذي هو محل الكلام في المقام.

- 
- ١ - الوسائل - باب ٧٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٨.
  - ٢ - الوسائل - باب ٧٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.
  - ٣ - الوسائل - باب ٧٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢.
  - ٤ - الأنعام آية ١٥٢.

بالفصل.

وفيه: أولاً: إن صدق اليتيم على الطفل الذي لا أب له وله جد غير مسلم.  
وثانياً: إن المراد بأحسن الحسن دون التفضيل - كما سيأتي - والفعل الذي لا  
مفسدة فيه حسن.

وثالثاً: إن الآية منصرفة إلى الأجانب ولا تشمل الجد.

ورابعاً: إن عدم الفصل غير محرز.

ثانيها: الأصل، فإنه بعد ما ليس في أدلة الولاية ما له اطلاق لا بد من الاقتصار  
فيها على المتيقن وهو الولاية على التصرف الذي فيه المصلحة، والرجوع في غير ذلك  
إلى أصالة عدم ثبوت الولاية أو عدم نفوذ التصرف.

وفيه أن هذا الوجه حسن إن لم يكن بناء العقلاء على ثبوت الولاية على  
التصرف الذي لا مفسدة فيه، والظاهر وجوده، وحيث إنه لم يردع عنه الشارع أو  
لم يثبت الردع ومقتضى الاستصحاب عدمه، فيبني على عدم اعتباره، ولا مورد للأصل  
حينئذ.

ثالثها: الاجماع.

وفيه: أنه ليس اجماعاً تعديداً فلا يعتمد عليه.

وقد استدل الشيخ ره لعدم الاعتبار بالمطلقات - وقد عرفت ما فيها - وبما ورد (١) في  
نكاح الجد الظاهر في سلطنته على ذلك مع عدم المصلحة، وجه ظهوره فيه التعليل بأن  
البت وأباها للجد - وقد تقدم ما فيه أيضاً - فالصحيح ما ذكرناه.

---

١ - الوسائل - باب ١١ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٨.

---

مشاركة الجد للأب

الجهة الثالثة: لا خلاف ظاهرا كما ادعى في أن الجد وإن علا يشارك الأب.  
وقد استدل له بوجهين:

الأول: ما في المكاسب، وهو ما دل (١) على أن الشخص وماله الذي منه مال ابنه لأبيه.

وفيه: ما تقدم من عدم دلالة هذه الجملة على الولاية.

الثاني: ما أفاده المحقق النائيني ره، وهو أن رواية النكاح شاملة للجد العالي.

وفيه: أن روايات النكاح كلها مختصة بالأب إلا ما ورد في مزاحمة الأب للجد، وأكثر تلك النصوص صريحة أو ظاهرة في الجد الأدنى أو عدم الأدنى. نعم بعضها (٢) بعنوان الأب

والجد، وهو أيضا يمكن دعوى انصرافه إلى الأدنى أو عدم الإطلاق للأعلى بملاحظة الأخبار الأولى، وحيث إن بناء العقلاء غير محرز على ولايته فولاية غير الجد الأدنى لا تخلو عن تأمل.

الجهة الرابعة: ولو فقد الأب وبقي الجد، ففيه موردان للبحث:

الأول: إن ولاية الجد هل تكون مشروطة بحياة الأب أم لا؟ المنسوب إلى المشهور بين القدماء هو الأول، وإلى المشهور بين المتأخرين هو الثاني. واستدل للأول: بخبر الفضل بن عبد الملك عن مولانا (عليه السلام):

---

١ - الوسائل ٧٨ - من أبواب ما يكتسب به

٢ - الوسائل - باب ١١ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

إن الجد إذا زوج ابنة ابنه وكان أبوها حيا وكان الجد مرضيا جاز (١). حيث إن مفهومه عدم الجواز مع عدم حياة أبيها.

وفيه: أنه من قبيل مفهوم الوصف، ولا نقول به، ولعل فائدة ذكر الوصف الرد على العامة القائلين باشتراط ولاية الجد بموت الأب، وما في الجواهر من كونها من مفهوم الشرط، ضعيف، إذ الشرط فيه مسوق لبيان تحقق الموضوع كما لا يخفى.

الثاني: إنه مع فقد الأب هل الولاية مختصة بالجد الأدنى أم تكون ثابتة لأبيه أيضا؟ قولان: استدلال للأول في المكاسب: بآية: \* (أولو الأرحام بعضهم أولى ببعض) \* (٢) بتقريب: أنها تدل على أن القريب أولى بقريبه من البعيد، فنفت ولاية البعيد وخرج منها الجد مع الأب وبقي الباقي.

وفيه: أولا: إن هذه الآية مختصة بباب الإرث.

وثانيا: أنها تدل على أولوية بعض الأرحام من بعض ولا تدل على تعيين البعض الأولي، ولعله البعض البعيد، بل احتمال كونه أولى أرجح من جهة التعليقات في النصوص.

واستدل للثاني: باطلاق الأدلة، وبالاستصحاب.

ويرد على الأول: ما تقدم من عدم الدليل على ولاية الجد الأعلى.

وعلى الثاني: ما تكرر منا من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكلية.

١ - الوسائل - باب ١١ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٤.

٢ - الأنفال آية ٧٥.

ما شاءوا اعداما وايجادا، وكون عالم الطبيعة منقادا لهم لا بنحو الاستقلال بل في طول قدرة الله تعالى وسلطنته واختياره، بمعنى أن الله تعالى أقدرهم وملكهم كما أقدرنا على الأفعال الاختيارية، وكل زمان سلب عنهم القدرة بل لم يفضها عليهم انعدمت قدرتهم وسلطنتهم.

ومن هذا الباب معجزات الأنبياء والأولياء، وقد دل الكتاب الكريم على ثبوت ذلك لأشخاص، قال الله تعالى: \* (وقال الذي عنده علم من الكتاب أنا آتيك به قبل أن يرتد إليك طرفك) \* (١) وقال عز من قائل: \* (فسخرنا له الريح تجري بأمره رخاء حيث أصاب والشياطين كل بناء وغواص وآخرين مقرنين في الأصفاد) \* (٢) وقال سبحانه: \* (إني أخلق لكم من الطين كهيئة الطير فأنفخ فيه فيكون طيرا بإذن الله وأبرئ الأكمه والأبرص وأحيي الموتى بإذن الله وأنبيئكم بما تأكلون وما تدخرون في بيوتكم) \* (٣) إلى غير ذلك من الآيات المتضمنة لثبوت ولاء التصرف لأشخاص.

وإذا ثبت ذلك لهؤلاء فثبوتهم للرسول الأعظم وخليفته الذي عنده علم الكتاب بنص (٤) القرآن لا يحتاج إلى بيان، وعليه فالروايات المتواترة المتضمنة للمعجزات والكرامات الصادرة على المعصومين عليهم السلام - كالتصرف الولائي في النقش وصورته أسدا مفترسا وما شاكل - إنما نلتزم بها ونعتقد من غير التزام بالتأويل، كيف ونرى أنهم عليهم السلام بعد موتهم تصدر عنهم كرامات من ابراء المريض الذي عجز

١ - سورة النمل آية ٤٠ .

٢ - سورة ص آية ٣٨ .

٣ - سورة آل عمران آية ٤٩ .

٤ - الرعد آية ٤٣ .

الأطباء عن ابرائه، وحل معضلات الأمور وما شاكل، وليس ذلك إلا لما ذكرناه. ويمكن أن تكون الآية الكريمة: \* (النبى أولى بالمؤمنين من أنفسهم) \* (٢) ناظرة إلى ثبوت هذا المعنى من الولاية أيضا للنبي صلى الله عليه وآله. بالجملة: ثبوت الولاية بهذا المعنى للنبي والأئمة المعصومين - الذين يثبت لهم جميع ما يثبت للنبي صلى الله عليه وآله للروايات الكثيرة المتواترة - مما لا ينبغي التوقف فيه.

وأما شبهة استلزام ذلك للشرك، فهي تندفع بأنا لا ندعي ثبوت ذلك لهم بالاستقلال، بل إن الله تبارك وتعالى ملكهم وأقدرهم كما ملكنا وأقدرنا على الأفعال الاختيارية، وبه يظهر أن لا ينافيه قوله تعالى: \* (قل لا أملك لنفسي نفعا ولا ضرا) \* (٣) فإن المراد عدم الملكية بالاستقلال. ولتفصيل الكلام في المقام محل آخر. الثاني: في وجوب إطاعتهم وقبول قولهم في الأحكام الشرعية والوظائف المجعولة الإلهية، وأن قولهم وكذا فعلهم حجة.

لا شبهة في ثبوت الولاية بهذا المعنى لهم، قال الله: \* (ما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنهم فانتهوا) \* (٤) وقال سبحانه: \* (لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة لمن كان يرجو الله واليوم الآخر وذكر الله كثيرا) \* (٥) وقال عز وجل: \* (قل إن كنتم تحبون الله فاتبعوني يحببكم الله ويغفر لكم ذنوبكم) \* (٦) إلى غير

١ - سورة الأحزاب آية ٦.

٢ - آية ١٨٧.

٣ - سورة الحشر آية ٧.

٤ - سورة الأحزاب آية ٢١.

٥ - سورة آل عمران آية ٣١.

ذلك من الآيات الدالة على أن قول رسول الله صلى الله عليه وآله وكذا عمله حجة. وقد دل الحديث الشريف الذي هو متواتر بين الفريقين ولا شك في صدوره عنه صلى الله عليه وآله: إني تارك فيكم الثقلين: كتاب الله وعترتي أهل بيتي، وأنهما لن يفترقا حتى يردا علي الحوض، فلا تقدموهما فتهلكوا، ولا تقصروا عنهما فتهلكوا، ولا تعلموهم فإنهم أعلم منكم. على ثبوت هذا المقام للأئمة المعصومين عليهم السلام، أضيف إلى ذلك ما دل على ثبوت ما للنبي صلى الله عليه وآله من المناصب للأئمة الهداة. ثبوت منصب الحكومة والرئاسة للحجة (عليه السلام) الثالث: في ثبوت منصب الحكومة والرئاسة الدنيوية بإدارة شؤون الأمة للنبي صلى الله عليه وآله والأئمة صلوات الله عليهم. لا ينبغي الشك والكلام في ثبوت هذا المنصب لهم، وأنه فوض إليهم من قبل الله تعالى، فهو منصب إلهي لا من قبل الناس، والشاهد لثبوته لهم أمور. أحدها: الآيات الكريمة قال الله تعالى: \* (إنما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا الذين يقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة وهم راكعون) \* (١) فإن الآية الكريمة تدل على ثبوت منصب الزعامة والرئاسة بعد رسول الله صلى الله عليه وآله لطائفة خاصة من المؤمنين، فإذا انضم إلى ذلك ما اتفق عليه المفسرون من نزول الآية في شأن أمير المؤمنين (عليه السلام)، وما دل على ثبوت منصب كل إمام لإمام بعده - كخبر المعلى الآتي - يثبت هذا المنصب للأئمة الهداة.



وقال سبحانه: \* (أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم) \* (١) فإن الآية الشريفة تدل على لزوم العمل بكل حكم وأمر صادر من الله تعالى ورسوله وأولي الأمر، ومقتضى إطلاقها ذلك حتى في ما يرجع إلى شؤون الأمة وإدارة المملكة الإسلامية، وليس معنى الحكومة من قبل الله تعالى إلا ذلك، بل في بعض النصوص صرح الإمام (عليه السلام) بأن الإطاعة المأمور بها في الآية أريد بها الإطاعة في الأوامر الصادرة عن المعصومين عليهم السلام فيما يرجع إلى إدارة شؤون الأمة لاحظ خبر عيسى بن السري قلت لأبي عبد الله (عليه السلام) حدثني عما بنيت عليه دعائم الإسلام إذا أنا أخذت بها زكى عملي ولم يضرني جهل ما جهلته بعده، فقال (عليه السلام): شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله صلى الله عليه وآله، والإقرار بما جاء به من عند الله وحق في الأموال من الزكاة، والولاية التي أمر الله بها ولاية آل محمد - إلى أن قال - قال الله عز وجل: \* (أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم) \* فكان علي ثم صار من بعده حسن ثم من بعده حسين ثم من بعده علي بن الحسين ثم من بعده محمد بن علي، ثم هكذا يكون الأمر، إن الأرض لا تصلح إلا بإمام (٢).

وصحيح بريد العجلي عن أبي جعفر (عليه السلام) في قول الله عز وجل: \* (فقد آتينا آل إبراهيم الكتاب والحكمة وآتيناهم ملكا عظيما) \* جعل منهم الرسل والأنبياء والأئمة، فكيف يقرون في آل إبراهيم وينكرونه في آل محمد صلى الله عليه وآله، قال: قلت: \* (وآتيناهم ملكا عظيما) \* قال: الملك العظيم أن جعل فيهم أئمة

١ - النساء آية ٥٩.

٢ - أصول الكافي ج ٢ - ص ٢١ حديث ٩ باب دعائم الإسلام.

من أطاعهم أطاع الله ومن عصاهم عصى الله فهو الملك العظيم (١). الملك بالضم هو المملكة، فجعل الأئمة من جهة الأمر بإطاعتهم وجعلها قرين إطاعة الله تعالى صاحب الملك العظيم عبارة أخرى عن الحكومة المطلقة كما هو واضح. وأما أولو الأمر فقد اتفقت النصوص منها ما تقدم أن المراد بهم الأئمة الاثني عشر. ثانيها الروايات منها الدالة على أن الأئمة عليهم السلام ولاة أمر الله وأولو الأمر، لاحظ خبر عبد الرحمن: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: نحن ولاة أمر الله (٢).

وخبر الحسين ابن أبي العلاء الآتي (٣) وغيرهما. والظاهر من هذا العنوان عرفا من يجب الرجوع إليه في الأمور العامة. ومنها: ما عن (٤) سيد الشهداء صلوات الله عليه: فلعمري ما الإمام إلا الحاكم بالكتاب القائم بالقسط الدائن بدين الحق الحابس نفسه على ذات الله. ومنها: خبر (٥) المعلى بن خنيس عن الإمام الصادق (عليه السلام) في قول الله عز وجل: \* (إن الله يأمركم) \* الخ: عدل الإمام أن يدفع ما عنده إلى الإمام الذي بعده، وأمرت الأئمة أن يحكموا بالعدل وأمر الناس أن يتبعوهم. وخبر (٦) سليمان بن خالد عنه (عليه السلام): اتقوا الحكومة، فإن الحكومة إنما

١ - أصول الكافي ج ١ - ص ٢٠٦ حديث ٥.

٢ - أصول الكافي ج ١ ص ١٩٢.

٣ - أصول الكافي ج ١ ص ١٨٧.

٤ - ارشاد المفيد طبع النجف ص ١٠٤.

٥ - الوسائل - باب ١ - من أبواب صفات القاضي حديث ٦.

٦ - الوسائل - باب ٣ - من أبواب صفات القاضي حديث ٣.

هي للإمام العالم بالقضاء العادل في المسلمين كنبى أو وصي نبى. وقريب منهما غيرهما. ومنها: النصوص المتقدمة في ذيل الآية الثانية. ومنها: بعض الأخبار الواردة في صفات الأئمة: كخبر (١) عبد العزيز بن مسلم عن الإمام الرضا (عليه السلام) - في حديث طويل - : إن الإمامة زمام الدين ونظام المسلمين وصلاح الدنيا وعز المؤمنين، إن الإمامة أس الإسلام النامي وفرعه السامي، بالإمام تمام الصلاة والزكاة والصيام والحج والجهاد وتوفير الفئى والصدقات وامضاء الحدود والأحكام ومنع الثغور والأطراف، ونحوه غيره. وظهور ذلك في أن الحكومة للإمام (عليه السلام) واضح، بل هو كالصريح في ذلك.

ونظير ذلك ما عن العلل بسنده عن الفضل بن شاذان عن الرضا (عليه السلام) في علل حاجة الناس إلى الإمام حيث قال بعد ذكر جملة من العلل: ومنها أنا لا نجد فرقة من الفرق ولا ملة من الملل بقوا وعاشوا إلا بقيم ورئيس لما لا بد لهم في أمر الدين والدنيا، فلم يجز في حكمة الحكيم أن يترك الخلق بما يعلم أنه لا بد لهم منه ولا قوام لهم إلا به إلى غير ذلك من النصوص المتواترة الدالة على ذلك بالسنة مختلفة.

ثالثها: الارتكاز الثابت ببناء العقلاء، حيث جرى بناؤهم في كل أمر راجع إلى المعاد والمعاش على رجوع الجاهل إلى العالم من جهة كونه أهل الخبرة والاطلاع، ولم يردع الشارع الأقدس عن ذلك، وحيث إن الإمام (عليه السلام) أعلم الناس وأفضلهم وأبصر بالأمور - سواء أكان الأمر مربوطا بالمعاش أو المعاد فيتعين جعله

---

المرجع والحاكم، ومتابعته حتى في الأمور الراجعة إلى إدارة شؤون الأمة. رابعها: حكم العقل، إذ لم نجد فرقة من الفرق ولا ملة من الملل بقوا وعاشوا إلا بقييم ورئيس لما لا بد لهم منه في أمر الدين والدنيا، ومن الممتنع في حكمة الحكيم أن يترك الخلق بما يعلم أنه لا بد لهم منه ولا قوام لهم به، وعليه فيما أن يعين الأبصر بالأمور السياسية وتنظيم البلاد أو غيره، والثاني باطل قطعاً لاستلزامه ترجيح المرجوح، وهو قبيح ومن الحكيم محال، فيتعين الأول. وبهذا البيان يظهر قطعياً أن الله تعالى عين الإمام (عليه السلام) لذلك. خامسها: إن جملة من الأحكام الشرعية جزائية، وقضائية، وسياسية، واجتماعية. كالقصاص، والحدود، والقضاء، وقبول الجزية، والجهاد... ولا يمكن اجراء تلك الأحكام إلا بيد الحاكم على الأمة وقد صرح في جملة من الأخبار أنها لإمام المسلمين (١)، ولذلك نرى أن النبي صلى الله عليه وآله حينما ساعدته الظروف أسس حكومة اسلامية عادلة، وكذلك الإمام علي بن أبي طالب (عليه السلام) أسس الحكومة وحارب مع من خالفه في ذلك.

---

١ - المستدرك باب ٥ من أبواب صلاة الجملة وآدابها.

ولاية التصرف في الأموال والأنفس  
الرابع: في ولايتهم صلوات الله عليهم بالولاية التشريعية، بمعنى نفوذ كل  
تصرف منهم في أموال الناس وأنفسهم.  
وبعبارة أخرى: في الولاية الظاهرية التي هي من المجعولات الشرعية المترتب  
عليها جواز التصرف، فقد استدل لثبوتها لهم بوجوه:  
منها: الآية الشريفة: \* (النبى أولى بالمؤمنين من أنفسهم) \* (١) وما كان مساقه  
مساقها.

وأورد على الاستدلال بها تارة: بأنها مختصة بصورة التزام الانصراف ولأن  
الولاية لا تقبل الشدة والضعف، فلا بد وأن يكون التفضيل مجازياً، والمراد ثبوت  
الولاية عند التزام النبي صلى الله عليه وآله وانتفائها عن غيره. وأخرى: بأنه إنما  
تكون الآية في مقام بيان عدم اختصاص رئاسته صلى الله عليه وآله بالرئاسة  
الروحانية، بل تعم الرئاسة الدنيوية والحكومة، فلا تدل أولويته بكل شخص من  
نفسه.

ولكن يرد الأول: أن الانصراف ممنوع، الولاية قابلة للشدة والضعف كما هو  
ظاهرها.

ويرد الثاني: - مضافاً إلى كونه خلاف الظاهر - أنه ينافيه النبوي: أنا أولى بكل  
مؤمن من نفسه (٢).

---

١ - سورة الأحزاب آية ٦.  
٢ - أصول الكافي ج ١ - ص ٤٠٦ حديث ٦.

سمعتة غلط من قائله ودعوى باطلة، ولكن نحن ندعي أن ولاء جميع الخلائق لنا، يعني ولاء الدين، وهؤلاء الجهال يظنونهم ولاء الملك، حملوا دعواهم على ذلك، ونحن ندعي ذلك لقول النبي صلى الله عليه وآله يوم غدیر خم: من كنت مولاه... الخ (١) فإنه يدل على ما ذكرناه.

قال بعض الأكابر بعد استظهار ذلك من الأدلة: لكن الظاهر أن سيرة النبي صلى الله عليه وآله والأئمة صلوات الله عليهم لم تكن كذلك، بل كانوا يعاملون مع الناس معاملة بعض الناس مع بعض، وهو الظاهر من الملاحظة التواريخ والأخبار، فلاحظ كلام أمير المؤمنين في نهج البلاغة في جواب أخيه عقیل ومراجعتة إلى الأمير صلوات الله عليه. انتهى.

ومنها: النصوص الدالة على أن الدنيا وما فيها لهم عليهم السلام، وأن لهم التصرف فيها كيف شاءوا، لاحظ مكاتبة ابن الريان إلى العسكري (عليه السلام) قال: كتبت إليه: روي لنا: أن ليس لرسول الله صلى الله عليه وآله من الدنيا إلا الخمس، فجاء الجواب: إن الدنيا وما عليها لرسول الله صلى الله عليه وآله (٢). ومرسل أحمد بن محمد بن عبد الله: الدنيا وما فيها لله تبارك وتعالى ولرسوله ولنا، فمن غلب على شيء منها فليترك الله. الحديث (٣).

وخبر أبي بصير عن مولانا الصادق (عليه السلام) قلت له: أما على الإمام زكاة، فقال: أحلت يا أبا محمد، أما علمت أن الدنيا والآخرة للإمام (عليه السلام)

١ - كتاب النجوم للسيد بن طاووس.

٢ - أصول الكافي ج ١ - ص ٤٠٩ حديث ٦ باب أن الأرض كلها للإمام.

٣ - أصول الكافي ج ١ ص ٤٠٨ حديث ٢.

يضعها حيث يشاء ويدفعها إلى ما يشاء (١). ونحوها غيرها.  
فإن الظاهر من هذه الأخبار ثبوت السلطنة الثابتة لله تعالى على الناس  
وأموالهم من غير جعل جاعل للرسول صلى الله عليه وآله والإمام (عليه السلام)  
بالحمل غير المنافي مع ملكية الناس، وهذه عبارة أخرى عن الأولوية بالتصرف فيها  
منهم.

ومنها: الاجماع، والظاهر ثبوته، لكن مستند المجمعين معلوم.  
ومنها: غير ذلك، ولظهور عدم دلالة ما ذكره أغمضنا عن التعرض له، وفيما  
ذكرناه كفاية.

وجوب إطاعة المعصوم (عليه السلام)

الخامس: في وجوب الإطاعة.

يمكن أن يستدل للزوم إطاعتهم في أوامرهم الشخصية العرفية الراجعة  
مصلحتها إليهم بوجهين::

أحدهما: الآيات والنصوص المتواترة الدالة على افتراض طاعتهم، وأن  
معصيتهم كمعصية الله تعالى، كقوله سبحانه: \* (أطيعوا الله وأطيعوا الرسول  
وأولي

الأمر منكم) \* (٢).

وقوله تعالى: \* (فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم

١ - أصول الكافي ج ٤ ص ٤٠٩ حديث ٤.

٢ - النساء آية ٥٩.

عذاب أليم) \* (١).  
وقوله عز وجل: \* (من يطع الرسول فقد أطاع الله ومن تولى فما أرسلناك  
عليهم حفيظا) \* (٢).  
وصحيح زرارة عن أبي جعفر (عليه السلام): ذروة الأمر وسنامه ومفتاحه  
وباب الأشياء ورضا الرحمن تبارك وتعالى الطاعة للإمامة بعد معرفته (عليه  
السلام) (٣).

وخير الحسين بن أبي العلاء قال: ذكرت لأبي عبد الله (عليه السلام) قولنا في  
الأوصياء أن طاعتهم مفترضة. فقال: نعم هم الذين قال الله تعالى: (أطيعوا الله  
وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم) \* وهم الذين قال الله عز وجل: \* (إنما وليكم  
الله ورسوله والذين آمنوا) \* (٤). إلى غير ذلك من الأخبار المتواترة.  
إذ اختصاص هذه بأجمعها بالأوامر الشرعية خلاف ظواهرها من جهة أن  
الإطاعة فيها إطاعة بالذات لأمره تعالى، وإطاعة بالعرض للوسائط، والإطاعة التي  
تكون بالذات إطاعة لهم هي إطاعتهم في الأوامر الشخصية. ومعلوم أن ظاهر الآيات  
والروايات إرادة الثانية.

الوجه الثاني: أنهم صلوات الله عليهم مجاري الفيوضات، وأولياء النعم بأجمعها  
من المال والولد والأعضاء وغيرها، فهم المنعمون بالواسطة، وقد استقل العقل  
بوجوب شكر المنعم، ومعلوم أن صرف النعمة في سبيل إطاعة المنعم شكر، وتركه

١ - النور آية ٦٤.

٢ - النساء آية ٨٣.

٣ - أصول الكافي ج ١ ص ١٨٥ باب فرض طاعة الأئمة حديث ١.

٤ - أصول الكافي ج ١ ص ١٨٥ حديث ٧.



التمكن من الفصح. وإن لم يتمكن من ذلك فإن احتمال كونه من قبيل شرط  
الوجوب تجرى أصالة البراءة مع عدم تحقق الإذن، وإن احتمال كونه من قبيل شرط  
الواجب دخل في مسألة الأقل والأكثر الارتباطيين.

ولاية الحاكم الشرعي  
إذا عرفت ما ذكرناه فلا بد من التعرض لمقدار ولاية الفقيه.

وملخص القول في المقام: أنه لا شبهة ولا ريب في أن منصب القضاة - من  
فصل الخصومة والأمور التي يرجع فيها في العرف إلى القاضي كأخذ الحق من المماطل،  
وحبسه، وبيع ماله، والتصرف في مال القصر، ونصب القيم وما شاكل - ثابت للفقيه  
الجامع للشرائط، وتشهد به المشهورة أبي خديجة المروية في الكافي والتهذيب والفقيه  
وغيرها بأسانيد مختلفة ومتون متفاوتة في غير الجملة التي هي مورد للاستشهاد قال:  
بعثني أبو عبد الله (عليه السلام) إلى أصحابنا فقال: قل لهم: إياكم إذا وقعت بينكم  
خصومة - إلى أن قال - اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حلالنا وحرامنا، فإني قد جعلته  
عليكم قاضيا. الحديث (١).

وظاهر الخبر جعل الفقيه قاضيا كالقضاة المنصوبين من قبل أئمة الجور، ومن  
المعلوم أن من كان يجعل له منصب القضاة لم تكن وظيفته مختصة بفصل الخصومة بل  
كان يرجع إليه سائر ما أشرنا إليه، بل في زماننا أيضا القضاة يتصدون لما ذكر فيثبت

---

١ - التهذيب ج ٦ ص ٣٠٣ حديث ٥٣ و ج ٦ ص ٢١٩ حديث ٨ - والكافي ج ٢ ص ٣٥٨ والفقيه ج ٣ -  
ص ٢ والوسائل - باب ١١ - من أبواب صفات القاضي حديث ٦.

البلاد الإسلامية، والدفاع عن حريم الإسلام والقرآن، وقطع يد من تسول له نفسه العبث في بلاد المسلمين وحفظ المسلمين من يد الأجانب ومن عبثهم في عقول المسلمين، وعقد الذمة والعهود، واجراء الحدود، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. وهل يمكن شئ من ذلك إلا من قبل الدولة والحكومة القوية العادلة، قال الله تعالى: \* (وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة) \* (١) هل يمكن ذلك إلا من قبل الحاكم، وقد تقدم خبر الفضل عن الإمام الرضا (عليه السلام) المتضمن: إنا لا نجد فرقة من الفرق ولا ملة من الملل بقوا وعاشوا إلا بقيم ورئيس لما لا بد لهم منه في أمر الدين والدنيا، فلم يحز في حكمة الحكيم أن يترك الخلق بما يعلم أنه لا بد لهم منه ولا قوام لهم إلا به. فإن هذا البرهان العقلي جار في زمان الغيبة أيضا. وتشهد بثبوت هذا المقام للمجتهد جملة من الأخبار:

منها: مقبولة (٢) عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله (عليه السلام): ينظر أن من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكما، فإنني قد جعلته عليكم حاكما، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله وعلينا رد، والراد علينا الراد على الله وهو على حد الشرك بالله، حيث إنه يستفاد منها جعل المجتهد حاكما كسائر الحكام المنصوبين في زمان النبي صلى الله عليه وآله والصحابة، ومن المعلوم أن الحاكم المنصوب في تلك الأزمنة كان يرجع إليه في جميع الأمور العامة التي يرجع فيها كل قوم إلى رئيسهم، فالمجتهد قد جعل حاكما مطلقا

١ - الأنفال ٦٣.

٢ - الكافي ج ١ - ص ٦٧ حديث ١٠ - التهذيب ج ٦ ص ٣٠١ حديث ٥٢ - الفقيه ج ٣ ص ٥ - الإحتجاج ص ١٩٤ - الفروع ج ٧ ص ٤١٢ - الوسائل - باب ١١ - من أبواب صفات القاضي حديث ١.

بهذا المعنى. وبعبارة أخرى: الحاكم هو المنفذ الحكم. وأورد عليها تارة بضعف السند لأنه لم ينص على ابن حنظلة بتوثيق، وأخرى: بأن الظاهر من الحاكم هو القاضي لأن مورد السؤال والتحاكم هو الترافع إلى القاضي، وقوله: فإذا حكم بحكمنا أي قضى، فهي تدل على جعل منصب القضاة له.

ولكن يرد الأول: أن الأظهر وثاقة الرجل لتوثيق الشهيد الثاني إياه، قال: إنا حققنا توثيقه من محل آخر، ولو رود روايتين دالتين (١) عليها، ولغير ذلك من الشواهد، مع أن الأصحاب تلقوها بالقبول ولذلك سميت بالمقبولة.

ويرد الثاني: أن المسلم عند الأصحاب: أن خصوص المورد لا يخصص عموم الوارد، مع أنه لو كان المراد ما ذكر لكان يكفي قوله: ينظر أن من كان... الخ ولم يكن حاجة إلى هذه الجملة، سيما مع تصدرها بحرف التعليل الذي يكون صالحا لكون الجملة بيانا لكبري كلية من مصاديقها المورد.

ومنها: ما رواه الصدوق بأربعة طرق عن علي (عليه السلام): قال رسول الله صلى الله عليه وآله: اللهم ارحم خلفائي - ثلاثا قيل: يا رسول الله ومن خلفائك، قال: الذين يأتون بعدي يروون حديثي وسنتي - وزاد في بعض الروايات: فيعلمونها الناس من بعدي - (٢).

وحيث إنه عند دوران الأمر بين الزيادة والنقيصة الأصل البناء على وجود ما

---

١ - رواهما العلامة المامقاني في رجاله إحداهما عن التهذيب - والأخرى عن الكافي.  
٢ - عيون الأخبار ج ٢ ص ٣٧٨ حديث ٩٤ - معاني الأخبار ص ٣٧٤. الفقيه ج ٤ ص ٣٠٣ حديث ٥٣ - الوسائل - باب ٨ من أبواب صفات القاضي حديث ٥٣ - وباب ١١ - منها حديث ٧.

نقص، فالظاهر أن متن الحديث مع هذه الزيادة، وظهوره حينئذ في إرادة الفقهاء من الرواة في غاية الوضوح. وبعبارة أخرى: المراد من راوي الحديث والسنة هو من يعلم الناس أحكام الإسلام لا مجرد لقلقة اللسان، وهذا يلزم مع الفقهاء. فيدل الخبر على أن الفقيه خليفة رسول الله صلى الله عليه وآله، والخليفة بقول مطلق من يقوم مقام من استخلفه في كل ما هو له، وإن شئت قلت: إن كون الرئاسة والحكومة حق خليفة رسول الله صلى الله عليه وآله ومنصبه المفوض إليه كان من الأمور الواضحة المسلمة

عند الجميع ولذلك كان كل من ملوك بني أمية وسلاطين بني العباس، بل ومن قبلهم من رؤساء الحكومة الإسلامية، مدعياً لخلافة رسول الله صلى الله عليه وآله لتصدي ذلك المقام. وعلى ذلك فتعيين رسول الله صلى الله عليه وآله العلماء خلفائه يكون دالاً بالملزمة البينة على جعلهم حكماً نافذ الحكم ورؤساء للحكومة الإسلامية. ومما يؤيد ما ذكرناه من ظهور جعل شخص خليفة في جعله نافذ الحكم ورئيساً: الآية الكريمة: \* (يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق) \* (١) فإن كون الحكومة مترتبة على جعله خليفة مفروغ عنه في الآية، وإنما أمر فيها بالحكم وعدم اتباع الهوى.

ومنها: التوقيع الشريف المروي في كتاب اكمال الدين واتمام النعمة للصدوق، وكتاب الغيبة للشيخ، والاحتجاج للطبرسي في جواب مسائل إسحاق بن يعقوب: وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا، فإنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله (٢).

١ - سورة ص آية ٢٦.

٢ - اكمال الدين واتمام النعمة طبع الكمباني ص ٢٦٦ ح ٤ باب التوقيع - كتاب الغيبة ص ١٩٨ - الإحتجاج طبع النجف ص ١٦٣ - الوسائل - باب ١١ - من أبواب صفات القاضي حديث ٩.

ترجع، ولكنكم مكنتم الظلمة من منزلتكم، واستسلمتم أمور الله في أيديهم... الخ (١).  
وتقريب الاستدلال به: أن المراد بالعلماء في الخبر غير الأئمة بقريئة سائر  
الجمالات المتضمنة لتفرقهم عن الحق واختلافهم في السنة، وأن المخاطب فيه هم  
العلماء الساكتون غير الأمرين بالمعروف وغير العاملين بالوظيفة، وغير ذلك من  
القرائن.

ويدل الحديث على أن مجاري الأمور على أيديهم، ولا معنى لمجاري الأمور في  
مقابل مجاري الأحكام سوى الأمور المربوطة بالحكومة الإسلامية، ويؤكد ذلك ما في  
ذيله من قوله واستسلمتم أمور الله في أيديهم فإن ما استسلموه هو الحكومة وما يرتبط  
بها، وأيضا تضمن الخبر أن العلماء غصب حقهم، ومن المعلوم أن المغصوب ليس غير  
الحكومة.

وعلى الجملة: من تدبر في الخبر صدرا وذيلا يظهر له أن مراد الإمام الشهيد  
صلوات الله عليه: أن العلماء هم الحكام، وأن تشكيل الحكومة من وظائفهم، وقد غصب  
الظلمة هذه المنزلة من جهة ترك العلماء العمل بوظائفهم من الأمر بالمعروف والنهي  
عن المنكر وعدم المصانعة عند الظلمة، وما شاكل والله العالم.  
ومنها: خبر علي بن أبي حمزة عن أبي الحسن موسى بن جعفر (عليه السلام):  
إذا مات المؤمن بكت عليه الملائكة، وبقاع الأرض التي كان يعبد الله عليها، وأبواب  
السماء التي كان يصعد فيها بأعماله، وثلم في الإسلام ثلثة لا يسدها شيء، لأن  
المؤمنين الفقهاء حصون الإسلام كحصن سور المدينة لها (٢).

١ - تحف العقول ص ٢٣٧.

٢ - أصول الكافي ج ١ - ص ٣٨ باب فقد العلماء حديث ٣.

وتقريب الاستدلال به: أنه يدل على أن حصن الاسلام وحافظه هو الفقيه،  
وحيث إن أحكام الاسلام لا تنحصر بالعبادات، بل منها أحكام اجتماعية وسياسية  
وقضائية وجزائية، ولا يمكن حفظ تلك الأحكام، وكون الفقيه حصنا يدافع عنها  
إلا من قبل حكومة قوية صالحة، ولذلك نرى أن الاستعمار الأوربي علم من أول وهلة  
أن استعماره لا يتم ما دام القرآن هو الكتاب السماوي الذي يتبعه المسلمون ويجرون  
أحكامه وقوانينه ويتبعون ارشاداته وتعاليمه، وبهذا صرح (كلادستون) رئيس وزراء  
بريطانيا في ذلك الوقت، ومن ذلك الوقت اتجه وجهة أخرى، فأخذ يسعى بشتى  
الطرق والوسائل لتضعيف الاسلام، وكان من جملة مصائده وحبائله نغمة التفكيك بين  
الدين والسياسة، وصارت تلك من أخطر الوسائل في أيديهم، وسببا لما نرى الآن من  
حال الاسلام والمسلمين والبلاد الإسلامية.

وبالجملة أحكام الاسلام من الجهاد والمهادنة وعقد الذمة، والعهود واجراء الحدود  
والقصاص وقبول الجزية، وما شاكل، لا يمكن حفظها إلا مع كون الحكومة بيد الفقيه  
أو من ينصبه الفقيه بذلك، فجعل الفقيه حصنا للإسلام لا يكون إلا بجعله حاكما  
مطلقا منفذ الحكم.

ومنها: خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: قال رسول الله صلى الله  
عليه وآله: الفقهاء أمناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا، قيل: يا رسول الله  
وما دخلوهم في الدنيا؟ قال صلى الله عليه وآله: اتباع السلطان، فإذا فعلوا  
ذلك فاحذروهم على دينكم (١).

وتقريب الاستدلال به: أن الأمين من فوض عليه حفظ ما فوض إليه، وقد

---

١ - أصول الكافي ج ١ - ص ٤٦ باب المستأكل بعلمه حديث ٥.

فوض إلى الفقهاء الأحكام الشرعية، وقد مر في الخبر السابق أن حفظ الأحكام الشرعية لا يمكن إلا من قبل حكومة اسلامية قوية، وقوله: ما لم يدخلوا... الخ يمكن أن يكون إشارة إلى أن الإهمال في تشكيل الحكومة وصيرورة المتبوع تابعا والمخدوم خادما خيانة يخرج بذلك عن كونه أميناً.

ومنها: ما رواه في الكافي، وأمالى الصدوق، وفي أول المعالم بأسانيد عديدة متصلة عن أبي عبد الله (عليه السلام): قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من سلك طريقاً يطلب فيه علماً سلك الله به طريقاً إلى الجنة، وأن الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضا به، وأنه يستغفر لطالب العلم من في السماء - إلى أن قال - وإن العلماء ورثة الأنبياء، إن الأنبياء لم يورثوا ديناراً ولا درهماً ولكن ورثوا العلم، فمن أخذ منه أخذ بحظ وافر (١).

وتقريب الاستدلال به: أنه يدل على أن العالم وارث الأنبياء في العلم، والمراد به الأحكام والحقائق والقوانين التي جاءوا بها فكما أنهم موظفون بنشرها واجرائها كي ينتفع بها الناس، فكذلك العالم موظف بذلك، وقد مر أن اجراء الأحكام الشرعية بأجمعها لا يمكن إلا بيد الحاكم المطلق.

ودعوى أن المراد بالعلماء هم الأئمة، غريبة، يدفعها صدر الخبر الوارد في ثواب طلب العلم، مع أنه بهذا المضمون روايات صريحة في إرادة غير الأئمة الهداة صلوات الله عليهم، مثل ما في البحار: وقال أمير المؤمنين صلوات الله عليه لولده محمد: تفقه في الدين، فإن الفقهاء ورثة الأنبياء (٢).

١ - أصول الكافي ج ١ ص ٣٤ باب ثواب العالم والمتعلم.  
٢ - ج ١ - ص ٢١٦ الطبع الحديث.

وفي المقام روايات أخر قريبة المضمون مع ما تقدم، تظهر كيفية الاستدلال بها مما تقدم، فلا وجه لتطويل الكلام بذكر كل واحد منها.

العالم المختلف أبواب الحكام آفة الدين

وقد تضمنت الأخبار ذم العلماء الذين يختلفون أبواب الحكام ولا يحترزون عن مخالطتهم، لاحظ خبر السكوني عن أبي عبد الله (عليه السلام): قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الفقهاء أمناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا، قيل: يا رسول الله وما دخولهم في الدنيا؟ قال صلى الله عليه وآله: اتباع السلطان، فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم (١).

والنبي: العلماء أمناء الرسل على عباد الله عز وجل ما لم يخالطوا السلطان، فإذا فعلوا ذلك فقد خانوا الرسل فاحذروهم واعتزلوهم (٢).

والنبي: شرار العلماء الذين يأتون الأمراء، وخيار الأمراء الذين يأتون العلماء (٣).

والخبر قال (عليه السلام): العلماء أحباء الله ما أمروا بالمعرف ونهوا عن المنكر ولم يميلوا في الدنيا ولم يختلفوا أبواب السلاطين، فإذا رأيتهم مالوا إلى الدنيا واختلفوا أبواب السلاطين فلا تحملوا عنهم العلم، ولا تصلوا خلفهم، ولا تعودوا مرضاهم، ولا

- 
- ١ - أصول الكافي ج ١ - ص ٤٦ باب المستأكل بعلمه.
  - ٢ - المحجة البيضاء ج ١ - ص ١٤٤.
  - ٣ - المحجة البيضاء ج ١ ص ١٤٤ - وأخرجه ابن عبد البر في العلم بلفظ آخر على نقل ولفظه نقله الشهيد في المنية.



---

تشيعوا جنازتهم، فإنهم آفة الدين، وفساد الاسلام، يفسدون الدين كما يفسدون الدين كما يفسد النخل

العسل (١). إلى غير من الأخبار.

والظاهر أن منشأ هذه التشديدات العظيمة والسرف فيها وجهان: أحدهما: إن العالم جعل متبوعا وحاكما ومحكوما، فإذا صار تابعا وخادما ومحكوما كان ذلك انعكاسا على أم الرأس، ومثله هو الذي يقوم في العرض الأكبر مع المجرمين ناكسي رؤوسهم عند ربهم.

الثاني: إن السلطان والملك قد غصب حق المتعهد وتصدى للحكومة. فاختلاف بابه تقرير لظلمه وتعديه فلا يجوز:

وبذلك يظهر الوجه لما في روايات كثيرة من ذم السلاطين والنهي عن اختلاف أبوابهم والأمر بالهرب منهم. وفي المقام مطالب هامة يعجبني التعرض لها وللأخبار الواردة عن أئمة الدين فيها، ولكن الظروف لا تساعد، وإلى الله المشتكى. فالمتحصل مما ذكرناه: أنه لا ينبغي التوقف في أن تشكيل الحكومة وظيفة المجتهد الجامع للشرائط.

---

١ - خراجية الفاضل القطيفي.

مزاحمة أحد المجتهدين لآخر

بقي الكلام في أنه هل يجوز لآحاد المجتهدين مزاحمة الآخرين أم لا؟  
وتنقيح القول في ذلك: أنه تارة: يتصدى أحدهم للرئاسة والحكومة، وأخرى:  
لم يستقر له الأمر ويريد التصدي لها.

أما في الصورة الأولى: فلا اشكال في عدم جواز المزاحمة إن كان المتصدي أهلاً  
لذلك، إذ مضافاً إلى أن المزاحمة موجبة لتضعيف الحكومة الإسلامية - وهو بديهي  
الحرمة - يشهد لعدم جوازها قوله (عليه السلام) في مقبولة ابن حنظلة المتقدمة: فإذا  
حكّم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله وعلينا رد، والراد علينا الراد على  
الله. وهو على حد الشرك بالله (١).

فإن تصدي المجتهد حينئذ كتصدي الإمام (عليه السلام)، فمزاحمة الثاني إياه  
كمزاحمته للإمام، وهي مستلزمة للرد عليه وهو رد الإمام فلا يجوز. أضف إلى ذلك أنه  
يلزم اختلال نظام مصالح المسلمين العامة، وهو غير جائز قطعاً، مع أن الأدلة إنما  
تدل على جعل هذا المنصب للمجتهد مع عدم المتصدي له، ففي فرض التصدي لا  
دليل على ثبوته لأحد.

وإلى هذا نظر المحقق النائيني ره، حيث قال: إن الفقيه ولي من لا ولي له، فإذا  
تحقق الولي فلا ولاية لآخر كما هو مفاد المشهورة السلطان ولي من لا ولي له كما أن  
الظاهر إلى هذا نظر من قال إن دليل الولاية إن لم يكن لفظياً فالمتيقن منه إنما هو  
ثبوت الولاية مع عدم تصدي أحد، وإلا فيرجع إلى الأصل وهو يقتضي عدم الولاية

١ - الوسائل - باب ١١ - من أبواب صفات القاضي حديث ١.

وإن كان لفظياً، فإطلاقه غير مسوق للبيان من هذه الجهة، فعند الشك لا بد من الرجوع إلى الأصل المتقدم.

وأما في الصورة الثانية: فإن قلنا باعتبار الأعلمية - كما يشهد به ما رواه في البحار عن الاختصاص قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من تعلم علماً ليما رى به السفهاء أو لياهي به العلماء أو يصرف به الناس إلى نفسه يقول أنا رئيسكم فليتبوء مقعده من النار، إن الرئاسة لا تصلح إلا لأهلها، فمن دعى الناس إلى نفسه وفيهم من هو أعلم منه لم ينظر الله إليه يوم القيامة (١).

فلا اشكال في عدم جواز المزاحمة، وإلا فالأظهر جواز المزاحمة، بمعنى ترتيب المقدمات، والتوسل بكل أمر جائز في نفسه للوصول إلى ذلك المقام السامي بل لو كان يرى نفسه أحق وأبصر بالأمور وأنه لو تصدى لذلك كان يخدم الإسلام والمسلمين أحسن مما لو تصدى الآخر يجب عليه ذلك والله العالم.

عدم أولوية الفقيه بالتصرف في الأموال والأنفس

فالمحصل مما أسلفناه: ثبوت منصب الفتوى والقضاة وما يتبع هذا المنصب، والحكومة المطلقة للفقيه، وعليه فكل أمر يرجع فيه كل قوم إلى رئيسهم يرجع المسلمون فيه إلى الفقيه، كما مر، وأما غير

تلك من ما ثبت للإمام (عليه السلام) من أولويته بالتصرف في الأموال والأنفس، ولزوم إطاعته في أوامره الشخصية العرفية، وولايته التكوينية، فالظاهر عدم ثبوت

---

١ - البحار ج ٢ - ص ١١٠ من الطبع الحديث.

شئ منها للفقير بما هو ففيه لاختصاص أدلتها بالإمام (عليه السلام).  
قال الشيخ: قد: فلو طلب الفقيه الزكاة والخمس من من الكلف فلا دليل  
على وجوب الدفع... الخ.

وقد التزم هو قد في كتاب الزكاة بوجوب الدفع إليه إن طالب.  
واستدل له: بأن منعه رد عليه والراد عليه راد على الله تعالى كما في مقبولة ابن  
حنظلة (١) وبقوله (عليه السلام) في التوقيع الشريف: أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها  
إلى رواة حديثنا فإنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله (٢).  
ولكن قد مر أن الخبرين إنما يدلان على أن الحكومة والقضاة للفقير ولا يدلان  
على ثبوت شئ آخر كوجوب الإطاعة، وحيث إن ذلك ليس شأنًا من شؤون أحد  
المنصبين. وبعبارة أخرى: ليس مما يرجع فيه العرف إلى الرئيس أو القاضي، فلا وجه  
لوجوب الرد إليه، وما في المقبولة إنما هو كون عدم قبول ما حكم به بحكمهم رداً على  
الإمام لا أن مطلق الرد رد عليه.

نعم إذا فرضنا صيرورة المجتهد حاكماً وسلطاناً فطلب الزكاة أو الخمس  
لصرفها في المصالح العامة والفقراء وجب الدفع إليه، لأن ذلك من حيثيات الحكومة  
وشؤونها ولذا كان دأب النبي صلى الله عليه وآله والوصي (عليه السلام) في زمان  
حكومتها مطالبة الزكاة والأخذ من المانعين جبراً.  
وبما حققناه يظهر الضابط فيما للفقير تصديه وما ليس له ذلك، فتدبر حتى لا  
يشته عليك الأمر.

١ - الوسائل - باب ١١ - من أبواب صفات القاضي - حديث ١.  
٢ - الوسائل - باب ١١ - من أبواب صفات القاضي - حديث ٩.

نظر شخص الإمام (عليه السلام) فيه سقطت مطلوبيته، كان ذلك من قبيل المعاملات أو العبادات للأصل.

وإن أحرز إرادة وجوده في الخارج وعلم وجوبه كفاية مع تعذر الاستئذان بأن يكون اعتبار إذنه ساقطا عند التعذر، لا كلام في أن للفقيه التصدي له، لأنه إما يعتبر إذنه أو هو كغيره ممن يجب عليه كفاية، وأما غير الفقيه فإن كان التصرف تصرفا معامليا فالأصل عدم نفوذه إلا بإذن الفقيه، وإن كان غير معاملي فإن استلزم ذلك التصرف في مال الغير أو نفسه لم يجز لعموم ما دل على حرمة التصرف في مال الغير أو نفسه (١) وإلا كما في الصلاة على الميت جاز التصدي له بدون إذنه بناء على جريان البراءة عند الدوران بين الأقل والأكثر كما لا يخفى.

وبذلك يظهر عدم تمامية ما أفاده الشيخ ره من اطلاق عدم المشروعية، كما أنه ظهر ما في اطلاق المحقق الخراساني من الجواز في غير المعاملات. فإن قيل بناء على ما ذكر من أنه لو كان عموم أو اطلاق لدليل ذلك المعروف لم يكن إذن الفقيه معتبرا لا بد من البناء على عدم اعتبار إذن الفقيه في شيء من الموارد لعموم ما دل على أن كل معروف صدقة (٢) من النصوص، توجه عليه أن تلك النصوص من جهة أخذ مشروعية الفعل في موضوعها - لأن المعروف هو ما عرفه الشارع ورغب إليه وحث عليه - لا سبيل إلى التمسك بها، لأنه مع احتمال اعتبار إذنه لم يحرز كونه معروفا بدون إذن الفقيه، فلا يتمسك به. فالأظهر هو اعتبار إذن الفقيه في التصرفات المعاملية وما استلزم التصرف في مال الغير أو نفسه.

١ - الوسائل باب ٣ - من أبواب مكان المصلي حديث ١ - ٣ و باب ١ - من أبواب القصاص في النفس حديث ٣.  
٢ - الوسائل - باب ٤١ من أبواب كتاب الزكاة.

وقد اشتهر في الألسن وتداول في بعض الكتب رواية (١): إن السلطان ولي من لا ولي له.

واختلفت كلمات القول في المراد من السلطان، فعن جماعة: إن المراد به الإمام (عليه السلام)، وهو الظاهر من صدر عبارة الشيخ ره في المقام، وعن آخرين كالعلامة في التذكرة وغيره: إن المراد به ما يعم الفقيه المأمون القائم بشرائط الاقتداء والحكم، وهو الظاهر من عبارة الشيخ ره الأخيرة.

والأظهر هو الثاني: فإن السلطان من له السلطنة على غيره، والإمام (عليه السلام) وإن كان مصداقه الكامل إلا أن للفقيه أيضا السلطنة على غيره، وهو الحاكم المنفذ للحكم كما مر، فمقتضى اطلاق الخبر هو جعل الولاية له أيضا. وتقريب الاستدلال به: أنه يدل على ثبوت الولاية على من لا ولي له، ومن شأنه أن يكون له ولي لمن له السلطنة، ولازم جعل الولاية هو جواز كل تصرف متعلق به أو بما له كان جائزا له لو كان مالكا لأمره، فيجوز للحاكم الشرعي أن يزوج المجنون الذي لا ولي له، وأن يزوج المجنونة. فإن قيل: إنه ضعيف السند للإرسال.

قلنا: إن صاحب الجواهر ره في كتاب النكاح قال: إن هذه القاعدة استغنت عن الجابر في خصوص الموارد نحو غيرها من القواعد. والظاهر أنه كذلك، فإن الفقهاء في باب النكاح يصرحون بأن أحد الأولياء السلطان، والظاهر أن هذا التعبير منهم من باب تبعية هذا النص، فلا اشكال في الخبر سنداً ودلالة.

١ - التذكرة ج ٢ ص ٥٩٢ - رواه أبو داود في محكي سننه ج ١ ص ٤٨١ - وابن ماجه تحت قم ١٨٧٩ - وأحمد في مسنده ج ٦ ص ٤٧ - وفي عوائد النراقي عائدة ٥٤ أنه مروي في كتب الخاصة والعامة.

مرض اليتيم وتوقفت نجاته من الهلاكة على التصرف في ماله.  
وقد ذكر له طرق أخرى.

منها: ما نسب إلى الشهيد ره، وهو: التمسك بدليل كل معروف صدقة (١)  
وشبهة، وقد مر أنه لعدم احراز الموضوع - وهو كون الفعل معروفاً من كل أحد - لا  
موقع للتمسك به.

ومنها: ما أفاده الشيخ ره، وهو: ما إذا كان الفعل مقدماً لما هو حسن عقلاً، كما  
لو توقفت نجات اليتيم من الهلاكة على التصرف في ماله، بدعوى أنه يعلم رجحان  
حفظ اليتيم من الهلاكة على التصرف في مال الغير بغير إذنه.  
وفيه: أن الكبرى الكلية تامة، إلا أنه في المثال من جهة امكان الصرف من  
مال نفسه أو من بيت المال لا يتم ما أفيد فيه، والكبرى داخلة تحت الطريق الثالث  
الذي ذكرناه.

ثم إن الشيخ ره ذكر أن من جملة الأدلة المطلقة لمعروفية الفعل قوله (عليه  
السلام): عون الضعيف من أفضل الصدقة. وقوله تعالى: (ولا تقربوا مال اليتيم  
إلا بالتي هي أحسن) (٢).

وفيه: أما الأول: فقد عرفت أنه لا إطلاق له من هذه الجهة. وحاصله: أنه من  
الواضح أن كل ما يكون عوناً لا يكون صدقة، حتى ما كان عوناً بفعل محرم، فالمراد  
هو العون بما يكون جائزاً شرعاً، فلا بد من احراز جوازه عند فقد الفقيه بدليل آخر.  
وأما الآية الشريفة: فإن كان الخطاب فيها متوجهاً إلى الأولياء كما أن قوله

١ - الوسائل - باب ٤١ - من أبواب الصدقة من كتاب الزكاة.  
٢ - سورة الأنعام آية ١٥٢.

أما المورد الأول: فإن كان ثبوت معروفة ذلك الفعل باطلاق دليل أو عموم فمقتضى ذلك عدم اعتبار العدالة، كما أنه كذلك إذا كان باستقلال العقل بحسنه مع استقلاله بعدم الفرق بين العادل والفاسق، وأما إن كان ذلك باستقلال العقل بحسنه مع عدم استقلاله بعدم اعتبار العدالة، أو كان باستكشافه من المناطات ونحوها مع احتمال الاختصاص بالعدول لزم البناء على اعتبارها، لأن ثبوت مطلوبيته للعدول معلوم، ولغيرهم مشكوك فيه، والأصل عدمه، مع أن مقتضى الأصل عدم النفوذ إذا كان التصرف تصرفاً معاملياً، وعدم الجواز إذا كان تصرفاً في مال الغير أو نفسه، بالإضافة إلى غير العدول.

أما المورد الثاني: فمن النصوص صحيح ابن بزيع: رجل مات من أصحابنا ولم يوص فرفع أمره إلى قاضي الكوفة فصير عند الحميد القيم بما له، وكان الرجل خلف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهن، إذ لم يكن الميت صير إليه وصية وكان قيامه فيها بأمر القاضي لأنه فروج، قال: فذكرت ذلك لأبي جعفر (عليه السلام) وقلت له - إلى أن قال فقال (عليه السلام): إذا كان القيم مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس (١).

والكلام في هذا الخبر يقع في جهات: الأولى: في أنه هل يدل على ثبوت الولاية على الصغار الذين لا ولي لهم أم لا؟

الثانية: في أنه هل يدل على اعتبار العدالة أم لا؟

الثالثة: في أنه هل يوجب تقييد اطلاق غيره من الأدلة لو كان أم لا؟

أما الجهة الأولى: فقد يقال كما عن المحقق الإيرواني ره احتمالاً أنه متضمن

---

١ - الوسائل - باب ١٦ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٢.



فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد، وما ترى في بيعهم؟ قال: فقال (عليه السلام): إن كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم وكان مأجورا فيهم، قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد؟ فقال (عليه السلام): لا بأس بذلك، إذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم، فليس لهم أن يرجعوا فيما صنع القيم لهم الناظر فيما يصلحهم (١).

ولكن: هذا الصحيح أجنبى عن المقام، لأن الظاهر من القيم هو القيم الشرعي، إما بنصب الميت فيكون المراد من لم يوص عدم الوصية بالثلث، أو بنصب من بيده الأمر.

وإن شئت قلت: إن الخبر وارد في مقام بيان جواز الاشتراء من القيم في مقابل الاشتراء من الصغار، وليس في مقام بيان من به تقوم القيمومة. ومنها: موثق زرعة عن سماعة: عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية وله خدم ومماليك وعقد كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك؟ قال (عليه السلام): إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس (٢).

وهذا وإن كان يدل على الاكتفاء بالوثيقة، إلا أنه مختص بالقسمة. ومنها: صحيح إسماعيل بن سعد عن الإمام الرضا (عليه السلام): عن الرجل يموت بغير وصية وله ولد صغار وكبار، أيحل شراء شئ من خدمه ومتاعه من غير أن يتولى القاضي بيع ذلك، فإن تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا؟ فقال (عليه السلام): إذا كان الأكبر من ولده معه في البيع فلا بأس

١ - الوسائل - باب ١٥ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.  
٢ - الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٢.

إذا رضي الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك (١).

وقد استظهر منه الشيخ ره اعتبار العدالة.

وأورد عليه: بأن الظاهر من القاضي الذي تراضوا به هو القاضي الشرعي الذي له الولاية على مال الصغير مطلقاً، وإن لم ينضم إليه العدل اجماعاً. وبأن غاية مفاده ثبوت الولاية للعدل، وهذا لا ينافي ثبوتها لمطلق الثقة الأمين، فلا مقيد لإطلاق صحيح ابن بزيع، وبأنه إنما يدل على اعتبار العدالة بالنسبة إلى المشتري، والكلام إنما هو في وظيفة المتصدي للبيع نفسه.

وفي الجميع نظر: أما الأول: فلأن السؤال إنما هو عن البيع من دون تصدي القاضي، ومع تصديه فالجواب يكون عاماً للموردين.

وأما الثاني: فلأن الظاهر كون قوله: عدل... الخ عطفاً على قوله رضا الورثة، وعليه فهو بمفهوم الشرط يدل على عدم الولاية لغير العدل، ويوجب تقييد إطلاق صحيح ابن بزيع.

وأما الثالث: فلأنه بناء على ما ستعرف من كون العدالة معتبرة بنفسها لا بما أنها طريق إلى

ملاحظة صلاح اليتيم، يكون جعلها شرطاً للشراء مستلزماً لجعلها

شرطاً للبيع، وإلا فجعل جواز البيع للفاسق من غير أن يجوز لأحد الشراء منه لغو،

فالأظهر أن الجمع بين النصوص يقتضي البناء على ثبوت ولاية التصرف على مال

اليتيم لعدول المؤمنين، والظاهر منها اعتبار العدالة لا من باب الإمارية على كون

التصرف تصرفاً بالأحسن - كما ذهب إليه الشيخ ره - بل من باب دخلها بنفسها، إذ

الظاهر من أخذ كل عنوان في الموضوع دخله في الحكم بنفسه لا من باب الإمارية إلى

١ - الوسائل باب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

شيء آخر.

وبما ذكرناه ظهر الحال في المقام الثاني فلا نعيد.

ومقتضى اطلاق النصوص ثبوت الولاية للعدول مع التمكن من الفقيه، فما أفاده المحقق الأردبيلي ره من كون ولاية العدول على مال اليتيم في عرض ولاية الفقيه، متين اللهم إلا أن يقال: إن مقتضى اطلاق هذه النصوص وإن كان ذلك، إلا أنه من جهة كونها من مناصب القضاة، وقد جعل الشارع الفقيه قاضيا وحاكما، فمع وجوده لا بد من تصديقه لذلك. فتدبر فإن المسألة تحتاج إلى تأمل زائد.

فروع

بقي في المقام فروع:

الأول: أنه بناء على جواز تصرف الفاسق لو أخبر بالفعل الحسن المطلوب، هل يقبل اخباره أم لا؟ وجهان. والحق أن يقال: إنه بناء على كون جواز تصرفه من باب الولاية يقبل اخباره لقاعدة من ملك شيئا ملك الإقرار به.

ودعوى معارضته مع عموم ما دل على عدم حجية خبر الفاسق، مندفعة بأنه لا تعارض بينهما، إذ لا تنافي بين عدم قبول اخباره من حيث إنه خبر الفاسق وقبوله من حيث إنه مالك للتصرف، ولذا ترى أنه يقبل اخبار ذي اليد. وإن قلنا إنه من باب التكليف الصرف لا يقبل لعدم جريان القاعدة فيه، فالمرجع عموم ما دل على عدم حجية خبر الفاسق.

الثاني: إنه بناء على جواز البيع للفاسق، إذا تصدى الفاسق للبيع وأوجب و شك من يريد القبول في أنه هل يكون الإيجاب تصرفا على وجه أحسن أم لا، فهل

بوجود المصلحة، وعن مفتاح الكرامة: أنه اجماعي، والظاهر من التذكرة في باب الحجر كونه اتفاقيا بين المسلمين.

واستدل له بقوله تعالى: (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن) (١) وحيث يترتب على توضيح الآية الشريفة فوائد مهمة فلا بد من ذلك. والكلام فيه يقع في جهات:

الأولى: أن حرمة القرب إلى مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن محدودة في الآية الشريفة بقوله تعالى: (حتى يبلغ أشده) كما في سورتي الأنعام والاسراء، فحينئذ قد يقال: إن الغاية إن كانت قيذا للموضوع أو المتعلق - وإن كان لا يترتب محذور من جهة أنه لا مفهوم للآية الشريفة - إلا أنه خلاف الظاهر، فإن الظاهر كونها قيذا وغاية للحكم، وعليه فتدل الآية بمفهوم الغاية على أن القرب المحرم إنما هو إلى زمان البلوغ، وبعده لا يكون محرما، مع أنه محرم قطعاً. وأجيب عنه بجوابين: الأول: أنها غاية للمستثنى فقط، فمعناها: أن جواز التصرف على وجه أحسن محدود بالبلوغ، وبه ينقطع الجواز ويدور أمر التصرف مدار إذن صاحب المال.

الثاني: أنها غاية للمستثنى منه، أو هو مع المستثنى، إلا أن المستثنى منه حرمة التصرف مطلقاً ولو مع رضا اليتيم، وهذا الحكم محدود بالبلوغ، فإنه بعد البلوغ يجوز التصرف مع رضاه. وكلاهما خلاف الظاهر، أما الأول: فلأن الظاهر كونه غاية للحكم الذي تضمنه الآية الشريفة.

١ - الأنعام آية ١٥٢ - الاسراء آية ٣٥.

وقد ظهر مما ذكرناه أمران:  
الأول: تمامية ما أفاده الشيخ ره من إرادة الأحسن مطلقا.  
الثاني: عدم تمامية ما أفاده من أنه لو فرضنا بيع مال اليتيم بعشرة دراهم  
وفرضنا أنه لا يتفاوت الحال في ابقاء الدراهم أو جعلها دينارا لا يجوز ذلك، فإن هذا  
التصرف ليس أصلح من تركه.  
وجه عدم تماميته: أن الجامع بينه وبين الإبقاء يكون أصلح من غيره، فيجوز  
ويتخير بين الفردين. فالأظهر جواز التبديل.  
هذا بحسب ما يستفاد من الآية، فقد عرفت أنه يستفاد منها اعتبار المصلحة،  
وأما بحسب الروايات، فقد ذكر الشيخ ره روايتين وادعى دلالتها على كفاية عدم  
المفسدة وعدم اعتبار المصلحة في التصرف في مال اليتيم:  
إحدهما: حسنة الكاهلي قال: قيل لأبي عبد الله (عليه السلام): إنا ندخل على  
أخ لنا في بيت أيتام ومعهم خادم لهم فنقعد على بساطهم ونشرب من مائهم ويخدمنا  
خادمهم وربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا وفيه من طعامهم فما ترى في ذلك؟  
فقال (عليه السلام): إن كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس، وإن كان فيه ضرر  
فلا (١).

تقريب الاستدلال بها: أن المراد بالمنفعة ما يوازي عوض ما يتصرفون فيه من  
مال اليتيم عند دخولهم من جهة أن ما لوحظت المنفعة بالإضافة إليه هو الدخول في  
بيت الأيتام والعود على بساطهم، فما يتعقبه من العوض زيادة بالإضافة إلى ذلك  
فتصدق عليها المنفعة، فيكون المراد بالضرر في الذيل أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازي

١ - الوسائل - باب ٧١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

الثاني: في الدليل على اعتبار الملكية.

أما المورد الأول: فقد أفاد الشيخ ره: أن ما تحقق فيه عدم المالية عرفا يشهد لعدم جواز وقوعه أحد العوضين ما دل على أنه لا يبيع إلا في ملك (١). وما لم يتحقق فيه ذلك فإن كان أكل المال في مقابله أكلا للمال بالباطل فلا يجوز، وما لم يتحقق فيه ذلك فإن دل دليل خاص على عدم جواز بيعه فهو وإلا فمقتضى العمومات جواز جعله أحد العوضين.

في كلامه قده مواقع للنظر:

الأول: في استدلاله على فساد البيع فيما تحقق فيه عدم المالية بما دل على أنه لا يبيع إلا في ملك، إذ عرفت أن النسبة بين المال والملك عموم من وجه، فعدم المالية ليس مستلزما لعدم الملكية كي يستدل بما تضمن اعتبار الملك على اعتبار المال. الثاني: استدلاله للفساد فيما إذا لم يتحقق المالية ولا عدمها بما دل على عدم جواز أكل المال بالباطل، فإن صدق أكل المال بالباطل إن كان لأجل عدم المالية فهو طريق إليه لا شئ في مقابله، مع أن المفروض الشك في صدق المالية، فلا محالة يشك في صدق أكل المال بالباطل وإن كان لا لأجل ذلك فلا وجه لعه من شؤون ما لم يعلم أنه مال.

الثالث: في استدلاله بالعمومات، بعد فرض عدم تحقق أنه ليس بمال، وعدم احراز صدق أكل المال بالباطل، وعدم دليل خاص على عدم جواز البيع على الصحة، فإنه إذا توقف صدق البيع الذي هو عنده مبادلة مال بمال على احراز كون العوضين من الأموال، فمع الشك في ذلك يشك في صدق الموضوع، ومعه لا يبقى مورد للتمسك

(١) - راجع سنن الترمذي ج ٣ ص ٥٣٤ الوسائل باب ٧ من أبواب أحكام العقود

بالعموم.

فالحق أن يقال: إن اعتبار المالية في العوضين إنما يكون من جهة عدم صدق عناوين المعاملات بدونها، حيث إن البيع مثلا عبارة عن الاعطاء لا مجانا، فإذا كان العوض مما لا مالية له فاعطاء المعوض اعطاء مجانا، وهكذا عنوان التجارة والعقد، وهذا هو الميزان.

ثم إن ها هنا فروعاً:

منها: أنه إذا كان للشئ منفعة نادرة هل يجوز بيعه أم لا؟

ومنها: أنه إذا كان للشئ منفعة محللة نادرة ومنفعته الظاهرة محرمة هل يجوز بيعه أم لا؟

وقد تقدم الكلام في هذه الفروع في الجزء الرابع عشر من هذا الشرح.

وأما المورد الثاني: فقد استدل لاعتبار الملكية بوجوه:

الأول: النصوص الدالة على عدم جواز بيع ما ليس عنده (١)، وقد مر في مبحث بيع الفضولي أن تلك النصوص معارضة بما تضمن (٢) الجواز، وبلحاظ التعارض تحمل على إرادة بيع ما لا يكون له السلطنة عليه، مضافاً إلى إمكان حملها على إرادة بيع ما لا يقدر على تسليمه. فراجع.

الثاني: النصوص الواضحة الدلالة ذكر هذا الوجه في الجواهر.

وفيه: أنه إن أريد بها نصوص بيع ما ليس عنده فيرد عليه ما تقدم، وإن أريد بها غيرها فعليه التوضيح والبيان.

الثالث: إن بذل المال بإزاء ما لا يكون مملوكاً سفهياً، وأكل للمال بالباطل.

١ - الوسائل باب ٧ من أبواب أحكام العقود

٢ - الوسائل باب ٧ من أبواب أحكام العقود

الناس مسلطون على أموالهم (١)، مع أن أمرها بيد ولي الأمر ولا لنوع المسلمين، فإنه وإن لم يرد عليه المحذوران المتقدمان - إذ لا تعين للميت حتى يرثه وارثه ولا تعين للمالك

فلا محالة تكون الولاية لولي الأمر القابض على هذه الأرض - إلا أنه يرد عليه: أن لازمه جواز اعطاء ولي الأمر عين هذه الأرض لأحد من المسلمين من دون مصلحة، ولا وقفا لهم، وإلا لزم عدم جواز بيعها إلا في موارد مخصوصة منصوبة لا لما يراه ولي الأمر من المصلحة، بل هي ملك لنوع المسلمين، وجعل أمرها عينا ومنفعة إلى ولي الأمر مع رعاية مصلحة النوع.

اعتبار كون ملك كل من العوضين طلقا

وقد ذكر المصنف ره والمحقق ممن تأخر عنهما في شروط العوضين بعد الملكية: كونه طلقا، وأبدله في محكي القواعد بكونه تاما. وفرعوا على ذلك عدم جواز بيع الوقف إلا فيما استثني، ولا الرهن إلا بإذن المرتهن أو إجازته. وتنقيح القول بالبحث في المراد من الطلقة، ثم في مسألة بيع الوقف وبيع الرهن.

أما الأول: فالمراد من الطلقة أن لا يكون في المبيع مانع عن التصرف، لأنها من الاطلاق

توضيح ذلك: أن عدم السلطنة على التصرف في الشيء ربما يكون لخلل في المتصرف، إما لعدم المقتضي كما إذا لم يكن ملكا له، أو لمانع كما إذا كان المالك محجورا

١ - البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.



الملاك لما كان آخذاً إياه في الموضوع فإنما هو في خصوص المقتضى الذي يترشح منه المقتضى، ولا يتم في الشرائط الدخيلة في فعالية الأثر من المؤثر والموانع، ولذا لم يتوهم أحد رجوع شرائط الصلاة إلى شرط واحد، فلا بد من تعيين أحد الوجهين من الرجوع إلى الأدلة اللفظية، وهي تتضمن مانعية كل عنوان خاص واشتراط عدمه، وليس في الأدلة ما يتضمن اعتبار كون الملك طلقاً، وعليه فالأظهر هو الثاني. ولا يخفى أن أكثر من تعرض لذلك لم يذكروا من الحقوق المانعة سوى الوقفية والرهنية وأم الولدية مع أنها أكثر من هذه الثلاثة، وقد أنهاها بعض الأساطين إلى أزيد من عشرين، ولكننا في المقام نقتصر على ما اقتصر عليه الأصحاب مع إلغاء بحث أم الولد لعدم الموضوع لها. فالكلام في مسألتين.

بيع الوقف

الأولى: لا يجوز بيع الوقف اجماعاً محققاً في الجملة ومحكياً.

حق القول في المقام يقتضي البحث في موردين:

الأولى: في اقتضاء حقيقة الوقف بذاتها أو بلازمها لعدم جواز البيع.

الثاني: في الأدلة الخاصة.

أما المورد الأول: فالوقف لغة: هو إيقاف الشيء وحبسه المساوق للسكون في قبال الجريان في التقلبات وليس له في الاصطلاح معنى آخر، بل ذكروا في حقيقته أنه تحبب الأصل وتسبيل المنفعة.

وفي النبوي: أنه حبس الأصل وسبل الثمرة (١). والمراد من التحبب: أما

١ - المستدرک باب ٢ من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.

الممنوعة عن التصرفات كما عن كاشف الغطاء وصاحب الجواهر، أو قصر الملك على شخص أو جهة مثلا بحيث لا يتعداهما، وعلى التقديرين يثبت المطلوب، أما على الأول: فلتضاد جواز المعاوضات مع الممنوعة من التصرف، ومقتضاه بطلان الوقف بنفس جواز التصرف. وبه يظهر وجه ما أفاده صاحب الجواهر ره: من: أن الوقف ما دام وقفا لا يجوز بيعه، بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفا من المتضاد، نعم إذا بطل الوقف اتجه جواز بيعه. انتهى.

وأما على الثاني: فلأن حقيقة الملك لا تختلف في الوقف وغيره، فحيثية عدم التعدي عن موضوعه راجعة إلى عدم نفوذ التصرف فيه شرعا بالانتقال من موضوعه. وأما المورد الثاني: فقد استدل لعدم جواز بيع الوقف بوجوه:

الأول: عموم قوله (عليه السلام): الوقوف يكون على حسب ما يوقفها أهلها. ففي مكاتبة الصفار إلى أبي محمد الحسن بن علي عليهما السلام في الوقف وما روي فيه عن آباءه عليهم السلام فوق (عليه السلام): الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله تعالى (١). وفي أخرى: الوقوف على حسب ما يقفها أهلها إن شاء الله (٢). وقد استدل به الشيخ ره.

وفيه: أن الظاهر منه إرادة لزوم العمل بالوقف على الكيفية التي قررها الواقف من القيود والشروط من الموقوف عليه والعين الموقوفة وصرف المنافع، وليس المراد به أن الوقوف يجب ابقائها، وعليه فإن كان عدم البيع مأخوذا في حقيقة الوقف فلا وجه للاقتصار على هذا الخبر، بل كان الأولى أن يتمسك أولا بالعمومات الأولية من قبيل

١ - الوسائل باب ٢ من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.  
٢ - الوسائل باب ٢ من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٢.

(أوفوا بالعقود) وغيره وإن لم يكن مأخوذاً كما هو مسلك الشيخ ره على ما يصرح به في الصورة الأولى من صور جواز بيع الوقف. فهذا الخبر لا يدل على ترتبه على الوقف.

الثاني: خبر أبي علي بن راشد قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) قلت: جعلت فداك اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي بألفي درهم فلما وفرت المال خبرت أن الأرض وقف فقال (عليه السلام): لا يجوز شراء الوقف، ولا تدخل الغلة في ملكك، ادفعها إلى من أوقفت عليه، قلت: لا أعرف لها ربا قال (عليه السلام): تصدق بغلتها (١).

وهذا الخبر مروى في الكافي والفقيه، وهو في الأول مجهول، وفي الثاني صحيح، فلا خدشة فيه سنداً. وأما من حيث الدلالة فقد يقال: إنه يدل - بقرينة ذيله - على عدم جواز الشراء من غير الموقوف عليه، وهذا مما لا كلام فيه، إنما الكلام في الشراء من الموقوف عليه.

ولكن يرد عليه: أن الظاهر من الصدر كون وجه المنع كونه وقفاً لا صدور البيع من غير أهله، مع أن ترك الاستفصال في الصدر في مقام الجواب كاف في إطلاق المنع، إذ السؤال لم يكن مقيداً في الصدر وإنما قيده بعد جوابه (عليه السلام)، فجوابه مطلق. فهذا الخبر من أدلة عدم جواز بيع الوقف.

الثالث: ما روي في صدقات أمير المؤمنين (عليه السلام) من قوله: هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب وهو حي سوى تصدق بداره التي في بني زريق صدقة لا تباع ولا توهب حتى يرثها الله تعالى الذي يرث السماوات والأرض (٢). بدعوى: أن

١ - الوسائل باب ٦ من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.  
٢ - الوسائل باب ٦ من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٤.

الخ.

تنقيح القول في المقام: أن الكلام يقع أولا: في أنه هل يخرج الملك عن ملك الواقف أم لا؟ ثم في أنه على فرض الخروج هل يدخل في ملك الموقوف عليه خاصا أو عاما أو لا، أم يفصل بين العام والخاص؟

أما الموضوع الأول: فقد استدل لعدم الخروج الذي ذهب إليه أبو الصلاح: بقوله صلى الله عليه وآله: حبس الأصل وسبل الثمرة (١). وبقول الفقهاء: أنه تحبب الأصل وتسبيل الثمرة. بتقريب: أن الظاهر من الحبس إبقائه على حاله وملك مالكه. وفيه: أن الظاهر من الحبس بقريضة تسبيل المنفعة - الحبس على الموقوف عليه، كما أن التسبيل له لا الحبس على الواقف.

وقد استدل للخروج عن ملكه بوجوه بينة الفساد، والصحيح أن يستدل له: بأن الملكية من الاعتبار، والاعتبار لا بد وأن يكون بلحاظ الآثار، فالاعتبار الذي لا يترتب عليه أثر لغو لا يصدر من العقلاء والشارع، وحيث إن اعتبار كون المال ملكا للواقف مع كونه ممنوعا من التصرفات ورجوع منافعه إلى الموقوف عليه لغو وبلا أثر، فلا يصدر من العقلاء والشارع، فلا محالة بالوقف يخرج عن ملكه. ويمكن أن يستدل له بما اشتمل من النصوص (٢) على كيفية الوقوف وصدقات المعصومين عليهم السلام من قولهم بتا بتلا أي منقطعا عن الواقف ومبانا عنه، لأن البت والبتل بمعنى القطع. وأما الموضوع الثاني: فعن الأكثر - بل المشهور - : انتقاله إلى الموقوف عليه،

١ - المستدرک باب ٢ من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.  
٢ - الوسائل - باب ٦ و ١٠ - من أبواب الوقوف والصدقات.

تضمن (١) صدقة الإمام الكاظم (عليه السلام) نسبتها إلى جميع حقه من الأرض الموقوفة، فإنه لا ينبغي التوقف في استفادة الملك من ذلك كما لا يخفى. بيع الوقف مع عدم كونه ملكا إذا عرفت أن للوقف قسمين: أحدهما: ما يكون ملكا للموقوف عليهم، وثانيهما: ما لا يكون ملكا لهم بل هو فك وتحرير، فاعلم: أنه يقع الكلام في مقامين: الأول: في بيع ما لا يكون ملكا في الموارد التي لو كانت ملكا كان يجوز بيعها، والتي سيأتي ذكرها في المقام الثاني. الثاني: في ما يكون ملكا لهم. أما المقام الأول: فقد قال الشيخ ره: وأما الثاني فالظاهر عدم الخلاف في عدم جواز بيعه لعدم الملك... الخ. الكلام في هذا المقام يقع في موارد: أحدها: في حكم الأوقاف العامة غير المسجد كالحانات والمدارس ونحوهما. ثانيها: في حكم المسجد. ثالثها: في أجزاء المسجد. رابعها: في ثوب الكعبة. أما المورد الأول: فإن قلنا بأنه يعتبر في البيع كون العوضين مملوكين للمتعاقدين قبل البيع، لم يصح بيعها بوجه لعدم الملك، ولا إجارتها لعدم ملك المنفعة

---

١ - الوسائل باب ١٠ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٥.

وأما المورد الثالث: فالظاهر أن حالها حال المسجد، فإنها من أجزائه، وتجمعها والعرصة صيغة واحدة، وبناء الأصحاب على ترتب أحكام المسجد عليها من حرمة التنجيس ووجوب إزالة النجاسة وغيرهما ما لم يصرح بعدم دخولها في المسجد، وعليه فلا يجوز بيعها بوجه. فإن أمكن الانتفاع بها في ذلك المسجد، وإلا ينتفع بها في مسجد آخر، وإن لم يمكن صرفت في سائر مصالح المسلمين. وما عن كاشف الغطاء من أن لكل أحد حيازتها وتملكها - من جهة أن للموقوف عليهم الانتفاع بها ومنها التملك بالحيازة - ضعيف لما عرفت من عدم قابلية المسجد لذلك. كما أن ما عن جماعة من الفرق بين عرصة المسجد وبنائه، في غير محله.

وأما المورد الرابع: فقد دلت النصوص (١) على جواز بيع ثوب الكعبة على النحو المرسوم من البيع بعد سنة، ولا يهمننا البحث في تطبيقها على القواعد. وما أفاده المحقق الإيرواني ره من: أن عنوانه ليس عنوان الوقف بل هو مبذول كسوة للكعبة على النهج المتعارف الذي يباع بعد مدة معينة ثم يصرف ثمنه في الخدمة، فالعين باقية على ملك مالكها وقد أذن في التصرف كذلك، غير تام، فإن لزامه عدم جواز البيع لو رجع صاحبه عن إذنه أو مات وانتقل إلى وراثه ولم يرضوا به أو كان فيهم صغير.

وما أفاده المحقق الأصفهاني ره من: أنه ليس حبسا مؤبدا مع وضوح أن المرسوم في ثوب الكعبة تجديده في كل عام، بلا لا قصد لمعطيه إلا تزيين الكعبة مدة ثم يكون لقيم البيت وسدنته أو لعامة المسلمين، أقرب إلى الصواب.

١ - الوسائل باب ٢٦ - من أبواب مقدمات الطواف كتاب الحج.

ولو أتلف شيئاً من هذه الموقوفات أو أجزائها متلف ففي الضمان وجهان. قد استدل لعدم شمول على اليد (١) له بوجوه: الأول: ما في المكاسب، وهو: أن ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه، والمفروض عدم المطالبة بأجرة منافع هذه لو استوفها ظالم.

وفيه: أن هذه الملازمة لم يدل عليها دليل، بل لا ملازمة، فإن المنافع الفاتئة تحت اليد على قول مشهور غير مضمونة، مع أن العين التالفة تحت اليد مضمونة. الثاني: ما في المكاسب أيضاً، وهو: أن الظاهر من التأدية الايصال إلى المالك، فيختص بأمالك الناس.

وفيه: أن الظاهر منها التأدية إلى أهله كان هو مالكا أو موردا للانتفاع به.

الثالث: إن الضمان إنما هو بمعنى اشتغال الذمة بالبدل، فلا بد وأن يفرض شخص مالكا ليكون هو من له الذمة، ومع عدمه لا معنى لاشتغال الذمة.

وفيه: أولاً: معنى الضمان كون العين في العهدة وأثرها وجوب رد العين، ومع تلفها رد بدلها، والقائم مقامها ملكا أو موردا للانتفاع.

وثانياً: أنه لا مانع من اعتبار كون الكلي في الذمة الذي هو مورد لملك الانتفاع، فمعنى ضمانه للموقوف عليه اشتغال ذمته بكلي البدل الذي هو مورد لسلطنتهم على الانتفاع، والتقوم بمن له الذمة يكفي فيه هذا المقدار، فالأظهر هو الضمان بالاتلاف أو التلف.

---

صور بيع الوقف - الصورة الأولى  
وقد اتفقت كلماتهم على جواز بيع الوقف في موارد، فلا بد من البحث فيها.  
وتنقيح القول فيه بالبحث في صور المسألة.  
الأولى: أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به.  
وقد استدل الشيخ ره لجواز البيع في هذه الصورة بطريقتين:  
الأول: أن المقتضي موجود والمانع مفقود.  
الثاني: الاستدلال وإقامة الدليل على الجواز.  
أما الأول: فبتقريب: أن المقتضي للجواز وهو الملك موجود، فيعمه المقتضي في  
مقام الإثبات وهو أدلة نفوذ البيع والمانع مفقود - بالتفصيل الذي سيمر عليك - فلا بد من  
البناء على الجواز.  
وأورد عليه: بأن الوقف بذاته مناف لجواز البيع فلا يعقل ارتفاع المانع إلا  
ببطلان الوقفية، وهو خلاف الفرض، إذ المفروض جواز بيع الوقف وتبديله وسراية  
الوقفية إلى بدله.  
ولكن يدفعه: أن الشيخ ره لا يسلم المبنى، مع أنه على هذا المبنى أيضا يمكن  
أن يقال بعدم المنافاة كما سيمر عليك.  
وقد ذكر في وجه عدم جريان أدلة المنع: أن أدلة المنع ثلاثة: الاجماع، وقوله  
(عليه السلام): لا يجوز شراء الوقف (١). وقوله (عليه السلام): الوقوف على حسب ما

---

١ - الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.



يقفها أهلها إن شاء الله (١).

وشئ منها لا يجري في المقام، أما الاجماع: فواضح. وأما الثاني: فلانصرافه إلى غير هذه الحالة. وأما الثالث: فلأنه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة في انشاء الوقف وليس عدم البيع منها.

مع أنه لو سلم أخذ ابقاء العين في الوقف فحيث إن الوقف تحبب العين وتسبيل الثمرة، فهو يختص بصورة امكان الانتفاع، فكما أنه في أول الأمر مع عدم وجود الثمرة لا يتحقق الوقف، كذلك يتوقف بقائه على استدامة ذلك، فبنفاد الثمرة يبطل الوقف.

ولكن: يرد على ما ذكره من الانصراف: أن الانصراف الناشئ عن قلة وجود الفرد لا يصلح لتقييد الاطلاق، مع أن كل عين موقوفة مآلها إلى الخراب بحسب العادة، فليست حالة الخراب قليلة بالإضافة إلى حالة العمارة. وأما الايراد عليه: بأن مورده الأرض الخربة لقوله: فلما عمرتها... الخ فكيف يدعى الانصراف؟ فيمكن الجواب عنه: بأن المدار على عدم امكان الانتفاع لا على صدق الخراب، وأرض الزراعة إنما لا يمكن الانتفاع بها بانقطاع الماء عنها ونحوه لا بعدم كونها مشغولة بالزراعة.

ويرد على الوجه الأول الذي ذكره في قوله (عليه السلام): الوقوف على حسب... الخ: أن هذا ينافي استدلاله بهذا الخبر على عدم جواز البيع، مضافا إلى فساد ذلك لما عرفت من أن عدم جواز البيع ليس حكما شرعيا محضا مترتبا على الوقف، بل عدم البيع مأخوذ في حقيقته.

١ - الوسائل - باب ٢ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٢.

وجه المنع من الاستصحاب الوجه الأول بضميمة ما ذكرناه في محله من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام.

حكم الثمن على تقدير البيع  
وتمام الكلام ببيان أمور:

١ - في حكم الثمن على تقدير البيع، والظاهر أنه لا خلاف في أنه لا يخص به البطن الموجود.

أقول: إن كان جواز البيع من جهة ما ذكرناه من أنه ابقاء الوقف وحفظ الموقوف بما هو مال، أو من جهة ما ذكره الشيخ أخيراً وهي رعاية الحقوق، فلا اشكال في عدم الاختصاص كما لا يخفى.

وإن كان من جهة ما ذكره أولاً من ثبوت المقتضي وعدم المانع فللكلام في الاختصاص وعدمه وجه، وقد استدل الشيخ ره لعدم الاختصاص بوجهين:

الأول: إن البدلية تقتضي ذلك، لأن المبيع ملك للموجودين بالفعل، وملك للمعدومين بالقوة، وشأننا بمقتضى تمليك الواقف، فكذلك الثمن. ودعوى أنه لا تحقق للملك الشأني، يكذبها انشاء الواقف له كانشائه لملك الموجود، وعليه فحيث إن

المعوض يخرج عن ملك جميع الطبقات فلا بد وأن يدخل العوض في ملك الجميع.

وفيه: أن الملكية أمر اعتباري، وهي إما متحققة أو لا. وليست الملكية الشأنية سنخاً من الملكية الاعتبارية، بل ليس معنى ذلك سوى القابلية لأن يصير ملكاً،

وانشاء الواقف إنما يكون سبباً لحصول الملكية للطبقة اللاحقة حين وجودها بلا حالة منتظرة كما في الوجوب المعلق على أمر متأخر. فكون الانشاء موجوداً لا يلزم كون

#### الصورة الرابعة

الصورة الرابعة: أن يكون بيع الوقف أنفع وأعود للموقوف عليه. لم ينقل القول بجواز البيع في هذه الصورة عن أحد سوى المفيد، ولم يرض المصنف ره باسناده إليه، وعليه فلا قائل به. وكيف كان: فالعمدة في المقام خبران:

أحدهما: خبر جعفر بن حنان عن الإمام الصادق (عليه السلام) عن رجل وقف غلة له على قرابة من أبيه وقرابة من أمه - إلى أن قال - قلت: فللورثة من قرابة الميت أن يبيعوا الأرض إن احتاجوا ولم يكفهم من الغلة؟ قال (عليه السلام): نعم إذا رضوا كلهم وكان البيع خيرا لهم باعوا (١).

ثانيها: التوقيع الشريف كتب الحميري إلى صاحب الزمان (عليه السلام): روي عن الصادق (عليه السلام) خبر مأثور: إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم وأعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه وكان ذلك أصلح لهم أن يبيعوه فهل يجوز أن يشتري من بعضهم إن لم يجتمعوا كلهم على البيع أم لا يجوز إلا أن يجتمعوا كلهم على ذلك. وعن الوقف الذي لا يجوز بيعه، فأجاب (عليه السلام): بأنه إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه، وإذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدر على بيعه مجتمعين ومتفرقين (٢).  
أما الخبر الأول: فأورد عليه بوجه:

- 
- ١ - الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٨.
  - ٢ - الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٩.

وعن المحقق النائيني الجواب عنه بوجه آخر، وهو: أنه يدل على جواز بيع الوقف، مطلقاً فالنسبة بينه وبين أدلة المنع هي التباين، وإذا خصصت أدلة المنع بصورة الخراب انقلبت النسبة بينهما إلى عموم مطلق فيخصص إطلاقه بها. وفيه: أنا لا نقول بانقلاب النسبة في شيء من الموارد، فإذا كانت النسبة هي التباين تعين طرحه لوجوه لا تخفى.

الصورة الخامسة:

الصورة الخامسة: أن تلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة. فقد ذهب جماعة إلى جواز البيع في هذه الصورة، وعن الانتصار والغنية دعوى الاجماع عليه.

واستدل له: بالاجماع، وبأن الضرورات تبيح المحظورات، وبخبر جعفر (١) المتقدم الدال على جواز البيع مع الحاجة بعد تقييد الحاجة بالشديدة للاجماع على عدم كفاية ما دونها من المرتبة.

وفي الجميع نظر: أما الأول: فلأن مصطلحهم في الاجماع غير مصطلح المتأخرين فلا يركن إليه.

وأما الثاني: فلا أقول: الضرورة رفع الحرمة لا الحكم الوضعي.

وأما الثالث: فلما مر من أن الظاهر منه الحاجة إلى البيع للتبديل بما هو أنفع من حيث وفاء النفع بمؤونته لا الحاجة إلى البيع لصرف الثمن في رفع الحاجة التي هي محل

---

١ - الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٨.

الثاني: فيما يقتضيه النص الخاص.  
أما الأول: فقد يقال بفساد الشرط لوجهين:  
الأول: أنه مخالف لمقتضى العقد أما من جهة أن الوقف بمعنى الحبس  
والممنوعة من التصرفات فينافيه شرط البيع، أو من جهة أن الوقف للتأييد والوقف  
إلى مدة باطل والتأييد مناف لجواز البيع.  
الثاني: أنه مخالف للسنة لما دل من النصوص (١) على عدم جواز بيع الوقف.  
والحق أنه إن كان الشرط بيعه عند تحقق شيء من المسوغات فلا اشكال  
فيه أصلا، إذ الجواز حاصل والشرط مؤكد له. وإن كان بيعه لا عند تحقق شيء من  
المسوغات، فأما أن يكون الشرط مطلقا، وأما أن يكون معلقا على تقدير خاص، وعلى  
التقديرين أما أن يكون الشرط البيع مع كون الثمن وقفا، وأما أن يكون البيع مع  
عدم كون الثمن وقفا.  
فإن كان الشرط مطلقا مع عدم كون الثمن وقفا لا ينبغي التوقف في فساد  
الشرط لكونه منافيا لمقتضى العقد - بناء على ما عرفت من أخذ عدم البيع في مفهومه  
- ومخالفا للسنة لما دل على عدم جواز بيع الوقف من السنة.  
وإن كان مطلقا مع كون العوض وقفا فالأظهر صحته لأول ذلك إلى وقف  
الشيء بما أنه مال، أي يكون الوقف الجامع بين المال وبدله، فيكون الشرط منافيا  
لمقتضى اطلاق الوقف لا أصله. وإن كان معلقا فإن كان الشرط بيعه وجعل ثمنه وقفا  
صح، فإنه يؤول إلى وقف العين بما أنها مال مع خصوصية إلى زمان حصول ذلك  
التقدير، وبعده تكون وقفا بما أنها مال، فهذا أيضا مناف لمقتضى اطلاق العقد لا

١ - الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١ - ٤ - و - باب ١٧ - من أبواب عقد البيع وشروطه.

أصله، وأدلة المنع عن بيع الوقف لا تشمل البيع بعد الشرط كي يكون الشرط منافيا للسنة. وإن كان معلقا وكان الشرط يبعه وصرّف ثمنه أي عدم كونه وقفا فإن قلنا بأن عدم البيع مأخوذ في حقيقة الوقف صح ذلك، فإنه يرجع إلى أنه وقف ما لم يتحقق التقدير الخاص الذي علق عليه جواز البيع، وإذا تحقق فلا وقف، ومقتضى اطلاق أدلة الوقف ونفوذ المعاملات صحة مثل هذا الوقف.

ودعوى: أنه مناف للتأييد المعتبر في الوقف، مندفعة بعدم الدليل على اعتباره، وأنه يصح الوقف مع عدمه، لا سيما إذا كان مرددا بين الانقطاع وعدمه. وإن قلنا بأنه من أحكامه لا من مقوماته فالأظهر عدم الصحة إلا مع انشاء الوقف إلى زمان حصول ذلك التقدير، فإن عدم جواز بيع الوقف ولزومه ليس من الحقوق بل من الأحكام، فالشرط مناف للسنة.

وبما ذكرناه يظهر ما في كلمات الشيخ ره.

وأما الثاني: أي ما يقتضيه النص الخاص، وهو الصحيح الحاكي لوقف أمير المؤمنين (عليه السلام) ماله بينع: فإن أراد - يعني الحسن (عليه السلام) - أن يبيع نصيبا من المال فيقضي به الدين فليفعل إن شاء لا حرج عليه فيه، وإن شاء جعله سرى الملك، وأن ولد علي وأموالهم إلى الحسن بن علي، وإن كان دار الحسن بن علي غير دار الصدقة فبدا له أن يبيعها فليبيعها إن شاء لا حرج عليه فيه، وإن باع فإنه يقسمها. الحديث (١).

وهذا أيضا يدل على الجواز، ومورد الاستدلال به قوله (عليه السلام): فإن أراد أن يبيع نصيبا من المال... الخ.

١ - الوسائل - باب ١٠ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٤.

وأما الثاني: فلأن المفروض أن انتفاع الموقوف عليهم لا يفوت لانتفاعهم بالبدل، والانتفاع بشخص العين غير ممكن، وأما حقهم في تصدي البيع فالمفروض أنه يباع بإذن البطن الموجود وأولياء البطن اللاحقة.

وأما الثالث: فلانصراف الأدلة عن صورة أول العين إلى الخراب المخرج ها عن حد الانتفاع.

وفيه: أن هذا يتم في صورة الخراب، وأما قبله فغرض الواقف المتعلق بالانتفاع بشخص العين ممكن، وحق الموقوف عليهم في الانتفاع به كذلك، والأدلة غير منصرفة، فالأظهر عدم ارتفاع الموانع عن التمسك بالعمومات.

الخامس: ما كتبه (عليه السلام) في جواب ابن مهزيار: إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن بيع الوقف أمثل فليبع، فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس (١).

بتقريب: أن قوله (عليه السلام): فإنه... الخ تعليل لجواز البيع في صورة الاختلاف، وأن المراد من المال الوقف، فإن ضم النفوس إنما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف، إذ على ذلك يصير المتحصل من الرواية: أنه كلما كان الوقف في معرض الخراب جاز بيعه.

وفيه: أن كون المراد من المال العين الموقوفة مما لم يشهد به شاهد، بل بقريئة ضم النفوس إلى الأموال يصير ظاهراً في المال الآخر، إذ الاختلاف يوجب صرف المال في الغلبة على الخصم وأدائه إلى المقاتلة الموجبة لاتلاف النفوس، وهذا بخلاف تلف الوقف الذي هو أجنبي عن تلف النفس.

---

١ - الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٦.

فالأظهر عدم جواز بيع الوقف إن خيف أوله إلى الخراب، لا سيما إذا كان الخراب المترقب بعد مدة طويلة. نعم يجوز البيع في آخر أزمته بقاءه، إذ لا منفعة حينئذ والله العالم.

الصورة الثامنة

الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال. فكلمات القوم في هذه الصورة متشعبة، فلا يصغى إلى نقل شهرة في الباب، فالمهم صرف عنان الكلام إلى الحجج والأدلة.

وقد استدلل للمنع في المكاسب: بعموم أدلة المنع عن بيع الوقف (١) وبالاستصحاب.

أقول: ما ذكر من عموم الأدلة متين في نفسه، وأما الاستصحاب فغاية ما يمكن أن يقال في تقريبه: أن عموم دليل نفوذ البيع خصص بما دل على عدم جواز بيع الوقف، وهو وإن اقتص بما قبل وقوع الاختلاف المزبور ولم يكن له عموم شامل له، إلا أنه من جهة كون دليل نفوذ البيع والوفاء بالعقد مما لا عموم أزماني له، بل هو متضمن لبيان حكم واحد مستمر لكل فرد من أفراد البيع والعقد، ومع الشك في أن الخارج هو في زمان أو دائما يجري الاستصحاب، ولا يكون مورد التمسك بالعموم. وفيه: - مضافا إلى عدم تمامية المبنى كما حققناه في الأصول - أنه لا يكون منطبقا على المقام من جهة أنه ليس هناك فرد واحد يكون خارجا عن تحت عموم

---

١ - الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١ - ٤ - و - باب ١٧ - من أبواب عقد البيع وشروطه.



---

وربما يستدل له بحديث (١) لا ضرر الحاكم على الأدلة الواقعية.  
وفيه: أن الموقوف عليهم باختيارهم يتلفون المال والنفس، وفي مثل ذلك لا  
يوجب الحديث رفع التكليف الواقعي. وبه يظهر ما في الاستدلال له بدليل وجوب  
حفظ النفس فيما إذا لزم من ترك البيع تلف النفس.  
الصورة التاسعة

الصورة التاسعة: أن يؤدي الاختلاف بينهم إلى ضرر عظيم.  
وقد استدل للمنع عن البيع في هذه الصورة: بعموم الأدلة، والاستصحاب.  
وقد تقدم أن الاستدلال بالعموم متين، ولكن الاستدلال بالاستصحاب في غير  
محلّه.

وقد استدل للجواز بوجهين:

الأول: لا ضرر. وقد تقدم ما فيه.

الثاني: مكاتبة ابن مهزيار المتقدمة، بدعوى أنه يستفاد منها أن ذكر تلف  
النفس والمال إنما يكون من باب المثال لمطلق الضرر العظيم، والاحتياط سبيل  
النجاة.

---

١ - الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار.

الأرض ومن عليها، وقال آخرون: هذا موقت إذا ذكر أنه لفلان وعقبه ما بقوا ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن عليها، والذي هو غير موقت أن يقول هذا ولم يذكر أحدا، فما الذي يصح من ذلك وما الذي يبطل؟  
فوق (عليه السلام): الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله (١). فإنه يدل على صحة الوقف الموقت بكلا تفسيريه.

الجهة الثانية: في أنه بعد الانقراض يرجع الوقف إلى الواقف وورثته أو إلى ورثة الموقوف عليه أو يصرف في وجوه البر، وجوه أقواها الأول، لأن خروج الوقف عن ملكه لو قلنا به إنما يكون خروجاً ما دامياً، أي ما دامت حياة الموقوف عليه، فلا محالة يرجع إلى مالكه بموته، فإنه لم يخرج عن ملكه إلا إلى أجل.  
ودعوى أن مقتضى اطلاق أدلة الإرث انتقاله إلى ورثة الموقوف عليه، مندفة بأنها إنما تدل على الإرث فيما هو للميت لا ما ليس له بعد موته، ومقيد ملكيته بحياته، فإنه ليس مما تركه الميت. وتتمام الكلام في محله.  
هذا على القول بخروجه عن ملك الواقف، وإلا فهو ملك له من الأول وبموته ينتقل إلى ورثته، ولعل الأظهر ذلك، لأن ما ذكرناه في وجه خروجه عن ملك الواقف في المؤبد - من أن اعتبار الملكية له لغو، ومن اطلاق الصدقة عليه لا سيما ما في بعض النصوص من التقييد بالبتلة - لا يجري في المقام. أما الأول: فواضح، وأما الثاني: فلعدم اطلاقها مع هذا القيد على الوقف المنقطع.  
الجهة الثالثة: في جواز بيعه وعدمه.  
الظاهر أن قلنا بانتقال الوقف إلى الموقوف عليه لا ينبغي التوقف في عدم جواز

١ - الوسائل - باب ٧ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٢.

بيعه، لعموم ما دل على عدم جوز بيع الوقف (١) الشامل للمؤبد والمنقطع.  
ومن الغريب عدم ذكر الشيخ ره هذه الجهة مع هذا البسط والاطناب، نعم لو  
قلنا ببقائه على ملك الواقف لا يبعد دعوى عدم شمول الأدلة المانع عن البيع له، أما  
دليل الوقوف فلظهوره في أن المانع عن البيع الذي أنشأه الواقف إنما هو من  
خصوصيات انشائه ملكية الموقوف عليهم - أي يملكهم بالملكية الراكدة غير المتعدية  
عنهم - فلو لم يقع أصل الملك كيف تقع خصوصياته، وأما غيره فللانصراف إلى ما لو  
كان البيع منافيا للوقف.

ثم إنه على القول بعدم شمول الأدلة المانعة له يقع الكلام فيما تقتضيه  
القواعد، فأقول: إن بيع الواقف حينئذ يتصور على وجوه:  
أحدها: أن يبيع العين الموقوفة من الأجنبي من عدم انتقال منافعه إليه، وحيث  
إن المقتضي للصحة وهو الملك موجود، فلا بد من التكلم في المانع، وهو ليس الجهل  
بمقدار المنفعة التي يستحقها الموقوف عليه للجهل بأمد انقضائها - فإن الجهل بنفسه  
وإن كان من الموانع لصحة البيع إلا أنه الجهل بالمبيع والمنافع ليست داخلية فيه وإن  
أوجبت زيادة المالية - بل المانع هو الغرر، وقد وجهه الشيخ ره بقوله بجهالة وقت  
استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به. وأورد عليه المحقق الأصفهاني ره: بأنه  
إذا كان المبيع معلوما ذاتا ووصفا وتسليما وكان المجهول وقت التسليم لا يكون ذلك  
غرريا، وعلى فرض التنزل وتسليم صدقه عليه لا دليل على مبطلته لأن العمدة في  
مانعيته الاجماع، وهو غير ثابت في المقام.

١ - الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١ - ٤ و - باب ١٧ - من أبواب عقد البيع  
وشروطه.

وفيه: أن الجهل بوقت التسليم والجهل بمقدار المنفعة موجبان لصدق الغرر.  
أما الثاني: فلأن الثمن إنما يدفع بإزاء العين بلحاظ المنافع، فالجهل بمقدارها موجب للغرر.

وأما الأول: فلأنه كما يصدق الغرر مع الجهل بأصل التسليم، كذلك يصدق مع الجهل بوقته.

ودعوى أن عمدة دليل مانعية الغرر الاجماع غير الشامل للمقام، مندفعة بأن عمدة دليمة النبوي (١) المنجبر بالعمل الشامل للمقام. فالأظهر بحسب القاعدة البطلان.

وأما مصحح الحسن بن نعيم الدال على جواز بيع المالك داره التي جعل سكنها لرجل ولعقبه من بعده (٢)، فهو يخصص دليل الغرر، وعليه فإن أمكن القاء الخصوصية يتعدى من مورده إلى الوقف المنقطع ويحكم بجواز بيعه وإلا فلا. بقي الكلام في إجازة الموقوف عليه، وإن رضاه ببيع الواقف هل يوجب صحته أم لا؟

والمقصود من ذلك أن تكون عينه وجميع منافعه منتقلة إلى المشتري، فلا يلزم الغرر. والأظهر عدم كفايته، فإن المنفعة لا تنتقل إلى المشتري لا بلا عوض ولا معه إلا بالصلح، أما عدم انتقالها بلا عوض فلأن الناقل إما هو الهبة أو الاسقاط أو الإبراء، ولا مورد لشيء منها في المقام، إما الهبة: فلاعتبار تعلقها بالعين، وإما الاسقاط: فلأنه يتعلق بالحق والمنفعة ملك، وأما الإبراء: فلأنه يتعلق بالملك الذمي كالدين،

١ - الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣.

٢ - الوسائل - باب ٢ - من أبواب أحكام السكنى والحبيس حديث ٢.

بالإجازة أو سقوط حق المرتهن بالاسقاط أو الفك.  
أما المقام الأول: فقد استدل لعدم الصحة: بالاجماع على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون، وبالمرسل عن النبي صلى الله عليه وآله الراهن والمرتهن ممنوعان عن التصرف في الرهن (١) المنجر ضعفه بالعمل، وبقاعدة السلطنة (٢). إذ البيع ينافي سلطنة المرتهن على حقه.  
وفي الجميع نظر: أما الأول: فلأن هذا الاجماع ليس اجماعا تعديدا كاشفا عن رأي المعصوم (عليه السلام)، بل منشأه البيع لحق المرتهن.  
وبعبارة أخرى: معقد الاجماع هو عدم استقلال المالك في التصرفات المنافية لحق المرتهن، ومن صرح بالبيع فإنما هو من جهة أنه رأى منافاته لحق المرتهن، وعليه فحيث إن البيع ليس منافيا لحقيقة الرهن ولحق المرتهن - إذ لا يعتبر في العين المرهونة أن تكون ملكا للراهن، وقد اتفقوا على جواز استعارة عين للرهن - فإذا جاز ذلك ابتداء جاز بالأولى بيع العين المرهونة، فتنقل العين المرهونة إلى المشتري، ويكون حق الرهانة باقيا متعلقا بها. نعم مع جهل المشتري بالحال يثبت له الخيار.  
وأما الثاني: فلأن التصرف فيه لا يعم التصرف الاعتباري كالبيع كما حقق في مبحث الفضولي، مع أنه على فرض الشمول أن النهي عنه متعلق بعنوان جامع بين التصرف الاعتباري والخارجي، ولا يكون ظاهرا في الارشاد، بل هو ظاهر في المبعوضة والحرمة النفسية. وقد مر في أول الجزء الرابع عشر عدم دلالة النهي عن المعاملة على الفساد.

١ - المستدرک - باب ١٧ - من أبواب کتاب الرهن حدیث ٦.  
٢ - البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث - و ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم.

وأما الثالث: فلما عرفت أننا من أن البيع ليس منافيا لسلطنة المرتهن على حقه، فالأظهر هي الصحة والنفوذ وعدم الوقوف على الإجازة، أو سقوط حق المرتهن. وأما المقام الثاني: فقد استدل الشيخ ره للصحة مع الإجازة بوجوه:  
الأول: العمومات السليمة عن المخصص، فإن معقد الاجماع والأخبار الظاهرة في المنع عن التصرف هو الاستقلال.  
وأورد عليه المحقق الإيرواني: بأن بيع الراهن خارج عن العمومات بالقطع، والمتيقن وإن كان خروج ما قبل الإجازة من المرتهن إلا أنه لا مجال للتمسك بها بعدها لعدم عموم أزمانها فيها، بل عمومها افرادي فقط بإزاء كل عقد ايجاب واحد للوفاء لا ايجابات متعددة، حتى إذا خرج الفرد في زمان صح التمسك بها في زمان آخر. وفيه: أن خروج فرد من زمان إن كان لأجل مانع وكان ذلك المانع مقرونا بالعقد ومن حين تحققه فارتفع ذلك المانع لا مانع من شمول الدليل له بعد ارتفاع المانع، والكبرى التي أشار إليها لو تمت إنما هي فيما إذا كان خروج الفرد في الأثناء كما حقق في محله. فالانصاف أنه بناء على كون حق الرهانة من الحقوق القابلة للارتفاع بإذن من له الحق كما هو الحق، ولذا يجوز بيع الرهن بإذن المرتهن إذا أجاز المرتهن وارتفع المانع عن تأثير العقد وصحته صح بمقتضى العمومات.  
الثاني: إن الاستفادة من تعليل صحة نكاح العبد بالإجازة بأنه لم يعص الله وإنما عصى سيده (١). إن كل عقد كان النهي عنه لحق الآدمي يرتفع المنع ويحصل التأثير بارتفاع المنع وحصول الرضا.  
وأورد عليه: بأن الحقوق مختلفة، فبعضها قابل للارتفاع بإذن من له الحق،

١ - الوسائل - باب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

وبعضها لا يقبل ذلك كحق الاستيلاء والوقف ونحوهما.  
وكون الرهن من قبيل الأول غير ثابت، ومع عدم احرازه لا سبيل إلى  
الاستدلال بعموم العلة.  
وفيه: أن المستفاد من ما دل على كفاية إذن المرتهن وأن به يجوز البيع كونه من  
قبيل الأول.

الثالث: فحوى أدلة (١) صحة الفضولي.  
وأورد عليه المحقق الإيرواني ره: بأن من المحتمل كون هذا الحق من قبيل  
حق أم الولد موجبا لفساد البيع، فلا أولوية، بل ولا المساواة.  
وفيه: أنه قد عرفت عدم كونه من قبيل حق أم الولد وكونه من الحقوق القابلة  
للارتفاع، وعليه فالأولوية واضحة، فإن في بيع مال الغير جهتين مانعتين عن الصحة  
واللزوم: إحداهما: فقدان رضا المالك. وثانيتها: عدم استناد البيع إلى المالك. وفي المقام  
ينحصر المنع بالجهة الأولى فلا محالة يكون أولى  
وقد استدل صاحب المقاييس ره لما ذهب إليه من البطلان بما يرجع محصله إلى  
وجوه:

منها: أن المستفاد من ظاهر الاجتماعات والأخبار المحكية تعلق النهي بالمعاملة  
لأمر داخل راجع إلى أحد العوضين لاستحقاق المرتهن إياه لا لأمر خارج كما في البيع  
وقت النداء، والنهي في المعاملات إذا كان كذلك يقتضي الفساد. ثم أورد على نفسه:  
بأنه على هذا يلزم البناء على بطلان بيع الفضولي.  
وأجاب عنه: بأن الفضولي إن باع على وجه الاستقلال بطل لذلك، وإن باع

---

١ - راجع مبحث الفضولي من هذا الكتاب.

صيرورته مالكا لم يصدر عنه عقد فيحكم بالفساد. وأما في المقام فليس عدم الأثر لقصور في المقتضي وإنما هو من جهة المانع، فإذا زال أثر المقتضي. وفيه: ما تقدم من أن تطبيق أجزاء العلة من المقتضي والشرط وعدم المانع على أجزاء العقد ما يعتبر فيه لا مورد له لعدم كون باب العقود باب المؤثرات والآثار، فلا يصح أن يقال الملكية مقتضية، وحق الرهانة مانع، بل كل ما أخذ في العقد يكون اعتباره على حد سواء، كيف وقد صرح هو قده فيما سبق بأن الملكية شرط. فالحق تمامية هذا الوجه، فيكون المقام على هذا المسلك نظير من باع شيئا ثم ملكه. الثاني: إن العقد قبل سقوط حق المرتهن لم يكن مشمولاً لأدلة الصحة واللزوم، وبعده يشك في بقاء حكم الخاص فيجري الاستصحاب، ولا مورد للتمسك بعموم العام لعدم عموم زماني له. وأجاب عنه الشيخ ره: بأنه من جهة العلم بمناط المستصحب وأن الخارج إنما يكون من جهة حق الرهانة، فبعد سقوطه لا وجه لاجراء الاستصحاب، ويكون المقام من باب وجوب العمل بالعام. وفيه: أنه قده صرح في الأصول بأن العام المخصص في زمان إذا لم يكن له عموم أزمني لا يتمسك به بعد مضي الزمان المتيقن وإن لم يجر الاستصحاب. فالحق في الجواب أن يقال: إن المقام حيث يكون التخصيص من الأول، تعين الرجوع في غير مورد التخصيص إلى عموم العام وإن لم يكن له عموم زمني. الثالث: إن ظاهر بعض النصوص (١) أن نكاح العبد لا يصح بدون إذن سيده وإن أعتق، ويكون المقام نظير ذلك.

---

١ - الوسائل - باب ٢٦ - من أبواب نكاح العبيد والإماء.



ويشترط في المكيل والموزون والمعدود معرفة المقدار بأحدها

أنه باعها ويجب عليه الوفاء به فليس له بيعها بشخص آخر، فيتعين الأداء من مال آخر وفاء بالعقد.

وبهذا يظهر الفرق بين المقام وبيع الفضولي، نعم لو باع الراهن قبل حلول أجل الدين لا يجب عليه الفك قبله لما ذكره ره. فالأظهر هو التفصيل، فتدبر حتى لا تبادر بالاشكال.

عدم صحة بيع ما يكال أو يوزن جزافا

(و) الرابع مما (يشترط في) المبيع: أن يكون معلوما فلا يجوز بيع (المكيل والموزون والمعدود) إلا (مع معرفة المقدار بأحدها) فلا يباع المكيل والموزون والمعدود جزافا ولو كان مشاهدا كالصبرة، ولا بمكيال مجهول كقصعة حاضرة ولا العدد المجهول كملا اليد ونحوها بلا خلاف، وعن غير واحد: دعوى الاجماع عليه. ويشهد له حديث نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر (١)، وجملة من النصوص:

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكييل معلوم وأن صاحبه قال للمشتري: ابتع مني هذا العدل الآخر بغير كيل فإن فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت، قال (عليه السلام): لا يصلح إلا بكييل، قال: وما كان من طعام سميت فيه كيلا فإنه لا يصلح مجازفة، هذا مما يكره من بيع

١ - الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣.

---

الطعام (١). وأورد عليه بايرادات:

الأول: إن قوله (عليه السلام): وما كان من طعام سميت فيه كيلا... الخ مجمل، إذ لو كان المراد به ما يبيع بكييل فما معنى لا يصح مجازفة؟ وإن كان المراد به ما من شأنه أن يباع بكييل - أي يقال إنه مكييل ويكون الخطاب إلى الراوي بما هو من أهل العرف والعادة - فلازمه تنويع الطعام، مع أنه ليس من الطعام ما لا يكال ولا يوزن.

وفيه: أنه يمكن اختيار الشق الثاني وأخذ القيد توضيحيا، أو بأن يقال إن من الطعام ما هو مكييل ومنه ما هو موزون ولو في بعض البلدان، فيكون مفاد قوله (عليه السلام) ذلك، أن ما يكون من الطعام مكيلا إنما اعتبر فيه الكيل من جهة أنه لا يصلح بيعه مجازفة، ولازم ذلك جواز بيعه بالوزن.

الثاني: ما ذكره جماعة منهم المحقق الإيرواني ره، وهو: أن المراد من قوله: وما كان من الطعام سميت... الخ أن البيع إذا انعقد بعنوان الكيل كما إذا بيع منا من الحنطة - يعتبر الكيل في مقام التسليم صونا عن التعقب بالنزاع والمشاجرة - فهو أجنبي عن المقام.

وفيه: أن هذا خلاف الظاهر، فإنه يتوقف على تقدير كلمة قبضه أو تسليمه بعد قوله فإنه لا يصلح كما لا يخفى، وهو خلاف الظاهر.

الثالث: إن الخبر مخالف لفتوى المشهور، فإنهم أفتوا بتصديق البائع في اخباره بأن كيل المبيع كذا، وهذا الصحيح يدل على أنه لا يعتمد عليه.

وفيه: أنه في تلك المسألة إنما يلتزمون بالصحة إذا وقع البيع على ما أخبر به

---

١ - الوسائل - باب ٤ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٢.

بعنوان أن كيله ما أخبر به وأنه لو نقص يأخذ الزائد ولو زاد يرده، لا يبيعه بما أخبر به سواء زاد أو نقص كما هو ظاهر الخبر، مع أنه في تلك المسألة يعتبرون كون البائع مؤتمناً.

الرابع: إن قوله (عليه السلام) هذا مما يكره من بيع الطعام ظاهر في عدم الفساد.

وفيه: أن الكراهة في النصوص غير ظاهرة في الكراهة المصطلحة، بل ظاهرها المنع، مع أنه لو سلم الاجمال وعدم ظهورها في ذلك يكون المرجع قوله (عليه السلام) (لا يصلح مجازفة، بل المحكي عن الفقيه فلا يصح مجازفة. فالأظهر دلالة الصحيح على اعتبار الكيل في المكيل).

ومنها: موثق سماعة: سألته عن شراء الطعام وما يكال ويوزن هل يصلح شرائه بغير كيل ولا وزن؟ فقال (عليه السلام): إما أن تأتي رجلاً في طعام قد كيل ووزن تشتري منه مرابحة فلا بأس إن اشتريته منه ولم تكله ولم تنزهه إذا كان المشتري الأول قد أخذه بكيل أو وزن وقلت له عند البيع: إني أربحك كذا وكذا وقد رضيت بكيلك ووزنك، فلا بأس (١).

وأورد عليه المحقق الأصفهاني ره: بأن مورد الاستدلال إن كان هي الشرطية الأولى وهي قوله: فلا بأس إن اشتريته... الخ فمن الواضح أن نفي البأس عن شرائه بلا كيل ولا وزن لا مفهوم له إلا بلحاظ موضوع الشرطية وهو طعام قد كيل أو وزن، وهو من مفهوم الوصف. وإن كان هي الشرطية الثانية وهي قوله: إذا أخذه المشتري الأول... الخ فمن البين أنه تقرير لصدر الخبر حيث قال تأتي رجلاً في

١ - الوسائل - باب ٥ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٧.

---

هو البيع جزافا. فإذا كان الحدس موجبا للاطمئنان كفى.  
وأما في الثالث: فلعدم كونه مكيفا ولا موزونا.  
هذا كله في المكيل والموزون.

وأما المعدود فالمشهور بين الأصحاب لزوم معرفة العدد كما مر، وعن مجمع  
البرهان: أنه لا دليل على عدم جواز بيع المعدود إلا عدا وأن الأصل والعمومات  
وحصول التراضي - الذي هو العمدة في الدليل - دليل قوي، فاثبات خلافه مشكل.  
ولكن الذي يظهر من صحيح الحلبي عن مولانا الصادق (عليه السلام) عن  
الجوز لا نستطيع أن نعهه فيكالم بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكالم ما بقي على حساب  
ذلك العدد قال (عليه السلام): لا بأس به (١). من جهة ظهوره في اعتقاد السائل، لزوم  
العد، وتقديره (عليه السلام) ذلك - هو لزوم العد، وبه تقيد اطلاقات الأدلة.

بيع المكيل بالوزن، والعكس  
واستقصاء الكلام في المقام إنما يكون ببيان أمور:  
الأول: في تقدير كل من المقدرات بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر  
بذلك، والكلام فيه في موردين:

(١) في بيع المكيل وزنا وبالعكس، وقد اختلفوا فيه على أقوال، ثالثها:  
التفصيل بين بيع المكيل بالوزن فيصح، وبين بيع الموزون بالكيل فلا يصح.  
رابعها: التفصيل بين جعل كل من التقديرين طريقا إلى التقدير المعتبر في

---

١ - الوسائل - باب ٧ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

---

المبيع في نفسه فيصح، وبين ملاحظته مستقلا فلا يصح.

فالكلام يقع في مقامين:

الأول: في تقدير كل منهما بغير ما تعارف تقديره به من حيث جعله طريقا إليه ما تعارف فيه.

الثاني: في تقديره به مستقلا.

أما الأول: فقسمه الشيخ ره إلى قسمين، إذ ربما يكون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادة، وربما يكون مما لا يتسامح فيه.

أقول: إذا كان التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادة فالأظهر هي الصحة لما عرفت من أن اعتبار التقدير الخاص إنما هو لمعرفة حد المبيع ومقداره، والتقدير بما هو طريق إلى ذلك - مع كون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه ينتج ذلك ويخرج البيع عن كونه جزافيا - فيصح.

ويشهد له: مضافا إلى ذلك - صحيح الحلبي المتقدم بالتقريب الذي قدمناه وخبر عبد الملك بن عمرو: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): أشترى مائة راوية من زيت فأعرض راوية أو اثنتين فأتزنها ثم أخذ سائره على قدر ذلك قال (عليه السلام): لا بأس (١).

وما عن التذكرة من حمل الخبر على صورة التعذر، ليس من جهة هذا الخبر نفسه، فإن اتزان مائة راوية زيت ليس بمتعذر، بل من جهة صحيح الحلبي الوارد في الجوز المختص بصورة عدم الاستطاعة. ولكن يرد عليه: أنه لا مفهوم له كي يقيد اطلاق هذا الخبر به.

---

١ - الوسائل - باب ٥ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

وأما إذا كان التفاوت المحتمل مما لا يتسامح فيه عادة فحكمه يظهر مما  
سندكره في المقام الثاني، وتصحيحه بالبناء على ذلك التقدير، مخدوش، إذ البناء عليه  
الراجع إلى شرط الخيار لو نقص لا يصحح العقد، لأن ذلك لا يخرج عن الجزافية،  
ولذا لا يصح البيع بالمشاهدة مبنيا على مقدار معين مما تعارف فيه.  
ودعوى إطلاق الخبر، ممنوعة، فإن الظاهر ولا أقل من المحتمل كون ما بقي  
من مائة راوية متحد الوزن مع ما وزن كما يظهر لمن تدبر فيه.  
وأما المقام الثاني: فالمشهور بين الأصحاب على ما نسب إليهم في محكي  
الرياض: جواز بيع المكيل وزنا، وعدم جواز بيع الموزون كيلا.  
واستدل له الشيخ ره: بأن الوزن أصل للكيل، وأن العدول إلى الكيل من باب  
الرخصة، وعليه فبيع المكيل بالوزن ليس بيعا جزافيا بخلاف العكس.  
أو فيه: لا اشكال في أن الأصل للكيل هو الوزن، إذ الأغراض المعاملية  
العقلائية تختلف باختلاف مقادير الأشياء من حيث الخفة والثقل، ولهذه الحثية مراتب  
معينة يعبر عنها بالمثاقيل وما دونها وما فوقها، وليس الكيل طريقا إلى معرفة ذلك في  
نفسه، فلا محالة يقدر الكيل من حيث إنه يسع مقدارا من الوزن، إلا أنه بعد تعارف  
الكيل في شئ وعدم معرفة وزنه غالبا لا محالة لا يعرف مقدار تموله بالوزن، بل  
يكون ذلك أيضا بيعا جزافيا.  
وربما يستدل للجواز في الموردین بخبر وهب عن مولانا الصادق (عليه  
السلام) عن أبيه عن الإمام علي (عليه السلام): لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال  
وما يكال فيما يوزن (١).

١ - الوسائل - باب ٧ - من أبواب السلف حديث ١.

وفيه: أولاً: إن الخبر ضعيف السند لوهب.  
وثانياً: أنه يدل على أنه يجوز أن يكون ثمن المكييل موزوناً وبالعكس، ولا يدل على جواز كل من الكيل والوزن في مورد الآخر.  
فالأظهر هو عدم الجواز مطلقاً.

ولو وقعت المعاملة بعنوان معلوم عند أحد المتبايعين يمكن الاستدلال لصحتها: - مضافاً إلى سيرة المتدينين من المسافرين على الشراء بوزن البلد الذي يحضرونه أو بكييله مع جهلهم بالمقدار - بأن الغرر لا يلزم - بعد فرض علم المشتري بأن الكيل أو الوزن المشتري به متعارف في البلد - ونصوص اعتبار الكيل والوزن تدل على لزوم أن يكون البيع بأحدهما. وأما معلومية مقدار ما يوزن تفصيلاً فلا تدل عليه، بل أغلب الناس لا يعلمون مقدار الكيل والوزن المتعارفين في بلدهم.

وبعبارة أخرى: إن تلك النصوص تدل على المنع عن البيع جزافاً وبالتخمين بلا وزن ولا كيل، ولا تدل على مزيد من ذلك. ولكن ثبوت السيرة المتصلة إلى زمان المعصوم (عليه السلام) محل تأمل، والظاهر صدق الغرر مع الجهل بالمقدار من حيث ذلك وإن لم يصدق من حيث المالية، والنصوص إنما هي في صدد بيان اعتبار العلم بمقدار المبيع لا مجرد الكيل والوزن من حيث هما. فالأظهر بطلان تلك المعاملة.

وأما صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام): لا يصلح للرجل أن يبيع بصاع غير صاع المصر (١).

١ - الوسائل - باب ٦ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٢.

فالانصاف أن دعوى الاجماع، بل الشهرة في المقام في غير محلها.  
إذا عرفت هذه الأمور فاعلم: أن الكلام يقع في موردين:  
الأول: في بيان ما يستفاد من الأدلة.  
الثاني: في ما استدل به على ما هو المنسوب إلى المشهور.  
أما المورد الأول: فالمستفاد منها: أن المدار في اعتبار الكيل والوزن على ما هو  
مكيل أو موزون في زمان البيع وبلده، فما كان مكيلا أو موزونا في زمان البيع وبلده  
اعتبر في صحة بيعه ذلك، وما لم يكن كذلك وإن كان في زمان الشارع مكيلا أو موزونا  
لا يعتبر في صحته ذلك، لأن دليل اعتبار هذا الأمر حديث نهي النبي صلى الله عليه  
وآله عن بيع الغرر (١).

والنصوص الخاصة المتقدمة، أما الحديث فدلالته على ما ذكرناه واضحة، فإن  
من المعلوم عدم دخل المدخلية لزمانه صلى الله عليه وآله في رفع الغرر واثباته، وأما  
النصوص فالمأخوذ فيها عنوان المكيل والموزون من دون التقييد بزمان خاص وبلد  
مخصوص، ومقتضى اطلاقه دوران الحكم مدار فعلية هذا الموضوع عند ايقاع المعاملة  
من حي زمانها ومكانها.

وبعبارة أخرى: قوله (عليه السلام) ما كان من طعام سميت فيه كيلا لا  
يصلح مجازفة من القضايا الحقيقية المتضمنة لإنشاء الحكم فيها على الموضوعات المقدر  
وجودها، فكل ما صدق عليه هذا العنوان يشمل هذا الحكم، من غير فرق بين الأزمنة  
والأمكنة.

وأما المورد الثاني: فالمنسوب إلى المشهور دعويان:

---

١ - الوسائل - باب ٤٠ من أبواب آداب التجارة حديث ٣.



الأولى: إن العبرة في التقدير بزمان النبي صلى الله عليه وآله.  
الثانية: أن ما لم يثبت كونه مكيفا أو موزونا في عهده العبرة فيه بما اتفق عليه  
البلدان.

وقد استدل للأولى: بالاجماع، وبأن المراد من المكيل والموزون المصداق الفعلي  
المعنون بهما في زمان المتكلم، وبوجوب حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع.  
وفي الجميع نظر: أما الأول: فلما تقدم. وما عن المبسوط من نفي الخلاف عنه،  
لا يدل على الاجماع، إذ عدم الخلاف في اصطلاح القدماء محمول على أمر آخر غير  
الاتفاق الكاشف عن رأي المعصوم، مع أنه لو ثبت ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن  
رأي المعصوم.

وأما الثاني: فلأن الظاهر من هذه القضية كسائر القضايا الشرعية كونها قضية  
حقيقية لا خارجية، ألا ترى أنه لم يتوهم أحد اختصاص ما دل على حرمة تنجيس  
المسجد بالمساجد الموجودة في عهد الشارع. وبالجملة: ما ذكرناه واضح.  
وأما الثالث: فلما عرفت من أن النزاع في المقام ليس في المفهوم، فإنه مبين  
معلوم ولا حقيقة شرعية له.

وإنما الكلام في أنه هل العبرة بمصداق خاص من هذا المفهوم، أم الميزان كلما  
صدق عليه ذلك، مع أن النصوص إنما وصلت إلينا من الأئمة عليهم السلام لا منه  
صلى الله عليه وآله، فلو كان الميزان عرف المتكلم كان اللازم اعتبار كيل زمانهم ووزنه  
كما لا يخفى.

واستدل للثانية: بالاجماع، وبأن الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء  
الشرعية، وبمقطوع ابن هاشم الآتي: ولا ينظر فيما يكال أو يوزن إلا إلى العامة ولا  
يؤخذ فيه الخاصة، فإن كان قوم يكيلون اللحم ويكيلون الجوز فلا يعتبر بهم، لأن

يعتبر في بيعهما الكيل والوزن لعمومات الصحة بعد عدم شمول دليل الكيل والوزن لهذا المورد كما هو واضح. نعم يعتبر رعاية عدم الغرر.

اخبار البائع بقدر المبيع  
الثالث: لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور.  
وظاهر التذكرة الاتفاق عليه.

الظاهر أن الغرر وإن كان يرتفع بايقاع المعاملة مبنية على المقدار المخبر به، إلا أنه قد عرفت أنه يعتبر الكيل والوزن وإن لم يلزم الغرر من عدمهما، ومعلوم أن بذلك لا يتحقق هذا القيد، فعلى هذا يتعين الرجوع إلى النصوص الخاصة، وهي على طوائف:

الأولى: ما دل على الاعتماد عليه مطلقاً: كخبر محمد بن حمران قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): اشترينا طعاماً فزعم صاحبه أنه كاله فصدقناه وأخذناه بكيله، فقال: لا بأس (١) ونحوه غيره.

الثانية: ما دل على عدم الاعتماد عليه: كصحيح الحلبي المتقدم (٢).  
الثالثة: ما دل على الاعتماد عليه في صورة الائتمان خاصة: كخبر أبي العطار  
عن مولانا الصادق (عليه السلام): إذا ائتمنتك فلا بأس (٣). ونحوه غيره.

- 
- ١ - الوسائل - باب ٥ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٤.
  - ٢ - الوسائل - باب ٤ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٢.
  - ٣ - الوسائل - باب ٥ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٦.

والجمع بينها - لو سلم كون المقام مشمولاً لصحيح الحلبي، ولم نقل باختصاصه بما إذا كان الاخبار عن حدس لا حس كما هو ظاهره - يقتضي تقييد اطلاق الطائفة الأولى بمفهوم الثالثة، وتقييد اطلاق الثانية بمنطوقها، وبذلك يرتفع التعارض.

وبما ذكرناه يظهر ما في كلام المحقق النائيني من حمل صحيح الحلبي على الكراهة، كما أنه يظهر اعتبار كون المنبر مؤتمناً، والظاهر أن هذا هو مراد الشيخ ره حيث قال: ثم الظاهر اعتبار كون الخبر طريقاً عرفياً للمقدار.

وعلى القول بالصحة فلو عامل وتبين الخلاف، فتارة: يكون بالنقيصة، وأخرى: يكون بالزيادة. فالكلام يقع في مقامين:

أما المقام الأول: فالأقوال والوجوه فيه خمسة:  
الأول: البطلان.

الثاني: الصحة لزوماً.

الثالث: الصحة مع ثبوت خيار الغبن.

الرابع: الصحة مع ثبوت خيار الشرط.

الخامس: الصحة مع ثبوت خيار تبعض الصفقة.

وتنقيح القول بالبحث في موارد:

الأول: في أنه هل يصح أم يكون باطلاً؟

الثاني: في أنه على فرض الصحة هل يكون على وجه اللزوم أو الجواز؟

الثالث: في أنه على فرض الجواز هل الثابت خيار تخلف الشرط، أو خيار

تبعض الصفقة، أو خيار الغبن؟

أما المورد الأول: فقد استدلل للبطلان: بمغايرة الموجود الخارجي لما هو عنوان

ويجوز ابتياع بعض الجملة مشاعا إذا علمت نسبته

بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء

(و) الخامس: (يجوز ابتياع بعض الجملة) المعلومة لا المجهولة وإلا تجهل المبيع (مشاعا إذا علمت نسبته) كالثلث والرابع، فإنه لا جهالة ولا غرر حينئذ سواء كانت أجزائه متساوية أو متفاوتة بلا خلاف وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه. ولا يجوز ابتياع شئ مقدر منه لا بقصد الإشاعة إذا لم تكن متساوية الأجزاء، إنما الكلام في بيع بعض من جملة متساوية كصاع من صبرة مجتمعة الصيعان أو متفرقتها، والوجوه المتصورة ثلاثة:

الأول: أن يكون المراد بالصاع الكسر الواقعي المشاع من الجملة مقدرًا بالصاع، فلو كانت الصبرة عشرة أصوع كان المبيع عشرين، فيكون الصاع ملحوظا مرآة إلى الكسر المشاع المساوي للصاع. وقد أوضحنا حقيقة الإشاعة في أول مسألة بيع نصف الدار، لا اشكال في صحة البيع المذكور من غير فرق بين المثال وبين بيع عبد من عبيدين، ومن غير فرق بين اختلاف العبيدين والأصوع في القيمة وعدمه، ومن غير فرق بين العلم بعدد صيعان الصبرة وعدمه لتقدر الكسر بالصاع، والعلم بنسبته إلى المجموع لا يكون معتبرا.

وعن العلامة ره: الاشكال في صحة بيع عبد من عبيدين أو شاة من شاتين لو قصد الإشاعة.

وغاية ما قيل في توجيهه أمران:

الأول: منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد والشاة، والحال أنه كما يعتبر في الانشائيات كون الانشاء بما هو ظاهر أو صريح في ما قصد من المعاملة، يعتبر ذكر

قال (عليه السلام): العشرة آلاف طن التي بقيت هي للمشتري (١). فهو أيضا يشهد بالحمل على الكلبي في المعين، فإنه لو كان المبيع كسرا مشاعا كان الباقي مشتركا بين البائع والمشتري، غاية الأمر كان يفسخ البيع بالنسبة إلى المقدار التالف، فالحكم بكون الباقي للمشتري خاصة آية الحمل على الكلبي في المعين. لا يقال: إنه يلائم مع الفرد المنتشر أيضا. فإنه يقال: إنه بعد ما عرفت من بطلان بيع الفرد المنتشر وعدم إمكان تصحيحه ولو بالتعبد، يتعين حمل الخبر على الكلبي في المعين. ثمات كون المبيع كلياً في المعين أو مشاعاً ويتفرع على المختار من كون المبيع كلياً أمور: أحدها كون التخيير في تعيينه بيد البائع كما هو المشهور بين الأصحاب. وخالف القوم المحقق القمي ره، وذهب إلى أن التخيير في تعيينه بيد المشتري. والظاهر أن منشأ مخالفته للقوم قياسه تمليك الكلبي في المعين بالأمر بالطبيعة والمشتري بالمأمور، فكما أن هناك يكون التخيير في تعيين الفرد بيد المأمور، كذلك التخيير فيه في المقام إنما يكون بيد المشتري. وفيه: أن الأمر بأمره يصير مالكا لفرد من الطبيعي على المأمور، وفي المقام يصير المشتري مالكا على البائع فكان الحري قياس المشتري في المقام بالأمر هناك، فكما أنه ليس اختيار الفرد هناك بيد الأمر، كذلك هنا ليس بيد المشتري.

---

١ - الوسائل - باب ١٩ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

من حيث المالية إلا أنه لا يرتفع من حيث الغرض المعاملي. وبعبارة أخرى: الجهل بوجود المبيع غرر عرفا كما لا يخفى، فالأظهر هو الفساد. وأما المورد الثاني: فالمشهور على ما نسب إليهم البطلان، وعن الشيخ في الخلاف: أنه لا مانع منه والأصل جوازه، وعن الكفاية: أنه غير بعيد. واستدل للصحة: بأن المبيع معلوم بالمشاهدة، والثمن مما يمكن أن يعرف بأن يكال الصبرة ويوزع الثمن على قفراتها. وفيه: أن المعلوماتية بالمشاهدة لا تكفي فيما يعتبر في صحة بيعه الكيل أو الوزن، مع أنه يلزم الغرر، فالأظهر هو البطلان. جواز أن ينذر للظروف ما يحتمل الزيادة والنقيصة السابع (ويجوز) للمشتري أو للمتولي عنهما (الانذار للظروف) واسقاط ما يحتمل الزيادة على الظروف والنقيصة بلا خلاف، وعن فخر الاسلام: دعوى الاجماع عليه، وقيد في بعض الكلمات منها المتن بكون الانذار (بما يقاربها). والكلام في المقام يقع في مقامين: الأول: فيما تقتضيه القواعد. الثاني: فيما يستفاد من النصوص. أما المقام الأول: فملخص القول فيه: أن بيع المظروف يتصور على وجوه: أحدها: أن يوزن مظروف مع ظرفه فيباع المظروف جملة بكذا. وفي هذه الصورة لا يحتاج إلى الانذار، وقد حكم الشيخ ره بصحة بيعه بناء على كفاية العلم بوزن المجموع وعدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفردا.

رابعها: أن يبيع مقداراً من المظروف الذي يعلم باشماله عليه، ثم في مقام التسليم يوزن المظروف مع ظرفه ثم يندر مقداراً للظرف ويسلمه إلى المشتري. وفي هذه الصورة يصح البيع، إذ لا غرر ولا جهالة. وأما في مرحلة الوفاء فحكمها حكم الصورة الأولى - فراجع - هذا ما تقتضيه القواعد.

فالمتحصل منها: أن للانداز صورتين:

إحدهما: الانداز بعد البيع وفي مقام الوفاء.

ثانيهما: الانداز في ضمن المعاملة.

وفي الصورة الأولى: الانداز لا يضر بصحة المعاملة إن كانت صحيحة في نفسها، ثم هو إن كان بما هو المعتاد الذي عليه بناء العرف والعقلاء لا يعتبر فيه التراضي، وإلا اعتبر فيه ذلك.

وفي الصورة الثانية: إن كان بالمتعارف صح البيع، وإلا بطل حتى مع التراضي.

وأما بحسب الأخبار: فما ورد من النصوص في المقام ثلاثة.

الأول موثق حنان قال: سمعت معمر الزيات قال لأبي عبد الله (عليه السلام): إنا نشترى الزيت في زقاقة ويحسب لنا فيه نقصان لمكان الزقاق فقال (عليه السلام): إن كان يزيد وينقص فلا بأس، وإن كان يزيد ولا ينقص فلا تقربه (١).

الثاني: خبر علي بن أبي حمزة قال: سمعت معمر الزيات يسأل أبا عبد الله (عليه السلام) فقال: جعلت فداك إني رجل أبيع الزيت - إلى أن قال - قلت: فإنه يطرح لظروف السمن والزيت لكل ظرف كذا وكذا رطلاً فربما زاد وربما نقص. فقال (عليه السلام): إذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس (٢).

١ - الوسائل - باب ٢٠ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٤.

٢ - الوسائل - باب ٢٠ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

الثالث: خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى (عليه السلام) عن الرجل يشتري المتاع وزنا في الناسية والجوالق فيقول ادفع للناسية رطلا أو أقل أو أكثر من ذلك، أيحل ذلك البيع؟ قال (عليه السلام): إذا لم يعلم وزن الناسية والجوالق فلا بأس إذا تراضيا (١).

والكلام في هذه الروايات يقع في جهات:  
الأولى: في سندها.

فالأولان موثقان، وأما الثالث فليس في طريقه من لم يوثق إلا عبد الله بن الحسن. ثم إن الغالب على الظن كون الأولين حاكين عن قضية واحدة، إذ من المستبعد سؤال الزيات عن أبي عبد الله (عليه السلام) مسألة واحدة مرتين. والله العالم. الثانية: في أن موردها هو الانداز بعد البيع أو الانداز في ضمن المعاملة. ظاهر قوله في موثق حنان فيحسب لنا النقصان ترتب حساب النقصان على الاشتراء، فهو من الانداز بعد المعاملة لتسليم حق المشتري إليه وإن أبيت عن ذلك فلا أقل من احتمال في مقابل احتمال كون الفاء تفسيرية وبيانا لكيفية الاشتراء، فلا يمكن استفادة حكم مخالفة للقاعدة منه.

وأما خبر علي بن أبي حمزة فإن كان متحدا مع خبر حنان فلا كلام، وإلا فيمكن أن يقال إنه مهمل من هذه الجهة.

وأما خبر علي بن جعفر فظاهر صدره من جهة ترتب فيقول... الخ على اشتراء المتاع كون الانداز بعد البيع، وما في ذيله أيحل ذلك البيع قابل للحمل على إرادة حلية البيع بلازمه من حيث إن الانداز من توابع البيع المتعلق بما له ظرف. وعليه

١ - الوسائل باب ٢٠ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٣.



ويشترط في كل مبيع أن يكون مشاهداً أو موصوفاً بما يرفع الجهالة

يزيد أو ينقص الزيادة والنقيصة في نوع المقدار المندر في نوع هذه المعاملة بحيث قد يتفق في بعض المعاملات الزيادة وفي بعض آخر النقيصة الذي هو الاحتمال الثالث في المتاجر فلا محالة يصير ذلك سبباً لاحتمال الزيادة والنقيصة في كل معاملة شخصية. فمراده (عليه السلام) أنه إن كان يحتمل الزيادة والنقيصة لا محالة يتراضيان. وأما إن كان يحتمل خصوص الزيادة فقد لا يرضى المشتري ففيه بأس. فالمتحصل منه: اعتبار التراضي لا غير، فيتحد مفاده مع الأخيرين. فتحصل: أنه لا يستفاد من النصوص غير ما يستفاد من القواعد.

في كفاية المشاهدة وعدمها

(و) الخامس مما (يشترط في كل مبيع: أن يكون مشاهداً أو موصوفاً بما يرفع الجهالة) وإلا كان باطلاً للغرر والجهالة.

وهذا لا اشكال فيه، كما لا اشكال في الصحة في ما لو وصفه بما يرفع الجهالة، إنما الكلام في كفاية المشاهدة.

وقد صرح غير واحد بصحة بيع مختلفة الأجزاء كالثوب والدار والغنم مع المشاهدة، وادعوا أن عليها الاجماع.

وأورد عليهم جمع منهما الشيخ ره: بأنه يشكل الحكم بالجواز في كثير من تلك الموارد لثبوت الغرر، وظاهر بعض الموردين وصريح آخرين الحكم بالجواز مع عدم لزوم الغرر.

ولكن الأظهر عدم الصحة في جملة من تلك الموارد ولو لم يلزم الغرر، وهي الموارد التي يباع الشيء بالعد والذرع.

أما في الأول: فلما تقدم من دلالة الدليل على اعتبار العد في المعدود. وأما في الثاني: فلأن العد بالذرع أيضا داخل في حقيقة العد، ولا فرق بين أن يقال جوزة وجوزتان وأن يقال ذرع وذرعان، ومجرد كون الأول من قبيل الكم المنفصل، والثاني من قبيل الكم المتصل، لا يصلح فارقا.

نعم ما ذكره يتم فيما يباع لا بالعد ولا بالذرع فإنه يصح البيع إن لم يلزم الغرر، كما في العباء، فإن كل طاقة منه لها قيمة وهي مناط ماليته كانت أربعة أذرع أو أزيد أو أنقص.

كفاية مشاهدة العين سابقا

وفيما يكفي المشاهدة لصحة العقد لو شاهد عينا في زمان سابق على العقد: فلا اشكال في صحة العقد مع قضاء العادة ببقائها على ما هي عليه، كما لا اشكال في الفساد مع قضاء العادة ببقائها على ما هي عليه، كما لا اشكال في الفساد مع قضاء العادة تغيرها عن صفاتها السابقة إلى غيرها المجهول عند المتبايعين للزوم الغرر، إنما الكلام في موردين:

الأول: في أنه لو اقتضت العادة التغير هل يمكن تصحيح العقد باخبار البائع أو الاشتراط في ضمن العقد أم لا؟

الثاني: في حكم ما لو احتمل الأمران.

أما الأول: فالظاهر صحة البيع مع اخبار البائع إذا كان مؤتمنا، أو اشتراط تلك الصفات في ضمن العقد. أما مع اخبار البائع فللنصوص (١) الواردة في اخبار البائع

١ - الوسائل باب ٥ - من أبواب عقد البيع وشروطه.

فإن وجد على الوصف وإلا كان له الخيار

وكيف كان: (فإن وجد على الوصف وإلا كان له الخيار) بلا خلاف معتد به.

وتفصيل القول: إن صور البيع بالرؤية القديمة ثلاث:

الأولى: العلم العادي ببقاء تلك الصفات.

الثانية: اخبار البائع بها.

الثالثة: ايقاع المعاملة مبنيا عليها.

أما في الصورة الأولى والثانية. فالأظهر صحة العقد ولزومه، أما الصحة فلما

تقدم، وأما لزومه فلأنه لا موجب للخيار لا خيار الغبن لأن ذلك الخيار مورده زيادة

القيمة السوقية أو نقصها، ولا خيار الرؤية لما سيأتي من اختصاصه بما إذا اشترط

الوصف، ولا خيار الشرط لعدمه، ولا غير ذلك، وهو واضح.

وأما في الصورة الثالثة: فالأظهر ثبوت خيار الشرط لما تقدم.

وما عن المصنف في نهاية الأحكام من احتمال البطلان، يمكن أن يكون مدركه

أحد أمور:

الأول: ما أفاده الشيخ ره من أن العقد إذا وقع على الشيء الموصوف انتفى

متعلقه بانتفاء صفته، وإلا فلا وجه للخيار.

الثاني: إن المعتبر في صحة العقد عدم كونه بنفسه غرريا، والاشترط لا يرفع

غررية البيع.

الثالث: إن الشرط الذي لم يذكر في العقد لا عبرة به.

والجميع كما ترى أما الأول: فللنقض بجميع الشروط، وللحل، فإن الشرط

التزام في ضمن التزام. وسيأتي توضيح ذلك في محله.

وأما الثاني: فلأن الشرط يوجب رفع الغرر عن البيع وعدم كونه غرريا.

وأما الثالث: فلأن الشرط غير المذكور في العقد على قسمين: الأول: ما يقع

دل على حرمة أكل المال إلا أن تكون تجارة عن تراض (١)، وعموم لا يحل مال امرء مسلم إلا عن طيب نفسه (٢)، وعموم الناس مسلطون على أموالهم (٣). وفيه: أن هذه العمومات قد خصصت بأدلة الخيارات، فمع الشك في الخيار تكون الشبهة مصداقية، ولا يرجع فيها إلى العمومات. ومنها: أن موضوع الخيار المعاوضة الواقعة على مال لا ينطبق على المدفوع، فإذا شك في تلك فالأصل عدم وقوع المعاوضة المذكورة. وفيه: أن موضوع الخيار هو عدم كون العين الخارجية منطبقة على ما وقع العقد عليه. وبعبارة أخرى: عدم دفع البائع العنوان الذي وقع العقد عليه إلى المشتري، والأصل موافق له، مع أنه لو سلم ما ذكر لما كان يثبت به اللزوم. ومنها: أن أصالة عدم تغيير المبيع وإرادة على الأصول المذكورة، لأن الشك فيها مسبب عن الشك في تغيير المبيع. وفيه: أنه إن أريد بذلك استصحاب عدم التغيير من حيث إنه بنفسه حادث من الحوادث، فهو لا يفيد لعدم كونه موضوع الأثر، وإن أريد به استصحاب المعنون ففيه: أولاً: إنه من الاستصحاب القهقري، لأنه يراد إثبات كون الصفة الموجودة كذلك حين العقد. وثانياً: إن استصحاب كون هذه الصفة موجودة لا يكفي، فإن موضوع الأثر وقوع العقد على المتصف بهذا الوصف الموجود لا وجود الصفة حين العقد.

١ - النساء آية ٢٩.

٢ - الوسائل باب ٣ من أبواب مكان المصلي - والمستدرک ج ١ ص ٢٢٢ والاحتجاج ص ٢٦٧.

٣ - البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث و ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم.

ولو افتقرت معرفته إلى الاختبار جاز بيعه بالوصف أيضا

فظاهر كلام الشيخ أن الأصل مع البائع، وصريح كلام المحقق النائيني ره ذلك. ولكن الحق إن الأصل مع المشتري، إذ مضافا إلى أصالة لزوم تجري أصالة عدم التغير وعدم وجود الوصف إلى حين البيع، ولا تعارضها أصالة عدم البيع إلى زمان التغير، إذ لا يثبت بها وقوع البيع في حال وجود الوصف. لزوم الاختبار

مسائل:

الأولى: لا بد وأن يختبر الطعم واللون والرائحة فيما يختلف باختلاف ذلك كما في كل وصف يكون كذلك بلا خلاف لدفع الغرر، إنما الكلام في كفاية الوصف عن الاختبار وعدمها، وإلى الحكمين أشار في المتن قال: (ولو افتقرت معرفته) أي معرفة ما يراد شرائه (إلى الاختبار) أي اختبار الطعم أو الذوق أو الشم (جاز بيعه) بالاختبار، و (بالوصف أيضا) القائم مقام الاختبار كما يقوم مقام الرؤية، بلا خلاف ولا اشكال في شيء من ذلك.

وتفصيل القول في هذه المسألة: أنه تارة تختلف قيمة الشيء باختلاف أوصافه الثلاثة، وأخرى لا تختلف. وعلى الأول: قد يكون واجد الوصف صحيحا وفاقده فاسدا، وقد يكونان معا من مراتب الصحيح.

أما في القسم الأول: فلا ينبغي التوقف في بطلان البيع مع الجهل بالوصف من دون توصيف واشتراط ولو ضمنيا للغرر، من غير فرق بين كون الفاقد فاسدا أو مما لا مالية له المترتبة من ذلك الشيء، وبين كونه معيبا. وهناك قول آخر، وهو: القول بصحة البيع اعتمادا على أصالة السلامة.

وفيه: أنه لا دليل عليها لا من بناء العقلاء ولا من الشرع، أما الأول: فلأنهم في أمورهم لا يبنون على السلامة ما لم يطمئنوا بها، وما اعترف به الشيخ ره من بنائهم عليها في ما إذا كان الشك في طروء المفسد، لأنهم في ذلك المورد أيضا لا يبنون عليها مع عدم الاطمئنان وما يرى من ايقاع المعاملة على الشيء من دون اطمئنان بسلامته إنما يكون من جهة الشرط الضمني. وسيأتي الكلام فيه. وأما الثاني: فلأن ما يتوهم كونه دليلا عليها ليس إلا الاستصحاب، وهو لا يجري في المقام، لأن الأثر مترتب على الاحراز دون المتيقن. كما لا ينبغي التوقف في صحة البيع مع العلم بالوصف بالاختبار أو غيره، أو اخبار البائع به إن كان مؤتمنا، أو اشتراط وجوده ولو بالشرط الضمني لارتفاع الغرر بجميع ذلك.

أما بالأول: فواضح.

وأما بالثاني: فلما دل على حجية خبر الواحد في الموضوعات (١)، وما دل على كفاية اخبار البائع بالكيل أو الوزن إن كان مؤتمنا (٢) بعد إلغاء خصوصية المورد. وأما بالثالث: فإن كان الشرط صريحا واضحا، وإن كان ضمنيا - أي كان القيد من القيود التي بناء المتعاملين عليها - فلما تقدم اجمالا، وسيأتي تفصيله من أنه بحكم ذكر الشرط وليس من قبيل البناء القلبي المجرد كي يقال إنه لا عبرة به في باب العقود والايقاعات.

وخبر محمد بن العيص عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن رجل اشترى ما

١ - الحجرات آية ٦.

٢ - الوسائل - باب ٥ - من أبواب عقد البيع وشروطه.

يذاق يذوقه قبل أن يشتري؟ قال: نعم فليذقه ولا يذوقن ما لا يشتري. لا يدل على لزوم الاختبار، فإنه سؤال وجوابا في مقام بيان جواز الذوق لا وجوبه. وأما في القسم الثاني: فما ذكرناه في هذا القسم يجري فيه طابق النعل بالنعل، والفرق بينهما أنه لا مجال في هذا القسم لاحتمال الاستناد إلى أصالة السلامة. وأما في القسم الثالث: فالأظهر صحة البيع مع الجهل بالوصف وإن لم يشترط وجوده لعدم لزوم الغرر.

ثم إنه في القسم الأول لو تبين فقد الوصف، فإن كان الفاقد مما لا مالية له بطل البيع، لأنه حينئذ بنظر العرف الفاقد غير الواجد حقيقة، فما وقع عليه العقد لا واقع له، وما له واقع لم يقع عليه العقد.

وبعبارة أخرى: مع عدم المالية للمبيع لا يصدق عنوان البيع، وإن كان الفاقد معيبا وله مالية أيضا صح البيع وثبت خيار العيب.

وأما في القسم الثاني، فإن كان البيع مع اشتراط وجود الوصف ولو ضمنا ثبت خيار تخلف الشرط، وإن كان مع الاختبار أو اخبار البائع لم يثبت الخيار، لا خيار تخلف الشرط لعدمه، ولا خيار الغبن لأن مورده زيادة القيمة السوقية أو نقصها، ولا خيار العيب لعدم كونه معيبا.

وبما ذكرناه ظهر ما في اطلاق كلام المصنف (ويتخير مع خلافه). وقد نسب الخلاف في هذه المسألة إلى المفيد والقاضي وسالار وأبي الصلاح وابن حمزة، وظاهر كلماتهم كصريح الحلبي تعيين الاختبار وعدم كفاية التوصيف. وبما ذكرناه يظهر ما في كلماتهم.

ولو أدى اختباره إلى الافساد جاز شرائه

حكم شراء ما يفسده الاختبار

(ولو أدى اختباره إلى الافساد جاز شرائه) من دون اختبار اجماعا.

محصل الكلام في المقام: أن الأوصاف التي تختلف المالية باختلافها على قسمين:  
الأول: ما يوجب فقده كون الفاقد غير صحيح.

الثاني: ما لا يوجب فقده ذلك بل يكون الواجد والفاقد من مراتب الصحيح.

أما في الأول: فيجوز البيع مع التوصيف أو الاشتراط ولو بنحو الشرط  
الضمني كما تقدم فيما لا يفسده الاختبار، ولا يصح البيع بدون ذلك للزوم الغرر.  
وأما الاعتماد على أصالة السلامة فقد عرفت في المسألة المتقدمة ما فيه.

وأما ما عن جماعة من الاكتفاء بالبراءة من العيوب، فإن كان المراد بها ما تقدم  
وهو براءة المبيع من العيوب فهو متين، إلا أنه يرجع إلى اشتراط الصحة، وإن كان  
المراد بها براءة البائع عن عهدة العيوب فيرد عليه: أن ذلك يوجب الغرر المبطل  
للبيع، ولا وجه للقول بصحة البيع معه.

وأما في القسم الثاني: فإن كان الوصف مما يمكن ضبطه وتوصيفه اعتبر ذلك  
دفعاً للغرر، وإلا جاز بيعه وإن لم يكن الوصف محرزا بلا اختبار للاجماع على عدم لزومه.  
والوجه في ذلك: أما أنه لا يلزم الغرر من جهة أن لهذه الأمور عند العرف  
مالية معينة، وإن كان لو أنكشف كونها واجدة للوصف تصير ماليتها أزيد إلا أنه ما لم  
ينكشف ذلك يكون لها مقدار معين من المالية، أو لأنه على فرض لزوم الغرر السيرة  
القطعية المستمرة توجب تخصيص دليل الغرر (١).



فإن خرج معيها أخذ أرشه وإن لم يكن له قيمة بعد الكسر أخذ الثمن

والظاهر أن نظر صاحب الجواهر ره المدعي للسيرة على بيع ما يفسده الاختبار بمجرد المشاهدة إلى هذا القسم، وأما في القسم الأول فقد عرفت أنه يمكن أن تكون السيرة من جهة البناء على السلامة بنحو الشرط الضمني. وكيف كان: (فإن خرج معيها أخذ أرشه إن لم تكن له قيمة بعد الكسر أخذ الثمن).

ومحصل الكلام في المقام: أنه إن كان تبين الفساد قبل التصرف بالكسر ونحوه، فربما يكون للفساد مقدار من المالية، ولكنه أقل من مقدار الصحيح. وربما لا تكون له المالية، فإن كان له مقدار من المالية، فإن كان الفساد بنظر العرف غير الصحيح كالجوز الأجوف الذي لا يصلح إلا للاحراق، لا اشكال في فساد البيع، فإن ما وقع عليه العقد غير موجود، والموجود لم يقع عليه العقد. وبعبارة أخرى: ما قصد لا واقع له، وما له واقع لم يقصد، وإن كان ذلك معيب الصحيح صح البيع وثبت خيار العيب، وإن لم تكن له مالية بطل البيع لتقومه بتبديل المال.

وأما إن كان التبين بعد التصرف بالكسر ونحوه، فإن كان للفساد مالية وكان مع الصحيح بنظر العرف واحدا لا وجه لبطلان البيع، ويسقط خياره للتصرف، فيتعين عليه أخذ الأرش. ولو كان التصرف الكسري بالمقدار اللازم في الاختبار، فهل يكون ذلك مانعا عن الرد أولا؟ وجهان، لا يبعد أظهرية الثاني، فإن البيع بشرط الصحة يتضمن شرط تقبل الرد بظهور العيب بالمقدار من الكسر المتوقع عليه الاختبار، وليس المقام كسائر موارد خيار العيب الساقط فيها الخيار بالتصرف. وإن كان بنظر العرف مباينا للصحيح بطل البيع، وإن لم تكن للفساد مالية، فالكلام فيه في مواضع: الأول: إن المبيع الفاسد الذي لا مالية لمكسوره كالبيض هل له مالية قبل

الكسر من جهة أن العقلاء يبذلون بإزائه المال رجاء للسلامة وليس المال إلا ما يبذل بإزائه المال، أم ليس له مالية نظرا إلى أن المالية تنتزع من كون الشيء موضوعا لأثر يميل العقلاء إليه ويكون موردا لرغبتهم؟ وجهان: أقواهما الثاني، وعليه فيكون البيع في الفرض باطلا من أصله من جهة انكشاف عدم المالية.

الثاني: أنه على تقدير المالية قبل الكسر، هل يفسخ البيع من حين الكسر وتبين الفساد - كما عن الشهيد ره نظرا إلى أن الخروج عن المالية بالكسر حيث إنه لأمر سابق على العقد فيكون مضمونا على البايع - أم لا يفسخ من جهة أن الخروج عن المالية ليس لأمر سابق وهو فساده فإنه أوجب نقصا في المالية، ثم بالكسر ذهب المقدار الباقي فعلا، وجهان: أقواهما الثاني.

فإن قلت: إنه يمكن تصحيح كلام الشهيد ره بأن يقال: إنه بالكسر يظهر العيب، فحين الكسر يكون خيار العيب ثابتا قطعا، وفي ذلك الحين يتلف المبيع فيكون تالفا في زمان الخيار، فتشمله قاعدة التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له (١). قلت: أولا: إن الكسر اتلاف لا تلف، والقاعدة المختصة بالتلف.

وثانيا: أنها مختصة بالخيارات الزمانية بأنفسها، وخيار العيب ليس زمانيا بذاته.

الثالث: أنه على تقدير المالية قبل الكسر وعدم انفساخ البيع، هل يسترجع ما يوازي تمام الثمن، أم يسترجع تفاوت ما بين الصحيح والمعيب؟ وجهان: أقواهما الثاني، فإن الموجب للأرش هو العيب الموجود حال البيع دون الحادث بعده. ودعوى أن الحادث في زمان الخيار أيضا موجب له، مندفعة بأن الحادث بالاتلاف ليس موجبا له كما هو واضح.

١ - الوسائل - باب ٥ و ٨ - من أبواب الخيار.

ولا يجوز بيع السمك في الأجمة ولا اللبن في الضرع ولا ما في بطون الأنعام ويجوز لو ضم معها غيرها

المسألة الثانية: (ولا يجوز بيع السمك في الأجمة) ولو كان مملوكا مقدورا على تسليمه لجهالته (ولا اللبن في الضرع ولا ما في بطون الأنعام). وهذا كله لا كلام فيه.

(و) إنما الكلام فيما ذكره بقوله: (يجوز لو ضم معها غيرها).

بيع المجهول منضمًا إلى المعلوم

والأقوال في المسألة - أي في بيع المجهول مع الضميمة - ثلاثة:

أحدها: الجواز مطلقا ذهب إليه السيد في محكي الإنتصار.

الثاني: ما هو المشهور بين الأصحاب وهو عدم الجواز كذلك.

الثالث: ما عن المختلف وشرح الارشاد وغيرهما، وهو التفصيل بين ما إذا كان

المجهول تابعا للمعلوم فيصح البيع، وبين ما إذا لم يكن كذلك فيبطل.

والحق يقتضي البحث في موضعين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: في مقتضى النصوص الخاصة.

أما الموضع الأول: فإن لم يكن المجهول تابع لا كلام في البطلان للغرر، وأما

التابع فله معان: أحدها: ما عن العلامة في القواعد والتذكرة، وهو: أن التابع ما أخذ

شرطا في المبيع في مقابل ما جعل جزء منه، وعليه فعلى القول بالتفصيل لا فرق في الصحة

في صورة الاشتراط بين أن يكون الشرط أصلا في الغرض أو تابعا، كما لا فرق في

البطالان على الجزئية بين الصورتين.

بالنسبة إلى الغرض من المعاملة، سواء أكان غرضاً نوعياً أو شخصياً، مثل ما لو أراد شراء السرج وكان مالكه لا يبيعه بدون الفرس فاشترهما معاً، فإن الفرس تابع بهذا المعنى، والظاهر أن جهالة التابع بهذا المعنى مضرة وموجبة للغرر. رابعها: ما يظهر من المحقق القمي وصاحب الجواهر، وهو: أن التابع ما هو كذلك في الجعل والتباني وإن كان هو المقصود بالأصالة وإنما يجعل تبعاً تخلصاً عن الغرر نظير ما يستعمله بعض الناس في التخلص من المخاصمة بعد ذلك في الذي يراد بيعه لعارض بايقاع العقد على شيء معين معلوم لا نزاع فيه ويجعل ذلك من اللواحق. والظاهر عدم كفاية ذلك، وإلا لزم تجويز بيع كل مجهول. وإن شئت قلت: إن الجهالة توجب غررية المعاملة، ومجرد البناء على كونه تابعاً لا يوجب رفع الغرر. وأما الموضوع الثاني: فملخص القول فيه: إن بعض النصوص يدل على أنه يصح بيع مجهول الوجود مع الضميمة، كصحيح ابن محبوب عن الكرخي قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): ما تقول في رجل اشترى من رجل أصواف مائة نعجة وما في بطونها من حمل بكذا وكذا درهمًا؟ فقال (عليه السلام): لا بأس إن لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف (١). حيث إن المفروض فيه الجهل بوجود ما في البطون.

وبعضها يدل على صحة بيع مجهول الحصول مع الضميمة، كموثق سماعة عن اللبن يشتري وهو في الضرع فقال (عليه السلام): لا إلا أن يحلب لك منه أسكرجة فيقول اشتر مني هذا اللبن الذي في الاسكرجة وما في ضروعها بثمان مسمى، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في الاسكرجة (١). فتأمل، فإنه قابل للحمل على الجهل

١ - الوسائل - باب ١٠ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.  
١ - الوسائل - باب ٨ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٢.

بالوجود.

وبعضها يدل على صحة بيع مجهول الصفة مع الضميمة، كمرسل البنظي عن مولانا الصادق (عليه السلام): إذا كانت أجمة ليس فيها قصب أخرج شئ من سمك فيباع وما في الأجمة (٢).

وخبر أبي بصير عنه (عليه السلام) في شراء الأجمة ليس فيها قصب إنما هي ماء قال (عليه السلام): تصيد كفا من سمك اشترى من هذا السمك وما في هذه الأجمة بكذا وكذا (٣). فإنهما ظاهران في صحة بيع المجهول من حيث المقدار بضمه

إلى المعلوم بنحو الجزئية.

وأورد عليها: الشيخ ره: بأنها متضمنة لجواز بيع المجهول مع ضمه إلى مجهول آخر، إذ الأصواف على ظهر مائة نعجة في رواية الكرخي مجهولة بنفسها ولا يصح بيعها منفردة، والمستخرج والمتصيد من السمك اللذان تضمنهما مرسل البنظي وخبر أبي بصير غير معينين، وما في الاسكرجة من اللبن غير معلوم الوزن، وعلى هذا فلم يفت أحد بمضمونها فلا بد من رد علمها إلى أهلها.

وفيه: أن اطلاقات النصوص واردة في مقام بيان شئ آخر وهو تصحيح بيع المجهول لا تصحيح بيع الضميمة، فلا مورد للتمسك باطلاقها من هذه الجهة. وبعبارة أخرى: إن النصوص إنما سيقت لبيان أنه يمكن تصحيح بيع المجهول بالضميمة وليست في مقام بيان ما يعتبر في الضميمة، فلا يصح التمسك باطلاقها من تلك الجهة، فالحق أنها تدل على صحة بيع المجهول بالضميمة، ولكن لا تختص تلك

٢ - الوسائل - باب ١٢ - من أبواب عقد البيع حديث ٢.  
٢ - الوسائل - باب ١٢ - من أبواب عقد البيع حديث ٦.

ولا ما يلحق الفحل ويجوز بيع المسك في فأره وإن لم يفتق

بصورة كون المجهول تابعا، وتكون مختصة بموارد خاصة وليست لها اطلاق أو عموم يتمسك به للتعدي عنها.

(و) قد مر الكلام في المكاسب المحرمة في مبحث بيع المني أنه (لا) يجوز بيع (ما يلحق الفحل) فلا نعيد ما ذكرناه.

بيع المسك في الفأر

(و) الثالثة: المشهور بين الأصحاب أنه (يجوز بيع المسك في فأره وإن لم يفتق) ولو بادخال خيط فيه وشمه، وهو مقتضى العمومات والسيره.

واستدل لعدم الجواز بوجهين:

أحدهما: أنه دم ولا يجوز بيع النجس.

وأجاب عنه الشيخ ره: بأنه ليس بنجس للنص (١) والاجماع.

ويمكن أن يجاب عنه - مضافا إلى ذلك بوجهين -:

أحدهما: عدم كونه نجسا إما للاستحالة - فتدبر - أو لأن المادة من أصلها ليست مادة دم بل هي جرم خاص.

ثانيهما: إنه لا دليل على بطلان بيع دم الذي ينتفع به منفعة محللة معتد بها، كما تقدم تفصيل القول في ذلك في الجزء الرابع عشر من هذا الشرح.

الثاني: إنه مجهول ولا يجوز بيع المجهول كما تقدم.

وفيه: أنه تارة يحتمل الفساد، وأخرى لا يحتمل ذلك، ويكون الفاقد لوصف

١ - الوسائل - باب ٤٣ - من أبواب لباس المصلي وباب ٩٥ و ٩٧ من أبواب آداب الحمام.

محتمل من مراتب الصحيح. أما في الصورة الأولى: فقد أفاد الشيخ ره: أن في بناء العرف على أصالة الصحة في نفي الفساد. وقد تقدم في المسألة السابقة. والحق أنه مع اخبار البائع بالسلامة إن كان مؤتمنا أو اشتراط الصحة ولو بالشرط الضمني يصح البيع لارتفاع الغرر. أما بالأول: فلما دل على حجية خبر الواحد في الموضوعات (٢)، وما دل على كفاية اخبار البائع بالكيل أو الوزن إن كان مؤتمنا (٣) بعد إلغاء خصوصية المورد. وأما بالثاني: فلما تقدم في المسألة السابقة، وبدون ذلك لا يكون البيع صحيحا للغرر. وأما في الصورة الثانية: فإن لم تختلف القيمة باختلاف الأوصاف صح البيع بلا كلام لعدم الغرر، وإن كان يختلف به القيمة. فيصح مع اخبار البائع، أو الاشتراط ولو ضمنا، وبدونه يحتمل الوجهان: وجه البطلان لزوم الغرر، ووجه الصحة سيرة المشرعة من التجار وغيرهم على البيع بدون الاختبار. والأحوط أن يختبر بفتقهما بادخال خيط فيها بإبرة ثم اخراجه وشمه. (و) أما (بيع الصوف على ظهر الغنم) فقد ظهر حكمه مما مر.

٢ - الحجرات آية ٦.

٣ - الوسائل - باب ٥ - من أبواب عقد البيع وشروطه.

ولا بد أن يكون الثمن معلوما قدرا ووصفا بالمشاهدة أو الصفة

اعتبار العلم بقدر الثمن

الرابعة: كما لا بد (و) أن يكون المبيع معلوما كذلك (لا بد وأن يكون الثمن معلوما قدرا ووصفا بالمشاهدة أو الصفة) بلا خلاف، وقد تكرر في كلماتهم دعوى الاجماع والاتفاق عليه، وصاحب الحدائق خالف الأصحاب في خصوص ما إذا باع بحكم المشتري للنص، والإسكافي خالفهم في ما إذا باع بسعر ما باع. والمدرك له حديث نفي الغرر المتقدم.

ويؤيده التعليل في رواية حماد بن ميسر عن جعفر عن أبيه (عليه السلام): أنه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم، لأنه لا يدري كم الدينار من الدرهم (١). وقد استدل صاحب الحدائق به لما ذهب إليه: بصحيح رفاعة النخاس قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): ساومت رجلا بجارية له فباعنيها بحكمي فقبضتها منه على ذلك ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت: هذه ألف درهم حكمي عليك أن تقبلها، فأبى أن يقبلها مني وقد كنت مسستها قبل أن أبعث إليه بالثمن، فقال: أرى أن تقوم الجارية قيمة عادلة فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت إليه كان على أن ترد إليه ما نقص من القيمة، وإن كان ثمنها أقل مما بعثت إليه فهو له، قال: قلت: جعلت فداك إن وجدت بها عيبا بعد ما مسستها؟ قال: ليس لك أن تردها ولك أن تأخذ قيمة ما بين الصحة والعيب منه (٢).

وأورد عليه الشيخ ره: بأن التأويل فيه متعين لمنافاة ظاهره لصحة البيع

١ - الوسائل باب ٢٣ - من أبواب أحكام العقود حديث ٤.

٢ - الوسائل - باب ١٨ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.



ولا يجوز أن يبيع بدينار غير درهم نسئته ولا نقدا مع جهل نسبته إليه،  
ويشترط أن يكون مقدورا على تسليمه

عاما لغيره لم يكن وجه لثبوت خيار الغبن، وأيضا لا وجه لسقوط الخيار بمجرد بذل  
التفاوت، وإلا فيرد الصحيح إلى أهله. وعلى أي تقدير لا يمكن الاستدلال به على  
الصحة.

(و) الظاهر من خبر حماد المتقدم أنه (لا يجوز أن يبيع) شيئا (بدينار غير  
درهم نسئته ولا نقدا مع جهل نسبته إليه).

اعتبار القدرة على التسليم

(و) السادس (مما يشترط) في كل من العوضين: (أن يكون مقدورا على  
تسليمه) اجماعا.

وقبل الشروع في إقامة الدليل على اعتبار هذا الشرط ينبغي تقديم أمور:

الأول: إن ذكر هذا الشرط من شروط العوضين، مع أن القدرة قائمة  
بالمتعاقدين، وهذا يناسب جعلها من شروط المتعاقدين لعله من جهة أن عدم القدرة  
على التسليم بحسب الغالب يكون من جهة قصور في العين كالطائر الطائر والعبء  
الآبق ونحوهما، بل ربما يقال إنه إذا كان عدم القدرة على التسليم من ناحية قصور  
العائد - كما لو تعارضا على عين معينة وهما في السجن ولا يرجى اطلاقهما منه - لا  
يكون ذلك مانعا عن صحة البيع.

وأما ما أفاده المحقق النائيني ره في وجه ذلك من أن القدرة مناط مالية المال،  
فمع عدمها لا يكون مالا عند العقلاء فيرد عليه: ما ستعرف من أن العجز لا يوجب  
سلب المالية.

الثاني: إن محل الكلام هو العجز عن التسليم من حين العقد، فلو كان حين حدوثه قادراً على التسليم وطراً العجز يدخل ذلك في طروء العيب الموجب لثبوت الخيار. وبهذا ظهر الفرق بين تعذر التسليم الذي هو مانع عن صحة البيع، وتعذره الموجب للخيار.

ولعل هناك فرقا آخر، وهو إذا كان البائع غير قادر ولكن كان المشتري قادراً على التسلم، يثبت الخيار، وإن كان هو أيضاً قادر بطل العقد. وسيأتي الكلام في ذلك فانتظر.

ومن هنا ظهر الأمر الثالث، وهو أن محل الكلام عجز البائع والمشتري عن ذلك، وأما إذا كان المشتري قادراً على التسلم فهو خارج عن المقام. وسيأتي حكمه. إذا عرفت هذه الأمور، فاعلم: أنه قد تكرر من الفقهاء دعوى الاجماع على اعتبار هذا الشرط، بل يظهر من الإلتصار أن عليه اجماع العامة ولم يذكر الخلاف عن أحد سوى الفاضل القطيفي.

وقد استدل لاعتباره بوجوه:

الأول: النبوي المشهور بين الفريقين - بل قيل إنه أجمع عليه المخالف والمؤلف - : نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر (١).

وتنقيح القول في هذا الحديث الشريف يقتضي البحث في جهات:

الأولى: في سنده. والظاهر أنه من أقضية النبي صلى الله عليه وآله المروية من طرق أهل السنة برواية عبادة بن صامت مجتمعة، وهي بعينها مروية من طرقنا برواية

---

١ - الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣ - والمستدرک باب ٣١ من أبواب آداب التجارة حديث ١ - الدعائم ج ٢ - ص ١٩ سنن بيهقي ج ٥ ص ٣٣٨ - وسنن الترمذي ج ٣ ص ٥٣٢ - وأخرجه مسلم في صحيحه ج ٥ ص ٣ - وأبو داود في كتاب البيوع.

بدل الحيلولة.

الخامس: ما ذكره الشيخ ره بقوله: منها ما اشتهر عن النبي صلى الله عليه وآله من قوله: لا تبع ما ليس عندك.. الخ.  
لا يخفى أن أقضية النبي صلى الله عليه وآله المذكورة في كتب العامة مجتمعة عن عبادة بن الصامت بعينها مروية من طرق الخاصة برواية عقبة بن خالد متفرقة على حسب تفرق الأبواب، وعليه فهذا النبوي (١) مروى من طرقنا ومن طرق العامة، فلا وجه للمناقشة في سنده.

وأما من حيث الدلالة، فمحصل ما أفاده الشيخ ره: أن احتمالات قوله (عليه السلام) عندك أربعة: أحدها: الحضور الذي هو معناه الحقيقي.  
ثانيها: الملك.

ثالثها: السلطنة عليه والقدرة على تسليمه.

رابعها: السلطنة التامة الفعلية التي تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد.  
ومن البين أن الأول ليس بمراد قطعاً لجواز بيع الغائب اجماعاً.  
والثاني خلاف الظاهر، فإن بيع المملوك بيع ماله لا بيع ما عنده، فبيع غير المملوك بيع ما ليس له، لا بيع ما ليس عنده.

والثالث يدفعه استدلال الفقهاء بهذا النبوي على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير، فيتعين الرابع، فيدل على فساد بيع ما لا يكون مالكا له، وما لا يقدر على تسليمه، فلا بد من اخراج بيع الفضولي عنه بادلته أو بحمله على النهي المقتضي لفساده بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو أراد ذلك.

١ - أشرنا إلى مصادر الخبر في ص

وفيه: أن إرادة القدرة على التسليم خاصة من التصرفات الخارجية المماسة للعين، إما وحدها أو مع الملكية خلاف الظاهر، بل إما أن يراد مطلق التصرفات الخارجية أو لا يكون ذلك بالخصوص بمراد، وحيث إنه لا يعتبر السلطنة الخارجية المماسة للعين قطعاً، فلا يكون ذلك بمراد لا مستقلاً ولا ضمناً، بل الظاهر منه إرادة السلطنة الاعتبارية على التصرفات التسببية المعاملية، فيكون أجنبياً عن المقام. السادس: ما ذكره الشيخ ره، وحاصله: أن لازم العقد وجوب التسليم، وهو مشروط بالقدرة، فمع عدمها لا لزوم للتسليم فيلزم عدم نفوذ العقد، وإلا لزم انفكاك اللازم عن الملزوم.

وفيه: أنه إن أريد بذلك أن لزوم التسليم من مقتضيات الملك الذي هو مدلول العقد فهو مسلم لوجوب رد المال إلى صاحبه، إلا أن هذا اللازم ليس لازماً لا ينفك، بل هو فرع التمكن منه، ومع عدم التمكن يكون ملكاً له لا يجب تسليمه لعدم القدرة. وإن أريد به أنه من مقتضيات اطلاق العقد نفسه، فيرد عليه: أن العقد عبارة عن تمليك العين مثلاً لا هو مع اعتبار أمر آخر أو تكليف آخر. وإن أريد به أن الملكية تكون مقيدة بما يتمكن من تسليمه، فيرد عليه: أن التعليق في العقد موجب للبطلان.

وإن أريد به أن لزوم التسليم من أحكام العقد من جهة أن التسليم مصداق للوفاء بالعقد الذي وجوبه من أحكام العقد، فيرد عليه: أولاً: (أوفوا بالعقود) (١) على ما حققناه في محله يكون ارشاداً إلى لزوم العقد، وعلى فرض كونه تكليفاً يكون مفاده لزوم العمل بمفاد العقد بعدم فسخه، فعلى كل تقدير لا ربط له بالتسليم.

وإن كان المدرك النبوي: لا تبع ما ليس عندك (١). تعين البناء على البطلان من جهة عدم القدرة إلا مع شرط تأخير التسليم إلى ذلك الزمان، فإنه حينئذ يكون قادرا حين الاستحقاق، وقد مر كفاية ذلك.

وبذلك ظهر أن الشيخ ره يتعين عليه البناء على البطلان، لأنه قد سلم دلالة هذا النبوي على اعتبار هذا الأمر، كما أنه ظهر أن الأظهر هي الصحة على المختار. وإن كان زمان التعذر غير معلوم بطل البيع للغرر.

السادس: هل الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين، أو القدرة الواقعية.

ملخص القول في المقام: أنه لا اشكال في البطلان إذا لم يكن قادرا واقعا وكانا عالمين بذلك، كما لا اشكال في الصحة إذا كانا عالمين بالقدرة وكان قادرا واقعا. إنما الكلام فيما إذا كانا عالمين بالقدرة ولم يكن كذلك، أو كانا جاهلين بها وكانت متحققة. فلو كان الدليل لاعتبار هذا الشرط نهى النبي عن بيع الغرر تعين البناء على الصحة في الصورة الأولى، والبطلان في الثانية، من جهة أن الغرر قوامه بالجهل. ففي الأولى لم يقدم البائع على المعاملة الخطيرة بخلاف الثانية.

وإن كان المدرك لا تبع ما ليس عندك انعكس الأمر كما لا يخفى، وحيث إنهما معا عند الشيخ ره مدرك ذلك تعين عليه البناء على البطلان في صورتين. فما أفاده من البطلان في الصورة الثانية لو تبين العجز، تام ولا يرد عليه ما أفاده المحقق الأصفهاني ره، نعم ما ذكره من الصحة في تلك الصورة لو تجددت القدرة لا يتم، إذ المعاملة بعد وقوعها باطلة لا تصح بالتجدد. ودعوى أن مدرك البطلان في تلك الصورة لا تبع ما ليس عندك وهو إنما

فلا يصح بيع الآبق منفردا ولو ضم إليه غيره صح ولا الطير في الهواء

عدم الحاق الصلح بالبيع

التنبيه الثامن: وحيث عرفت اشتراط القدرة على التسليم في صحة البيع (ف) أعلم: أنه (لا يصح بيع الآبق منفردا و) إن كان أنه (لو ضم إليه غيره صح) بلا خلاف فيهما. ولا يهمننا البحث في ذلك لعدم الموضوع، وإنما نتعرض لخصوص هذه المسألة لما في ذيل هذه من المسائل التي تعرض لها المصنف ره، قال: (ولا الطير في الهواء)، والشيخ الأعظم ره وسائر الأساطين، وإن لم تكن مربوطة ببيع الآبق بل هي من تذييلات وفروع المسألة المتقدمة، وهي مسائل.

الأولى: أنه لا يختص اعتبار القدرة على التسليم بالثمن، بل هو يعتبر في الثمن أيضا لاشتراك الأدلة بينهما، فكما أنه من عدم احراز القدرة على تسليم الثمن يلزم الغرر، كذلك يلزم الغرر من عدم احراز القدرة على تسليم الثمن الثانية: في الحاق سائر المعاملات بالبيع، والكلام تارة: في غير الصلح، وأخرى: فيه. أما في غير الصلح: فالأظهر اعتبارها لوجهين:

أحدهما: أن المستفاد من نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر بمناسبة الحكم والموضوع أن الموجب للبطلان هو الغرر من حيث إنه غرر بلا خصوصية للبيع. ثانيهما: ما أرسل عن النبي صلى الله عليه وآله أنه نهى عن الغرر (١)، المنجبر ضعفه بعمل الأصحاب لاستدلالهم في جميع المعاوزات كالإجارة والمزارعة والمساقاة والجعالة وغيرها، بل في غير المعاوزات كالكافة بذلك.

١ - التذكرة ج ١ ص ٤٦٦ - مسألة بيع الطير في الهواء - ونحوه عن الشهيد - وسبقهما الشيخ في الخلاف.

وأما في الصلح: فالأظهر عدم اعتبارها، وذلك لوجهين:  
الأول: إن دليل الغرر إنما يكون حاكماً على أدلة المعاملات التي لها صنفان  
غرري وغير غرري، وأما الصلح الذي ليس له صنفان - بل هو بطبعه مبني على  
المسامحة والمسالمة والتجاوز من جهة أن الغرض فيه ليس متقوماً بالمبادلة والمقابلة -  
فلا يكون دليل الغرر حاكماً عليه، بل هو حاكم على دليل الغرر.  
الثاني: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام): أنه قال في رجلين  
كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه،  
فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي، فقال (عليه السلام): لا  
بأس بذلك إذا تراضيا وطابت أنفسهما (١). فإنه يدل على عدم مانعية الجهالة المحققة  
للغرر، وهو وإن لم يصرح فيه بإرادة الصلح من تلك المعاهدة، إلا أنه محمول عليه  
بقريئة فهم الأصحاب.

بيع الضال والمجحود والمغصوب

الثالثة: إن مقتضى نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر (٢)، عدم جواز  
بيع الضال والمجحود والمغصوب كما أفتى به جماعة. وبعبارة أخرى: مقتضاه عدم  
الفرق بين المتعذر بنفسه، وما تعذر بواسطة الغير وعن جماعة: الجواز، واستدل له  
بوجوه:

١ - الوسائل - باب ٥ - من أبواب أحكام الصلح حديث ١.  
٢ - ص ٣٤١

وكل بيع فاسد فإنه مضمون على قابضه

رابعها: أن له الامتناع من تسليم الثمن مع امتناع البائع من تسليم المبيع، فلا خطر.

وفيه: - مضافا إلى ما تقدم - أن الامتناع من تسليم الثمن مع عدم كونه مالكا له لا يوجب تدارك ما ذهب من ملكه. فالأظهر هو فساد بيعه.

الرابعة: المشهور بين الأصحاب أنه كما لا يجوز بيع غير المقدور منفردا لا يجوز بيعه منضمًا بغيره. وعن ظاهر الإنتصار: جوازه.

ويشهد للأول: أن بيع المجموع من مقدور التسليم وغيره في صفقة واحدة غرري. وما عن الإنتصار من ارتفاع الغرر بذلك، ضعيف، وأضعف منه الاستدلال بالنص الوارد في بيع العبد الآبق الدال على جوازه مع الضميمة، إذ المناط غير محرز، والتعدي يحتاج إلى دليل.

ضمان المقبوض بالعقد الفاسد

المقصد الخامس: في بيان حكم المقبوض بالعقد الفاسد.

(و) قد طفحت عبارات القوم بأن (كل بيع فاسد) لو قبض المشتري به، (فإنه) لم يملك بلا خلاف، وعن غير واحد: دعوى الاجماع عليه.

والوجه فيه واضح، لأن ذلك مقتضى فرض الفساد، وتترتب عليه أمور:

الأول: أنه لا يجوز له التصرف فيه، وهو (مضمون على قابضه) كما هو

المعروف، وعن شيخ الطائفة في باب الرهن وفي موضع من البيع، والحلي في موضعين من السرائر، والمصنف في التذكرة والمختلف، وغيرهم في غيرها: دعوى الاجماع عليه.

وليعلم أن محل البحث في المقام إنما هو في فرض التلف، وأما في فرض الاتلاف



فلا أظن توهم الخلاف في الضمان، من جهة قاعدة من أتلف.

وكيف كان: فالكلام في موردين:

(١) في الحكم التكليفي، وهو جواز التصرف وعدمه.

(٢) في الحكم الوضعي.

أما الأول: فإن كان المالك المسلط للمشتري على ماله راضيا بالفعل في التصرف في ماله حتى مع فساد العقد - كما لو علم بالفساد وسلطه عليه كذلك - فلا اشكال في جواز التصرف. وإن لم يكن راضيا بالرضا الفعلي ولكن كان راضيا بالرضا التقديري، بمعنى أنه لو كان عالما بالفساد وأن المال ماله كان راضيا بالتصرف فيه، جاز التصرف بناء على كفاية الرضا التقديري في حلية التصرف. وإلا فلا يجوز لما دل على أنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه (١).

ودعوى أن فساد المعاملة لا يوجب زوال الإذن والرضا بالتصرف الذي كان في ضمن العقد، لأن الجنس لا يتقوم بفصل خاص، فاسدة، فإن الرضا من قبيل ما يكون ما به اشتراكه عين ما به امتيازته. فإذا لم يترتب على الرضا الموجود في ضمن المعاملة أثر - والمفروض أنه ليس هناك رضا آخر - فلا مورد للقول بالجواز.

وأما الثاني: فقد مر في التنبيه الثامن من تنبيهات المعاطاة ما عن بعضهم من حصول الملك بالقبض الواقع بعد المعاملة الفاسدة وما يرد عليه، وإنما الكلام في المقام في أنه مع عدم حصول الملك هل يكون ضامنا لو تلف أم لا. المشهور بين الأصحاب هو الأول، وعن غير واحد: دعوى الاجماع عليه.

١ - راجع الوسائل باب ٣ - من أبواب مكان المصلي والمستدرك ج ١ ص ٢١٢ وفروع الكافي ج ١ - ص ٤٢٦ - والاحتجاج ص ٢٦٧.

واستدل له في المكاسب بوجهين: الأول: النبوي المشهور: علي اليد ما أخذت حتى تؤدي (١). وهو وإن كان ضعيف السند إلا أنه لاعتماد الأصحاب عليه واستدلالهم به لا مجال للمناقشة في سنده، وإنما المهم دفع ما أورد على الاستدلال به، وهو إنما يكون أمرين: الأول: إن كلمة علي ظاهرة في الحكم التكليفي، من جهة أن ظاهر كلمة علي هو الاستعلاء، والاستعلاء المعقول الحاصل في التكليف أقرب إلى المعنى الحقيقي مما يتصور بالنسبة إلى الوضع.

ويمكن الجواب عنه بوجوه: منها أن حمله على إرادة التكليف منه مستلزم لجعل الظرف لغوا ويقدر يجب نحوه، بخلاف ما لو حمل الحديث على الوضع كما لا يخفى، وهو خلاف الظاهر.

ومنها: أنه يستدعي تقدير فعل من الأفعال من قبيل رده أو حفظه، وهذا التقدير أيضا خلاف الظاهر.

ومنها: أن تقدير الرد ليدل الحديث على وجوب رد المال إلى صاحبه لا يناسب الغاية، إذ يكون مفاده حينئذ أنه يجب الرد إلى أن يتحقق الرد، فتكون الغاية تحديدا للموضوع، وهو بعيد في الغاية، ولا يناسب أيضا إرادة دفع البدل، إذ مع إمكان الغاية لا يجب دفع البدل، ومع عدم إمكانها لا غاية كي يفي بها. فالمتعين حمل الحديث على الوضع.

ثم الوضع المراد من الحديث هل هو بمعنى الضمان بالقوة وهو كون دركه عليه مع تلفه كما هو صريح المتاجر المنسوب إلى المشهور، أم هو بمعنى دخول المأخوذ في العهدة وللعهدة آثار تكليفية ووضعية من حفظه وأدائه مع التمكن وأداء بدله لو تلف

١ - سنن البيهقي ج ٦ - ص ٩٠ - وكنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ الرقم ٥١٩٧.

كما اختاره بعض مشايخنا العظام؟ وجهان: أقواهما الثاني، لأن ما قبل الغاية من جهة كون مغيب بالأداء لا بد وأن يكون أمرا ثابتا فعليا مستمرا إلى أن يتحقق الأداء، وهذا ينطبق على الوجه الثاني. وأما على الوجه الأول فلا أمر مستمر إلى حال الأداء ما لم يتلف.

الإيراد الثاني: ما عن المحق النائيني ره، وهو: أن الأخذ هو الاستعلاء على الشيء بالقهر والغلبة كما تشهد به موارد استعماله - لاحظ قوله تعالى: (و كذلك أخذ ربك إذا أخذ القرى) (١) وقوله: (لأخذنا منه باليمين ثم لقطعنا منه الوتين) (٢) وقوله تعالى: (فأخذناهم أخذ عزيز مقتدر) (٣) وغير ذلك من موارد استعماله. وعليه فيختص الحديث بصورة الغصب ولا يشمل غير ذلك المورد من موارد إذن المالك الحقيقي وتسليط المالك ماله للمشتري.

وفيه: أن الأخذ بحسب اللغة معناه تناول الشيء كما عن عن قهر وغلبة أم لم يكن، واستعماله في غير موارد الأخذ بالغلبة والقهر كثير، لاحظ قوله تعالى: (خذ العفو) (٤) وقوله عز اسمه: (خذ من أموالهم صدقة) (٥) وقوله (عليه السلام): خذها فإنني إليك معتذر.

وغير ذلك من الموارد.

فتحصل: أن الحديث يدل على الضمان في مطلق الموارد.

قال الشيخ ره: ومن هنا كان المتجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير

١ - هود الآية ١٠٢.

٢ - الحاقة الآية ٤٦.

٣ - القمر الآية ٤٢.

٤ - الأعراف الآية ١٩٩.

٥ - التوبة الآية ١٠٣.

بل المجنون إذا لم تكن يدهما ضعيفة لعدم التمييز والشعور.  
ويرد عليه: أنه يتم على القول باستقلال الأحكام الوضعية في الجعل، وأما بناء  
على مسلكه قده من أنها منتزعة من الأحكام التكليفية في مواردنا فلا يتم كما لا يخفى.  
وما ذكره بعض مشايخنا العظام بقوله: ويمكن دفعه بأن ذلك إنما يتوجه لو أريد  
من الجملة الانشاء والجعل، وأما لو أريد منه الاخبار بالتعهد، وأن الآخذ متعهد بما  
أخذه، وأنه يثبت عليه ويتوجه إليه تمام ما في المأخوذ من التكاليف والخسارات  
المتوجهة طبعاً إلى مالكه، فلا يلزم شيء، ويكشف عن ثبوت منشأ انتزاع هذا الوضع  
من التكليف. يرد عليه: - مضافاً إلى كونه خلاف الظاهر، إذ الظاهر من الجملة كونها  
في مقام الانشاء لا الاخبار - أن الأمر الانتزاعي يتبع منشأ انتزاعه فعلاً وتقديراً، فإذا  
لم يكن بالنسبة إلى الصغير تكليف لا يكون وضع على مسلكه.  
وأما ما أفاده في رسالة الاستصحاب بما حاصله: أن ضمان الصغير حكم وضعي  
ينتزع من الخطاب المتوجه إليه بعد صيرورته بالغاً بأن يغرم ما أتلفه في حال صغره  
فيرد عليه: أن فعلية الأمر الانتزاعي مع كون منشأ انتزاعه أمراً استقبالياً لا تعقل.  
الوجه الثاني: الرواية الشريفة الواردة في الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة  
بعد أن أولدها المشتري، الدالة على أنه يأخذ الرجل ولده بالقيمة (١). بدعوى أنها  
تدل على ضمان المنفعة التي لم يستوفها المشتري، فتدل بالأولوية على ضمان العين في  
صورة التلف.  
وجه الأولوية: إن اليد على المنافع إنما تكون بتبع اليد على الأعيان، فإذا  
كانت اليد التابعة موجبة للضمان فالمتأصلة أولى بذلك.  
وفيه: أنه لو قيل بتكون الولد من نطفة المرأة وكان اللقاح من الرجل، أو قيل

١ - الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٣.

الظاهر من هذه الجملة أن السببية المترتبة من هذه القاعدة هي الشرعية لا الخارجية.  
الثاني: إن العقد الفاسد سبب الحكم بالضمان بشرط القبض.  
وفيه: أن الموجب للضمان هو القبض، والسببية المشار إليها من قبيل الوصف بحال المتعلق، فعلى هذا بما أن الظاهر بقريئة وحدة السياق إرادة شئ واحد من كلمة الباء، فيتعين حملها على إرادة الظرفية، كما في قوله تعالى: (ولقد نصركم الله بيدر) (١) وقوله: (ونجيناهم بسحر) (٢) وغير ذلك من الاستعمالات.  
مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.  
الجهة الرابعة: في مدرك هذه القاعدة وقد ذكر له وجوه: الأول: الاجماع.  
وفيه: أنه لو تم الاجماع حيث إنه غير تعدي لمعلومية مدرك المجمعين فلا يعتنى به.  
الثاني: اقدام الآخذ على الضمان، وهو وإن دخل على أن يكون المال مضمونا عليه بالمسمى، لكنه إذا لم يسلم له المسمى رجع إلى المثل أو القيمة.  
وأورد عليه الشيخ ره بايرادات: منها: أنه ربما يكون الاقدام موجودا ولا ضمان كما قبل القبض.  
وفيه: أن الضمان في الصحيح ضمان بالمسمى، وهو متحقق قبل القبض، وإنما يكون التلف من مال بائعه لما دل على ذلك من جهة انفساخ العقد بالتلف أو من جهة

---

١ - آل عمران آية ١١٩.

٢ - القمر آية ٣٥.

أن ما تراضيا عليه وقصداه هو الضمان بشئ خاص، وهذا لا ينحل إلى التراضي بمطلق الضمان، وكونه بشئ خاص، فلا يكون الاقدام على الضمان بالمسمى اقداما على مطلق الضمان.

فالأولى: أن يورد على الشيخ ره: بأن ما ذكره أخص من المدعى، إذ ربما يكون المسمى مقدارا كليا منطبقا على القيمة الواقعية، وربما يكون المسمى هو القيمة الواقعية. وفي هذين الموردين يكون المقدم عليه هو الذي يحكم بثبوتها. ومنها: أنه لا دليل على سببية الاقدام للضمان، وهذا هو الحق في الجواب عن هذا الدليل.

الثالث: خبر على اليد المتقدم (١). وقد تقدم أن ضعف سنده منجبر بالشهرة ودلالته على الضمان ظاهرة.

وأورد عليه: بأن مورده مختص بالأعيان ولا يشمل المنافع والأعمال المضمونة في الإجارة الفاسدة.

وجه الاختصاص بها أمران: أحدهما: ما أفاده الشيخ في الأمر الثالث، وهو عدم صدق الأخذ بالإضافة إلى المنافع.

وفيه: أنه ليس المراد بالأخذ بالجراحة الخاصة، وإلا لزم عدم شمول الخبر لجملة من الأعيان كالدار والعقار، فلا محالة يكون الأخذ كناية عن الاستيلاء على الشئ، والتعبير عنه بالأخذ باليد من جهة كونه لازما غالبا له، والأخذ بهذا المعنى يصدق بالإضافة إلى المنافع، إذ الاستيلاء على المنفعة إنما يتحقق بالاستيلاء على العين، وإن لم يستوف المنفعة ولم تكن العين مضمونة، فإن المنفعة هي قابلية العين

١ - سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ وكنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه (١). وقوله صلى الله عليه وآله: حرمة ماله كحرمة دمه (٢).

وقوله: لا يصلح ذهاب حق أحد (٣).

وتقريب دلالة حديث لا يحل: إن الحلال هو ما لا تبعة له، فإذا نسب إلى الفعل كان معناه أنه لا يعاقب عليه، فيستفاد منه الحلية التكليفية. وإذا نسب إلى المال كما في المقام كان معناه ما لا خسارة من قبله، فمعنى لا يحل في المقام أنه مع عدم رضا المالك يكون المال مما له تبعة وخسارة وعوض.

وفيه: أولاً: إن ظاهر هذا التركيب في نفسه إرادة الحلية التكليفية، ويقدر التصرف كما في نظائر المقام، كقوله تعالى: (حرمت عليكم أمهاتكم) (٤) وقوله عز وجل: (أحل لكم الطيبات) (٥). وغيرهما.

وثانياً: إن حمل الحلية على الوضعية لا يلائم مع حرف المجاوزة في قوله إلا عن طيب نفسه، فإن ظاهره صدور شئ عن الطيب، فيكون ظاهره حلية التصرف عن الرضا.

وثالثاً: إن الحديث لو دل على الضمان فإنما هو بالنسبة إلى المنفعة التي استوفيت، ولا يدل على الضمان في المنافع غير المستوفاة، والعمل الصادر من الأجير بالإجارة الفاسدة من دون تسبب من المستأجر، فإنها غير مربوطة بالمستأجر حتى

- 
- ١ - بمضمونه أخبار - في الوسائل باب ٣ - من أبواب مكان المصلي - والمستدرك ج ١ ص ٢١٢ - وفروع الكافي ج ١ - ص ٢٢٦ - والاحتجاج ص ٢٦٧.
  - ٢ - الوسائل - باب ٣ - من أبواب القصاص في النفس حديث ٣.
  - ٣ - الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب كتاب الشهادات حديث ١ و ٤.
  - ٤ - النساء الآية ٢٣.
  - ٥ - المائدة الآية ٤ و ٥.

يشملها الحديث الشريف.  
ورابعا: أنه لا يشمل عمل الحر بناء على ما تقدم منه في أول كتاب البيع من التأمل في صدق المال عليه.  
وأما حديث حرمة ماله كحرمة دمه فتقريب الاستدلال به: أن الحرمة إنما نسبت إلى المال، وظاهر ذلك إرادة المال من حيث إنه مال، واحترامه كذلك إنما يكون بالمعاملة معه معاملة ما له مالية بتداركها، فعدم تدارك ماليته معناه معاملة الهدر معه، فرعاية ماليته رده أورد عوضه لو تلف.  
وفيه: أولا: إن ظاهر الخبر - ولو بقرينة السياق - إرادة الحرمة التكاليفية منه، فإن قبله هكذا: سباب المؤمن فسوق، وقتاله كفر، وأكل لحمه من معصية الله فيكون المراد من حرمة ماله - بواسطة تنظيره بحرمة دمه - شدة العقوبة المعبر عنها بالكفر. وثانيا: أنه أيضا لا يشمل المنافع غير المستوفاة والعمل الصادر من الأجير غير العائد نفعه إلى المستأجر.  
وثالثا: إن الظاهر منه من جهة إضافة المال إلى المؤمن إرادة رعاية مالكيته، وهي لا تقتضي أزيد من عدم التصرف فيه بلا رضاه، لا تداركه لو تلف.  
ورابعا: أنه لا يشمل عمل الحر بناء على عدم كونه مالا.  
وأما حديث لا يصلح ذهاب حق أحد فهو لا يدل على الضمان. لأن الكلام إنما هو في ثبوت الحق في المقام، والحكم لا يصلح لإثبات موضوعه.  
الخامس: قاعدة نفي الضرر، بدعوى أن حكم الشارع بعدم ضمان من تلف المال تحت يده ضرري على المالك فينتفي لحديث نفي الضرر (١)، فيحكم بالضمان.

١ - الوسائل - باب ١٢ و ٧ - من أبواب كتاب احياء الموات وباب ٥ - من أبواب كتاب الشفعة وباب ١ - من أبواب موانع الإرث وغيرها من كتب الحديث.



ليس فيه اقدم، ولا حكم للشارع فيه. أما الأول: فواضح، وأما الثاني: فلأن حكمه به مع عدم التعبد الشرعي الخاص به لا بد وأن يكون من جهة امضاء ما يقتضي الضمان المفقود في المقام بنحو السالبة بانتفاء الموضوع. ولكن هذا الاستدلال مبني على مسلكه في الضمان في فاسد العقود التي يضمن بصحتها من التمسك بقاعدة الاقدام، وأما بناء على كون المدرك حديث على اليد فهذا الاستدلال أجنبي عن المقام.

وظاهر كلام شيخ الطائفة هو الاستدلال باشتراك العلة الموجبة لعدم الضمان بين الصحيح والفساد، وقوله فكيف بفساده أريد به التعجب، إذ مع وحدة العلة كيف يختلف المعلول، لا بالأولية كما فهمه الشيخ الأعظم ره. ثم إنه على فرض إرادته الأولوية، مراده أولوية الفساد بعدم الضمان من صحححه لا أولوية فاسد ما لا يضمن بصحححه من فاسد ما يضمن بصحححه كما هو ظاهر توجيه الشيخ ره. استدلال الشيخ الأعظم ره على عدم الضمان في غير التمليك بلا عوض - أعني الهبة - في مقابل اليد المقتضية له: بعموم ما دل على أن من استأمنه المالك على ماله غير ضامن، بل ليس له أن يتهمه (١).

وحاصله: أن حقيقة الاستئمان المالك هي التسليط عن الرضا مجاناً الموجود في فاسد العقود التي لا يضمن بصحححها.

واستدل له في الهبة بفحوى ما دل على خروج صورة الاستئمان (٢)، فإن استئمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له اقتضى التسليط المطلق عليه

١ - الوسائل باب ٤ - من أبواب كتاب الوديعة.

٢ - الوسائل - باب ١ - من أبواب كتاب العارية.

وفيه: أنه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه.  
الثاني: التوقيع المروي عن الإحتجاج: لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه (١). بتقريب: أن الامسك ولو أنا ما تصرف في مال الغير بلا رضا منه، فلا يجوز فيجب الرد.

وأورد عليه: بأن التصرف من الصرف، فالمراد به التقليل والتقلب، ولا يصدق ذلك على مجرد الامسك، والظاهر من الكتاب تردد الشيخ ره في تمامية هذا الايراد. ولكن عدم تمامية الاستدلال به واضح، إذ لو كان الامسك تصرفا لما دل هذا التوقيع الشريف على وجوب الرد إلا بناء على مقدمية ترك الضد لوجود ضده، والمراد بالضدين في المقام ما يعم المتماثلين أي ما لا يجتمعان، ووجوب نقيض الحرام، فإنه حينئذ يكون الرد ضدا للامسك، فإذا حرم الامسك حرم ترك الرد لحرمة ذي المقدمة وهو الامسك، وإذا حرم الترك وجب الفعل، وفي كلتا المقدمتين نظر بل منع، وعليه فلا يدل هذا الخبر على وجوب الرد.

الثالث: موثق سماعة عن مولانا الصادق (عليه السلام) في حديث عن رسول الله صلى الله عليه وآله: من كانت عنده أمانة فليؤدها إلى من ائتمنه عليها فإنه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفس منه (٢).

أقول: لا يرد على هذا الحديث الايراد الأول على الخبر المتقدم، حيث إن حذف المتعلق يفيد العموم فيدل على حرمة كل فعل له مساس بمال الغير بلا إذنه، إلا أن الاشكال الثاني يرد عليه.

---

١ - الإحتجاج ص ٢٦٧ - عن الأسدي العمري عنه (عليه السلام).  
٢ - الوسائل - باب ٣ - من أبواب مكان المصلي حديث ١.

لا يقال: إن ذلك لا يلائم مع صدر الحديث الظاهر من وجوب الرد.  
فإنه يقال: إن ظهور التعليل مقدم على ظهور المعلل.  
فالحق أن يستدل له: بأنه المستفاد من النصوص المتفرقة، ففي صحيح البزنطي  
الوارد في اللقطة: وإن جاءك طالب لا تتهمه رده عليه. وفي صدره في الطير الذي يعرف  
صاحبه قال (عليه السلام): إذا عرف صاحبه رده إليه (١). وغير ذلك من النصوص.  
فإن المستفاد منها لا سيما بعد ملاحظة الآية الشريفة الواردة في الأمانات (إن  
الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) (٢) وتسالم الأصحاب على هذا الحكم،  
وجوب رد مال الغير إلى صاحبه.  
الثانية: في معنى الرد والأداء، وأنه هل يكون مجرد اعلام المالك بذلك والتخلية  
بينه وبين ماله، أم هو حمله إليه واقباضه منه، أم كل من الأمرين مصداق للأداء والرد،  
أم يكون ذلك في الأمانة بالتخلية وفي غيرها بالاقباض من المالك كما لعله المشهور؟  
أقوال: الأظهر هو الأخير، فإن حقيقة الرد والأداء ايصال الشيء إلى محله،  
وحيث إذا كان المال أمانة عند شخص فرده ليس إلا بالتخلية بينه وبين مالكة، لأن  
بها يخلع الأمين نفسه عن السلطنة عليه ويدخله تحت سلطنة المالك ويوصل الشيء  
إلى محله. وأما محل المال خارجا فهو كل مكان رضي به المالك أو الشارع الأقدس،  
وحيث إن وجود المال خارجا عن الأمين إنما يكون برضا المالك أو بإذن من ولي أمره  
- أي الشارع الأقدس - فلا يكون في غير محله كي يكون مكلفا بالرد الخارجي.  
وأما إذا كان المال مغصوبا فأدائه ورده إنما يكون بالاقباض منه، إذ كما أن

١ - الوسائل باب ١٥ - من أبواب كتاب اللقطة حديث ١.  
٢ - النساء الآية ٥٨.

كونه تحت سلطنة الغاصب في غير محله - فلا بد من ايصاله إلى محله - كذلك كونه عنده خارجا يكون في غير محله، فلا بد من ايصاله إليه بالاقباض منه. وبما ذكرناه ظهر أنه لو نقل الأمين الوديعة من بلد الايداع إلى بلد آخر بغير داعي الحفظ وبدون إذن مالكة والشارع، يجب ردها إلى بلد الايداع. الجهة الثالثة: في أنه هل يكون المقبوض بالعقد الفاسد من قبيل الأمانة فيكفي في رده التخلية، أم يكون من قبيل المغصوب فيجب الاقباض؟ والأظهر هو الأول، وذلك في العقود الجائزة واضح، لأنه مع عدم كون المالك ملزما بالدفع لا محالة يكون دفعه للمال عن الرضا، وقد مر أن الاستئمان المالكى هو التسليط عن الرضا، وأما في العقود اللازمة فلأنه حين اقدمه على العقد المقتضى للدفع لا محالة كان راضيا بالدفع والتسليط، والظاهر بقائه على حاله نوعا ما بعد العقد، وهذا هو الوجه في كون يده أمانية، فلا يرد عليه ما ذكره الشيخ ره بقوله: إنه إنما يكون إياه عوضا، فإذا انتفت صفة العوضية... الخ، إذ الوجه في كونه استئمانا هو الإذن الخارجي لا الإذن العقدي.

وبما ذكرناه ظهر أنه يمكن أن يقال: إن النزاع في المقام صغروي، إذ من يقول بجواز التصرف يقول بذلك فيما إذا أحرز رضا المالك بالتصرف في ماله ولو كان رضا تقديريا، ومن يقول بالعدم فإنما هو في غير هذه الصورة. الجهة الرابعة: في أنه إذا توقف الرد على المؤونة، فهل يجب بذلها على المشتري من جهة أنه لا يتم الرد إلا به، أم لا يجب لقوله (عليه السلام) لا ضرر (١)، أم هناك تفصيل بين المؤونة القليلة والكثيرة، فيجب البذل في الأولى ولا يجب في الثانية من

---

١ - الوسائل - باب ١٢ - من أبواب كتاب احياء الموات - وغيره من الأبواب المتقدمة إليها الإشارة.

جهة عدم صدق الضرر على بذل القليلة، بخلاف بذل المؤونة الكثيرة، كما هو الظاهر من المتن في بادئ النظر، أم يفصل بين ما إذا كانت المؤونة بمقدار ما يقتضيه طبعاً رد مال الغير فهو على القابض، وإن كانت زائدة عليه فلا يجب بذلها كما هو محتمل المتن وصریح المحقق النائيني ره؟ وجوه: أقواها الأخير، وذلك لأنه إذا كانت المؤونة بمقدار ما يقتضيه طبعاً رد المال لا محالة يكون دليل وجوب الرد أخص من حديث لا ضرر فيخصص به، وإن كانت زائدة عليه كان مقتضى حديث لا ضرر عدم وجوب البذل. ضمان المنافع المستوفاة

الثالث: فيما لو كان للعین المبتاعة منفعة استوفاهها المشتري قبل الرد.

والكلام في هذا الأمر يقع في مقامين:

الأول: في المنافع المستوفاة.

الثاني: في المنافع غير المستوفاة.

أما الأول: فالكلام فيه يقع في موردین:

أحدهما: في الدليل على الضمان.

ثانيهما: فيما استدل به على عدم الضمان.

أما المورد الأول: فيمكن أن يستدل له بوجوه:

الأول: عموم على اليد (١). بناء على ما تقدم من أن اليد على المنافع إنما تكون بتبع اليد على الأعيان، وأن الحديث يدل على الضمان.

١ - سنن بيهقي ج ٦ ص ٩٠ - وكنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

الثاني: الرواية الواردة في الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري، الدالة على أنه يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بالقيمة (١). بالتقريب المتقدم في أول هذا المبحث.

الثالث: صحيح أبي ولاد (٢) الآتي الدال على ضمان منفعة المغصوب المستوفاة، نعم هذان الوجهان لا يصلحان للمعارضة مع دليل عدم الضمان كما ستعرف.

الرابع: قاعدة من أتلف، الاستفادة من النصوص الواردة في موارد خاصة، وجملة منها موارد العقود الاستثنائية كالمضاربة والرهن وغيرها (٣). فإنه حكم فيها بالضمان مع التعدي والتفريط، وجملة منها في غيرها، مثل ما ورد في القصار يخرق الثوب من قوله (عليه السلام): فهو ضامن، أو غرمه بما جنت به يده (٤). وغيره. ودعوى عدم صدق المال على المنفعة قد مر جوابها في أول الكتاب.

ثم إنه قد استدل له بوجوه أخرى: منها: قاعدة احترام مال المسلم، ومنها: قاعدة نفي الضرر. وقد تقدم أنه لا يمكن اثبات الضمان بهذه الوجوه.

وأما المورد الثاني: فقد استدل على عدم الضمان: بالنبوي المرسل الخراج بالضمان (٥) بتقريب: أنه يدل على أن من ضمن شيئاً وتقبله لنفسه فخرجه - أي منفعه - له مجاناً.

- ١ - الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٣.
- ٢ - الوسائل - باب ٧ - من أبواب كتاب الغصب - وباب ١٧ - من أبواب كتاب الإجارة حديث ١.
- ٣ - الوسائل - باب ١ - من أبواب كتاب المضاربة - وباب ٧ - من أبواب كتاب الرهن.
- ٤ - الوسائل - باب ٢٩ - من أبواب كتاب الإجارة.
- ٥ - راجع صحيح الترمذي ج ٥ ص ٢٨٥ - وسنن أبي داود ج ٢ ص ٢٥٥ والمبسوط كتاب البيوع فصل الخراج بالضمان.

وفيه: أولاً: ما تقدم من أن القاعدة إنما تختص بصورة التلف ولا تشمل صورة الاتلاف، وقد عرفت صدق الاتلاف على تلف المنافع.

وثانياً: إن مقتضى قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ضمان المنافع في الإجارة الفاسدة، وبضميمة عدم الفصل بين البيع والإجارة يثبت الضمان في المقام. وثالثاً: ما تقدم من أن المنافع خارجة عن مورد العقد ومصبه، والقاعدة أصلاً وعكساً مختصة بما هو مصب العقد.

الثاني: إن البائع في صورة علمه بالفساد مقدم على استيلاء المشتري على المنافع مجاناً.

وفيه: أن البائع لا نظر له إلى المنافع، وإنما يسلط المشتري على العين، إذ ليس متعلق العقد بالمنفعة، وإنما هو العين، مع أن هذا لا يختص بغير المستوفاة كما لا يخفى.

الثالث: قوله (عليه السلام) في الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري: يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بقيمته (١). بتقريب: أنه يدل على ضمان المنفعة المستوفاة، وسأكت عن ضمان غيرها في مقام البيان. وفيه: أن الخبر وارد في مقام بيان منفعة واحدة، وأنه يكون الولد حراً، وعليه قيمته، ولذا لم يتعرض لبيان المنافع المستوفاة الأخر من الطبخ والتنظيف وغيرهما. والغريب أن الشيخ ره في أول هذا المبحث عند ذكر الدليل على الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد ذكر الرواية، وجعل هذه المنفعة من المنافع غير المستوفاة، وفي المقام جعلها من المستوفاة، وقد تقدم ما هو الحق عندنا.

الرابع: صحيح محمد بن قيس الوارد فيمن باع وليدة أبيه بغير إذنه، قال (عليه

---

١ - الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٣.

السلام): خذ وليدتك وابنها (١). بتقريب: أنه ساكت عن المنافع الفائتة، وهو وإن ورد فيما إذا كانت العين لغير البائع، إلا أنه يدل على حكم المقام بالأولوية. ويرد عليه ما أوردناه على سابقه.

الخامس: صحيح أبي ولاد الآتي الدال على ضمان منفعة البغل المستوفاة دون غيرها (٢). وإذا ثبت عدم الضمان في المغصوب ثبت في المقام بالأولوية. وفيه: أنه لا يتصور منفعة للبغل تجتمع مع المنفعة المستوفاة، فإنه وإن كان يتصور له منفعة أخرى، إلا أنها تضاد مع ما استوفاه. وبعبارة أخرى: كان للبغل منافع مختلفة على سبيل البدل، وحيث إنه استوفى واحدة منها ولم تكن هناك فائدة أخرى يمكن استيفائها فائتة، كان عليه ضمان تلك المنفعة خاصة. مع أنه (عليه السلام) في هذا الصحيح في مقام الرد على أبي حنيفة وبيان أن عليه كرى البغل وليس في مقام بيان أحكام آخر.

فتحصل مما ذكرناه: أن الأظهر هو الضمان.

المثلي والقيمي

الرابع: إذا تلف المبيع فإن كان مثليا وجب مثله بلا خلاف.  
والكلام في هذا الأمر يقع في مواضع:  
الأول: في تعريف المثلي والقيمي.

- 
- ١ - الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.  
- الوسائل - باب ١٧ - من أبواب كتاب الإجارة حديث ١.



وفيه: أنه لو سلم كون مقتضى عموم على اليد هو تعيين المثل مطلقا، أن الخارج عنه بالاجماع ليس هي الموارد الخاصة بل عنوان القيمي، فلو شك في شيء أنه قيمي أو مثلي يكون من الشك في المصداق، وليس المرجع فيه عموم العام لعدم جواز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

واستدل للقول الرابع: بأن مقتضى النبوي هو لزوم دفع القيمة مطلقا، خرج منه المثلي، فمع الشك فيه يرجع إلى عموم العام. وفيه: - مضافا إلى ما ستعرف من عدم دلالة النبوي في نفسه على ذلك - أنه عند الشك في كون شيء مثليا بالشبهة الموضوعية لا يرجع إلى عموم العام كما تقدم آنفا.

واستدل للقول الخامس: بعموم أدلة القرعة (١). وفيه: أولا: إنما يرجع إليها في صورة عدم تعيين الوظيفة بالأمانة أو الأصل، وقد عرفت أن مقتضى الأصل هو تخيير الضامن. وثانيا: أنه تختص أدلتها بالشبهة الموضوعية ولا تشمل الشبهة الحكمية. واستدل للقول السادس: بأنه من جهة أن الأمر دائر بين المتباينين، وكما يجب على الضامن دفعهما معا قضاء للعلم الاجمالي، لا يجوز على المالك أخذهما للعلم الاجمالي بحرمة أخذ أحدهما، فلا مناص إلا عن الصلح. وفيه: ما عرفت من أن الأصل يقتضي تخيير الضامن.

---

١ - الوسائل - باب ١٣ - من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى من كتاب القضاء.

ما تقتضيه الأدلة الاجتهادية عند الشك في المثلية والقيمية  
الموضع الثالث: فيما تقتضيه الأدلة الاجتهادية في هذا المقام، والأدلة التي ركنوا  
إليها في المقام ثلاثة:

الأول: النبوي المتقدم: على اليد ما أخذت حتى تؤدي (١). وقد استظهر  
الشيخ ره منه تخيير المالك بتقريب أنه يدل من جهة جعل الغاية أداء العين خاصة  
على بقاء عهدة العين، وأنه لا رافع لها سوى أدائها، وقد قام الاجماع على سقوطها  
بدفع ما رضي به المالك وبقي الباقي.

وفيه أن الوجوه المحتملة في الحديث أربعة:  
أحدها: أن يكون الحديث مختصا بما قبل التلف من جهة ظهور كلمة حتى  
في كون مدخولها رافعا لما قبلها وغاية لها، وظهور ذلك في كونه ممكن الحصول، إذ  
عليه

تكون الغاية قرينة على اختصاص الحكم الثابت في المغيا بحال وجود العين.  
ثانيها: أن يكون الحديث دالا على كون العين في العهدة ما دام وجودها،  
وبتلفها تنقلب العهدة إلى ذمة المثل أو القيمة كما عليه المشهور، من جهة أن مفاد  
الحديث كون المأخوذ تلفه على الآخذ.

ثالثها: أن يكون المراد به بقاء العين في العهدة ولو بعد التلف، ويكون دفع  
المثل أو القيمة مسقطا لها، وقد اختاره جمع من المحققين لكونه من مراتب رد العين.  
رابعاً: أن يكون مفاده بقاء العين في العهدة حتى بعد التلف، ودفع المثل أو

١ - سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ - وكنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

المضمون به إلا ما شذ وندر، فيعلم من ذلك اتكاله على ما هو المتعارف عند الناس. ومن المعلوم أن المتعين عندهم تعين رد ما هو الأقرب إلى العين بعد عدم إمكان رد العين نفسها، والأقرب هو المثل لكونه تداركا للمالية، والخصوصيات الفائتة التي تختلف بها الرغبات، فيتعين ذلك.

ثم إنه في صورة عدم التمكن من رده أيضا يراعى ما هو الأقرب إلى التالف بعد المثل، وهو القيمة من النقدين أو شبههما، لأن غيرهما مشتمل على خصوصيات غير متمولة مغايرة لخصوصيات التالف، ومعلوم أن غير المشتمل على الخصوصيات المغايرة أقرب من المشتمل عليها. وبعبارة أخرى: إن غير النقدين إنما يلاحظ مساواته للتالف بعد ارجاعه إليهما.

وفيه: أولا: أنه لو تم لاختص لزوم أداء المثل بما إذا كان موجودا نوعا، إذ المعلوم من حال العقلاء رعاية للحكمة عدم التضامن بالأقرب مطلقا، فلا عبرة بوجوده أحيانا.

وثانيا: إن الأقربى ليست مناط الحكم، بل العبرة على التقريب المتقدم بما هو المتعارف عند الناس، ومن المعلوم من حالهم أنه لا نظر لهم في هذا المقام إلا إلى المالية، ولذا تراهم لا يطالبون المثل لو سقط عن المالية، ولا يلتفتون إليه ولا يلزمون بدفعه إذا زادت قيمته.

وبالجملة: المعيار عندهم هو القيمة، وعليه فهذا الوجه يقتضي تعين القيمة. الثالث: قوله تعالى: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) (١) قيل: إنه يدل على تعين المثل في المثلي والقيمة في غيره، بتقريب أن مماثل

---

١ - البقرة الآية ١٩٤.

إلا على الظالمين (١) - هو إرادة الأعم من المماثلة في الاعتداء والمعتدى به وكيفياته، إلا أنها لا تدل على الضمان واشتغال الذمة، بل تدل على جواز الاعتداء بالمثل، فلو تصرف في حنطته جاز له التصرف في حنطته أيضا، ولا تدل على مزيد من ذلك. ثم إنه يقع الكلام في أنه على فرض دلالة الآية على الضمان هل تدل على أن ضمان المثلي إنما يكون بالمثل والقيمي كما عن شيخ الطائفة، أو تدل على وجوب المماثلة في الحقيقة والمالية في جميع الموارد كما اختاره الشيخ ره، أم تدل على غير ذلك؟

أقول: محتملاتها أربعة: الأول: أن يراد بالمماثلة المماثلة المطلقة - أي المماثلة في الحقيقة والمالية - من جهة أن المماثلة المطلقة هي المماثلة بلا عناية، ولازم ذلك ما أفاده الشيخ ره من أنه لو نقص قيمة المثل عن التالف لا يجتري به في مقام الأداء. الثاني: أن يراد بها المماثلة في الحقيقة خاصة، من جهة أنها المماثلة العرفية، ولازمه ما أفاده المشهور من تعيين المثل مطلقا وإن نقص قيمته عن التالف. الثالث: أن يراد بها المماثلة في المالية، من جهة أن الأغراض العقلانية في باب الأموال متعلقة بحثية المالية، ولازمه تعيين القيمة مطلقا. الرابع: أن يراد بها مطلق المماثلة - أي المماثلة من أي وجه كان - ولازمه التخيير في أداء أيهما شاء، والأظهر منها هو الثاني كما لا يخفى وجهه. فظهر مما ذكرناه أمور: الأول: أن ما نسب إلى شيخ الطائفة من دلالة الآية على أن المثلي يضمن بالمثل والقيمي بالقيمة لا يمكن تصحيحه وتطبيق الآية عليه. الثاني: أن ما اختاره الشيخ الأعظم ره خلاف الظاهر.

١ - الوسائل باب ١٤ - من أبواب مقدمات الطواف وما يتبعها من كتاب الحج حديث ١.

الأول: وجوب الشراء كما عن جمع منهم العلامة والشيخ ره.  
الثاني: عدم وجوب الشراء وأن حكمه حكم تعذر المثل - وسيأتي - اختاره جمع آخرون.

الثالث: ما أفاده السيد ره وغيره وهو التفصيل بين ما لو علم الآخذ بعدم الاستحقاق، وما لو لم يعلم بذلك، فيجب الشراء في الأول دون الثاني. واستدل للأول: باطلاق النص والفتوى.

وفيه: أن اطلاق النص ترفع اليد عنه بحديث لا ضرر (١) الحاكم على جميع أدل الأحكام الواقعية.

وأورد على التمسك بحديث لا ضرر. في المقام بايرادات:  
الأول: إن هذا الحكم بنفسه ضرري في جميع الموارد، فلا محالة يكون دليله مخصصا للحديث.

وفيه: أنه يتم بالنسبة إلى المقدار الزائد كما لا يخفى.

الثاني: إن جريان دليل الضرر في إلزام الضامن بالشراء يعارض مع منع المالك من مطالبة المثل بحقه.

وفيه: أن كون حقه المثل في هذا الفرض أول الكلام.

الثالث: إنه لا ضرر في متعلق التكليف وهو دفع المثل، وإنما الضرر في مقدماته وهو شراء المثل بأزيد من ثمن المثل. فلا وجه للتمسك بحديث نفي الضرر لعدم وجوبه.

وفيه: أولاً: إن المقصود دفع وجوب الشراء بحديث لا ضرر.

---

١ - الوسائل - باب ١٢ - من أبواب كتاب احياء الموات وغيره من الأبواب المتقدمة إليها الإشارة.

ويشهد لما اخترناه - مضافا إلى أنه مقتضى القاعدة - : صحيح معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل وسقطت تلك الدراهم أو تغيرت ولا يباع بها شيء الصاحب الدراهم الدراهم الأولى، أو الجائزة التي تجوز بين الناس؟ فقال (عليه السلام): لصاحب الدراهم الدراهم الأولى (١). وقد استدل لضمان المالية في هذه الصورة بوجوه:

الأول: إن الزمان والمكان من خصوصيات العين الدخيلة في ماليتها، فإن الماء في مفازة الحجاز غير الماء على الشاطئ، والثلج في الشتاء غير الثلج في الصيف، فإذا أخذ الماء في المفازة والثلج في الصيف تكون خصوصية الزمان والمكان في عهدة الضامن ولا يكون ردهما في الشاطئ والشتاء أداء للمأخوذ، فلا مناص عن رد القيمة أداء للخصوصيتين.

وفيه: - مضافا إلى أن لازم ذلك لزوم تدارك المالية إذا سقطت العين عن المالية، وتدارك النقصان إذا نقص المثل عن التالف من حيث القيمة، مع أنهم غير ملتزمين بذلك - أن الزمان والمكان ليسا دخيلين في المالية، بل أصل القيمة وترقيها ينشئان من كثرة الراغب وقلة الوجود، كما أن عدمها وتنزلها ينشئان من كثرة الوجود وقلة الطالب بلا دخل للزمان والمكان في ذلك، فإن الثلج في الصيف إذا كثر لو قل طالبه تنقص ماليته أو يسقط عنها، وهو في الشتاء إذا قل وكثر راغبه يصير غالبا. فالمعيار ما ذكرناه. وبالجملة: سقوط المالية تارة يكون من جهة نقص في ذلك الشيء كما إذا صار الثلج ماء، وأخرى يكون من جهة عدم احتياج الناس لأجل كثرة وجوده أو غير ذلك مع بقاءه على ما هو عليه من الخصوصيات، ففي الأول يحكم بالضمان لعموم

١ - الوسائل باب ٢٠ - من أبواب الصرف حديث ٤.

أدلته، ولا يحكم به في الثاني.

الثاني: حديث لا ضرر (١) بتقريب: أن المأخوذ حين أخذه كان له مالية، فإذا رد مثله مع عدم المالية له من دون تداركها يكون ذلك ضررا على المالك، والحديث ينفيه.

وفيه: أنه لو كان مفاد الحديث ما اختاره بعض معاصري الشيخ الأعظم ره - وهو نفي الضرر غير المتدارك - تم ما ذكر، فإن لازمه ثبوت التدارك في موارد الضرر بالأمر به في الشريعة المقدسة، وإن كان ثبوت ضمان الأخذ على هذا الوجه أيضا لا يخلو من اشكال، فإن غاية ما يقتضيه هذا المسلك لزوم التدارك، أما كون المتدارك هو الأخذ فلا يدل عليه، فليكن التدارك من بيت المال. ولكن قد حققنا في محله ضعف المبني، وأن الحديث إنما ينفي الأحكام الضرورية ولا يثبت به حكم، فلا يثبت به الضمان في المقام.

الثالث: ما أفاده المحقق الأصفهاني ره، وهو: أن دليل وجوب رد المثل إنما يكون دليلا على التضمنين والتغريم، فلا بد من رعاية حيثية المالية، إذ المال التالف لا يتدارك إلا بالمال. ثم قال: ومنه تبين الفرق بين سقوط العين عن المالية وسقوط المثل عن المالية، فإن رد الملك بلحاظ ملكيتها لا بلحاظ ماليتها، لكن التضمنين والتغريم بلحاظ ماليتها، فيجب حفظ المالية في الثاني دون الأول. ولكن يرد عليه قده أمران: الأول: أنه لا فرق بين العين والمثل، ووجوب رد كليهما إنما ثبت بعموم على اليد، وهو بالنسبة إليهما على حد سواء، فلو قلنا بلزوم غرامة المالية في المثل لا مناص عن القول به في العين.

١ - الوسائل - باب ١٢ - من أبواب كتاب احياء الموات وغيره من الأبواب.

الثاني: إن أدلة الضمان إنما تدل على وجوب رد العين مع وجودها، والمثل بعد تلفها إن كان مثليا، وقد تقدم أن المماثلة المعتبرة هي المماثلة من حيث الحقيقة، وحيث إن المالية ليست صفة في العين أو المثل، فلا وجه لضمانها. وإن شئت قلت: إن العين بعد تلفها إنما تكون في العهدة إلى حين الأداء، وهي على الفرض لا مالية لها حينه، فلا وجه لأدائها.

فتحصل: أن الأظهر بحسب القواعد ما اختاره صاحب الجواهر ره واحتمله في القواعد من أنه إذا سقط المثل عن المالية لا ينتقل الفرض إلى القيمة بل يكفي رد المثل.

قال الشيخ: ثم إنه لا فرق في جواز مطالبة المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره، ولا بين كون قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف وفاقا لظاهر المحكي عن التحرير والتذكرة والايضاح والدروس وجامع المقاصد. انتهى.

أقول: لا ينبغي التوقف في جواز مطالبة المالك لماله من العين أو المثل في أي مكان كان لعموم الناس مسلطون على أموالهم (١) وكذا لا اشكال في وجوب رد العين إذا كانت موجودة، والمثل إذا كانت قيمته في مكان المطالبة مساوية لقيمته في مكان التلف، إنما الكلام فيما إذا كانت قيمته في مكان المطالبة أزيد من قيمته في مكان التلف، وفيه وجوه وأقوال:  
الأول: وجوب رده على الضامن.  
الثاني: عدم وجوبه.

١ - البحار ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث.



منفي بالتعذر فوجب القيمة جمعا بين الحقين.  
وفيه: أن الامتناع عن أداء القيمة إنما يكون ظلما إذا كان حقه هو القيمة في  
فرض تعذر المثل، وإلا فلو كان حقه هو المثل فهو بنفسه متعذر لا أنه ممنوع عن  
حقه، فثبوت الاستحقاق به دوري.

الثاني: ما أفاده السيد في الحاشية والمحقق النائيني ره، وهو: أنه للعين جهات  
ثلاث: الخصوصية الشخصية، والخصوصية النوعية، والحيثية المالية. فبمقتضى الأدلة  
وجب رد جميعها على الأخذ، فكما أنه إذا امتنع رد الخصوصية الشخصية لم يسقط  
وجوب رد الجهتين الأخيرتين، كذلك إذا امتنع رد الخصوصية النوعية لم يكن وجه  
لسقوط الجهة الثالثة، فيجب رد القيمة من هذه الجهة.  
وفيه: أن المالية الواجب ردها في المثلي إنما هي المالية الخاصة الموجودة في المثل،  
فوجوب رد مالية أخرى مجردة عن الخصوصية النوعية مع كون التالف مثليا يحتاج  
إلى دليل آخر.

الثالث: ما استند إليه السيد ره أيضا، وهو حديث لا ضرر (١) فإنه يدل على  
نفي كل حكم وجودي أو عدمي ينشأ منه الضرر في الشريعة، ومن تلك الأحكام هذا  
الحكم.

وفيه: أن لزوم الصبر على المالك وجواز تأخير الضامن بالقياس إلى المثل وإن  
كانا ضررين إلا أنهما عقليان ومن باب تعذر أدائه، وأما عدم لزوم أداء القيمة فهو لا  
يكون ضررا عليه، فإن الامتناع عما لا يستحقه لا يكون ضررا عليه، وأثبت حقه به  
دور واضح.

---

١ - الوسائل باب ١٢ - من أبواب كتاب احياء الموات وغيره من الأبواب المتقدمة إليها الإشارة.

الرابع: ما أفاده الشيخ ره أيضا، وهو قوله تعالى: (فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) (١) بتقريب: أن الضامن إذا ألزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يعتد عليه أزيد مما اعتدى.

وفيه: أن الآية على فرض دلالتها على الضمان، إنما تدل على لزوم الاعتداء بالمثل، ولا تدل على أن الاعتداء المأمور به هو ما لا يزيد على ما اعتدى عليه، وإلا لزم جواز المطالبة بالقيمة حتى مع عدم تعذر المثل.

والصحيح أن يستدل له بما تقدم من أن الشيء إذا لم يكن مثله كثيرا مبدولا فهو قيمي، من غير فرق بين التعذر في جميع الأعصار أو في عصر واحد ومن باب الاتفاق. فالمثلي المتعذر مثله قيمي، فللمالك مطالبة القيمة لأنها حقه. والغريب أن المحقق النائيني ره مع تصريحه بهذا في الأمر السابق لم يلتزم به في المقام، بل صرح بخلافه. فراجع.

المورد الثاني: في أنه إذا لم يطالب المالك فهل للضامن إلزام المالك بقبول القيمة أم لا؟ فيه وجهان بل قولان: أظهرهما الأول، فإنه بناء على ما عرفت في وجه لزوم أداء القيمة لو طالب المالك يكون حق المالك ثابتا في القيمة قبل المطالبة، فللضامن إلزامه بقبول حقه.

نعم بناء على ما أفاده الشيخ ره في وجه ذلك أولا ليس للضامن إلزامه بذلك، فإن الانتقال إلى القيمة إنما يكون من جهة الجمع بين الحقين، فإذا لم يطالب المالك لما كان وجه للانتقال.

وبهذا التقريب يظهر أنه لا يرد عليه ما ذكره المحقق الإيرواني ره من أنه إذا

١ - البقرة: الآية ١٩٤.

وهي: قيمة يوم الأخذ. قيمة يوم التلف. قيمة يوم الأداء. أعلى القيم من يوم الغضب إلى يوم التلف. أعلى القيم من يوم الغضب إلى يوم الدفع.

وإن قيل: إن المثل يصير قيميا، جاء فيه أيضا احتمالات خمسة، وهي: قيمة يوم الغضب، وهو يوم تلف العين، فإنه يوم غصب المثل، وكونه في الذمة إلى يوم اعواز المثل. قيمة يوم الاعواز باعتبار كونه يوم تلف المثل. أعلى القيم من يوم تلف العين الذي هو يوم غصب المثل إلى يوم اعواز المثل الذي هو يوم تلفه. أعلى القيم من يوم تلف العين إلى يوم الأداء.

وإن قيل: إن الجامع بينهما يصير قيميا، جاء فيه أيضا احتمالات خمسة، وهي: قيمة يوم الأداء. وقيمة يوم الغضب، وهو يوم غصب العين، إذا غصب القدر المشترك يكون بغصب العين. وقيمة يوم التلف، وهو يوم اعواز المثل، فإن تلف القدر المشترك يكون بتعذر المثل وعدم التمكن من أدائه وأعلى القيم من يوم الغضب إلى يوم الدفع. وأعلى القيم من يوم الغضب إلى يوم التلف.

وحيث إن احتمالين من احتمالات كون المثل قيميا - وهما الأولان - ينطبقان مع احتمالين من القول بكون المأخوذ قيميا - وهما الثاني والثالث - كما لا يخفى، واحتمالات أربعة من القول بكون الجامع يصير قيميا، وهي غير الأخير ينطبق مع احتمالات القولين الأولين، وإنما لا ينطبق خصوص الأخير من جهة أنه على هذا المسلك يكون هو الأعلى من يوم غصب العين إلى يوم الاعواز.

فالمتحصل من هذه المسالك: أن الاحتمالات التي لها وجه تسعة. وهناك احتمال آخر، وهو: كون المدار على قيمة يوم المطالبة بناء على أن انقلاب المثل إليها إنما هو حينها. هذه هو المحتملات التي لها وجه، وأما غير ذلك من الاحتمالات فإما لا أساس لها، أو لا تتفاوت بها القيمة مع المحتملات المذكورة.

الأول: في أنه هل تشتغل الذمة حين التلف بالقيمة في القيميات، أم تبقى العين في العهدة إلى حين الأداء؟ المشهور بين الأصحاب هو الأول، والحق هو الثاني لما تقدم في الأمر السابق من ظهور حديث علي اليد في ذلك.  
ولا ينافيه شيء من الأخبار، أما ما دل على الضمان فواضح، وأما النصوص المعينة للقيمة فلأن جملة منها مثل خبر السكوني عن الإمام الصادق (عليه السلام) الوارد في السفارة المطروحة الكثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين، فقال أمير المؤمنين (عليه السلام): يقوم ما فيها ثم يؤكل لأنه يفسد وليس له بقاء، فإن جاء طالبها غرموا له الثمن (١).

وخبر علي بن جعفر عن الإمام الكاظم (عليه السلام) في رجل أصاب شاة في الصحراء الدال على أنه يأكلها وإن جاء صاحبها يطلب ثمنها رده عليه (٢).  
ومرسل الصدوق عن مولانا الصادق (عليه السلام) في الطعام الذي وجد في مفازة، المتضمن أنه يقوم على نفسه لصاحبه فيرد على صاحبه القيمة إن جاء (٣). وغير ذلك من النصوص التي تكون بهذا المضمون، تكون في مقام بيان أن اللواجد ولاية على أن يبيع ما وجدته عن صاحبه لنفسه ويبقى الثمن في ذمته إلى أن يجيء صاحب المال، وأجنبية عن المقام بالمرّة. وجملة أخرى منها لا يستفاد منها أزيد من وجوب دفع القيمة حين الأداء، وهذا يلائم مع كون العين في العهدة.  
وأما ما ذكره الشيخ ره في عداد النصوص التي ادعى منافاتها لهذا القول بقوله:

- ١ - الوسائل - باب ٢٣ - من أبواب كتاب اللقطة حديث ١.
- ٢ - الوسائل - باب ١٣ - من أبواب كتاب اللقطة حديث ٧.
- ٣ - الوسائل - باب ٢ - من أبواب كتاب اللقطة حديث ٩.

---

حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور والظلم. الخبر (١).  
ومحل الاستشهاد فيه جمل ثلاث:  
الأولى: قوله (عليه السلام): نعم قيمة بغل يوم خالفته.  
والاحتمالات في اليوم ثلاثة:  
أحدها: أن يكون قيذا للقيمة، فتكون الصحيحة حينئذ ظاهرة في أن العبرة  
بقيمة يوم الغصب.

وذكر الشيخ ره في تقريب كونه قيذا لها وجهين:  
الأول: إضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه ثانيا، فيكون المعنى قيمة يوم  
المخالفة للبغل.

وفيه: أنه إن أريد بذلك إضافة المضاف نفسه إليه ثانيا، فمضافا إلى أنه لا معنى  
حينئذ لقوله فيكون اسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة، يرد عليه: أن الشيء  
الواحد لا يضاف إلى شيئين مرتين.

وبعبارة أخرى: المضاف إلى شيء لا يضاف ثانيا.

وإن أراد به إضافة مجموع المضاف والمضاف إليه، فمضافا إلى أنه لا يصح  
قوله: فيكون اسقاط... الخ، إذ لا دليل على أنه لا بد وأن لا يصدر جزء المضاف  
بحرف التعريف. يرد عليه: أن المجموع لتضمنه النسبة الإضافية التي هي من  
الحروف لا يضاف، إذ المعنى الحرفي لا يقع ظرفا. وبعبارة أخرى: الإضافة من  
خواص الأسماء والحرف لا يضاف.

الثاني: جعل اليوم قيذا للاختصاص الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل،

---

١ - الوسائل - باب ١٧ - من أبواب كتاب الإجارة حديث ١.

ولو علمه صنعة أو صبغه فزادت رجع بالزيادة ولو نقص ضمن  
النقصان كالأصل

ويرد عليه: - مضافا إلى ما تقدم من تطرق احتمالات في يوم خالفته الموجب  
لعدم صحة الاستدلال به، ومضافا إلى ما عرفت من أن المالية ليست مضمونة وداخله  
تحت على اليد - أن الظاهر من يوم خالفته هو أول يوم حدوث المخالفة.  
وأما المورد الثاني: فقد استدل لأن العبرة بيوم التلف بطائفتين من النصوص:  
الأولى: ما ورد في باب الرهن (١)، وقد تقدم في أول هذا التنبيه وعرفت أنه لا  
ينافي مع القاعدة. فراجع.  
الثانية: ما ورد في عبد أعتق بعضه، ففي خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله  
(عليه السلام) عن قوم ورثوا عبدا جميعا فأعتق بعضهم نصيبه منه كيف  
يصنع بالذي أعتق نصيبه منه، هل يؤخذ بما بقي؟ فقال (عليه السلام): نعم يؤخذ بما  
بقي (منه بقيمة يوم أعتق خ) (٢) ونحوه غيره.  
وفيه: أنه من المحتمل كون قوله يوم أعتق قيذا ليؤخذ لا للقيمة، وعليه فيدل  
على أن زمان توجه التكليف إنما هو من حين التعلق وساكت عن أن ما به الضمان هل  
هو قيمة يوم التلف أو يوم الأداء.  
فتحصل: أن الأظهر بحسب الأدلة كون الميزان قيمة يوم الأداء والدفع.  
وقد ظهر مما قدمناه: أنه لا خلاف (و) لا اشكال في أنه (لو علمه صنعة أو  
صبغة فزادت قيمته رجع بالزيادة ولو نقص ضمن النقصان كالأصل). والوجه  
فيهما ظاهر من ما قدمناه.

١ - الوسائل - باب ٧ - من أبواب كتاب أحكام الرهن.  
٢ - الوسائل - باب ١٨ - من أبواب كتاب العتق حديث ٦.

---

في محل الخروج.  
نعم في المقام مسألة أخرى، وهي: أنه إذا كانت القيمة في مكان أزيد من القيمة في مكان التلف والأخذ، هل للمالك أن يطالبها أم لا؟ وقد تقدم الكلام في ذلك.  
بدل الحيلولة

ثم إنه لا بأس بالتعرض لحكم ما لو لم تتلف العين ولكن تعذر الوصول إليها، فقد صرح غير واحد: بأنه في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة.

وتنقيح القول فيه بالبحث في جهات:

الأولى: أنه لا كلام في الضمان في صورة تعذر الوصول إلى ماله إذا صدق عليه التلف عرفاً للأدلة المتقدمة، وللنصوص الكثيرة الدالة عليه منطوقاً ومفهوماً الواردة في السرقة والضياع، ولا حاجة إلى نقلها.

إنما الكلام فيما إذا لم يصدق عليه التلف عرفاً، وقد استدل على الضمان - بمعنى لزوم دفع البديل المسمى عندهم ببديل الحيلولة - بوجوه:

الأول: قاعدة نفي الضرر (١) بدعوى أن صبر المالك إلى حين الوصول إليه ضرر عليه فجاز له إلزام الغاصب بالبديل.

وفيه: أن قاعدة نفي الضرر إنما تنفي الحكم الضرري وحكم الموضوع الضرري، ولا تدل على ثبوت حكم ولا على لزوم تدارك الضرر المتحقق كما حقق في

---

١ - راجع الوسائل - باب ١٢ - من أبواب كتاب احياء الموات وغيره من الأبواب.

محلّه.

الثاني: قاعدة اليد بدعوى أن أداء العين كما يكون بأداء بدلها عند تلفها يكون بأداء بدل الحيلولة.

وفيه: أن مفاد حديث على اليد (١) إن كان هو اشتغال الذمة بالقيمة عند التلف فعدم دلالة على الضمان ببطل الحيلولة واضح، وإن كان بقاء العين في العهدة إلى حين الخروج عنها فهو إنما يدل على لزوم أداء العين ما دامت موجودة وتدارك ماليتها بأداء حصة مماثلة لها بعد التلف. وبعبارة أخرى: ما دامت موجودة لا يكون أداء بدل الحيلولة أداء لها، ولذا لا تخرج عن ملك مالكةا، ولو كان ذلك أداء لها كان اللازم خروجها عن ملكه.

الثالث: إن في أدائه جمعا بين الحقين، بعد فرض رجوع البديل إلى الضامن لو ارتفع التعذر.

وفيه: أن الحق الثابت للمالك إنما هو بالإضافة إلى العين نفسها لا بد لها مع بقائها، مع أنه على فرض التنزل يمكن الجمع بين الحقين بوجه آخر وهو إلزام الضامن بالشراء، بل هذا الجمع أولى كما لا يخفى.

الرابع: قاعدة السلطنة (٢)، إما بدعوى السلطنة على مطالبة العين للتوسل بها إلى مطالبة البديل وأخذه، أو بدعوى أن من شؤون السلطنة على العين السلطنة على ماليتها. وبعبارة أخرى: للعين شؤون ثلاثة: من حيث الشخصية، ومن حيث الطبيعة النوعية، ومن حيث المالية. وتعذر مطالبة الأولى لا يمنع عن مطالبة غيرها. أو

١ - سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ - كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.  
٢ - البحار ج ١ - ص ١٥٤ الطبع القديم - ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.



---

إلزام المالك بأخذ البديل  
الجهة الرابعة: في الأحكام المتفرعة عليه بعد ثبوته.  
وتنقيح القول فيها في ضمن مسائل:  
الأولى: هل يكون دفع البديل حقا للضامن فله إلزام المالك بأخذه، أم ليس له ذلك؟

وقد استدل الشيخ ره على الثاني: بقاعدة تسلط الناس على أموالهم (١).  
وفيه: أن المراد بذلك أن كان هو السلطنة على الامتناع من قبول بدل الحيلولة،  
فيرد عليه: أن بدل الحيلولة إن صار ملكا له مع عدم مطالبته، فامتناعه عن قبوله  
كامتناعه عن قبول نفس العين لا يؤثر في عدم الخروج عن العهدة بدفعه، وإن لم  
يصر ملكا له فلا إضافة إليه كي يشمل دليل السلطنة.  
وإن كان المراد به السلطنة على الامتناع من أخذ بدل الحيلولة من جهة كونه  
بدلال عن ماله - . وبعبارة أخرى: السلطنة على الامتناع من أخذ بدل ماله - فيرد عليه:  
أن بدل الحيلولة إن قلنا إنه غرامة يدفعها الضامن وليس بإزاء العين، فلا يزاحم ذلك  
للسلطنة الثابتة للمالك على ماله. وإن قلنا له عوضا قهرا فدليل السلطنة لا يمنع عنه  
لا خصية دليله حينئذ من دليلها. نعم بناء على أن للمالك المعاوضة الاختيارية يتم  
ذلك، لكنه بمراحل عن الواقع.  
والحق في المقام اختلاف حكم المسألة باختلاف مداركه، إذ لو كان مدركه

---

١ - البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

من صيرورة العين المتعذرة ملكا للضامن فواضح، وأما على المسلك الآخر فلأنه قد خرج الضامن عن عهدة العين وادي ماليتها، فليس له بعد أدائها عهدة العين الثابتة بعلى اليد وغيره من أدلة الضمان، فلا شئ يقتضي الضمان. نعم إذا وضع يده عليها ثانيا أو على نمائها حصل الضمان. وبالجملة: بعد خروج الضامن عن عهدة العين يكون حاله بالإضافة إلى ذلك الملك حال غيره من الأجانب، وعليه فكون النماء حادثا في ملك المالك لا يقتضي ضمانه، كما أن اليد السابقة التي خرج عن عهدها لا تقتضي ذلك، فالأظهر عدم الضمان.

واستدل للقول الآخر: بأن المال حيث يكون باقيا على ملك مالكة وارتفعت ماليتها وقيمتها، فالضامن كما يكون سببا للحيلولة بين المال وصاحبه، يكون سببا للحيلولة بين تلك الزيادة والمالك، والغرامة المدفوعة تدارك للمالية قبلا لا المالية فعلا، فيجب تداركها. وفيه: أن هذه الحيلولة ليست حيلولة أخرى بل بقاء لتلك الحيلولة، والمفروض أنه خرج عن عهدها.

وإذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن فالقول قول البائع إن كان باقيا، وقيل: إن كان في يده، وقول المشتري إن كان تالفا، وقيل: إن كان في يده.

أن يقال: إن بناء العقلاء فيها إنما يكون مع مطالبة مالك العين، وأما بدونها ورضاء المالك بعدم رد العين لا بناء منهم على عود الغرامة، ففي الحقيقة يكون العود بالنسبة إلى المالك باختياره، وبالنسبة إلى الضامن لا باختياره بل باختيار المالك. اختلاف المتبايعين في قدر الثمن

مسألة: (وإذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن) سواء كان في الذمة أو معيناً في وجه (ف) ادعى البائع زيادته، والمشتري عدمها، كان (القول قول البائع) مع يمينه (إن كان) المبيع (باقيا) مطلقاً على المشهور. (وقيل) والقائل الإسكافي (إن كان) المبيع (في يده) أي في يد البائع، (وقول المشتري إن كان تالفا، وقيل: إن كان في يده).

وهو مذهب الأكثر كما عن التذكرة وجامع المقاصد، والأشهر كما عن الدروس، وفي الجواهر: على المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة، بل عن ظاهر الغنية وكشف الرموز: دعوى الاجماع عليه، بل هو صريح الخلاف.

وفي المسألة أقوال أخرى:

(١) إن القول قول المشتري لو كان مصب الدعوى الزيادة والنقصان، والتحالف إذا كان مصب الدعوى أن العقد وقع على الأقل أو الأكثر.

(٢) التحالف مطلقاً ثم الرجوع إلى ثمن المثل.

(٣) إنه لا بد من الرجوع إلى القرعة.

وتنقيح القول في المقام: إن مقتضى قواعد باب القضاء إن القول قول