ميزان الفقاهة

تأليف

آية الله العظمى السيد محمد باقر بن مرتضى

الدرچيلي الاصفهاني

المجلد الثاني والعشرون

اعداد

السيد صادق الحسيني الاشكوري

الطبعة الاولى



مِيزَانُ الفَقَاهَةِ

سرشناسه : درچه‌ای، محمدباقر بن مرتضی، ۱۲۶۴ - ۱۳۴۲ق.
عنوان و نام پدیدآور : میزان الفقاهة/ج ۲۲، تالیف محمدباقربن‌مرتضی الدرچه‌ای الاصفهانی؛ اعداد صادق الحسینی الاشکوری؛ بمساعدة محمد موسوی نژاد، محمدمهدی شیرخدائی.
مشخصات نشر : قم:مجمع الذخایر الاسلامیة ۱۳۹۶ .
مشخصات ظاهری : ج.
شابک : دوره ۰ – ۲۰۰ – ۹۸۸ – ۹۶٤ - ۹۷۸؛ ج ۲۲ : ۲ – ۲۲۲ – ۹۸۸ – ۹٦٤ - ۹۷۸
وضعیت فهرست نویسی : فیپا
یادداشت : عربی
یادداشت : کتابنامه
موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴
شناسه افزوده : حسینی اشکوری، صادق، ۱۳۵۱ - ، مصحح
رده بندی کنگره : ۵/۱۸۳BP /د۳۶ک۲ ۱۳۸۸
رده بندی دیویی : ۳۴۲/۲۹۷
شماره کتابشناسی ملی : ۶۲۶۰۶۹۱

ميزان الفقاهة

تأليف

آية الله العظمى السيد محمد باقر بن مرتضى

الدرجيلي الاصفهاني



اعداد

السيد صادق الحسيني الشكوري

بمساعدة

السيد محمد موسوي نژاد، الشيخ محمد مهدي شيرخداني

المجلد الثاني والعشرون

الفروع الفقهية والأصول المنطبق عليها

مجمع الذخائر الاسلامية – قم، ايران

الطبعة الأولى

١٤٣٩ هـ ق. ١٣٩٦ هـ ش. ٢٠١٨م

كليه حقوق اين كتاب تحت قانون كپى رايت بوده و ترجمه يا چاپ تمام يا بخشى از مطالب آن و نيز درج تمام يا بخشى از آنها در ضمن بانكهاى اطلاعاتى و تهيهٔ برنامه‌هاى رايانه‌اى يا استفاده مطالب و تصاوير در اينترنت، شبكه‌هاى اجتماعى و ديگر ابزار و ادوات، به هر نحوى، بدون اجازهٔ قبلى ناشر بصورت كتبى، ممنوع مى‌باشد.

©MAJMA AL-DAKAAIR AL-ISLAMYYAH, 2018

All rights reserved, No part of this book may be reproduced or translated in any form, by print, internet, social networks, photo print, microfilm, CDs or any other means without written permission from the publisher

مجمع الذخائر الاسلامية ـ قم ، ايران

ميزان الفقاهة ـ ج ٢٢

الفروع الفقهية والأصول المنطبق عليها

تأليف : آية الله السيد محمدباقر الدرچه اى الاصفهانى قدس سره الشريف

إعداد : السيد صادق الحسينى الاشكورى

تنضيد الحروف والامور الفنية : مجمع الذخائر الاسلامية

الطبعة الاولى : ٢٠١٨ م (١٤٣٩ ق – ١٣٩٦ ش)

مطبعة هوشنگى، تجليد: امين ـ قم المقدسة

الكمية : ١٠٠٠

ردمک : ج ٢٢ : ٢ – ٢٢٢ – ٩٨٨ – ٩٦٤ – ٩٧٨؛ دورة ٠ – ٢٠٠ – ٩٨٨ – ٩٦٤ – ٩٧٨

عنوان الناشر

رقم ١، فرع ٢٣، شارع آذر، مجمع الذخائر الاسلامية – قم المقدسة

هاتف: ٣٧٧٤٦٣٥٨ ٢٥ ٩٨ +

نقال: ٩٩١٩٣٧٠٤٢٠ ٩٨ +

عنوان الموقع : www.mzi.ir www.zakhair.net

Email: info@zakhair.net

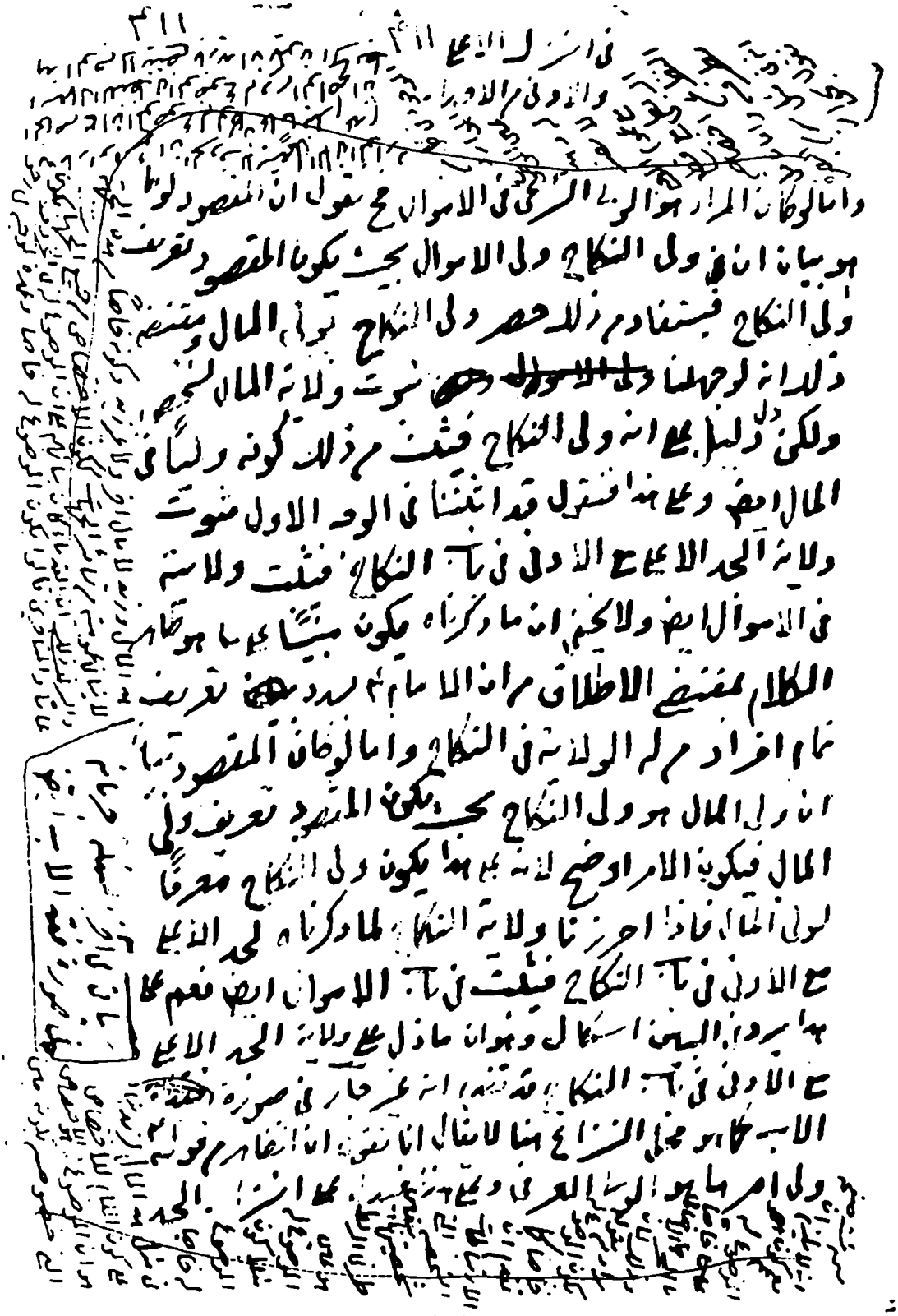
telegram: @alfehrest


بسم الله الرحمن الرحیم

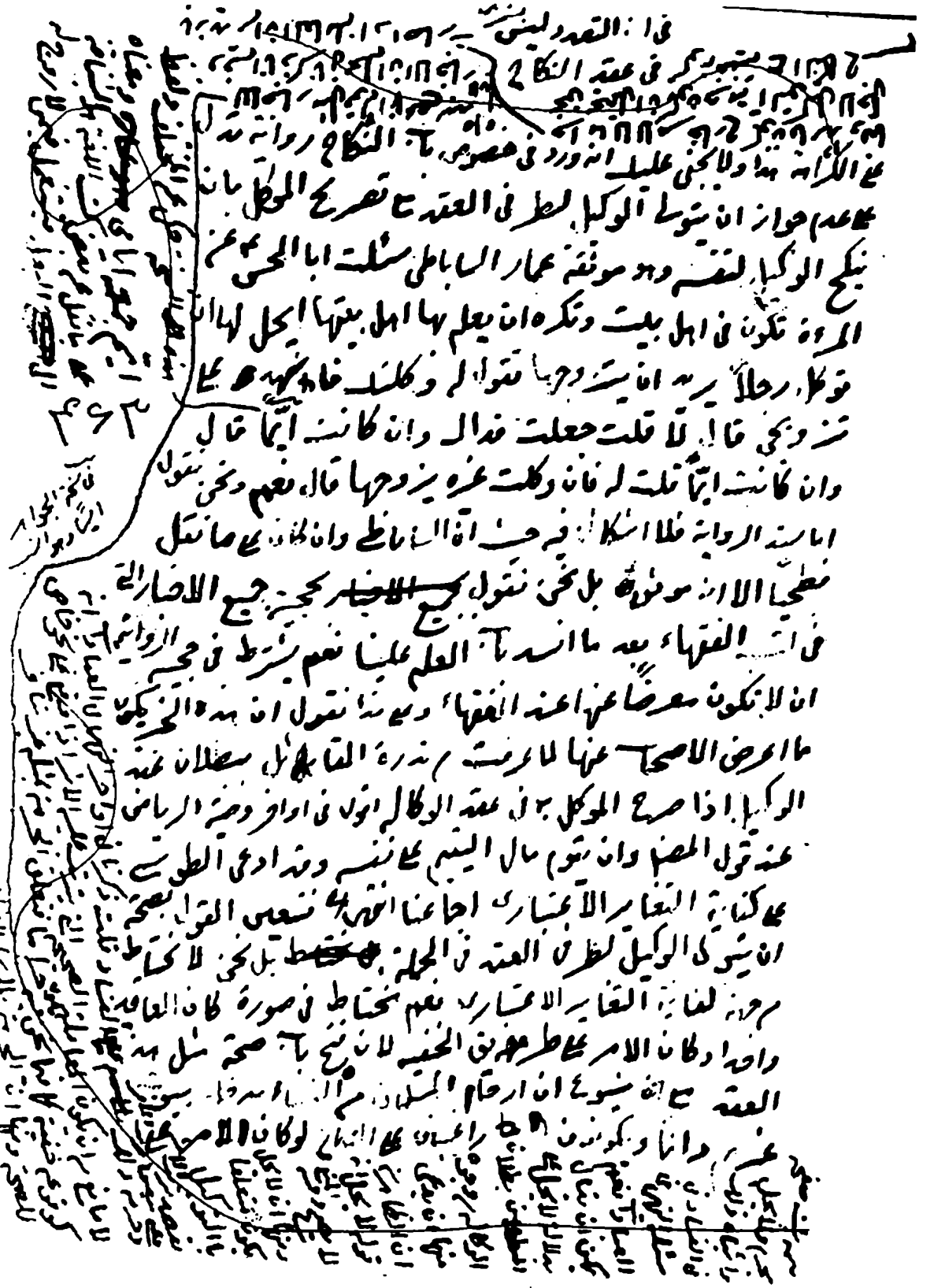
بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطاهرين

الثالث من الوجوه التي لحمل البيع على الصحيح الفعلية في صورة كان مصداق البيع الخارجي مردداً بين ان يكون صحيحاً فعلياً وبين ان يكون صحيحاً شأنياً وكان صحة الفعلية متوقفة على لحوق الاجازة وكان المزيد منا تيا مركوناً لفظ البيع المذكور في العقد شركة لفظية بين مال البايع ومال غيره فالوقال بعت غانماً وكان المال واحداً منه ومن غيره عبداً مسمى بالغانم هو اصالة الصحة الجارية في افعال المسلمين ورد به الوجه بما ذكره الشيخ في مسئلة اعانة الصحة في آخر الاستصحاب من ان هذا الاصل انما يثبت صحة الفعل اذا رجع الشك في بعض الامور المعتبرة شرعاً في صحته بمعنى ترتب الاثر المقصود منه عليه فصحة كل شئ بحسبه وعلى هذا فعقد الفضولي ايضاً صحيح بمعنى صحة ان لو تعقبه الاجازة فيصير صحيحاً بالفعل فصحة كل شئ بحسبه وعلى هذا فليس امر العقد دائراً بين الصحة والفساد حتى يحرز صحته باصالة الصحة بل انما يكون امره دائراً بين ان يكون صحيحاً فعلياً او صحيحاً شأنياً وليس شأن اصالة الصحة تعيين ان يكون صحيحاً فعلياً وقد تقدم ذلك بما لا مزيد عليه في العقد الفضولي وان قلنا بثبوت الصحة الثانية له

الصفحة الأولى من هذا المجلد بخط السيد الدرچهاى



صفحة أخرى من المخطوطة بخط السيد الدرجماى



صفحة أخرى من المخطوطة بخط السيد الدرجهاى

الفروع الفقهية

والأصول المنطبق عليها

في أصالة الصحة

/٢٥/ بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصلّى الله على محمد و آله الطاهرين[١]

[حمل البيع على الصحة الفعلية]

الثالث من الوجوه الّتي لحمل البيع على الصحة الفعلية* في صورة كان مصداق البيع الخارجي مردداً بين أن يكون صحيحاً فعلياً وبين أن يكون صحيحاً شأنياً

---

١) يقول مصحّح هذا الكتاب الشريف - صادق ابن السيد أحمد الحسيني الاشكوري -: بما أننا نصحّح القسم الفقهي من هذه الموسوعة فقط أو بتعبير أدقّ ماسوى الأصولية منها حتى تشمل العقائدية والمتفرقة من المباحث أيضاً، و كذا ندرج القواعد الفقهية، والمباحث الأصولية التي لم تستقل بالبحث، وجاء بها المؤلف قدس سره الشريف في مطاوي كلماته كثيراً لإثبات شيء من مباحثه.

فعلى أي حال، فلم يندرج هنا قسمٌ من أول هذه الكراسة، وندرج سطوراً منها، لكي يمكن التطبيق بين المخطوط والمطبوع:

/١/ ***اعتبارين كما سيتضح بُعيد ذلك إن شاء الله.***

فقولنا: إنّ مقدمة الواجب واجبة يكون المراد ان من يريد ذا المقدمة له من أن يريد المقدمة أيضاً وان لم يكن ملتفتاً إلى المقدمة فملاك الطلب يكون فيه موجوداً.

... /٢٠/.. ***وأمّا الثالث: وهو أن يكون المعنى الحرفي من قبيل الانشاءات فوجوده في الأفعال كما في صيغة الأمر الحاضر مثل افعل، ووجوده في الأسماء كما في أسماء الإشارة، ووجوده في الحروف فكما في ما يدل منها على الأسماء: الاستفهام والتمني والترجي، مثل لفظ هل وليت ولعل إلى غير ذلك. ثم لنعرض هنا لبيان حقيقة معنى الإنشاء حتّى يظهر حقيقة الحال إن شاء الله تعالى.*** / ٢١ - ٢٤ / بياض في المخطوطة / ٢٥ /.

ثم بدأ المصنف قدس سره بمباحث أصالة الصحة كما في المتن.

*) ***قد تعرضنا لبعض ما يرتبط بهذه المسألة في مسألة ولاية عدول المؤمنين. (منه قدس سره).***

وكانت[١] صحته الفعلية متوقفة على لحوق الإجازة، وكان الترديد ناشياً من كون لفظ المبيع المذكور في العقد مشتركاً لفظياً بين مال البايع ومال غيره، كما لو قال: بعت غانماً، وكان لكل واحد منه ومن أخيه عبد مسمّى بالغانم، هو أصالة الصحة الجارية في أفعال المسلمين.

وردّ هذا الوجه بما يذكره الشيخ ﷺ في مسألة أصالة الصحة في آخر الإستصحاب من: «أنّ هذا الأصل إنّما يثبت صحة الفعل إذا وقع الشك في بعض الأمور المعتبرة شرعاً في صحته بمعنى ترتب الأثر المقصود منه عليه، فصحة كلّ شيء بحسبه»[٢].

وعلى هذا، فعقد الفضولي أيضاً صحيح ومعنى صحته أنّه لو تعقّبه الإجازة، يصير صحيحاً، لأنّ صحة كل شيء بحسبه.

وعلى هذا، فليس أمر العقد دائراً بين الصحة والفساد حتّى يحرز صحته بأصالة الصحة، بل إنّما يكون أمره دائراً بين أن يكون صحيحاً فعلياً أو صحيحاً شأنياً، وليس من شأن أصالة الصحة تعيين أنّه يكون صحيحاً فعلياً.

وقد يجاب عن ذلك بأنّ العقد الفضولي وإن قلنا بثبوت الصحة الشأنية له /٢٦/ إلّا أن العلماء يسمّونه بالفاسد؛ فلذا لو دار الأمر بينه وبين غيره، فيكون ذلك عند العلماء من قبيل دوران الأمر بين الصحة والفساد، لا أنّه من قبيل دوران الأمر بين أحد الصحتين، حتّى يقال: إن أصالة الصحة لا يحرز أحدهما.

أقول: وفيه: أن إطلاق الفاسد على الفضولي في كلماتهم وإن كان كثيراً ـ كما يظهر ذلك من كلماتهم في مسألة تتبع العقود على ما شرحنا كلماتهم هناك وفي غير ذلك من موارد النزاع الّتي يكون النزاع هناك بين الصحة الفعلية والفضولية كما سيتلى بعض منها عليك إن شاء الله تعالى ـ، إلّا أن مرادهم نفي الصحة الفعلية، لا أنّه لا يطلق عليه الصحيح. ولذا يطلقون الصحيح أيضاً عليه في كثير من كلماتهم، كما في أوّل عقد الفضولي[٣] حيث ينازعون في كونه صحيحاً أم لا، إلى غير ذلك من موارد

---

١) في المخطوطة: كان.

٢) فرائد الأصول ٣٦٣/٣، المسألة الثالثة: أصالة الصحّة، التنبيه الثالث.

٣) انظر: مصباح الفقاهة للسيد الخوئي ٦٤٣/٢.

كلماتهم.

وعلى هذا، فالقائلون بصحة الفضولي إذا أطلقوا الفاسد عليه، يكون مرادهم نفي الصحة الفعلية بمعنى المؤثر الفعلي، من دون أن يتوقف تأثيره على شيء آخر. ولا ينافي ذلك مع إطلاق الصحيح أيضاً بمعنى المؤثر الشأني المتوقف فعليته على الإجازة.

نعم، يظهر من بعض كلمات الجواهر وغيره أنّه يعامل مع الفضولي معاملة الفاسد، فإذا دار الأمر بين كون العقد فضولياً أم غير فضولي، يحرزون عدم كونه فضولياً بأصالة الصحة في فعل المسلم.

[كلام صاحب الجواهر في المقام]

ومن جملة الموارد الّتي يستظهر ذلك من الجواهر قوله في مسألتنا والمسألة الآتية وهو ما لو قال «بعت نصف الدار» وكان له نصفه حيث يقول في ضمن كلماته: «بل لم يجعل الشارع صحة التصرف قرينة في المجازات..[1]» اه؛ /٢٧/ فإنه يستفاد من ذلك أن أصالة الصحة يكون مقتضاه هو الصحة الفعلية، وإلاّ لم يكن لها اقتضاء في هذا المقام حيث يكون الأمر دائراً بين الفضولية والصحة الفعلية.

وأيضاً يستظهر ذلك مما ينقله الجواهر[2] عن جامع المقاصد[3] في كتاب الرهن في صورة أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن ورجع، ثمّ اختلفا، فقال المرتهن: رجعت قبل البيع، وقال الراهن: بعده، حيث يقول جامع المقاصد: إن القول قول الراهن للأصل، مع اعتضاده بأنّ الأصل في البيع الصحة واللزوم.

---

١) جواهرالكلام ٣١٦/٢٢، في أن: لو أراد المشتري رد الجميع كان له ذلك.

٢) جواهر الكلام ٢٦٤/٢٥، كتاب الرهن، المقصد الثالث: في النزاع في الرهن. المسألة السادسة: إذا أذن المرتهن للراهن في البيع ورجع، ثم اختلفا في ذلك.

٣) جامع المقاصد ١٦١/٥، الفعل السابع في تنازع الراهن والمرتهن لو اختلفا في تعيين العين المرهونة.

[التناقض الظاهري في كلام صاحب الجواهر]

هذا كله ، إلاّ أنّه يستظهر من كثير من كلمات صاحب الجواهر وغيره عكس ذلك أيضاً وأنه في صورة دوران الأمر بين الفضولي وغيره أنّه لا يحرز عدم كونه فضولياً بأصالة الصحة ، وذلك لأنّه يورد صاحب الجواهر والمسالك[١] على هذا الكلام من جامع المقاصد الّتي نقلناه بأنّه « مبني على أنّ الشك في صحة العقد إنّما وقع في المانع الّذي هو الرجوع قبل البيع ، لا في حصول الشرط الّذي هو الإذن »[٢] ؛ إنتهى .

بل يظهر من هذا الكلام من الجواهر[٣] أنّه يريد أن يقول : إن عدم جريان أصالة الصحة لإثبات الصحة الفعلية في صورة يكون الصحة الفعلية متوقفة على شرط غير محرز حين العقد مما لا إشكال فيه وإن صاحب جامع المقاصد تخيّل أنه يكون الشك هنا في المانع ، لا في الشرط* .

ولا يخفى أنّ هذا الكلام من الجواهر موهم بأنّ الشرائط لا يحرز بأصالة الصحة مطلقاً ، ولكن ليس هذا هو المراد** ، لأنّ الشرائط إذا لم يكن إحراز هنا إلاّ حال المشروط ، يحرز بأصالة الصحة قطعاً .

ومن جملة الموارد الّتي يعلم من الجواهر ذلك أيضاً ما ذكره في كتاب /٢٨/

---

١) مسالك الإفهام ٧٨/٤، كتاب الرهن ، المقصد الثالث : في النزاع في الرهن ، المسألة السادسة .

٢) جواهر الكلام ٢٦٦/٢٥ كتاب الرهن ، المقصد الثالث : في النزاع في الرهن ، المسألة السادسة .

٣) جواهر الكلام ٢٦٦/٢٥ (نفس المصدر) .

*) ***الصحة الشأنية عبارة من أن يكون للعقد مثلاً قابلية فعلية التأثير بعد وقوعه .***

وعلى هذا ، فالمانع لو كان موجوداً ، فليس في البين قابلية فعلية التأثير بعد وقوعه . فأصالة الصحة يحرز عدم المانع .

وأما الشرط : فتارة يمكن إحرازه بعد العقد فالحمل على الصحة الشأنية لا يحرز مثل هذا الشرط ، كالإذن .

وهذا بخلاف الشرط الّذي لا يمكن إحرازه بعد العقد .

ولعل نظر المسالك والجواهر إلى ذلك ، فلا شبهة كلاهما بأنّ الشرط لا يحرز بأصالة الصحة . (منه قدس سره) .

) ***فيه : أن الكلام المنقول من المسالك والجواهر يناقش عليه ويدعى أنّه يحرز الصحة الفعلية . فراجع آخر كتاب الرهن . (منه قدس سره) .*

النكاح قبل الشروع في أسباب التحريم في مسألة ما «إذا زوّج الأجنبي امرأة، فقال [الزوج]: زوّجك العاقد من غير إذنك، فقالت: بل أذنت»، فإن المحقق ﷺ يقول: إن القول قولها لأنها تدعي الصحة[١].

ويقول في الجواهر في شرح هذه العبارة: «أما على القول ببطلان الفضولي، فواضح»؛ يعني لدوران الأمر بين الصحة الفعلية والفساد رأساً.

«وأما على القول بصحة الفضولي، فإنه يدعي فسادها بالكراهة المتأخرة وهي تدعي صحته بالإذن السابق»[٢]؛ إنتهى.

ويستفاد من ذلك أنّه لو لم يكن في البين كراهة متأخرة، فلا يحمل على الصحة.

نعم، يستفاد من هذا الكلام أنّه إذا تعذر الصحة الشأنية، فحينئذٍ يحمل على الصحة الفعلية. وسيأتي الكلام من هذه الجهة ـ إن شاء الله تعالى ـ.

وأيضاً يقول: «ولو ادعى الزوج إذنها متقدماً على العقد أو متأخراً، فأنكرت، فإن كان قبل الدخول قدّم قولها مع اليمين، لأنّ الإذن من فعلها، فلا يعلم إلاّ منها، والأصل لا يعارض بأصالة الصحة هنا، إلاّ على القول ببطلان الفضولي»[٣]؛ إنتهى.

وهذا الكلام صريح فيما ادّعيناه.

[دوران الأمر بين الصحة الفعلية وكونه فضولياً]

وإذا عرفت هذا، فلنرجع إلى ما كنّا فيه من الإيراد على ما نقلناه من أنّ الفضولي عند العلماء يكون فاسداً، فلابدّ أن يحمل العقد على الصحيح الفعلي إذا دار أمره بين الصحة الفعلية وبين كونه فضولياً، **فنقول**: يرد عليه:

أولاً أنهم وإن أطلقوا الفاسد عليه، إلاّ أنّ مرادهم أنّه ليس مؤثراً فعلياً، لا أنّه لا

---

١) انظر: شرائع الإسلام ٥٠٦/٢، كتاب النكاح، الفصل الثالث، الثاني: في اللواحق، مسائل ثلاث: الثالثة.

٢) جواهر الكلام ٢٣٦/٢٩، كتاب النكاح، الفصل الثالث، الثاني: في اللواحق، مسائل ثلاث؛ المسألة الثالثة: إذا ازوج الأجنبي إمرأة واختلف الزوجان.

٣) جواهر الكلام ٢٣٧/٢٩، كتاب النكاح، الفصل الثالث، المسألة الثالثة: إذا زوج الأجنبى إمرأة واختلف الزوجان.

يطلق الصحيح عليه بلحاظ آخر ـ كما تقدم تفصيله ـ.

وثانياً لو كان المراد من دعوى أن العلماء يطلقون الفاسد عليه، إثبات أنهم يقولون: /٢٩/ في دوران الأمر بين الصحيح الفعلي وبين الفضولي وأنهم يحملون الفعل على الصحيح الفعلي، فهذا لما عرفت من تصريحهم بخلافه، سوى ما يستظهر من العبارة الأولى من الجواهر وسوى ما يستظهر من عبارة المحقق الثاني في كتاب الرهن.

أما عبارة صاحب الجواهر، فلابدّ أن يؤول لما قد عرفت من تصريحه بخلافه في غير العبارة الأولى.

وأمّا عبارة المحقق الثاني، فقد عرفت أن صاحب الجواهر يؤولها وهو قابل للتأويل لإمكان أن يقال: إنّ الشك في حرف المانع وإن كان فيه أيضاً كلام، كما سيوضح ـ إن شاء الله ـ.

وثالثاً نقول: من جهة إجراء أصالة الصحة لا فرق بين أن يحرز العقد ويشك في لحوق الإجازة به أو يحرز العقود الّتي يكون القبض شرطاً لصحتها ويشك في لحوق القبض به، مع أنّه سيأتي أنّه يكون القريب من الإجماع من أنّه لا يحرز القبض بإجراء أصالة الصحة في العقد.

فهذا يكشف من أنّ العلماء في صورة دوران الأمر بين الصحة الشأنية والفعلية، لا يحملون العقد على الصحة الفعلية.

ورابعاً ـ وهو العمدة ـ: إن الدليل على حجية أصالة الصحة لا يقتضي بأزيد من أن كلّ فعل يصدر من المسلم ويكون قابلاً لأنْ يقع على وجهين، وقد رتّب الشارع أثراً على أحدهما دون الآخر، لابدّ من أن يحمل على الوجه الّذي رتّب الشارع الأثر عليه؛ لكن أثر كل شيء بحسبه.

مثلاً أثر عقد المسلم أنّه لو تعقّبه القبض، فيحصل النقل، فلا يترتب الأثر المترتب على العقد مع القبض /٣٠/ على مجرد العقد ـ كما سيأتي توضيح ذلك إن شاء الله مع الإشارة إلى دليل القاعدة ـ.

[حمل العقد على الصحيح الفعلي]

بقي الكلام في التفصيل الذي استفيد من عبارة الجواهر ﷺ في باب النكاح واختاره الأستاد ـ سلّمه الله ـ من أنّه لو كانت الصحة الشأنية أوّلاً موجودة في العقد ولكن تعذر ذلك، فحينئذٍ يحمل العقد على الصحيح الفعلي، كما إذا باع فضولة ثمّ ردّه المالك بعد يومين، ونحن نحتمل إجازته قبل الرد، فإن هنا يحمل العقد على الصحيح الفعلي لتعذر الصحة الشأنية هنا.

وعلى هذا، ففي أصل مسألتنا ـ وهو ما لو قال: بعت غانماً، وكان لفظ الغانم مشتركاً بين عبده وعبد أخيه وتردّد مراده من أنّه هل يكون مراده من لفظ الغانم هو عبد نفسه أو عبد أخيه ـ نقول: لو كان أخيه حيّاً ولم يردّ العقد، فلا يحرز بأصالة الصحة أنّه أراد عبد نفسه أو عبد أخيه.

وأمّا لو مات أخيه قبل الإجازة مثلاً، فهنا نعيّن بأصالة الصحة أن البيع كان لنفسه وأنه أراد من لفظ الغانم عبد نفسه.

[مدرك أصل القاعدة]

وتحقيق المقام يتوقف على التكلم في مدرك أصل هذه القاعدة، **فنقول**: إنّ الصحة يكون لها ثلاث مراتب:

الأولى: هو التأهلية الصرفة، بمعنى أنّه يكون الشيء بحيث لو اجتمع فيه الشرائط وارتفع عنه الموانع والتحق به سائر الأمور المعتبرة في تأثيره الفعلي، لأثر أثراً فعلياً وهذا المعنى من الصحة يكون موجوداً مع القطع بعدم إمكان أن يؤثر، لأنّ الشرطية يصدق مع القطع بانتفاء طرفيه في الخارج.

وعلى هذا، فالعقد الصادر من الصبي صحيح بهذا المعنى، لأنّ معنى صحته أنه لو لم يكن فيه مانع صدوره عن الصبي وكان صادراً من البالغ، لأثر أثراً / ٣١ / فعلياً وهذا المعنى من الصحة يكون موجوداً في هذا العقد الصادر من الصبي. وإطلاق الصحة على هذا المعنى يفهم من الشيخ في التنبيه الثامن الّذي ذكره في

الإستصحاب[1] وغيره من متفرقات كلماته ، حيث يقول هناك : إن الصحة بمعنى ترتيب الأثر في أجزاء العبادة معناها كون الجزء بحيث لو ضمّ إليه الأجزاء الباقية مع الشرائط المعتبرة لالتام الكلّ .

إن قلت: إنّ الصحة بهذا المعنى لا يعقل أن يصير مشكوكاً ، والشيخ ﷺ يذكر هذا المعنى من الصحة هناك لبيان أنها غير نافعة ولو مع القطع بوجودها . وفيما نحن فيه يكون المفروض أنا نريد أن نحرزها بأصالة الصحة إذا شككنا فيها ، مع أنّ الشك فيها غير معقول ، وذلك لأنّ أصالة الصحة إنّما تجري في كل شيء أحرز وجوده في الجملة ، وإذا أحرز الوجود في الجملة ، فلا يكون هذا المعنى من الصحة مشكوكاً ، لأن نقول : إن هذا الشيء يكون بحيث لو اجتمع فيه الشرائط وارتفع عنه الموانع والتحق به سائر الأمور المعتبرة في تأثيره لأثر أثراً فعلياً ، فلا يمكن الشك في هذا المعنى من الصحة .

قلت: إذا صدر العقد من شخص وشككنا في أنّه كان بلفظ العربي أو الفارسي على القول باشتراط العربية في العقد ، نقول : ليس لنا أن نقول : هذا العقد لو اجتمع فيه الشرائط وارتفع عنه الموانع لأثر أثراً فعلياً ؛ لأنّه لو كان في الواقع بالفارسية ، لا يؤثر ولو اجتمع فيه تمام الشرائط وارتفع عنه تمام الموانع والتحق به كل ما هو شرط لتأثيره .

أقول: كون العربية /٣٢/ شرطاً لصحة العقد إنّما يصير بأن يكون العقد المشروط بهذا الشرط هو نفس المعاهدة الواقعة بين الشخصين .

وعلى هذا نقول : إنّ المعاهدة الواقعة بينهما لو اجتمع فيه شرط صحته وهو إظهار ما بلفظ عربي ، لأثر أثره .

وأمّا لو كان المشروط هو العقد العربي ، فيكون الشك في التالي الشرط المذكور في وجود المؤثر ، لا في صحته .

والحاصل أن هذا واضح لا يحتاج إلى بيان من أنّ الصحة بهذا المعنى لشيء ذي

---

١) فرائد الأصول ٢٥٦/٣، الأمر الثامن : هل يجري استصحاب صحة العبادة عند الشك في طروء مفسده ؟

أثر في الجملة بعد إحراز أصل وجوده ليست قابلة لأنّ يشك فيها.

[المراد من الصحة الشأنية]

الثانية: هو الصحة الشأنية، ومرادنا منها أن يكون الفعل له قابلية فعلية للتأثير، والصحة بهذا المعنى لا تتحقق إلاّ بعد وجود كلّ شرط وفقد كلّ مانع لابدّ من أن يكون موجودين حين العمل.

مثلاً صحة العقد عبارة عن كونه بلفظ عربي غير صادر عن الصبي أو صادر عن بالغ، إلى غير ذلك مما له مدخلية في عدم كون العقد لغواً فعلاً.

وعلى هذا، فإذا كان للعقد شرط، لابدّ من أن يوجد بعد العقد كالقبض في الصرف والسلم، أو أنّه يمكن إحرازه بعد العقد، كرضاء المالك كما في الفضولي. فلا ينافي عدمه مع وجود الصحة بهذا المعنى، فلا يحرز بإجراء أصالة الصحة بهذا المعنى في عقد البيع أو الصرف أنّه حصل القبض أو أذن قبل العقد أو بعده.

والصحة بهذا المعنى أيضاً مذكور في كلام الشيخ في آخر الإستصحاب في مسألة أصالة الصحة[1]، ويكون مدعاه أن أصالة الصحة لا يحرز بها إلاّ الصحة بهذا المعنى.

الثالثة: [هو] الصحة الفعلية بمعنى أمور الفعلي، وأصالة الصحة بهذا المعنى /٣٣/ لو جرى في العقد، يثبت بها أن العقد كان مجتمعاً لتمام الشرائط وفاقداً لتمام الموانع وأنه التحق به كل ما لابدّ أن يلتحق به، حتّى يؤثر فعلاً.

وعلى هذا، فيحرز القبض في السلم والصرف والهبة والإجازة في الفضولي بإجراء أصالة الصحة بهذا المعنى في العقد.

وإذا عرفت أن للصحة ثلاث معان*، فاعلم أن الأستاد ـ سلّمه الله ـ ادعى من أنّه إذا تمكنّا من إحراز الصحة بالمعنى الأوّل بواسطة أصالة الصحة، فلا نتعدى منه إلى الصحة بالمعنى الثاني، كما أنّه تعذر الصحة بالمعنى الأوّل، فحينئذٍ نحرز الصحة

---

١) فرائد الأصول ٣٦٣/٣، المسألة الثالثة: في أصالة الصحة، التنبيه الثالث، صحة كلى شيء بحسبه وباعتبار آثار نفسه.

*) *مراتب. (منه قدس سره).*

بالمعنى الثاني بواسطة أصالة الصحة ولا نتعدى منه إلى الصحة بالمعنى الثاني .

وإذا تعذر[ت] الصحة بالمعنيين الأوليين ، فحينئذٍ نحرز الصحة بالمعنى الثالث بواسطة أصالة الصحة .

ولنذكر مثال ذلك في الفضولي الصرف أولاً حتّى يعلم منه حال ما نحن فيه أيضاً ، **فنقول**: إذا جرى العقد الفضولي وشككنا في لحوق الإجازة به بعد ذلك وكان تحقق الإجازة من المالك بعد ذلك أيضاً ممكناً ، فحينئذٍ نقول : إنّ العقد المذكور لما يكون قابلاً للصحة الشأنية بعد ذلك ، فلا يثبت بأصالة الصحة بأزيد منها .

وأمّا لو لم يكن تحقق الإجازة من المالك بعد ذلك ممكناً ، كما لو مات المالك ، فحينئذٍ نقول : إنّ العقد المذكور ليس قابلاً للصحة الشأنية بمعنى القابلية الفعلية ، بل يكون أمره دائراً بين الصحة الفعلية والفساد رأساً ، فلابدّ أن يحمل على الصحة الفعلية لما تقدم من أنّه إذا تعذر الصحة الشأنية لفعل المسلم ولم يكن قابلاً إلا للصحة الفعلية أو الفساد ، فلابدّ من أن يحمل على الصحة / ٣٤ / الفعلية .

والدليل [على] ذلك هو العمومات الدالّة على حمل فعل المسلم على الصحيح مثل قوله عليه السلام «**ضع أمر أخيك على أحسنه**[1]» بتقريب أن المشتق حقيقة فيمن تلبّس بالمبدأ حال النسبة ؛ وزمان النسبة هنا هو زمان حمل الفعل على الصحيح ، لا زمان صدور الفعل من المسلم . والمفروض أن الفعل في زمان يصير مأموراً بحمله على الصحيح ، ليس قابلاً إلا للصحة الفعلية . فإذا صار مأموراً بحمله على الصحيح في تلك الزمان ، فلابدّ من أن يحمله على الصحيح الفعلي .

ونحن بهذا الوجه نصحّح جميع الأوقاف الواقعة في الأزمنة السابقة ، مع أنا نحتمل بطلانها من جهة موت الواقف قبل تحقق القبض الّذي هو من شرائط الصحة فيها .

ثمّ هذا كلّه فيما لو قلنا بكون الإجازة ناقلة وأنها تكون بمثل القبض في الوقف والهبة وغير ذلك في كونها شرطاً للصحة .

---

١) الكافي ٣٦٢/٢، كتاب الإيمان والكفر، باب التهمة وسوء الظن، ح ٣؛ وسائل الشيعة ٣٠٢/١٢، كتاب الحج، أبواب أحكام العشرة في السفر والحضر، ١٦١ باب تحريم تهمة المؤمن وسوء الظن به.

وأمّا على القول بكون الإجازة كاشفة نحمل العقد على الصحيح الفعلي مع الشك في لحوق الإجازة قبل ذلك ، سواء كان لحوق الإجازة بالعقد بعد ذلك ممكناً ، أم لا . وذلك لأنّ العقد على هذا ليس له صحة شأنية من بدو الأمر ، بل من بدو الأمر يكون أمره مردّداً بين الفساد رأساً وبين الصحة الفعلية ، لأنّه على فرض لحوق الإجازة به بعد ذلك يكون صحيحاً فعلياً من أوّل الأمر . وعلى فرض عدم لحوق الإجازة به بعد ذلك يكون فاسداً رأساً من أوّل / ٣٥ / الأمر .

ولا يخفى أنّه كما لا يتوقف الحمل على الصحة الفعلية على هذا التقدير ، على أن يصير لحوق الإجازة بعد ذلك متعذّراً ، كذلك ليس الحمل على الصحة الفعلية على هذا التقدير مبنياً على أن نقول : إنّ العبرة في الحمل على الصحيح على ما هو صحيح في زمان عند حمل فعله على الصحيح ، لا على ما هو صحيح عند زمان صدور الفعل من المسلِم ، وذلك لأنّه على القول بكون الإجازة كاشفة يكون الفعل من حين الصدور مردّداً بين أن يكون فاسداً رأساً أو صحيحاً فعلياً . وليس فيه احتمال أن يكون صحيحاً شأنياً ولو من حين صدوره .

هذا ، بل نحن نتعدّى عن ذلك كلّه ونقول : على القول بكون الإجازة كاشفة يحمل العقد على الصحة الفعلية ولو علمنا بأنّ الإجازة لم يلحق بعد به ، لكن إذا احتملنا لحوقها به بعد ذلك ، ووجهه واضح بملاحظة ما تقدم .

نعم ، قد يلزم التفكيك في الحكم بالصحة على هذا التقدير ، كما إذا كان المالك عالماً بأنّه لا يجيز ، فإنه لا يترتب آثار الصحة وغير المالك يترتب آثار الصحة ، ومثله غير عزيز .

[بيان حكم المسألة]

وإذا عرفت ما تقدم ، فلنشرع إلى بيان حكم مسألتنا ، فنقول : إذا علم أن المالك قال : بعت غانماً ، وكان الأمر مردّداً بين أن يكون مراده من الغانم هو عبد نفسه أو عبد غيره ، فهنا نقول : أما لو تعذر لحوق الإجازة ، فلا إشكال في أنّه يحكم بكون البيع لنفسه وأنه أراد بلفظ الغانم عبد نفسه ، لأنّه لو كان المراد / ٣٦ / منه هو عبد

الغير ، فليس للعقد صحة حين حمل العقد على الصحيح ، مع أنك قد عرفت أن العقد لابدّ من أن يحمل على الصحة الّتي يكون قابلة حين حمل فعله على الصحيح ، ولازم ذلك أن يكون مراده عبد نفسه ، فيكون العقد صحيحاً فعليّاً ؛ لأنّه ليس العقد قابلاً للصحة في تلك الزمان إلاّ أن يكون كذلك .

إن قلت: إنه يلزم على هذا تعيين الحادث بأصالة الصحة ، فيكون الأصل مثبتاً .

نعم ، في صورة علم أن العقد كان فضوليّاً وشككنا في تعقّبه بالإجازة ، لو أحرزنا الإجازة بأصالة الصحة ، يمكن أن يقال : إنّ الإجازة مأخوذة في معنى الصحة كسائر الشرائط ، فلا يصير الأصل مثبتاً لو أحرزناها بالأصل .

وهذا بخلاف ما نحن فيه ؛ فإنه من قبيل تعيين أحد الحادثين بالأصل وهو مثبت من غير إشكال .

قلت: أصالة الصحة من الأمارات ، فيكون مثبتها أيضاً حجة .

وأمّا لو لم يتعذر الإجازة من الغير ، فعلى القول بكون الإجازة ناقلة يمكن أن يقال من أنّه لا يحرز الصحة الفعلية ويحمل لفظ الغانم على عبد نفسه بأصالة الصحة ، لأنّ العقد على هذا قابل للصحة الشأنية ومع قابليته للصحة الشأنية لا يحمل على الصحة الفعلية .

ويمكن أن يقال من أنّه يحرز الصحة الفعلية على هذا التقدير ؛ لأنّ إجراء أصالة الصحة لإثبات كون العقد صحيحاً شأنياً وواقعاً للغير مما لا فائدة فيه حيث إنّه بعد الاجازة يقع المعارضة بين أن يصير للمالك أو للغير ، فيصير إجراء أصالة الصحة لإثبات الصحة / ٣٧ / الشأنية بلا فائدة ، فيتعين حمله على الصحة الفعلية من أوّل الأمر وكون البيع واقعاً لنفسه .

وأمّا لو قلنا بكون الإجازة كاشفة ، فحينئذٍ يجري أصالة الصحة ، ومقتضاها إثبات الصحة الفعلية ، سواء كان المراد من لفظ الغانم هو عبد نفسه أو عبد غيره ، فيقع التعارض بينهما ، فلا يثبت كون البيع لأحدهما أعني لنفس البايع أو للغير إذا تحقق الإجازة .

أقول: لنا فيما نقلنا أبحاث :

منها أنّ ما قال من أنه إذا تمكنا من إحراز الصحة بمعنى الأوّل ، فلا نتعدى منه إلى غيره ، **ففيه**: أنك قد عرفت أن الصحة بمعنى الأوّل لا يعقل الشك فيه حتى تحرزه بأصالة الصحة ، بل إذا بنيت على الإكتفاء به مع وجوده ، فلابدّ لك من أن لا تتعدى منه إلى غيره أبداً ؛ لأنّ الصحة بتلك المعنى يكون لكل شيء ذي أثر موجوداً دائماً ، مع أنّ هذا ينافي مع تمام الكلمات الّتي يذكر بعده ، حيث إنّ الصحة التأهلية في تمام الأمثلة الّتي يثبت الصحة الشأنية أو الفعلية لها تكون موجودة .

في دليل حمل فعل المسلم على الصحيح

ومنها أنّ ما ادعى من أنّ فعل المسلم لابدّ من أن يحمل على الصحيح عند الحمل بدليل قوله عليه السلام « **ضع أمر أخيك على أحسنه** » بالتقريب الذي ذكره ، ففيه ما فيه . وتوضيح ذلك يتوقف على أن نشير إلى مدرك القاعدة .

فنقول: قد ذكرنا في مسألة الماهوتية أنّ شطراً كثيراً من مصاديق هذه القاعدة يثبت بمثل قوله عليه السلام « **إن الدين أوسع من ذلك** »[1] وكثيراً من مصاديقها تصير /٣٨/ داخلاً تحت سائر القواعد* .

ولذا يحمل الفعل على الصحيح وأنه بعدُ لم نظفر على دليل يطمئن القلب في الركون إليه لإثبات نفس هذه القاعدة بعنوانها بحيث يدل على أنّ عمل المسلم أو الأعم منه لابدّ أن يحمل على الصحة إلا بناء العقلاء وبناء العقلاء أيضاً من جهة الحمل على الصحيح الفعلي أو الشأني ، ليس على نسق مثلاً في أصل مسألتنا وهو ما لو قال : بعت غانماً ، وكان لفظ الغانم مشتركاً لفظياً بين عبد نفسه وعبد غيره ، يحملون البيع على الصحيح الفعلي** ، وأن المراد هو عبد نفسه ، إلاّ في خصوص

---

١) قرب الإسناد: ٣٨٥، ح ١٣٥٨؛ من لايحضره الفقيه ٢٥٨/١، أحكام لباس المصلي ح ٧٩١؛ وسائل الشيعة ٤٩١/٣، كتاب الطهارة، أبواب النجاسات، ٥٠ باب طهارة ما يشترى من مسلم ومن سوق المسلمين، ح ٣/٤٢٦٣.

*) ***كما أوضحنا ذلك في مسألة أصالة الصحة الّتي كتبت في آخر الإستصحاب ، والتفصيل من جميع الجهات هناك . (منه قدس سره) .***

) ***فيه: أن ذلك من جهة الأخذ بظهور اللفظ وهو خارج عن محل الكلام ،كما لا يخفى على من راجع*

صورة يدعي البايع أن مرادي هو عبد الغير.

ويلقى في البين شبهة غريبة بأذهان الناس كما تقدم.

وأمّا إذا علموا بصدور العقد فضولة، فلا يحملون العقد على الصحيح الفعلي ولا يحكمون بصدور الإجازة من المالك ما لم يعلموا بصدورها منه، من غير فرق بين أن يكون الإجازة كاشفة أو ناقلة.

وأمّا العمومات، فنحن ذكرنا فيما كتبناه في آخر الإستصحاب في قاعدة أصالة الصحة أن شيئاً منها لا يدلّ على صحة هذه القاعدة.

نعم، بعض منها تدل على لزوم حمل فعل المسلم على الجائر وهي قاعدة أخرى.

في المشتق

بقي الكلام في أنّه لو أغمضنا عما ذكرناه هناك وقلنا: إن العمومات تدلّ على صحة أصل هذه القاعدة وأن فعل المسلم لابدّ أن يحمل على الصحيح. فهل تدل على أنّه لابدّ من أن يحمل على ما هو صحيح في زمان صدور الفعل من الفاعل أو على ما هو صحيح في زمان حمل فعله على الصحيح.

فنقول: /٣٩/ قد عرفت أنّه استدل للإحتمال الثاني بمثل قوله عليه السلام «**ضع أمر أخيك على أحسنه**» بتقريب أن المشتق لابدّ من أن يكون متلبّساً بالمبدأ في زمان النسبة، وذلك لأنّ إطلاق المشتق على الذات في زمان اتصاف الذات بالمبدأ حقيقة وزمان الإطلاق هو زمان نسبة الكلامية. وزمان نسبة الكلامية إما هو زمان النطق، كما في مثل: زيد قائم ويا عالم وأشباه ذلك، أو زمان وقوع حدث عليه. وذلك كما إذا تعلق فعل أو شبهه به، كما في مثل: ضرب زيد عالماً أو قائماً مثلاً، أو يضرب قائماً.

وكذا في مثل «أكرم العالم» زمان نسبة الكلامية إنّما هو زمان تعلق الطلب على المأمور وهو الزمان الّذي يجب عليه الإمتثال.

مسألة أصالة الصحة الّتي كتبتها في آخر الإستصحاب وأن دليل أصالة الصحة من بناء العقلاء وأدلة الحرج لا يعين أن العقد وقع على مال بنفسه أم غيره. (منه قدس سره).

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إنّ المشتق في الرواية هو لفظ « أحسنه » وأطلق ذلك على ذات هي عبارة عن فعل أخ المسلم ، فلابدّ من أن يكون فعل المسلم متّصفاً بوصف الأحسنية في زمان نسبة الكلامية ، وهو في ما نحن فيه الزمان الّذي يحمل فيه فعل المسلم على الصحيح ؛ لأنّه الزمان الّذي يتعلق الطلب على المكلف بحمل فعل المسلم فيه على الصحيح .

[ردّ المدّعى والرجوع عما ذكرناه]

هذا غاية ما تمكنّا من تقريب هذا المدعى فعلاً ، ولكن أظنه فاسداً، وذلك لأنه ليس في قوله عليه السلام « **ضع أمر أخيك على أحسنه** » إطلاق للفظ الأحسن على فعل المسلم حتّى نلاحظ أن نسبة الكلامية في أي زمان ، بل الحمل على الأحسن الّذي هو عبارة عن ترتيب آثارة يكون بتمامه نفس المأمور به ، فلم يوجد في البين إطلاق لفظ الأحسن على أي شيء حتّى نعين أن الإطلاق في أيّ زمان كان ، بل هنا لابدّ من أن نعيّن من أن الذي أمرنا بأن نحمله على الحسن أي شيء .

/ ٤٠/ ومن الواضح أنّه فعل المسلم والفعل ليس فعلاً إلا بلحاظ صدوره عن المكلف .

فعلى هذا ، لابدّ من أن نقول : إنّ فعل المسلم صدر منه على الوجه الأحسن ؛ يعني على الوجه الصحيح ، والمفروض أن الصحة الشأنية كانت موجودة لفعل المكلف حين صدوره عنه ، فلا وجه لأن نتعدى منها إلى الصحة الفعلي ؛ لأنه يحصل بانضمام شيء آخر إلى فعل المسلم وليس من نفس وجوه الفعل الّتي أحرزنا صدوره من المسلم .

[الكلام في الأوقاف السابقة]

ثمّ إنّه لم يكن هنا محل تفصيل هذه المسألة ، لأنّ ما ذكرناه هنا كان جملة معترضة ، وإلاّ لأوضحنا لك بعض الفضائح الّتي تكون في التقريب الّذي ذكرته لإثبات دلالة الرواية على أن فعل المسلم يحمل على الصحيح الفعلي ، لا الشأني .

وأمّا ما ادعي من أنّ الأوقاف السابقة نحن نصحّحها بهذا الوجه ؛ ففيه أيضاً ما لا يخفى :

أما أولاً ، فلأن الأوقاف السابقة لا دخل لها بما نحن فيه . وذلك لأنّا بعد لم نحرز فيها أن عقد الوقف قد جرى في البين حتّى نقول : إنا نحرز تحقق القبض قبل موت الواقف بإجراء أصالة الصحة في العقد ، حيث إنّ الصحة الشأنية ارتفعت من البين ، بل نحن كما نكون شاكّين في الأوقاف السابقة من أنّ القبض هل حصل قبل موت الواقف ، كذلك نكون شاكّين في جريان أصل عقد الوقف أيضاً بالنسبة إلى الأوقاف قبل دليل نحن نحرز أن العقد قد جرى في البين ، فبنفس تلك الوجه نحرز أن القبض قد حصل فيها / ٤١ / قبل موت الواقف أيضاً .

والحاصل أنّه بالنسبة إلى الأوقاف السابقة نحن لابدّ لنا من أن نثبت بأمارة معتبرة أن عقد الوقف والقبض قد تحقّقا في البين .

ثمّ بعد إحراز أصل وجودهما نحرز صحتهما بأصالة الصحة الجارية في أفعال المسلمين والأمارة على أصل تحقق الوقف هو معاملة الناس معها معاملة الوقفية ، فإن بناء العقلاء على الركون بمثل ذلك .

ومن هنا يجوز أن يقال : إن هذه الأمارة كما يثبت تحقق الوقف ، يثبت صحتها أيضاً . فإن الناس يعاملون معها معاملة الوقف بصحيح ، وبناء العقلاء على الزكاة بمثل ذلك* .

وأمّا ما ادعي من أنّه على القول بكون الإجازة كاشفة ، فنثبت الصحة الفعلية مطلقاً ، سواء احتملنا سبق الإجازة ، أو علمنا بأنّه لم يجز بعد ، إذا احتملنا صدور الإجازة منه بعد ذلك ، من غير فرق بين أن نقول : إن المدار في الحمل على الصحة على زمان صدور الفعل ، أو على زمان الحمل على الصحة ، ففيه : أيضاً ما لا يخفى ، لما عرفت من أنّا بعد لم نظفر على دليل لفظي على اعتبار أصل الصحة حتّى نتمكن من أن نتمسك بإطلاقه على إثبات أمثال ذلك ، بل الدليل عليها هو بناء العقلاء

---

*) قد ذكرنا له وجهاً آخر في مسألة أصالة الصحة . (منه قدس سره) .

وليس في بناء العقلاء فرق بين القولين ؛ لأنه على القول بكاشفية الإجازة أيضاً يكون المؤثر مركباً من شيئين ويكون أحد جزئيه ـ وهو لحوق الإجازة به ـ مما يكون خارجاً عن اختيار المتعاقدين وليس بناء العقلاء بأزيد من الحكم بتحقق كل شرط يكون داخلاً تحت اختيار المتعاقدين.

نعم، قد تقدم من أنّه لو كان أمر العقد مردّداً بين أن يكون العقد فضولياً /٤٢/ أم غير فضولي، فهنا يكون بناؤهم في الجملة على الحكم بعدم كونه فضولياً، كما تقدم.

وأمّا ما ادعي من أنّ أصالة الصحة من الأمارات[1]، ففيه: أنّه بناءً على ما قلنا من أن الدليل على اعتبارها بعنوانها هو بناء العقلاء، فحينئذٍ لابدّ أن يراجع حال العقلاء من أنهم يترتّبون اللوازم، أم أنهم يبنون على مجرد صحة ما أحرز وجوده حتى يكون بمثل الأصل.

والحق هو الثاني ؛ لأنّا لم نحرز بناء العقلاء بأزيد من هذا المقدار*. ومن التأمل فيما ذكرته يعلم حال كل شيء نقلناه عن الأستاد ـ سلّمه الله ـ؛ فتأمّل جيّداً.

[حكم القبض في السلم والصرف والوقف]

ثمّ لا يخفى أنّ القبض في السلم والصرف والوقف وغير ذلك يكون حاله كحال الإجازة على القول بكون الإجازة ناقلة. فإنه أيضاً شرط لصحة العقد ويكون قابلاً لأن يقع على وجهين:

صحيح، كما لو وقع قبل التفرق.

وفاسد، كما لو وقع بعده، كما إن الإجازة أيضاً كان لها حالتان، كما لو وقعت قبل الردّ وبعده.

---

١) انظر: نهاية الأفكار ٢٠/٤.

*) *قد تعرّضنا في مسألة أصالة الصحة ميزاناً آخر لذلك لأجل قاعدة الحرج. (منه قدس سره).*

[المسائل المتعلقة بالقبض في السلم]

فلا بأس من أنْ نتعرض لبعض المسائل المتعلقة بالقبض في السلم حتّى يعلم في ضمنها كلمات العلماء أيضاً في مثل المقام:

منها أنه قال في الشرايع: «إذا اختلفا ـ أي المسلَم والمسلَّم إليه ـ في القبض ـ أي قبض الثمن ـ، هل كان قبل التفرق أو بعده؟ فالقول قول من يدعي الصحة»[1]؛ إنتهى.

والمدعي للصحة هو من يقول بوقوع قبض الثمن قبل التفرق.

ولا يخفى أنّ الحكم بالصحة في مثل المقام فمسلّم، إلاّ أنّ كلمات العلماء مختلفة في بيان وجهه. وتمام ما اطلعنا مما ذكروه لبيان وجهه وجوه أربعة:

الأوّل ما يقوله الأستاذ ـ سلّمه الله ـ بناءً على ما اختاره / ٤٣ / قُبيل ذلك من أنّه تعذر الصحة الشأنية للعقد ودار أمره بين الصحة الفعلية والفساد رأساً، فهنا يحرز الصحة الفعلية لأصل العقد ويلزم من ذلك إثبات كون القبض قبل التفرق.

فالحاصل أن الدليل على صحة العقد هو أصالة الصحة الجارية في نفس العقد.

ثمّ إنّه يدعى أن ظاهر عبارة الشرايع أيضاً ذلك، حيث إنّ قوله: القول قول من يدعي الصحة، يكون مشعراً بأنّ وجه تقديم قوله، هو كونه مدعياً للصحة، فيكون قوله مطابقاً مع أصالة الصحة في العقد.

أقول: أما المبنى ذكر لإثبات الصحة الفعلية بإجراء أصالة الصحة في نفس العقد، فقد تقدم وهنه.

وأمّا عبارة المحقق، فمشعر بما يقوله في الجواهر[2] من أنّه يريد أن يجري أصالة الصحة في القبض؛ لأنّ عنوان كلامه كان فيه.

نعم، المحقق الثاني يجري أصالة الصحة في نفس العقد في نظير المقام، أو ما هو أدون منه على ما نقل عنه في الجواهر في كتاب الرهن، والشيخ ﷺ أيضاً ينقل

---

١) شرائع الإسلام ٣٢٢/٢، كتاب التجارة، في أحكام بيع السلف، السابعة.

٢) جواهر الكلام ٣٣٣/٢٤، المقصد الثالث: في أحكام بيع السلف، المسألة السابعة.

عنه ذلك في مسألة أصالة الصحة في آخر الإستصحاب[١] وهو أن المحقق الثاني في صورة إذن المرتهن للراهن في بيع العين المرهونة، ثمّ رجع عنه وشك في أن رجوعه كان قبل البيع أو بعده يجري أصالة الصحة في البيع ويثبت بذلك أن الرجوع كان بعده[٢].

وتحقيق هذه المسألة قد كتبته في آخر الإستصحاب، ونقل ذلك إنما كان لمجرد بيان أن المحقق الثاني يجري أصالة الصحة في نفس البيع في نظير المقام لإثبات الصحة الفعلية.

[استصحاب صحة العقد]

الثاني ما نسب إلى المسالك وغيره من استصحاب صحة العقد. ورُدّ ذلك بأن محل الدعوى إنّما صحة القبض وفساده، فلا وجه لإجراء الأصل في /٤٤/ نفس العقد.

إن قلت: إنّ النزاع في صحة العقد وفساده يرجع إلى النزاع في صحة القبض وفساده، بل النزاع حقيقة في صحة العقد، فيكون إجراء أصالة الصحة في العقد إجراء الأصل في أصل مصبّ الدعوى.

قلت: هذا الإستصحاب غير نافع، وذلك لأنّ الصحة الّتي كانت للعقد أولاً، هو الصحة الشأنية وأنت لو أردت أن تثبت بذلك الصحة الفعلية من جهة أن بقاء الصحة الشأنية إلى بعد زمان التفرق لا ينفك واقعاً عن الصحة الفعلية، **فيرد عليك:** أن هذا الأصل مثبت والأصول المثبتة ليست بحجة[٣]. وما سمعت من أنّ العلماء يقولون بحجية أصل المثبت، فإنما هو في الأصول العدمية.

وأمّا الإستصحاب الوجودي، فليس مثبتة حجة من غير إشكال وإن يظهر من

---

١) فرائد الاصول ٣٤٦/٣، المسألة الثالثة: في أصالة الصحة، مداركها، الاستدلال.

٢) انظر: جامع المقاصد ١٦٢/٥.

٣) انظر: فرائد الأصول ٢٣٣/٣، تنبيهات الاستصحاب، الأمر السادس. كفاية الأصول: ٤١٤، تنبيهات الاستصحاب، التنبيه السابع.

الشيخ في مسألة أصل المثبت كون ذلك أيضاً محل الخلاف، حيث يمثّل لأصل المثبت بمثل استصحاب حياة زيد مثلاً ليترتب عليه نبات لحيته[١].

أقول: لا يخفى أنّ مرجع الإشكال الأوّل إلى الإشكال الثاني، وذلك لأنّه لو أغمضنا عن الإشكال الثاني بأنّ نقول: إنّ استصحاب صحة العقد يثبت به تحقق القبض، فحينئذٍ نقول: لو كان مصبّ الدعوى هو نفس القبض، أيضاً يكون هذا الأصل كافياً؛ لأنّ المفروض أنّه يكون في البين أصل يثبت به صحة القبض وإن لم يكن نفس القبض مما يجري الأصل فيه مثلاً.

في معنى المدعي والمنكر

هذا، مع أنّه لو لم ننقل بكفاية ذلك، **فلا نقول**: لا وجه لإرجاع الدعوى إلى أصل صحة العقد وفساده. ولكن الظاهر من كلماتهم في كتاب القضاء أنّه ليس معنى المنكر /٤٥/ هو من يكون قوله مطابقاً للأصل بمعنى أن الأصل يكون جارياً فيه نفسه؛ بل المدار على أنّ يكون في البين ما يثبت مدعاه من أصل أو أمارة.

ثمّ إنّ ما ذكره من أنّ المثبت إنّما يكون حجة في الأصول العدمية وفي الوجودية، **ففيه**: أن الأمثلة الّتي يذكر الشيخ ﵀ في باب أصل المثبت من أنّ العلماء قالوا بحجية الأصل المثبت فيها وإن كانت من قبيل الأصول العدمية، إلاّ أنّه مع ذلك نقول: لو كان المراد من الإستصحاب هو مفاد قوله ﷺ «**لا تنقض اليقين بالشك**»[٢]، فلا فرق بين الأصول العدمية والوجودية، لأنّ المثبت لو كان حجة، فلابدّ أن يكون حجة في كلا المقامين، وإلاّ فلا يكون حجة في المقامين.

وكذا لو قلنا بحجية الأصل المثبت من جهة كون الإستصحاب حجة من باب

---

١) فرائد الاصول ٢٣٣/٣، تنبيهات الاستصحاب، الأمر السادس.

٢) الكافي ٣٥٢/٣، كتاب الصلاة باب السهو في الثلاث والأربع، ح ٣، من لايحضره الفقيه ٦١/١، باب فيمن ترك الوضوء أو بعضه أو شك فيه، ح ١٣٦. الاستبصار ٣٧٣/١، أبواب السهو والنسيان، ٢١٦ باب من شك في اثنتين وأربعة، ح ٣/١٤١٦ وسائل الشيعة ٢١٧/٨، كتاب الصلاة، أبواب الخلل الواقع في الصلاة، ١٠ باب أن من شك بين الثلاث والأربع، ح ٣/١٠٤٦٢.

الظن ، أيضاً لا فرق بين المقامين .

نعم ، لو قلنا : إن الإستصحاب العدمي كون المراد منه هو الأصل العدم الذي يكون بناء العقلاء عند الشك في وجود الشيء والإستصحاب الوجودي يكون المراد منه هو قوله عليه السلام « لا تنقض » ، فحينئذٍ يتمّ الفرق .

ثمّ لا يخفى أنّ كون الأمثلة المذكورة في لسان العلماء من قبيل الإستصحاب العدمي لا يصير شاهداً على أنهم يقولون بحجية الأصل المثبت في الموجودات . أما التعبير بلفظ الإستصحاب لو كان في كلامهم ، فمقتضاه عدم الفرق بين المقامين .

/ ٤٦ / الثالث: ما يقوله في الجواهر ويحمل مراد المحقق عليه من أن أصل الصحة يجري في أصل القبض ؛ لأنّ كل ما هو شرط في مجرى أصل الصحة موجود في نفس القبض ؛ إذ هو مما يقع على وجهين ، وقد رتب الشارع أثراً على أحدهما دون الآخر ، فالأصل فيه الصحة ، كباقي أفعال المسلمين وأقوالهم مما يكون فيه هذه الشرائط موجودة .

وأورد عليه :

أما أولاً بأنا نقول : إنّ القبض يكون من قبيل الجنابة الموجبة للغسل وأشباه ذلك من الأسباب الشرعية ، كالإتلاف واليد وغير ذلك وأصل الصحة لا يجري في أشباه ذلك .

وثانياً نقول : لو ادعى الخصم بأنّ القبض يكون نظير العقود والإيقاعات في أنّه يكون له أثر يكون تلك الأثر مقصوداً لفاعله ، وقد اشترط الشارع في ترتب هذا الأثر شرائط[1] ؟ ويكون لترتب هذا الأثر شرائط شرعية وليس نظير الجنابة الّتي تكون من الأسباب القهرية في الشرع بمعنى أن أثرها وهو وجوب الغسل ليس مقصوداً لفاعلها ، **فنقول:** إنّه ليس عندنا ما نجيب فعلاً عن ذلك ، إلاّ أنّه يكون في القلب منه شيء .

هذا ، ولكن نورد على صاحب الجواهر بأنّ جريان أصالة الصحة في القبض لا

---

١) في المخطوطة : شرائطاً .

يصير مانعاً من جريانها في نفس العقد أيضاً ، إلاّ أنّ يقال : إنّ صاحب الجواهر لاينكر ذلك .

وأمّا قوله « وبذلك يظهر أنّه لا حاجة أو لا وجه إلى تقرير ذلك »[١] ، يكون مراده أنّه لا وجه لجريان استصحاب الصحة في المقام ، /٤٧/ كما هو مقتضى ما ينقله هناك عن المسالك .

أقول: ما أورد على الجواهر لا يحتاج إلى الجواب ؛ لأنّ حال الإذن والرجوع والقبض مما ليس بأنفسها من العقود ليس تفاوت بينهما كحال العقود من جهة إجراء أصل الصحة فيها ، لاجتماع تمام الشرائط الّتي لابدّ من أن يكون ثابتة لمجرى أصل الصحة فيها ، بل ظاهر كلمات العلماء في كتاب الرهن وغيره ، أنّه لا إشكال في ذلك كما يظهر ذلك من الشيخ في آخر الإستصحاب وأيضاً ما دلّ على اعتبار أصل الصحة لا يفرق بين العقود وبين القبض ونظائره .

ثمّ لا يخفى عليك أن أصل الصحة في نفس العقد غير جارٍ في مثل المقام ، كما تقدم في الوجه الأوّل .

نعم ، على مذهب صاحب الجواهر لابدّ من أن يكون أصل الصحة في نفس العقد جارياً أيضاً في المقام لما نقلناه عنه مما ذكره في كتاب النكاح في آخر باب الأولياء[٢] .

[كلام المحقق الثاني]

الرابع: ما نقل عن المحقق الثاني[٣] من أنّه تمسك لصحة العقد في المقام بأصالة عدم طرو المفسد .

ولا يخفى أنّه ليس مراده من عدم طرو المفسد هو أصالة عدم حصول التفرق قبل القبض ، وذلك لأنّ من الواضح أن هذا الأصل معارض بأصالة عدم القبض قبل

---

١) جواهر الكلام ٣٣٣/٢٤، المقصد الثالث : في أحكام بيع السلف ، المسألة السابعة .

٢) جواهر الكلام ٢٣٧/٢٩، كتاب النكاح ، الفصل الثالث ، المسألة الثالثة .

٣) جامع المقاصد ٢٤٦ - ١٤٧، البحث الثاني : في أحكام السلف ، فروع : ب .

التفرق ، كما هو الحال في جريان الأصل في كل حادثين مجهولي التاريخ ؛ بل مراده ـ كما يظهر من ما يذكره من النظير له على ما نقل في الجواهر عبارته في مسألة بيع الرهن في كتاب الرهن[1] في نظير مسألتنا ـ هو أنّه يريد /٤٨/ أن يقول : إنّ القبض شرط لصحة العقد والتفرق مانع عن لحوق الشرط .

وعلى هذا نقول : إذا أحرز العقد مع الشرط بالوجدان وشككنا في طرد المانع في البيع ، فنرفع المانع بالأصل . وذلك نظير أنّه إذا علمنا أن صدور الحرفين في حال الصلاة مبطل لها ، فحينئذٍ إذا شك المصلي في أن ما صدر منه هل كان حرفين حتى يبطل به الصلاة ، أم كان حرفاً واحداً ، حتّى لا يبطل به الصلاة ، فحينئذٍ نقول : إنّ الأصل عدم صدور المانع منه ولا نقول : إنّ الأصل عدم صدور الحرفين منه حتّى يقال : إنه ليس له حالة سابقة ، بل نعبّر عن ذلك بالعنوان الثانوي ونقول :

إن الأصل عدم صدور المانع عنه ، وعليه أن يعيّن أن ما صدر منه ، كيف يكون حاله ، بل إنّما كان عليه أن يصلي بلا مانع وقد صلّى كذلك حيث أحرز الصلاة بالوجدان وعدم الإتيان بالمانع بالوجدان .

أقول: ظني أن ما نقلناه يكون صادراً عن قائله من الإشتباه ؛ لوضوح أنّه لا فرق بين أن يجعل العنوان الثانوي مجرى للأصل وبين أن يجعل العنوان الأولي مجرى للأصل ، بل لابدّ أن يكون العنوان الأولي مجرى للأصل بأن يقال : إنّ الأصل عدم صدور الحرفين منه ، لأن الشارع أخذ عدمه في الصلاة ، لا عدم المانع ، بل عدم المانع تعبير عن عدم صدور الحرفين منه .

ولا يخفى أنّ الحالة السابقة تكون موجودة هنا أيضاً ؛ لأنّه قبل صدور هذا الشيء المردّد لم يصدر /٤٩/ منه حرفان ، فيستصحبه . وليس عليه أن يعين أن ما صدر ، كيف يكون حاله .

نعم ، لو أراد أن يقول : إن لا يكون ما صدر منه حرفين ، فليس لهذا الأصل حالة سابقة . ولعلّ مراد الأستاد من عنوان الأولي هو هذا ، فلا محظور فيه .

---

١) جواهر الكلام ٢٦٦/٢٥ و٢٦٧.

ثمّ إنّ ما نحن فيه ليس نظيراً لهذا المثال ؛ لأنّ الشك فيما نحن فيه في أصل وجود المانع ، حيث لا يعلم أنّه حصل التفرق قبل القبض أم لا ، إلاّ أنّه صدر منه شيء لا يعلم أنّه تفرّق أم لا .

[الإشكال على كلام الشهيد والمحقق الثاني]

أقول: هذا كلّه في تقريب هذا الوجه المنسوب إلى الشهيد والمحقق الثاني ، ولكن يرد عليه : أن الشرط لصحة العقد هو القبض قبل التفرق ، لا أن يكون الشرط هو مطلق القبض ويكون التفرق مانعاً .

أقول: ويحتمل أن يكون مراد المحقق الثاني أن القبض ليس شرطاً بوجه من الوجوه وإنما يكون التفرق قبل القبض مفسداً ، فحينئذٍ يكون كلامه أوضح فساداً مما ذكرناه أولاً في بيان مراده .

[النزاع في أصل تحقق القبض]

المسألة الثانية: أن يكون النزاع في أصل تحقق القبض ، كما لو قال البايع : قبضت وأنكره المشتري .

ومثل صاحب المسالك[1] والجواهر[2] يرسلون إرسال المسلّمات من أن القول هنا قول منكر القبض . ومن هنا قد يقال من أنّ ما ذكره المحقق في المسألة الأولى من أنّ القول قول مدعي الصحة ، ليس مراده أن يجري أصالة الصحة في العقد حتّى يصير دليلاً على أنّه يجري أصالة الصحة في العقد في صورة تعذر الصحة الثانية في العقد ودار أمره بين الصحة الفعلية والفساد / ٥٠ / رأساً ؛ لأنّه لو كان قائلاً بذلك ، فلابدّ أن يجري أصالة الصحة في العقد في المسألة الثانية أيضاً .

فعدم إجرائه لأصالة الصحة في المسألة الثانية يكون شاهداً على أنّ مراده من أصالة الصحة في المسألة الأولى أيضاً ما ذكره صاحب الجواهر وهو إجراء أصالة

---

١) مسالك الإفهام ٤٢٩/٣، في أحكام بيع السلف، المسألة السابعة .

٢) جواهر الكلام ٣٣٣/٢٤، المقصد الثالث : في أحكام السلف، المسألة السابعة .

الصحة في القبض ؛ لأنّه أيضاً مما يقع على وجهين ـ كما تقدم ـ.

ولكن فيه : أن المحقق لم يعنون المسألة الثانية[١] ، فلعلّه كان قائلاً بجريان أصالة الصحة في المسألة الثانية أيضاً ، بل يكون في البين شاهد على أنّ مراده من أصالة الصحة في المسألة الثانية أيضاً قول مدعي الصحة ، مع أنّه لا يجوز أن يكون المراد هناك هو أصالة صحة القبض ، لأنّ النزاع في المسألة الثالثة ـ على ما سيوضح في أصل تحقق القبض ـ ، بل نفس إجرائه لأصالة الصحة في المسألة الثالثة يكون شاهداً على ما ادّعيناه من أنّه يثبت الصحة الفعلية بأصالة الصحة في كلّ عقد كان له صحة شأنية أوّلاً ، ثمّ تعذّر ذلك ودار أمره بين الصحة الفعلية وبين الفساد رأساً .

هذا ، مع أنّه يصرح في التذكرة في المسألة الأولى[٢] بتقدم قول مدعي الصحة لأصالة صحة العقد على ما نقل .

/ ٥١ / **أقول**: كلام التذكرة لا يصير شاهداً على مراد المحقق .

نعم ، هذا يصير شاهداً على أنّ العلامة أيضاً يقدّم قول مدعي الصحة في صورة تعذر الصحة الشأنية للعقد ، كما تقدم أنّه في الفرع المنقول عن كتاب النكاح يتمسك صاحب الجواهر أيضاً بأصالة صحة العقد في صورة تعذر الصحة الشأنية وإن كان كلامه هناك منافياً لما يقوله في هذا المقام وفي سائر المقامات ؛ بل نقل عن كثير من الأركان أنهم يتمسكون في الفرع المذكور في كتاب النكاح بأصالة صحة العقد في صورة تعذر الصحة الشأنية .

فتلخّص مما ذكرنا أن عدم جريان أصالة الصحة في العقد في صورة تعذر الصحة الشأنية ليس مسلّماً وإن يظهر ذلك من مثل صاحب المسالك والجواهر ممن يرسلون فساد العقد في هذه المسألة الثانية إرسال المسلمات .

المسألة الثالثة: ما قاله في الشرايع من أنّه لو قال البايع ـ أي البايع في بيع السلم وهو المسلّم إليه ـ : قبضته أي الثمن ، ثمّ رددته إليك قبل التفرق ، كان القول قوله أي البايع مع يمينه ، لأنّه منكر حيث وافق قوله مع الأصل المرجع في المسألة مراعاة لجانب

---

١) أنظر : شرائع الإسلام ٣٢٢/٢، في أحكام بيع السلف ، السابعة .

٢) تذكرة الفقهاء ٣٦١/١١، حكم التنازع في المسلم فيه ، مسألة ٥١٧ .

الصحة[١].

ولا يخفى أنّه لم يذكر أن المشتري أيّ شيء ينكر في قبال البايع وذلك لأنّ كلام البايع كان مشتملاً/٥٢/ على دعاوي ثلاث وهو قبض المشتري وكونه في المجلس.

[إنكار المشتري في قبال دعوى البايع]

ثمّ الرد وإنكار المشتري في قبال دعوى البايع لابدّ وأن يرجع إلى واحد منها إن لم يرجع إلى أزيد من الواحد، إلاّ أنا نقول: إنّ لنا بعض القرائن الخارجية والداخلية الموجبة لتحقق الظهور للكلام على أنّ المراد أن المشتري ينكر نفس القبض وإن يلزمه إنكار غيره.

ومن القرائن أنّه لايناسب أن يكون المراد أن المشتري ينكر كل واحد من الرد أو كون القبض قبل التفرق.

أما أنّه لا يجوز أن يكون المراد أن المشتري ينكر مجرد الرد، فلما ذكره في الجواهر من أنّه على هذا لا وجه لتقديم قول البايع، بل القول قول المشتري فيه.

وأيضاً لا وجه لتعليل ذلك بأصالة الصحة، لأنّ الشك في أصل وجود الرد والأصل عدمه، لا في صحته وفساده.

وأمّا أنه لا يجوز أن يكون المراد أن المشتري ينكر مجرد كون القبض قبل التفرق، أيضاً لما ذكره في الجواهر[٢] أيضاً من أنّ هذا عين المسألة الأولى الّتي نقلناها عن الشرايع، فلا وجه لإعادته.

إن قلت: لو كان المراد أن المشتري ينكر نفس القبض، فهذا أيضاً يرجع إلى المسألة الثانية؛ لأنّ دعوى الرد معه لا يغيره، حيث إنّه دعوى مستقل.

قلت: المسألة الثانية غير مذكور في المتن.

ومنها أن هذا الفرع ـ على ما نقل ـ مع الفرع الأول مذكوران في المبسوط[٣] وعبارة

---

١) شرائع الإسلام ٣٢٢/٢، في أحكام بيع السلف، المسألة السابعة.

٢) جواهر الكلام ٣٣٤/٢٤.

٣) المبسوط ١٩٣/٢، فصل: فيما لايجوز فيه السلف.

المبسوط في خصوص هذا الفرع يقول: إن المشتري في قبال البايع /٥٣/ يقول: ما قبضته، وهذه العبارة صريحة أو ظاهرة في أن الانكار إنّما يكون متوجهاً إلى خصوص القبض، لا وصفه.

إن قلت: كون عبارة المبسوط كذلك لا يصير دليلاً على أنّ مراد المحقق أيضاً ذلك.

قلت: كتاب الشرايع ملخّص من المبسوط، فلو كان مراد المحقق مغايراً لما في المبسوط، لصرح في الشرايع بذلك بقوله: وقال الشيخ ﷺ كذا.

وإذا تحقق أن إنكار المشتري في أصل وجود القبض، فنقول: إنّ تقديم المحقق ﷺ هنا قول البايع مراعاتاً لأصالة الصحة يكون شاهداً واضحاً على أنّ المحقق يكون مذهبه موافقاً لما قلناه سابقاً من أنّه تعذر الصحة الشأنية للعقد ودار أمره بين الصحة الفعلية والفساد رأساً. فهنا يحمل على الصحة الفعلية لقاعدة أصالة الصحة.

بل قد عرفت من أنّ مراده من قوله: فالقول قول من يدعي الصحة، في الفرع الأول أيضاً ذلك.

إن قلت: لعل المراد في الفرع الأوّل هو إجراء أصالة الصحة في القبض.

قلت: تقدم أنّه في التذكرة يصرّح في الفرع الأوّل بتقدم قول البايع لأصالة صحة العقد، وهذا يكون شاهداً على أنّ مراد المبسوط في الفرع الأول أيضاً ذلك، لأنّ الكتب المتأخرة كلّها مأخوذة من كتب الشيخ وإذا كان مراد المبسوط ذلك، فلابدّ أن يكون مراد الشرايع أيضاً ذلك.

أقول: وفيه ما فيه.

[نقل فضيحة فقهيّة]

/٥٤/ ثمّ إنّ هنا فضيحة لابدّ من أن يشار إليها، وهو أنه قد يشكل فهم كلام صاحب الجواهر في بيان مراد الشرايع وتخيّل أن صاحب الجواهر يريد أن يقول: إنّ مراد المحقق من قوله «كان القول قوله» هو قول المشتري، لأنّه يقول بعد نقل هذه

العبارة من الشرايع : أي المشتري ؛ ولأنه يتفرع على ذلك بقوله فيما في المسالك في شرح العبارة «لم يظهر لنا وجهه»[١] مع أنّ صاحب المسالك يقول : إن المراد المحقق ان القول قول البايع ؛ لأنّه يقول في المسالك : « المراد أنهما اتفقا الآن على كون الثمن في ذمة المشتري أو عنده ، ولكن اختلفا في كون ذلك على وجه مفسد للعقد بأن [لا يكون تقابضاً أصلاً أو على وجه مصحح بأن] يكون البايع قبضه ، ثمّ ردّه إليه . والمصنف هنا قدّم قول البايع ترجيحاً لجانب الصحة ، مع أنّ الأصل عدم القبض أيضاً وتحقق صحة العقد سابقاً ، كما مرّ . ويمكن أن يقال[٢] حينئذٍ : تعارض الأصلان ، فيحصل الشك في طروّ المفسد والأصل عدمه ، فيتمسك بأصل الصحة لذلك »[٣] ؛ إنتهى .

ثمّ إنّه لمّا حمل كلام صاحب الجواهر على ذلك ، فأورد عليه بأنّه لا يجوز أن يكون المراد من قول المحقق « القول قوله » هو قول المشتري .

أما أولاً ، فلأن المذكور سابقاً هو لفظ البايع ، فلابدّ أن يكون هو المرجع للضمير .

وثانياً لا يجوز أن يكون المرجع هو المشتري ، لأنّه وإن كان مدلولاً عليه /٥٥/ للكلام ، وبعبارة أخرى كان مفهوماً من السياق ، إلاّ أنّه يلزم في ما نحن فيه أن يصير المرجع للضمير هو المشتري ، لأنّه يلزم أن يصير الضمير مرجعاً للضمير ، حيث إنّ تقدم المشتري ذكره بطريق الضمير ، وهو الكاف في « رددت إليك » مع أنّ الضمير لا يرجع إلى الضمير .

وثالثاً لا وجه لتعليل ذلك بقوله « مراعاتاً للصحة » ؛ لأنّ أصل الصحة في طرف البايع ، لا المشتري .

هذا كلّه ، ولكن فيه : أن صاحب الجواهر لا يريد أن يقول : إن مراد المحقق من قوله : « القول قوله » هو قول المشتري وإنما هو بيان لمذهبه في ضمن كلام المصنف ، ومثل هذا كثير في الشروح .

---

١) جواهر الكلام ٣٣٤/٢٤.

٢) في المخطوطة : يقول .

٣) مسالك الإفهام ٤٢١/٣ ، المقصد الثالث : في أحكام السلف ، المسألة السابعة .

ولا يخفى ما ذكرناه على من لاحظ كلام الجواهر، ويشهد على ذلك ما نقلته عنه سابقاً من أنّه يقول: لا يجوز أن يكون مراد المصنف أن النزاع في مجرد الرد؛ لأنه على هذا يكون القول قول المشتري، مع أنّ المصنف قال: القول قول البايع.

إن قلت: فلا شيء يورد على صاحب المسالك.

قلت: ليس إيراده على صاحب المسالك في أنّه لم يفهم كلام المصنف، بل إيراده عليه في أنّه فهم منه أنّه يقوي صحة جريان أصالة الصحة في هذا المقام، فيورد عليه بأنّه لا وجه لجريان أصالة الصحة في المقام إلاّ أن يقال: إن مراد المحقق في هذه المسألة أيضاً أن الشك /٥٦/ في صحة القبض وفساده، فيجري أصالة الصحة في نفس القبض، فيصير ذلك عين المسألة الأولى ولكن أعادها لخصوصية فيها كما في الجواهر.

[عدم فهم مراد صاحب المسالك]

هذا، وظني أن صاحب الجواهر أيضاً لم يفهم مراد صاحب المسالك؛ لأنّ صاحب المسالك لا يريد أن يقول هنا بجريان أصالة الصحة في نفس العقد واقعاً وإنما يريد أن يقول: إنّ مراد المصنف ذلك، كما هو ظاهر عبارة المسالك.

كيف، وصاحب المسالك يورد على أصالة الصحة في العقد في المسألة الثانية وفي مسألتنا معاً، لانّه يقول أولاً في المسألة الثانية وهو ما لو كان الشك في أصل وجود القبض من دون أن يكون في البين دعوى الرد: إن الصحة للعقد تحقق سابقاً وإن الصحة يكون متّفقاً عليها، إلاّ أنه يكون في البين أصل مقدم وهو أصالة عدم تحقق القبض.

هذا، ومن الواضح أن الصحة المتفق عليها هو الصحة الشأنية وهو الّتي تحقق سابقاً، مع أن صاحب المسالك لم يعتنق بأصالة الصحة المسلّمة بين الطرفين وهو الصحة الشأنية.

وقد تقدم أنّه يقول في المسألة الثالثة: وتحقق صحة العقد سابقاً كما مرّ، فيفهم من كلامه ان أصالة الصحة الشأنية كانت موجودة ولكنّها /٥٧/ غير نافعة.

هذا ، مع أنّه لو قلت : إنّ صاحب المسالك يكون مذهبه هو جريان أصالة الصحة في المسألة الثالثة لإثبات الصحة الفعلية ، فهذا ينافي مع ما ذكره في المسألة الثانية من أنّه لا يثبت الصحة الفعلية بأصالة الصحة ، مع أنّ المسألة الثانية عين المسألة الثالثة ، كما تقدم .

[التحقيق في المراد من أن «القول قوله»]

بقي الكلام بعد الفراغ من أنّ مراد المحقق بقوله : « القول قوله » هو قول البايع في دعوى تحقق القبض من غير الإشكال في أنّه هل يكون المراد أن القول قوله في تمام ما يدعيه بحيث يقبل قوله في دعوى الرد أيضاً ، فيطالب الثمن من المشتري أم لا ؟

ظاهر المسالك أنّه فهم منه أنّ القول قول البايع في الرد أيضاً ، حيث يناقش في قبوله دعواه في الرد بقوله : « لكن يبقى في المسألة شيء وهو أن دعوى البايع الرد غير مقبولة كنظائرها ؛ إذ لا دخل له في الصحة ، وإنما قدّم قوله في أصل القبض مراعاتاً لجانبها . وحينئذٍ ، فمع قبول قوله في القبض ، هل له مطالبة المشتري الثمن[1] ، يحتمل عدمه لما قلناه من عدم قبول قوله في الرد مع اعترافه بحصول القبض »[2] .

أقول: يعني أن قبولية قوله في القبض إنما كان لأجل أن صحة العقد كان متوقفاً عليه ، فإذا أجرينا أصالة الصحة ، فنحرز بها ما يتوقف الصحة عليه وهو القبض ونرفع اليد من أصالة عدم / ٥٨ / تحقق القبض ، لتقدم أصالة الصحة عليه .

وأمّا الرد ، فليس الصحة متوقفة عليه حتّى نحرزه بأصالة الصحة ، مع أنّ الأصل عدم تحقق الرد ، فيكون المنكر بالنسبة إلى الرد هو المشتري ، لأنّ قوله مطابق للأصل المعوّل في المسألة وهو أصالة عدم الرد .

ثمّ يقول : « ويحتمل جواز المطالبة لاتفاق المتبايعين على بقاء الثمن عند المشتري الآن ، أما على دعوى البايع ، فظاهر ، وأما على دعوى المشتري فلاعترافه

---

١) في المسالك : مطابقة المشتري بالثمن .

٢) مسالك الإفهام ٤٣٠/٣ .

بعدم القبض. فإذا قدّم قول البايع في صحة العقد ألزم المشتري بالثمن. ويشكل بأنّ المشتري حينئذٍ لا يعترف باستحقاق الثمن في ذمّته لدعواه فساد البيع، فلا يبقى إلّا دعوى البايع وهي مشتملة على الاعتراف بالقبض ودعوى الرد وهي غير مقبولة في الثاني والمسألة موضع إشكال. ولعل عدم قبول قوله في الرد أوجه »[1] إنتهى.

[استغراب صاحب الجواهر لكلام صاحب المسالك]

ثمّ لا يخفى أنّ صاحب الجواهر بعد ما ينقل هذه العبارة من المسالك، يقول: « وهو من غرائب الكلام؛ خصوصاً إذا كان الثمن الذي اتفقا عليه معيّناً ويد المالك بعد استنادها فيه إلى بقاء الملك السابق الّذي قطعه دعوى البايع الّذي فرض تقديمها على دعواه لا تجدي »[2]؛ إنتهى.

ثمّ إنّه أورد على كل واحد من المسالك والجواهر. أما على صاحب الجواهر، فبأن صاحب المسالك كان متعرضاً لنكتة لم نلتفت أنت إليه. وتوضيح ذلك يتوقف /٥٩/ على شرح ما ذكره صاحب المسالك بقوله: ويشكل.

فنقول: إنّ مقتضى هذا الكلام من المسالك أنّه يكون قائلاً بأنّ أصالة الصحة تكون من الأصول، لا الأمارات. فلذا لا يكون المثبت منها حجة؛ يعني لا يترتب على العقد الذي صار صحيحاً بواسطة أصالة الصحة إلا آثاره الشرعية المترتّبة عليه، من دون توسطة أمر عقلي أو عادي.

وعلى هذا نقول: إنّ مقتضى العادة بعد اعترافها بكون الثمن عند المشتري وإن كان مقتضياً لكون مال البايع عند المشتري، فيجوز أن يطالب البايع منه ذلك المالك بعد فرض صيرورة العقد صحيحاً بواسطة أصالة الصحة، كما هو مقتضى الوجه الذي ذكره صاحب المسالك أولاً لكون المطالبة جائزة، إلّا أنه نقول: إذا كان أصالة الصحة من الأصول، فلا يترتب إلّا آثاره الشرعية، دون آثاره المترتبة عليها بواسطة أمر عادي.

---

١) نفس المصدر.

٢) جواهر الكلام ٣٣٥/٢٤.

وعلى هذا، فنفس القبض لا يتوقف الصحة عليه، فيحرز بأصالة الصحة. وأما جواز المطالبة لما يصير من آثار صحة العقد بتوسط أمر عادي وهو تحقق الرد في البين والمفروض أن أصالة الصحة لا يترتب عليها اللوازم العقلية والعادية ولا يترتب عليها من الآثار الشرعية، فلذا لا يمكن إحراز جواز المطالبة للبايع بواسطة أصالة الصحة في نفس البيع.

وعلى هذا، فكلام صاحب المسالك هنا يكون نظير / ٦٠ / ما ذكره الشيخ ﷺ في مسألة أصالة الصحة بعد قوله: بأنّ الثابت من قاعدة أصالة الصحة هو الحكم بوقوع الفعل بحيث يترتب عليه الآثار الشرعية المترتبة على العمل الصحيح[1]، دون ما يلازم الصحة من الأمور الخارجية عن حقيقة الصحيح من أنّه لو شك في أن الشراء الصادر من الغير كان بما لا يملك، كالخمر والخنزير، أو بعين من أعيان ماله، فلا يحكم بخروج تلك العين من تركته، بل يحكم بصحة الشراء وعدم انتقال شيء من تركته إلى البايع لأصالة عدمه. وهذا نظير ما ذكرناه سابقاً من أنّه لو شك في صلاة العصر أنّه صلّى الظهر أم لا، أنه يحكم بفعل الظهر من حيث كونه شرطاً لصلاة العصر، لا فعل الظهر من حيث هو حتى لا يجب إتيانه ثانياً[2]؛ إنتهى.

وأمّا على صاحب المسالك، فبأن هذا صحيح من أنّه لو أردنا إثبات وجوب الرد بأصالة الصحة، فليس بجائز لعدم حجية الأصول المثبتة. ولكنا نقول: نحن نقول بجواز المطالبة للبايع بواسطة إقرار المشتري واعترافه، كما ذكره صاحب المسالك أولاً عند بيان وجه جواز المطالبة.

ونقول: إنّ الإشكال إنّما يتمّ لو أردنا إثبات جواز المطالبة بواسطة أصالة الصحة، / ٦١ / لا بواسطة إقرار المشتري.

وبيان اقتضاء إقرار المشتري لجواز المطالبة بأنّه نقول: إنّ للمشتري إقرار تعليقي، لأنّه مقرّ بكون المال على ذمّته على تقدير كون البيع صحيحاً، فإذا أثبتنا المعلق عليه

---

١) في فرائد الأصول: (أما ما يلازم الصحة من الأمور الخارجة عن حقيقة الصحيح فلا دليل على ترتبها عليه. فلو شك..).

٢) فرائد الأصول ٣/٣٧١، في أصالة الصحة، تنبيهات، الخامس.

وهو صحة البيع بأصالة الصحة ، فنأخذه بمقتضى إقراره .

إن قلت: إن العلماء يقولون بعدم صحة الإقرار التعليقي وإنه لو قال : له عليّ ألف إن جاء زيد من السفر ، فليس ذلك إقراراً ولو جاء زيد من السفر ، كما أنهم يقولون ببطلان جميع العقود والإيقاعات بواسطة التعليق .

قلت: إذا كان التعليق في اللفظ فيكون الأمر كذلك بخلاف ما إذا كان التعليق في اللب ، وفيما نحن فيه ليس تعليق لفظي وإنما التعليق في اللب .

إن قلت: بناءً على ما ذكرت ، لابدّ من أن تقول في المثال الذي ذكره الشيخ أيضاً وهو ما لو وقع النزاع في كون المبيع هو الخلّ أو الخمر بأنه يعين المبيع في الخلّ بواسطة إجراء أصالة الصحة في البيع ؛ لأنّ البايع هناك يكون أيضاً مقرّاً بكون الخلّ المعين مال المشتري على فرض كون البيع صحيحاً .

فإذا أحرزت صحة البيع بواسطة أصالة الصحة ، /٦٢/ فلابدّ أن تعين المبيع في الخلّ بمقتضى إقراره .

قلت: هنا نقول : إنّ الثمن يكون معيناً على فرض صحة البيع ، فنأخذه من المشتري بعد إثبات صحة البيع . وأما المبيع ، فالمفروض أن المشتري لا يأخذه ؛ لأنه يقول بكون المبيع هو الخمر . وعلى هذا ، فليس للحاكم إلزامه .

نعم ، لو كان البايع عالماً بكون الخلّ مال المشتري واقعاً ، فلابدّ له من أن يدسّه في ماله .

[الرجوع إلى أصل المقصود]

ثمّ لنرجع إلى أصل المقصود ، **فنقول:** قد عرفت من أنّه لا فرق في السلم بين أن يدعي البايع قبض الثمن من المشتري قبل التفريق مجرداً عن دعوى رد الثمن إليه ثانياً وبين أن ينضمّ إليه رد الثمن إليه ثانياً بحسب الأصول ، إلاّ أنّه في المبسوط والشرايع وغيرها عنونوا المسألة في الصورة الثانية من جهة أن دعوى مجرد القبض ليس في الحقيقة دعوى ؛ إذ مقتضاه مجرد أخذ الثمن منه . فهو في الحقيقة إقرار ، لا دعوى ، وإنما يصير دعوى لو انضمّ إليه دعوى الرد أيضاً .

وفي مثل هذه الصورة يقول غير صاحب الجواهر من العلماء بأنه يحرز بأصالة الصحة كون العقد صحيحاً فعلياً من جهة ارتفع الصحة /٦٣/ الشأنية عنه.

وهذا هو المقصود في المقام من أنّ العلماء يحرزون الصحة الفعلية في أصالة الصحة في صورة تعذر الصحة الشأنية فيه.

أقول: فيما نقلناه مواقع للنظر والتأمل:

الأوّل أن ما أورد على صاحب الجواهر من أنه لم يلتفت إلى النكتة الّتي أشار إليها صاحب المسالك، فغير وارد عليه، وذلك لأنه يكون ملتفتاً إليها. ولذا يفصل بين صورة كان المبيع كلياً أو جزئياً وأنه في صورة كان الثمن جزئياً لا وجه لعدم جواز المطالبة وذلك لأنّ كون الثمن المخصوص في يد المشتري ليس شاهداً على كونه من ماله، وذلك لأنّ المفروض أن هذه العين كانت ثمناً في البيع الذي حكمنا بصحته والأثر الشرعي لصحة ذلك البيع انتقال الثمن الخاص إلى البايع.

ومن الواضح أن الأثر الشرعي يترتب بأصالة الصحة.

وعلى هذا، فإذا صار الثمن الخاص ملكاً للبايع، فلا وجه لعدم جواز المطالبة له بعد فرض العلم بكونه في يد المشتري.

وكيف لا، مع أنّه يلزم على فرض عدم الحكم بجواز المطالبة بواسطة إجراء أصالة الصحة في المبيع أن نقول: إنّ كل بيع وقع بين شخصين وأحرزنا صحته بأصالة الصحة لا يجوز مطالبة الثمن والمثمن من السارق، لو فرض أنّه سرق أحدهما.

/٦٤/ وبالجملة، في صورة كان الثمن معيناً لا يتعقل عدم جواز المطالبة بعد حمل العقد على الصحيح.

وأمّا لو كان الثمن كلياً، فهنا أيضاً وإن نقول بجواز المطالبة، إلاّ أنّه ليس الحكم بذلك واضحاً كما في الصورة الأولى، لأنّ الأصل يكون على هذا التقدير مثبتاً؛ لأنّ الحكم ببقاء الثمن على ذمته ليس بجائز، فلأنه ليس له حالة سابقة؛ لأنّ العقد لا يصير صحيحاً إلاّ بقبض الثمن، فكيف يجيء الثمن على ذمته قبل القبض حتى يستصحب.

وأمّا بعد القبض، فيخرج عن كونه في الذمة، بل يظهر مما ذكرنا أن معنى كون

الثمن في الذمة بحقيقته غير متصوّرة في السلم ،والحكم بأنّ الثمن بواسطة القبض صار معيناً في شيء في الجملة غير مصحح لجواز مطالبة شيء خاص من المشتري والحكم بتعيين الثمن في شيء خاص ليس أثراً شرعياً لصحة العقد .

هذا كلّه في بيان وجه عدم جواز المطالبة فيما إذا كان الثمن كلياً .

وأمّا وجه جواز المطالبة ، فلما ذكرنا في مسألة أصل المثبت من حجية بعض الأقسام من الأصول المثبتة الّتي منها كلّ صورة كان بين المستصحب وبين اللازم الغير الشرعي ملازمة عرفية بحيث لا ينفكّون أهل العرف في مقام التنزيل /٦٥/ بينها ،كما فصّلناه في محله .

وإذا عرفت ذلك ، فنحن ندّعي أن ما نحن فيه من هذا القبيل . ولعل هذا هو السرّ في أن صاحب الجواهر قال : إنّ ما ذكره في المسالك من غرائب الكلام ، من غير تفصيل بين ما لو كان الثمن جزئياً أو كليّاً .

نعم ، قال : لا سيّما إذا كان الثمن جزئياً ، وقد تقدم وجه وضوح الحكم بجواز المطالبة في صورة كان الثمن جزئياً .

الثاني أن ما أورد عليه صاحب المسالك من أنا لا نقول بجواز المطالبة من جهة أصالة الصحة حتّى تقول : إنّ الأصل يصير مثبتاً ، بل إنّما نقول به من جهة إقراره واعترافه ، ففيه ما فيه .

أما **أولاً** فلعدم صدق الإقرار في حق المشتري بكون شيء على ذمته في مثل المقام حتّى نأخذه بإقراره ، لأنّه لم يخبر بكون شيء على ذمّته ، لا على سبيل التخيير ولا على سبيل التعليق .

نعم ، يكون لنا معلوم من أنّ في مثل هذه القضية لو فرض كون العقد صحيحاً ، فيكون ذمّة المشتري مشغولاً ، إلاّ أنّه لا دخل له بالإقرار حتّى نأخذه من حيث الإقرار ؛ فتأمّل .

وأمّا **ثانياً** ، نقول : إنّ إقرار المشتري ـ على فرض تسليمه ـ إنّما يكون على تقدير ثبوت الصحة للبيع واقعاً ، لا ظاهراً .

/٦٦/ وعلى هذا ، فلا يتحقق المعلق عليه حقيقة بمجرد ثبوت الصحة ظاهراً

بمقتضى أصالة الصحة.

هذا، ومن الواضح أن الإقرار ليس أثراً شرعياً لصحة العقد واقعاً حتّى نحرزه بواسطة جريان أصالة الصحة في العقد إلاّ على القول بحجية الأصول المثبتة.

وأمّا ما قاله في المثال الّذي نقلناه عن الشيخ ﷺ من أنّ المشتري لا يأخذ الخلّ لدعواه ان المبيع كان خلًّا، ففيه ما فيه؛ إذ نحن نفرض الكلام في صورة يأخذه المشتري ويقول: إنكم ما سمعتم دعوائي، بل حكمتم بخلافه، فاعملوا على طبق ما حكمتم به فاعطوني الخل؛ بل جواز الأخذ من جهة الإقرار يكون أمره هنا أوضح.

وذلك لأنّ البايع ليس له المنع من جهة اعترافه فعلاً بكون الخلّ من مال المشتري.

وأما المشتري وإن كان منكراً، إلاّ أنّ إنكاره صار بمنزلة المعدوم الصرف.

نعم، لو فرض أن المشتري يقول: إنّ المبيع كان هو الخل والبايع يقول بكونه الخمر، فمن جهة الإقرار التعليقي يكون حاله كحال مسألتنا بعينها.

/٦٧/ وأمّا ما قاله من أنّ غير صاحب الجواهر يتمسك بأصالة الصحة في أصل المسألة، ففيه: أنك قد عرفت أنّه لم يعلم من صاحب المسالك أنّه يريد أن يقول بصحة التمسك باصالة الصحة في هذا المقام، بل كثير من كلماته كانت دالّة على خلاف ذلك، كما تقدم. بل نحن لم نر التمسك بأصالة الصحة في هذا المقام من غير المحقق.

نعم، نقل عن التذكرة[1] ظاهراً أنّه أيضاً تمسك بأصالة الصحة في هذا المقام.

هذا، مع أنّه قد تقدم وسيجيء ـ إن شاء الله ـ أيضاً أن تمسكهم غير مثمر شيئاً، بل المتّبع هو الدليل.

هذا كلّه في بيان كلمات العلماء في باب السلم في تمسّكهم بأصالة الصحة لإثبات الصحة الفعلية في صورة كان الصحة الشأنية من ابتداء الأمر موجوداً للعقد

---

١) انظر: تذكرة الفقهاء ٣٦١/١١، مسألة ٥١٧. قال: «لو اختلفا في قبض رأس المال، فقال أحدهما: كان القبض قبل التفرق فالعقد صحيح. وقال الآخر: كان بعد التفرق فالعقد فاسد، قدم قول مدعي الصحة، لأصالتها».

ولكنها تعذرت ودار الأمر بين الصحة الفعلية والفساد. وأما كلماتهم في غير باب السلم في هذا المطلب، ففي موارد:

التمسك بأصالة الصحة في باب الرهن

منها في باب التنازع من الرهن فيما إذا أذن المرتهن للراهن في البيع ورجع، ثمّ اختلف، فقال المرتهن: رجعت قبل البيع، وقال الراهن: بل بعد البيع.

والمشهور في هذه المسألة أن القول قول المرتهن، فيكون البيع فاسداً، /٦٨/ بل عن جامع المقاصد[1] نسبته إلى الأصحاب، إلاّ أنّ الكلام في أن الحكم بالفساد هل يكون على طبق القاعدة، أم لا.

فإن بعض كالمحقق[2] والشهيد الثانيين[3] يقولان: إن مقتضى القاعدة هو صحة البيع وتوضيح ذلك يتوقف على بيان دليل المشهور.

وما أورد عليه، فنقول: إنّ المشهور يقولون: إن الدعويين متكافئين[4]، فلابدّ أن يرجع إلى أصالة بقاء الرهانة.

أما **الأول** لأنّ الراهن يدّعي تقدم البيع على الرجوع والأصل عدمه والمرتهن بالعكس والأصل عدمه، فيقع التعارض ،كما هو الحال في كل حادثين مجهولي التأريخ، فإنه لا يحكم بتأخر أحدهما المعين عن الآخر، فإن نفس التأخر ليس مجرى للإستصحاب، لعدم وجود حالة سابقة.

وأمّا أصالة عدم حذف أحدهما في زمان الآخر، فهي معارضة بالأصل. وهل يثبت التقارن فيه خلاف من كون الأصل مثبتاً؛ لأنّ التقارن أمر وجودي وليس بنفسه من الآثار الشرعية ومن دعوى الواسطة خفية، إلاّ أنّه لو قلنا بأنّه يثبت التقارن أيضاً نقول: /٦٩/ إن إثبات التقارن أيضاً غير مضرٍّ بما يقوله المشهور، لأنّ مقتضى التقارن

---

١) جامع المقاصد ١٦٣/٥ - ١٦٢، الفصل السابع: في التنازع.

٢) نفس المصدر.

٣) مسالك الإفهام ٧٧/٤، في النزاع الواقع في الرهن، السادسة.

٤) انظر: شرائع الإسلام ٣٤١/٢.

أيضاً هو فساد البيع.

وأمّا **الثاني** وهو أن المرجع هو استصحاب بقاء الرهانة، فواضح وذلك لأنّ كلّ واحد من الأصلين السابقين وإن كان حاكماً على هذا الأصل، إلاّ أن الأصل الحاكم لما كان مبتلى بالمعارض، فيكون المرجع هو الأصل المحكوم.

وأورد على دليل المشهور وجوه:

الأوّل ما يقوله في المسالك[1] من أنّ استصحاب الرهانة أيضاً يكون له معارض وهو أصالة صحة البيع المعلوم وقوعه، فتساقطان.

وحينئذٍ نقول: إنّ البيع يكون المفروض أنّه ملك للراهن ولم يثبت كونه مرهوناً أيضا.

وعلى هذا، فنحكم بصحة البيع لقوله عليه السلام «**الناس مسلّطون على أموالهم**»[2].

أقول: هذا الإيراد مشتمل على دعاوي ثلاث:

الأولى أنّه تمسك بقوله عليه السلام «**الناس مسلّطون**» مع الشك في كون المبيع مرهوناً، وهذا من قبيل التمسك بالعام في الشبهات المصداقية؛ لأنّ المفروض أنّه لو كان المبيع مرهوناً، فلا يجوز بيعه للراهن.

الثانية أنّه أجرى أصالة الصحة في مثل المقام، وسيأتي الكلام في [الـ]ـصحة الشأنية أنّه / ٧٠ / قال: بتعارض أصالة الصحة مع استصحاب الرهانة. وسيجيء الكلام فيه أيضاً ـ إن شاء الله ـ.

الثالث ما ذكره المحقق الثاني على ما نقل عنه من: «أنّ الإستدلال إنّما يتمّ على تقدير تسليم بقاء الأصلين المزبورين والإنحصار فيهما. وفي الأصل الثالث الّذي ذكروه وليس كذلك؛ فإن لنا أصلاً آخر من هذا الجانب وهو أن الأصل في البيع الصحة واللزوم ووجوب الوفاء بالعقد»[3].

---

١) كما مرّ آنفاً.

٢) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع في ذكر أحاديث تتضمن شيئاً من أبواب الفقه، ح ٩٩؛ الخلاف ١٧٦/٣، مسألة ٢٩٠، حكم إقراض الجواري.

٣) جامع المقاصد ١٦٢/٥.

أقول: لو لم يكن مراده من أصالة الصحة هو التمسك بالعمومات في الشبهات المصداقية كما هو ظاهر كلامه حيث سمّاه أصلاً، لا دليلاً، فيكون الفرق بين هذا الكلام وما ذكره في المسالك هو أن صاحب المسالك يتمسك بأصالة الصحة لمجرد اسقاط إستصحاب الرهانة من البين.

وأمّا الدليل على صحة البيع، فشيء آخر، كما شرحنا كلامه.

وأمّا المحقق الثاني فيتمسك بأصالة الصحة لإثبات الصحة الفعلية للعقد، كما هو فرضه. والمفروض أنّه يقتصر عليها، فيعلم من ذلك أنّه كان معتقده أن أصالة الصحة مقدمة على استصحاب الرهانة، لا أن يكون معارضاً معه، كما هو مقتضى كلام صاحب المسالك.

والحق مع المحقق / ٧١ / الثاني وذلك لأنّ أصالة الصحة لو جرى في مقام، فيقدم على الإستصحاب، لأنها مجعولة في مورده.

نعم، بعض الإستصحابات يكون مقدماً على أصالة الصحة بمعنى أن أصالة الصحة لا تجري معها.

فالحاصل أن أصالة الصحة لا يصير مع الإستصحاب من قبيل المتكافئين حتى يتساقطان، كما هو مقتضى كلام صاحب المسالك، بل في خصوص ما نحن فيه يكون الأمر كما ذكره المحقق الثاني، وذلك لأنّه لو جرى أصالة الصحة في العقد فيكون مقدمة على استصحاب الرهانة؛ لأنّ أصالة الصحة يحرز عدم الموانع للصحة مع الرهانة مانع، فيكون مقدماً على استصحاب يكون مفاده وجود المانع.

بقي الكلام في صحة الصحة بأصالة الصحة في المقام كما تمسك هذان المحققان بها، وسيأتي الكلام فيها.

الثالث أيضاً ما نقل عن المحقق الثاني من أنّه يقول: إنّ الدليل المذكور إنّما يتمّ على فرض تكافؤ الأصلين، أعني أصالة عدم وقوع البيع قبل الرجوع مع أصالة عدم وقوع الرجوع قبل البيع وهو غير مسلّم. فإن أصالة عدم وقوع البيع قبل الرجوع غير جارية / ٧٢ / لأنّ لنا دليل على صحة البيع وذلك لأنّه لا شك في صدور أصل البيع؛ غاية الأمر أنه وقع الشك [في أنه] هل وجد له مانع من صحته ـ وهو رجوع المرتهن

قبل البيع ـ، أم لا .

ويكفي في إحراز عدم المانع عدم العلم بوقوعه والإستناد إلى بقاءالسابق ؛ لأنّ المانع لا يشترط العلم بانتفائه لتأثير المقتضي ، وإلاّ لم يمكن بشيء من العلل الشرعية ؛ إذ لا يقطع بنفي موانع تأثيرها بحسب الواقع وهو معلوم البطلان . فإن من صلّى مراعياً للأفعال والشرائط ، يكفيه في صحة صلاته الإستناد إلى عدم طروّ النجاسة على ثوبه وبدنه الطاهرين ، وإن لم يعلم انتفاؤها بحسب الواقع ؛ إنتهى .

وهنا قد يقال : إن تمامية هذا الكلام موقوف على أن نقول : إنّ الرجوع مانع ، لا أن الإذن شرط أو قلنا بجريان الإستصحاب في الإذن .

وعلى أن نقول : إنّ المانع مجرد الشك في وجوده يكون كافياً في الحكم بعدمه وإن لم يكن له حالة سابقة ، والكل ممنوع .

أما الأوّل ـ وهو أن لا يكون الإذن شرطاً ، بل كان الرجوع مانعاً ـ، فيرد عليه بما قاله في الجواهر والمسالك من أنّ الإذن من المرتهن شرط في صحة بيع الرهن .

وأمّا الثاني / ٧٣ / ـ وهو جريان الإستصحاب في الإذن ـ وإن كان مشهوراً بين العلماء أو مجمعاً عليه ، إلاّ أنّه مع ذلك كلّه نقول بجريان الإستصحاب فيه وذلك لأن متعلق والترخيص والإباحة هو فعل المكلف .

وعلى هذا نقول: لا إشكال في أن البيع في كل زمانه مصداق من مصاديق البيع .

وعلى هذا نقول : لو كان لكلام المتكلم إطلاق يشمل البيع الواقع في كل زمان كان ، فهنا يكون التمسك بثبوت الإذن للفعل الصادر في الزمان المتأخر بالإطلاق ، لا بالإستصحاب .

وأمّا إذا لم يكن للكلام إطلاق ، بل إنّما علم منه الإذن في صدور البيع منه مثلاً في الزمان الأول ، فحينئذٍ إجراء الإستصحاب في الإذن في البيوع الّتي تصدر منه في الزمان المتأخر ، يكون من قبيل إسراء حكم من موضوع إلى موضوع آخر .

وببيان آخر نقول : إنّ الإستصحاب ليس بجارٍ في شيء من الأحكام التكليفية .

نعم ، إستصحاب عدم الفسخ يكون جارياً ، إلاّ أنّه أيضاً مرجعه إلى شيء آخر غير الإستصحاب ، فانحصر مورد جريان الإستصحاب في الأحكام الشرعية

بالأحكام الوضعية.

والسرّ في ذلك /٧٤/ ما تقدم. لأنّ متعلق الأحكام التلكيفية هو الأفعال ولا شبهة في أن كلّ فعل موضوع للحكم الشرعي.

وعلى هذا، فلو كان لدليل الحكم إطلاق، فيكون إثباته في الفعل اللاحق بالإطلاق.

وأمّا لو لم يكن إطلاق، فحينئذٍ نقول: إنّه لا يثبت بالإستصحاب أن الحكم الثابت للفعل في الزمان الأوّل يكون ثابتاً للفعل في الزمان المتأخر؛ لأنّ كلّ واحد من الفعلين موضوع للحكم مستقلاً، فيكون ذلك من قبيل إسراء الحكم من موضوع إلى موضوع آخر.

[الشك في وجود المانع كافٍ للحكم بعدمه]

وأمّاالثالث وهو أن الشك في وجود المانع يكون كافياً في الحكم بعدمه ولو لم يكن له حالة سابقة.

فهو يظهر من كلام المحقق في المعارج[1] أيضاً على ما نقل عنه الشيخ في القول التاسع الّذي يذكره في الإستصحاب[2]، ولكن يورد الشيخ هناك على المحقق ويكون إيراده حقاً.

فهذه المقدمة أيضاً غير مسلّمة.

ثمّ لا يخفى عليك أنّه مع أنّ الصحة الشأنية ارتفعت عن البيع هنا بواسطة ردّ المرتهن حيث يدّعي الرجوع عن الإذن، وهذا كاشف عن كونه كارهاً للبيع؛ وهذا ردّ للبيع ودار أمر البيع بين أن يكون صحيحاً فعلياً أو /٧٥/ فاسداً، يجري كل واحد من المحقق والشهيد الثانيين وصاحب الجواهر أصالة الصحة في البيع وهو المقصود في المقام من أنّ العلماء يجرون أصالة الصحة لإثبات الصحة الفعلية بعد تعذر الصحة الشأنية، ولا يضرّ بما ذكرناه عدم اعتماد صاحب المسالك بهذا الأصل هنا لقوله بأنّه

---

١) معارج الأصول: ٢٠٦ الباب العاشر، الفصل الثاني، المسألة الثانية.

٢) فرائد الأصول ٥١/٣، الأقوال في حجية الاستصحاب.

معارض باستصحاب الرهن وعدم اعتماد صاحب الجواهر به لقوله : إن إستصحاب عدم الإذن مقدم عليه وإن أصالة الصحة في الرجوع يكون مقدماً عليه .

وأما لو قيل بعدم جريان أصالة عدم الإذن في خصوص المقام ، لأنّ الإذن تحقق منه أولاً ، وذلك لأنّ المقصود مجرد أنهم معترفون بجريان أصالة الصحة في مثل المقام لو لم يعارضها أصل آخر ، لأنّا نتكلم هنا في مقابل الشيخ حيث يقول في الرسالة في مسألة أصالة الصحة بعدم جريان أصالة الصحة رأساً .

[مقتضى القاعدة عند تعذر الصحة الشأنية]

ثمّ إنا وإن نقول بأنّه لا مانع من جريان أصالة الصحة في البيع في صورة تعذر الصحة الشأنية هناك ، إلا أنه نقول هنا : إن الحق مع المشهور من أنّ مقتضى القاعدة هنا هو فساد البيع ، وذلك لما ذكره في الجواهر / ٧٦ / من أنّ أصل الصحة تجري في الرجوع أيضاً وهو مقدم على أصالة الصحة في نفس البيع ، لحكومته عليها ؛ بل نقول : على هذا لا مانع من استصحاب الرهانة أيضاً .

أقول: فيما نقلناه موارد للنظر والتأمل :

منها ما تقدم الإشارة إليه من أنه لا دليل على جريان أصالة الصحة في صورة تعذر الصحة الشأنية للعقد ، بعد ما كان الصحة الشأنية لها ثابتة من أوّل الأمر .

ومنها أنه يمكن أن يقال : إنّ كلمات العلماء المذكورين لا يصير شاهداً على أنهم يجرون أصالة الصحة في صورة تعذر الصحة الشأنية عن العقد ، وذلك لجواز أن يقال : إنّ الصحة الشأنية لم ترتفع في ما نحن فيه من البين ، وذلك لأنّا نمنع أن يكون قول المرتهن « رجعت » قبل البيع ردّاً ، لا لأنّ مجرد إظهار الكراهة ليس رداً ، بل يحتاج إلى إنشاء الرد ، بل من جهة أنّه لم يفهم منه الكراهة عن نفس البيع بقوله « رجعت » قبل البيع ، لإمكان أن يكون في البين أغراض أخر .

بل نحن نقول : إنه تقدم في أوائل مسألة الفضولي أن خبر الوليدة[1] مع اشتماله

---

١) الكافي ٢١١/٥، كتاب المعيشة، باب شراء الرقيق، ح ١٢.

على إظهار كراهة شديدة قبل الإجازة، قال بعض بأنّ الإجازة لا يصير من قبيل الإجازة بعد، فلعل نظر هؤلاء فيما نحن فيه أيضاً إلى أن قول المرتهن «رجعت» /٧٧/ ليس رداً، فلا يصير كلامهم شاهداً على أنهم يجرون أصالة الصحة في صورة تعذر الصحة الشأنية عن العقد.

هذا، ولكن إنه يثبت على هذا التقدير أمراً يكون أشدّ من ذلك؛ لأنّه على هذا، يلزم إجراؤهم لأصالة الصحة وإثبات الصحة الفعلية بها في صورة كانت الصحة الشأنية بعد العقد؟ باقية أيضاً. وذلك لأنّه لا يجوز أن يكون غرضهم إثبات الصحة الشأنية بأصالة الصحة؛ لأنّه على هذا التقدير يكون الصحة الشأنية مع قطع النظر عن إجراء أصالة الصحة معلوماً.

ومنها أنه لا يظهر من صاحب المسالك والجواهر من أنهما يريدان [أن] إثبتا الصحة الفعلية للعقد بعد تعذر الصحة الشأنية له بإجراء أصالة الصحة في العقد، وإلاّ لم يكن وجه لأن يقول صاحب الجواهر: إن استصحاب عدم الإذن مقدم عليها، ولأن يقول صاحب المسالك: إن استصحاب الرهانة يكون معارضاً معها. وذلك لأن الصحة الفعلية مأخوذة فيها وجود تمام الشرائط وفقدان تمام الموانع.

وعلى هذا، فلو جرى أصالة الصحة، فيثبت تحقق تمام الشرائط وفقدان تمام الموانع إذا لم يكن في شيء من الأركان.

وعلى هذا، فلا يبقى مجال لأن يقدم الإستصحاب الجاري في الشرائط والموانع عليها كما صنعه في الجواهر، أو يعارض /٧٨/ معها كما صنعه صاحب المسالك.

وظني أن مرادهما من أصالة الصحة هو استصحاب الصحة الشأنية الّتي كانت محققة أولاً.

إن قلت: إنها مقطوع ارتفاعها إما بتبدّلها إلى الصحة الفعلية، أو إلى الفساد رأساً.

قلت: يكون المراد استصحاب الصحة الفعلية، لا الصحة الشأنية ليترتب عليها الصحة الفعلية؛ غاية الأمر أن الأصل يكون مثبتاً ولا محظور فيه لما تقدم نظير ذلك في كلام صاحب المسالك في مسألة القبض.

وصاحب الجواهر أيضاً لم ينكر عليه من هذه الجهة.

ومن الشواهد على ما فهمناه من المسالك أنّه في الرهانة في مسألة أصالة الصحة ينسب القول بجريان أصالة الصحة لأنها أصالة الصحة الفعلية في مسألة الرهن إلى الكركي ، دون صاحب المسالك ؛ فتدبّر .

ومنها أن ما ذكره أخيراً من أنّه على هذا لا مانع من استصحاب الرهانة أيضاً ، **ففيه**: أنّه لو كان المراد أنه بعد (إثبات الفساد بأصل الصحة ؟) في الرجوع ، فحينئذٍ لا مانع من استصحاب الرهانة .

ففيه: أنّه على هذا التقدير يصير بقاء الرهانة معلوماً بحكم الشارع ، فلا يبقى مجال لاستصحاب الرهانة . والأصل أنّه بعد جريان الأصل الحاكم ، لا يجري الأصل المحكوم ، موافقاً كان أو مخالفاً .

[أصالة الصحة في الرجوع]

ومنها في بيان أن أصالة الصحة في الرجوع ، هل يكون جارية ، وعلى فرض جريانها هل يثبت /٧٩/ بها فساد البيع حتّى يثبت قول المشهور ، أم لا ؟

وتوضيح ذلك يتوقف على بسط الكلام في الجملة ، **فنقول**: إنّه يكون في مسألة الرهن أشياء ثلاثة قابلة لأن تجري أصالة الصحة في كل واحد منها وهي الإذن والبيع والرجوع . ومقتضى أصالة الصحة في الإذن والبيع هو صحة البيع ، ومقتضى أصالة الصحة في الرجوع فساده .

وقال الشيخ في مسألة أصالة الصحة بعد جريان أصالة الصحة في شيء منها[1] :

أما الإذن ، فلأن مقتضى صحته ، صحة البيع إذا وقع بعده .

وأمّا البيع ، فلأن صحة الإيجاب والقبول لا يقتضي لتحقق الرضا ممن يعتبر رضاؤه .

وأمّا الرجوع ، فلأن صحته عبارة عن أن يكون البيع الواقع بعدها فاسداً ، ولكن لا يثبت أن البيع وقع بعده .

---

١) فرائد الأصول ٣٦٥/٣، المسألة الثالثة : في أصالة الصحة .

والسرّ في ذلك كلّه أن أصالة الصحة لا يثبت بها الصحة الفعليه إذا كان صحة شأنية لها في زمان.

هذا، ولكن يرد على الشيخ ما ذكره في مسألة أصالة الصحة من أنّه لا مانع من إجراء أصالة الصحة في الرجوع، وذلك لأنّ الرجوع لو كان بعد البيع، فيكون فاسداً رأساً بحيث لم يكن له شأنية الصحة من زمان تحققه في الخارج.

وعلى هذا، فلابدّ أن يحمل على الصحة لما تقدم من أنّه لا إشكال من أنّه لو دار أمر العقد من حين صدوره بين الصحة الفعلية والشأنية رأساً /٨٠/ أنّه يحمل على الصحة الفعلية.

[الكلام في الإذن والبيع]

وهذا بخلاف الإذن والبيع؛ فإن الصحة الشأنية كان لكل واحد منهما موجودة من أول الأمر.

أما الإذن، فواضح؛ لأنّه كان حين صدوره بحيث لو وقع البيع بعده لكان صحيحاً.

وأما البيع، فلأنه لو لم يلحقه رد المرتهن، بل يلحقه إما إجازته أو فكّ الرهن، لكان صحيحاً.

ومقتضى ما ذكرناه أن يكون المرجع في المسألة هو أصالة الصحة في الرجوع، ولكن لا يجوز التمسك بها لمن يقول مثل الأستاد ـ سلّمه الله ـ من أنّه إذا تعذر الصحة الشأنية، يتمسك بأصالة الصحة لإثبات الصحة الفعلية؛ لأنه بناءً على هذا المذهب لا مانع من إجراء أصالة الصحة في الإذن أيضاً، فيقع المعارضة بينها وبين أصالة الصحة في الرجوع.

هذا، ولكنّك قد عرفت فساد المبنى، وإن كان الإيراد وارداً على الأستاد ـ سلّمه الله ـ.

هذا، ولكن الحق على المختار من عدم حجية الأصول المثبتة عدم جواز التمسك بأصالة الصحة في الرجوع أيضاً؛ لأنّ الحكم بفساد البيع مبني على وقوعه

بعد الرجوع بصحة الرجوع عليه بفساد البيع عليه ، فيكون الأصل مثبتاً لمرتبتين. وذلك لأن ما يتوقف الحكم بالصحة عليه لايترتب صحة البيع بأصالة /٨١/ الصحة.

ومن الواضح أن فساد البيع الناشي من وقوع البيع بعد الرجوع وكذا نفس وقوع البيع بعده ، ليسا من آثار صحة الرجوع ، بل تكونان مما يتوقف الحكم بصحة الرجوع عليه.

وبعد ما عرفت من أنّ أصالة الصحة على التحقيق لا تجري في شيء من الإذن والبيع والرجوع ، فحينئذٍ نقول: إنّ الحق ما يقوله المشهور من أنّ المرجع هو استصحاب بقاء الرهانة وأصالة عدم صحة البيع.

نعم ، صحة ذلك يتوقف على إثبات أمرين آخرين:

الأول أن نثبت فساد ما ادعاه المحقق الثاني[١] من أنّه يثبت صحة البيع بقاعدة المقتضي والمانع ، وهنا نقول: لا يخفى عليك أولاً أنّه لم يظهر من كلام المحقق هنا من أنّه يريد أن يقول: إنّه بمجرد إحراز المقتضي يحكم بعدم وجود المانع ولو لم يكن لعدم المانع حالة سابقة.

وذلك لأنّ الأمثلة الّتي يذكرها يكون لعدم المانع فيها حالة سابقة كالشك في طروّ النجاسة على الثوب ، مع أنّ أصل مدعاه ليس بزعمه متوقفاً على ذلك ، لأنّ المانع هنا هو الرجوع.

وكون المحقق الثاني معتقداً لوجود الحالة السابقة لعدم الرجوع ؛ لأنّ عدم الرجوع عين بقاء الإذن ، مع أنه يصرّح بأن الإستناد إلى بقاء الإذن[٢].

نعم ، القول باعتبار قاعدة المقتضي والمانع حتّى /٨٢/ في صورة لم يكن حالة سابقة لعدم المانع ، يظهر من عبارة المحقق في المعارج[٣] على ما نقله الشيخ[٤] ، حيث إنه يستند هناك إلى نفس وجود المقتضي.

---

١) جامع المقاصد ١٦١/٥.

٢) نفس المصدر.

٣) معارج الأصول: ٢٠٩ - ٢١٠.

٤) فرائد الاصول ١٦٠/٣.

فيقول: إن المقتضي مثلاً تحقق، فلابدّ أن يحكم بتحقق المقتضي. فإن أمثال هذه التعابير ظاهرة في أن الملاك هو صرف إحراز المقتضي، فلابدّ أن يتمسك بذلك في صورة لم يحرز الحالة السابقة لوجود المانع، سواء كان المحرَز عدم وجود الحالة السابقة له، أم لا.

هذا كلّه، ولكن التحقيق ـ كما أشرنا إليه مراراً ـ أنّه لو كان المانع مسبوقاً بالعدم ليس قاعدة المقتضي والمانع حجة على سبيل الإطلاق، فضلاً عن صورة لم يكن مسبوقاً بالعدم أيضاً، فينحصر الأمر في التمسك باستصحاب الإذن واستصحاب عدم الرجوع، وسيوضحان ـ إن شاء الله ـ.

الثاني أن يثبت عدم جريان الإستصحاب في الإذن فيما نحن فيه، ونقول هنا: إن ما ذكره الأستاد من عدم جريان الإستصحاب في الإذن والأحكام التكليفية مطلقاً، فليس بمرضي عندنا لما ذكرناه في مسألة الإستصحاب عند نقل كلام الفاضل التوني من أنّه لا مانع في استصحاب الأحكام التكليفية[1]، لأنّ الموضوع العرفي الّذي هو المعتبر في صحة جريان الإستصحاب، موجود في كثير من الموارد، والتفصيل مذكور في محله، فالحق من هذه الجهة مع العلماء.

[هل هنا مانع من جريان الإستصحاب في الإذن؟]

نعم، /٨٣/ يبقى الكلام في أنّه هل يكون هنا مانع من جريان الإستصحاب في الإذن، أم لا؟

فنقول: في صورة كان الشك في أصل الرجوع، لا إشكال في صحة جريان إستصحاب بقاء الإذن ليترتب عليه صحة العقد، لأنّه وإن يتوسط هنا أمر عقلي وهو تحقق المشروط عند وجود شرطه، إلاّ أنه ذكرنا في مسألة الإستصحاب قبل مسألة استصحاب النبوّة أن هذه الواسطة من الواسائط الخفية.

وإنما الإشكال في جريان الإستصحاب في صورة علم رجوع المرتهن، إلاّ أنّه

---

١) انظر: فرائد الاصول ١٢١/٣. كلام الفاضل التوني.

يكون مردداً بين أن يكون رجوعه قبل البيع أو بعده ، كما فيما نحن فيه .

وهنا نقول : لو قلنا إن الإذن شرط ، لا أن يكون الرجوع مانعاً ـ كما هو الحق ؛ إذ مانعية الرجوع أيضاً من باب رفع الإذن كما يعترف صاحبي المسالك والجواهر ـ ، فحينئذٍ نقول : لا مانع من استصحاب الإذن ، لأنا لا نريد أن نثبت بذلك تأخر الرجوع عن البيع حتّى نقول : إنّ الأصل مثبت ، بل المقصود مجرد إحراز بقاء الإذن في زمان جريان البيع وهو ثبت باستصحاب الإذن ، كما قاله المحقق الثاني .

ومن الموارد الّتي أثبتوا الصحة الفعلية بعد تعذر الصحة الشأنية ، حكمهم بصحة / ٨٤ / الأوقاف الواقعة في الأزمنة المتقدمة ، مع البناء في تحقق القبض فيها .

أقول: قد تقدم أن الحكم بصحة الأوقاف السابقة الواقعة في الأزمنة المتقدمة ، ليس مبنياً على أصالة الصحة .

[إجراء الصحة الفعلية في النكاح]

ومن الموارد الّتي أجروا أصالة الصحة لإثبات الصحة الفعلية بعد تعذر الصحة الشأنية ما يقولونه في كتاب النكاح في صورة زوّج الأجنبي امرأة ، ثمّ اختلف الزوج والزوجة بعد ما صدر من المرأة بعد النكاح وقبل النزاع ما دلّ على الكراهة . فقال الزوج : زوجّك العاقد من غير إذنك ، وقالت : بل أذنت . فإن العلماء من غير استثناء ظاهراً حتّى الشيخ ﷺ في الرسالة الّتي كتبها في النكاح[1] يقولون : إن القول قولها بيمينها ، لأنها تدعي الصحة[2] .

نعم ، يبقى إشكال هنا وهو أن كثيراً من يقول هنا بأنّ القول قولها بيمينها ، ليس قائلاً في باب السلم والرهن وغير ذلك بأنّه بعد تعذّر الصحة الشأنية للعقد يثبت الصحة الفعلية للعقد بواسطة جريان أصالة الصحة .

هذا ولكن / ٨٥ / رفع الإشكال عنهم بما ذكرناه سابقاً وهو أن الإجازة في باب الفضولي لوكانت ناقلة ، فيكون حال الإجازة كحال القبض في السلم وأشباه ذلك ،

---

١) كتاب النكاح : ١٦٦ ، دعوى الزوج إذنها وإنكارها له.

٢) شرائع الإسلام ٥٠٦/٢ ، كتاب النكاح ، الفصل الثالث ، الثاني : في اللواحق ، المسألة الثالثة .

لأنّ العقد في باب الفضولي على هذا يكون حين صدوره له صحة شأنية.

ثمّ تلحقه الإجازة، فيتمّ العقد وتصير الصحة فعلية، فيكون الإجازة نظير القبض في السلم بعينه.

وأمّا لو قلنا بأنّ الإجازة كاشفة، فحينئذٍ نقول: إنّه ليس للعقد صحة شأنية، بل يكون أمره من أوّل الأمر مردداً بين الصحة الفعلية والفساد رأساً، فيكون العقد الّذي لم يكن مقروناً بإذن سابق ولا ملحوقاً بإجازة لاحقة بمثل العقد الّذي لم يكن عربياً على القول باشتراط العربية في العقد؛ لأنّه إذا لم يكن العقد مقروناً بإذن سابق ولم يكن مما يتعقّبه الإجازة أيضاً، فيكون العقد لغواً محضاً، نظير عقد يكون غلطاً صرفاً.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إنّ العلماء إنّما أجروا الصحة الفعلية هنا بأصالة الصحة من جهة أنهم يقولون: إن الإجازة في باب الفضولي تكون كاشفة.

/٨٦/ نعم، يظهر من بعض عبارات العلامة التردد في كون الإجازة كاشفة، أو ناقلة.

أقول: هذا التوجيه لا يصحّح كلام الشيخ ﷺ؛ لأنّه يكون من القائلين بأنّ الإجازة تكون ناقلة.

[لو قال «بعت غانماً» بالاشتراك اللفظي]

ثمّ لنرجع إلى أصل المسألة، وهو ما لو قال «بعت غانماً» وكان لفظ الغانم مشتركاً لفظياً بين عبد نفسه وبين عبد غيره. وهنا قد تقدم أن العلماء يقولون بأنّه يحمل على عبد نفسه، ونحن نقول: إن مفروض كلامهم إنّما هو في صورة صدر من الغير ما يدل على الكراهة.

وعلى هذا، يدور البيع بين أن يكون صحيحاً فعلياً ـ كما لو كان المراد من الغانم عبد نفسه ـ وبين أن يكون باطلاً رأساً ـ كما لو كان المراد من لفظ الغانم عبد غيره ـ.

وقد تقدم أنّه لو دار الأمر بين الصحة الفعلية والفساد رأساً، فلابدّ أن يحمل على الصحة الفعلية وإن كان العقد من ابتداء صدوره قابلاً للصحة الشأنية.

وبمقتضى هذه القاعدة لابدّ أن يحمل لفظ الغانم على عبد نفسه حتّى يصير صحيحاً فعليا ، حيث ليس في زمان الحمل على الصحة قابلاً للصحة إلاّ للصحة الفعلية ، ومقتضاه أن يكون المراد عبد نفسه .

أقول: قد تقدم أن /٨٧/ أصالة الصحة ليست مقتضاها ذلك ، بل العقد بمجرد قابليته للصحة الشأنية حين صدوره يكون ذلك مانعاً من الحمل على الصحة الفعلية ولو تعذرت الصحة الشأنية بعد ذلك ؛ بل نحن لو فرضنا من أن نقول : إنّه يحمل على الصحة الفعلية في صورة تعذرت الصحة الشأنية ، فنقول بذلك ولو لم يتعذر الصحة الشأنية أيضاً ؛ بناءً على أنّ الصحة الشأنية ليست بصحة حقيقة .

هذا كله **أولاً**.

وثانياً نقول : إن من الواضح أنّه ليس عنوان العلماء لهذه المسألة في خصوص صورة تحقق الرد من الغير الّذي يكون مالكاً للعبد الّذي يحتمل كونه مبيعاً ، وحمل كلامهم على خصوص هذه الصورة كلام بلا وجه ، فالمرجع في حكم المسألة هو ظهور البيع في كونه لنفسه وظهور لفظ البيع في مقام التصرف إلى مال نفسه ـ كما تقدم تفصيل مقدار الظهور مفصلاً ، فلا يحتاج إلى الإعادة ـ.

/٨٨/ **المسألة الرابعة** فيما لو كان المبيع مشتركاً معنوياً ، مثل نصف الدار وكان البايع مالكاً لنصف الدار ، فإن النصف يصدق على كل واحد من نصف البايع ونصف ذلك الغير . ومحل الكلام إنّما هو في صورة كان كل واحد من البايع وذلك الغير مالكاً للنصف المشاع من الدار ، فالبيع الواقع على مفهوم النصف في مثل هذه الصورة يمكن أن يكون فضولياً ويمكن أن يكون لنفس البايع .

وهنا نقول : لو علم أنّه أراد نصفه أو نصف الغير عمل به ، وإلاّ فإن علم أنّه لم يقصد بلفظ « بعتك الدار » إلاّ مفهوم هذا اللفظ ، **ففيه احتمالان**:

حمله على النصف المملوك له .

وحمله على النصف المشاع بينه وبين الأجنبي . وسيأتي الكلام فيهما .

[عنوان محل النزاع في المكاسب و الجواهر]

ثمّ لا يخفى أنّ في المكاسب[1] يجعل عنوان محل النزاع في صورة علم أنّه لم يقصد إلاّ بيع مفهوم نصف الدار، ومع ذلك يتمسك لحمله على كل واحد من نصف البايع أو النصف المشاع بالأصول المرادية والظهورات. ومن الواضح أن أمثال هذه الأصول /٨٩/ إنّما يتمسك بها في مقام تعيين المراد، وكذلك صاحب الجواهر[2] يجعل النزاع في صورة لم يكن قد قصد بالبيع إلاّ مطلق النصف، من غير تعرض في قصده للمشاع أو المختص، ومع ذلك يتمسك بأمثال ما يتسمك بها الشيخ ﷺ.

وأجيب عن الإشكال بأنّه ليس مقصود من يعبّر بمثل هذه العبارة أنّه ليس للبايع قصد أحد الطرفين أصلاً، بل يكون مفروض كلامه في صورة تعين قصده أحد الطرفين، لكن لا من لفظ «نصف الدار»، بل لم يرد من لفظ «نصف الدار» إلاّ مفهوم نصف الدار، وإنما اراد أحد الخصوصيتين بقرينة خارجية بدلالة مستقلة، من دون أن يجعل تلك القرينة قرينة على إرادة الخصوصية من لفظ «نصف الدار»، كما أشرنا إلى قوله في عنوان المسألة.

فيكون في البين دالّان ومدلولان؛ نظير قوله «أعتق رقبة مؤمنة» على المذهب المشهور من أنه قصد من لفظ الرقبة جنس الرقبة، دون المقيد بالمؤمنة، ومن قوله «مؤمنة» إيمانها، من دون أن يجعل لفظ المؤمنة قرينة على إرادة الخصوصية أيضاً من لفظ الرقبة، كما أن «يرمي» قرينة على أن المراد من لفظ الأسد هو الرجل الشجاع في مثل «أسد يرمي».

أقول: هذا التوجيه لا يلصق بعبارتهما: أما كلام الشيخ فظاهر في /٩٠/ أنّه لا قرينة على الخصوصية بأحد الوجهين وإنما الخصوصية في الصورة الّتي لم يقصد صرف مفهوم نصف الدار أيضاً يكون بمجرد القصد.

وأمّا في صورة لم يقصد إلاّ نفس هذا المفهوم، فبطريق أولى لا قرينة على الخصوصية. وظاهر كلامه أنّه في الصورة الثانية لم يقصد الخصوصية أيضاً.

---

١) كتاب المكاسب ٥٢١/٣ - ٥٢٢.

٢) جواهر الكلام ٣١٦/٢٢، في بيع الفضولي.

وأمّا كلام الجواهر فصدره منافٍ مع ذيله ، فإنه في صدر كلامه يجعل محل النزاع في صورة لم يقصد البايع إلاّ مفهوم نصف الدار ، ولكن في ذيل كلامه يقول : « هذا كله في تعيين المقصود ، أما إذا لم يقصد إلاّ بيع النصف فلعل المتجه أيضاً تنزيله على ملكه »[١] ؛ إنتهى .

ونقل عن بعض احتمال البطلان لاشتراط تعيين المبيع . وعلى كل حال نحن نفرض الكلام أوّلاً في صورة كان له قصد ، حيث إنّ الأدلة لا يناسب إلاّ في تعيين المقصود ، وبعد ذلك يناسب البحث عن صورة لم يقصد إلاّ مفهوم نصف الدار ، كما صنعه صاحب الجواهر .

وسيأتي في الحواشي أنّا في هذه الصورة نحمل على المشاع في صورة كان مأذوناً عن الشريك لقاعدة العدل ، وإن لم يكن ماذوناً عن الشريك يؤخذ بنصيبه .

هذا كلّه ، ولكن لابدّ أن يحمل كلامهم على صورة كان البايع قاصداً لأحد الخصوصيتين ، فإن الأدلة الآتية لا ينطبق إلاّ عليه .

وبالجملة ، المشهور في صورة قال البايع « بعت نصف الدار » وكان مالكاً لنصفه المشاع ، إنّما يحمل على نصيبه بالخصوص ، فلا يكون البيع / ٩١ / فضولياً ، بل عن غصب الشرايع والمسالك[٢] إرساله إرسال المسلمات ، بل عن الثاني منهما نسبته إلى الأصحاب .

نعم ، نقل عن جملة من الكتب احتمال أن يكون النصف الّتي تعلق به البيع مشاعاً بين نصيبه ونصيب شريكه ، كما أنّه في المكاسب[٣]* يقوى هذا الإحتمال .

ثمّ إنّه نقل عن المشهور أنهم في غير المقام مثل باب الإقرار وغير ذلك يسلمون على أنّ الفاظ كسور التسعة مثل الخمس والسدس والنصف وغير ذلك ظاهر في المشاع بين الأنصاب .

---

١) جواهر الكلام ٣١٧/٢٢.

٢) مسالك الإفهام ٢٥٢/١٢، كتاب الغصب، النوع الثاني: في مسائل التنازع، الثالثة.

٣) كتاب المكاسب ٥٢١/٣.

*) فيه: أن الّذي يظهر منه تقوية القول المشهور؛ فراجع وتأمل. (منه قدس سره).

وعلى هذا، فيبقى عليهم سؤال من أنّه لأيّ شيء يحمل لفظ «نصف الدار» في المقام على خصوص نصيبه، دون المشاع بين النصيبين؟ كما هو مقتضي ظاهر لفظ «نصف الدار» كسائر الكسور التسعة في ظهورها في المشاع.

والجواب عن ذلك أن في أمثال مقامنا ـ كما في صورة تعلق البيع أو الصلح وأشباه ذلك على واحد من الكسور التسعة ـ يكون في البين وجوه أخر، تكون مقتضاها أن يحمل مثل لفظ «نصف الدار» على خصوص نصيبه:

الأول /٩٢/ ما نقل عن بعض الكتب من أنّه يقول: إن الأصل في البيع هو التأثير الفعلي، ولعل مراده من ذلك هو أصالة الصحة.

أقول: وجواز التمسك بذلك مبني على أن نقول: إن مقتضى أصالة الصحة إثبات الصحة الفعلية ولو في صورة كان العقد قابلاً للصحة الشأنية وهو خلاف التحقيق من وجهين.

الثاني ما قاله الأستاذ ـ سلّمه الله ـ من أنّ الظاهر من حال العاقل أن يعمل لنفسه.

الثالث ما قاله الشيخ من انصراف لفظ المبيع وهو لفظ «نصف الدار» في مقام التصرف إلى خصوص ما هو ملك للبايع[1].

الرابع ما في المكاسب، ولعله مستند المشهور من أنّ الأصل في إنشاء البيع أن يكون البيع لنفسه[2].

إن قلت: إن التمسك بهذا الوجه على مذاق الشيخ ﷺ لا محضور فيه، حيث إنّه يكون قائلاً بأن بيع مال الغير يحتاج إلى قصد زائد على بيع مال النفس في صورة كان ملتفتاً إلى أن البيع ليس ماله؛ لأنّه يقول: بعدم صحة بيع مال /٩٣/ الغير إلاّ بنية الغير، أو اعتقاد كون المال لنفسه، أو البناء على تملكه للمال عدواناً[3].

وأمّا بناءً على ما ذكرت سابقاً من أن بيع مال الغير لا يحتاج إلى قصد زائد، بل مجرد أن يكون البيع مال الغير يصير منشأً لأن يكون البيع بيعاً فضولياً صحيحاً، سواء

---

١) كتاب المكاسب ٥٢١/٣.

٢) نفس المصدر.

٣) نفس المصدر.

قصد البيع للغير أو لنفسه ، أو لم يقصد شيئاً منهما .

وعلى هذا ، فليس البيع الفضولي محتاجاً إلى قصد زائد حتّى تعين عدمه بظهور إنشاء البيع لنفسه .

وعلى هذا ، فلو تمكنّا من إثبات أن لفظ البيع ينصرف إلى ماله ـ كما هو مقتضى الوجه الثالث ـ ، وإلاّ فنقول : إن البيع يقع عن الغير قهراً ، فلا وجه للتمسك بظهور البيع في كونه لنفسه .

قلت: نحن إنّما نقول بعدم الإحتياج إلى قصد الغير في البيع الفضولي في صورة كان المبيع معيناً في الخارج بأن يكون عيناً شخصياً .

وأمّا إذا لم يكن كذلك ، كما لو كان في الذمة ، أو كان كلياً* خارجياً مشتركاً بين البايع وبين غيره ، ففي مثل / ٩٤ / هاتين الصورتين يحتاج إلى القصد عن الغير حتّى يصير فضولياً .

أقول: مرجع قصد البيع عن الغير في هاتين الصورتين أيضاً لابدّ من أن يرجع إلى تعيين البيع في مال الغير ، كأن يقصد الكلي على ذمّة الغير في الصورة الأولى ويقصد من النصف مثلاً خصوص نصيب الغير في الصورة الثانية ، وإلاّ فلا يثمر مجرد أن يقصد البيع عن الغير في كون البيع فضولياً ، كما في صورة كان البيع شخصياً .

فمعنى قصد البيع لنفسه فيما نحن فيه هو قصد خصوص نصيبه من لفظ « نصف الدار » ، كما أنّه لو كان البيع في الذمة كما في السلف ، يكون معنى قصد البيع للغير هو أن يعين الكلي في ذمة الغير** .

---

*) *وهو المعبّر عنه بالكلي في المعين . (منه قدس سره) .*

**) *وعلى هذا ، فلقائل أن يقول: إنّ إرادة نصيبه فيحتاج إلى القصد . فأصالة عدم القصد من كل طرف معارض .*

إن قلت: قصد نصيب نفسه لا يحتاج إلى القصد ، بل مجرد أن يقصد النصف يحمل على نصيبه ؛ لأنّه القابل لأن يؤثر العقد فيه ، كما يقوله في الجواهر في صورة لم يقصد إلاّ مفهوم نصف الدار .

قلت: نصيب الغير أيضاً قابل لأن يؤثر العقد فيه ولذا نقول في صورة لم يقصد إلا مفهوم نصف الدار ، ببطلان البيع لعدم تعيين المبيع ، كما نقل في الجواهر احتمال ذلك عن بعض في صورة لم

[المرجع في ظهور لفظ «نصف الدار» في المشاع]

بقي الكلام في بيان أن المرجع هل هو ظهور لفظ «نصف الدار» في النصف المشاع، أو أن المرجع أحد معارضاته من الوجوه المتقدمة، **فنقول:**

لا إشكال في أن ظهور نصف الدار في المشاع مقدم على أصالة الصحة، لو قلنا بجريانها في المقام.

وأما انصراف المبيع في مقام البيع إلى خصوص /٩٥/ نصيبه ـ لو سلّمنا أصل صغراه ـ، نقول بتقدمه على الظهور البدوي للنصف في المشاع؛ لأنّ الإنصراف الناشي من قرينة المقام يكون قرينة على إرادة خلاف ما هو ظاهر اللفظ ابتداءً، إلاّ أنا لا نسلّم أصل الصغرى وهو انصراف لفظ «نصف الدار» في مقام البيع إلى خصوص نصيبه؛ لأنّه لا وجه له.

وأمّا ظهور إنشاء البيع في كونه لنفسه يكون ظهوراً ناشياً من الإطلاق.

إن قلت: إنّ ظهور النصف في المشاع أيضاً تكون إطلاقياً.

قلت: قد تقدم أن الشيخ يسلّم ذلك، إلاّ أنّه يقول بأنّ ظهور المقيّد مقدم على ظهور المطلق وقد تقدم شرح عبارته قبل الشروع في مسألة أصالة الصحة.

هذا، ولكنّا نقول: إنّ الأمر بالعكس، وذلك لأنّ ظهور النصف في المشاع يكون ناشياً من الإطلاق، أعني الإطلاق المصطلح. وأما ظهور /٩٦/ إنشاء البيع في كونه لنفسه وإن يكون ناشياً من الإطلاق، إلاّ أن الإطلاق هنا ليس هو الإطلاق المصطلح وإنما هو الإطلاق الذكري ومرجع الإطلاق الذكري إلى القرائن المقامية، وهي في حكم الظواهر اللفظية، فيكون الظهور الناشي من هذا الإطلاق حاكم على ظهور النصف في المشاع الناشي ظهوره من الإطلاق المصطلح.

وبعبارة أخرى، نحن نقول: في مثل بيع نصف الدار: إن ظهور الفعل مقدم على

يقصد إلاّ مفهوم نصف الدار. ونحن وإن ذكرنا عند جريان الفضولي في الكلي في الذمة، إلاّ أنّ البايع إذا لم يقصد ذمة الغير، يعين المال على ذمته، إلاّ أنّ الوجه الّذي ذكرناه هناك لا يأتي في الكلي في المعين كما في المقام وكما في بيع منٍّ من الصبرة المعينة. (منه قدس سره).

ظهور متعلقاته ، كما يقول الشيخ[1] بذلك في مثل « لا تنقض اليقين » حيث يرفع اليد عن إطلاق اليقين بواسطة ظهور النقض في رفع اليد عن شيء يقتضي الإستمرار ، كما أن بناء العرف على رفع اليد عن إطلاق أحد في قولك « ما ضربت أحداً » بواسطة ظهور الفعل في أن متعلقه هو الأحياء .

فظهر من جميع ما ذكرنا أن كلام المشهور من حمل النصف على النصف المختص به ، يكون مقتضى القاعدة ومقتضى فهم العرف فيه وفي نظايره .

/٩٧ / **أقول**: قد عرفت أنّه بناءً على التحقيق من أنّ الفضولي لا يحتاج إلى قصد زائد ، لا يبقى وجه للتمسك بظهور إنشاء البيع لنفسه ، لأنّه لا تأثير لإنشاء البيع عن نفسه ، بل لابدّ من أن يلاحظ في أنّه عين المبيع في النصف الّذي هو نصيبه أم لا .

فإن عينه فيه ، فيصير البيع لنفسه ، وإلاّ فلا ، لأنّ مفروض الكلام أن قصد الخصوصية لازم والكلام في أنّه أي خصوصية قصد .

وعلى هذا ، فنحتاج إلى التمسك بانصراف المبيع في مقام التصرف إلى مال نفسه والمفروض أن الأستاد منع ذلك رأساً .

وعلى هذا ، فبمقتضى ذلك لابدّ أن يقول باشتراك المبيع بين النصيبين ، لا تعينه في خصوص نصيب البايع .

[تقوية قول المشهور]

نعم ، نحن نقوّي كلام المشهور في الجملة بمقدمتين :

الأولى: ما سيأتي ، من أنّا نمنع ظهور النصف في المشاع بين النصيبين وإنما يكون له ظهور في المشاع في المجموع ، ونصيب البايع بنفسه يكون مشاعاً في المجموع ، كما أن نصيب شريكه أيضاً يكون كذلك . وحينئذٍ يكون المبيع مردّداً بين أحد النصيبين ، فيكون حال المسألة كحال المسألة /٩٨ / السابقة ، أعني « بعت غانماً » .

والثانية: أنه مع غمض العين عن بعض الكلمات الآتية المقتضية لصحة قول

---

١) فرائد الاصول ٧٨/٣، في الاستصحاب ، المراد من « نقض اليقين » .

المشهور أيضاً نقول: إن المبيع ينصرف إلى مال نفسه بعين الوجه الّذي في «بعت غانماً» من أنّه يعين الغانم في عبد نفسه.

ثمّ إن في المقام قولين بالتفصيل في بعض شقوق المسألة:

الأوّل: أنه لو كان البايع جاهلاً بأن المبيع يكون نصفه مال الغير، بل يكون اعتقاده بأنه مالك لكلّ الدار مثلاً، فهنا لو قال: «بعت نصف الدار»، فنحن نقول: إن إطلاق كلام المشهور في حمل النصف إلى خصوص نصيبه لا يأتي هنا، وذلك لأنّ وجه الحمل أحد الأمرين: ظهور إنشاء البيع في كونه لنفسه، وانصراف لفظ المبيع في مقام التصرف إلى خصوص نصيبه.

ومن الواضح أن هٰذين الوجهين إنما يأتيان مع التفات البايع بأنه ليس مالكاً إلاّ للنصف حتّى يقصد خصوص ذلك النصف.

[مبالغة بعض المحققين في تصحيح إطلاق كلام المشهور]

وهذا، ولكن ينسب إلى بعض المحققين* أنه بالغ في تصحيح إطلاق /٩٩/ كلام المشهور** حيث قال: إنّه يحمل النصف على خصوص نصيبه حتّى في هذا المورد.

---

*) صاحب حاشيه. (منه قدس سره).

**) *أقول في صورة كان جاهلاً بأنّ النصف مال الغير كصورة علم أنّه لم يقصد إلا مفهوم نصف الدار: لو كان الغرض تعيين مقصود البايع، فلا يأتي من الوجوه السابقة للحمل على نصفه أو المشاع؛ لأنّ تلك الوجوه كلّها لتعيين المراد والمفروض انا يعلم أنّه لم يقصد شيئاً من ذلك.*

نعم، استدلّ في الجواهر للحمل على نصفه في صورة نعلم بأنّه لم يقصد إلاّ مفهوم نصف الدار بأنّه القابل لتأثير العقد فيه.

وفيه: أنّه لا دليل على أنّه لابدّ أن يؤثر العقد هنا، مع أنّ التأثير في نصف شريكه أيضاً موجود؛ غايته أنّه شأنية ولا دليل على أنّه لابدّ أن يؤثر فعلاً.

ثمّ إنّ ما نقله في الجواهر في هذه الصورة عن بعض من بطلان البيع لعدم تعيين المبيع، فاسد؛ لأنّ التعيين للمبيع الّذي يكون شرطاً في البيع هنا يكون موجوداً؛ لأنّ النصف المشاع من الدار المعيّن لا جهل فيه. وأمّا أنّ هذا النصف ملك لأيّ شخص، فالجهل به غير مضرّ.

ومن هنا لا إشكال في صورة باع داراً لم يعلم مالكه، ثمّ أجاز مالكه، وكذا فيما نحن فيه لا ينبغي الإشكال في أنّه إذا أجاز الشريك المالك للنصف، فحينئذٍ يصير المشتري مالكاً للنصف.

أقول: مقتضى كلام صاحب الجواهر أيضاً ذلك حيث يقول بصحة البيع وحمل النصف على خصوص نصيبه في صورة علم أنّه لم يكن البايع قاصداً لغير مفهوم النصف بوجه من الوجوه، لا من اللفظ ولا من القرائن الخارجية.

الثاني التفصيل بين صورة يكون البايع وكيلاً أو وليّاً في بيع نصف شريكه أيضاً وبين صورة يكون أجنبياً صرفاً بالنسبة إلى نصف شريكه، وهذا التفصيل يظهر من الشيخ ﷺ وتوضيح تفصيله يتوقف على شرح إجمالي لتمام كلامه، وإن كان كلامه

إنّما الكلام في أنّه هذا النصف المشتري يحسب من البايع أو شريكه.

وسيأتي نظير ذلك بعد خمسة أوراق وأنه من البيع الكلي الّذي لا إشكال في صحته، بل في أنّه يحسب من نفس البايع.

ومن هنا قال في جامع المقاصد عند التعرض لشرايط المبيع: ولو قال بعتك صاعاً من هذه الضيعين ممّا يتماثل أجزائه صحّ، ولو فرق الضيعان وقال: بعتك أحدهما لم يصح؛ إنتهى. وبيّن وجهه بقريب ممّا ذكرناه.

وبالجملة لا إشكال في أصل صحة البيع، وإنما الإشكال في أنّه يحسب من أي واحد منهما. وهنا نقول: إنّه يمكن أن يقال: إنّه يجوز أن يحسب المبيع من كل من البايع وشريكه، لأنّ المشتري لم يملك لكلي الصادق عليهما. والمصنف ﷺ فيما إذا باع صاعاً من صبرة يرجح تعيين الخصوصية بيد البايع.

وينقل عن القمي أنّه قال: إن التعيين بيد المشتري. (انظر: كتاب المكاسب ٢٥٩/٤، مسألة: لو باع صاعاً من صبرة؛ جامع الشتات ٩٥/٢، المسألة ٧٢ على مانقل في هامش المكاسب).

وعلى كل حال لو ارتضى الطرفين، يمكن أن يعين في حق أي واحد منهما، لكن في المقام لما تصدى المالك للنصف لأصل البيع، فيشمله وجوب الوفاء بالعقد، ولا نعلم شموله للمالك للنصف الآخر لو رضي بعد ذلك.

نعم، لو كان البايع غير واحد من مالك النصفين، فأجاز المالكان معاً، فمقتضى قاعدة العدل أن يحسب من كل واحد منهما، كما قلنا بنظير ذلك في إرث الزوجة حيث لا يرث من الأرض من أنّ الدين والوصية يخرج من كل من الأرض وغيره بالنسبة لقاعدة العدل ﴿إعدلوا..﴾ (المائدة: الآية ٨)؛ *لأنّ مفروض المسألة في صورة كان ملتفتاً إلى النصيبين ولم يكن له سلطنة على نصيب الغير.*

ولما كان متصدياً للنقل، فكان عليه أن يعين المنقول أو يوكل إلى ماله تعين، وليس قابلاً للتعيين إلاّ نصيبه، لاقتضاء ظهور حال العاقل ذلك مع انسباقه إلى الذهن وغير نصيب نفسه لا معين له بوجه ليوكل إليه، بعد ما منعنا ظهور النصف من حيث هو في المشاع بين الحقين. (منه قدس سره).

غير خالٍ من الإجمال والغلافة .

[انصراف النصف إلى المملوك]

فنقول: لا يخفى عليك أنّ الشهرة في أصل المسألة وهو ما لو كان البايع أجنبياً عن النصف الآخر ، قال : إنّه في حمل النصف الّذي تعلق به البيع على النصف المملوك له أو على النصف المشاع /١٠٠/ احتمالان، ومنشأ الإحتمالين **أقول:** إن ظهور النصف في المشاع يكون له في المقام معارض، وهو أحد الأمرين : إما ظهور النصف في مقام التصرف إلى نصفه المختص به ، وإما ظهور التمليك في الأصالة لما تقدم أن الفضولي باعتقاد الشيخ يحتاج إلى قصد زائد .

أقول: يرد على الشيخ أن ظهور النصف في المشاع معارض مع كليهما ، لا مع أحدهما .

اللّهمّ إلاّ أن يقال : إنّ انصراف النصف إلى مملوكه الّذي هو أحد المعارضين لا يجتمع مع الآخر وهو ظهور التمليك في الأصالة وإن لم نرَ له وجهاً فعلاً .

ثمّ إن وجه الإحتمالين لابدّ أن يكون من جهة الشك في أن ظهور النصف في المشاع مقدم على معارضه أو بالعكس ، وإلاّ فصرف التعارض لا يوجب التوقّف .

أقول: وبالجملة لا يرجح الشيخ في هذا المقام أحد الإحتمالين على الآخر . ويعنون المسألة بعد ذلك فيما لو كان البايع له ولاية بنحو على نصف شريكه من أنّ حكمه أيضاً كحكم صورة يكون البايع أجنبياً عن النصف الآخر ، أم لا .

ويقول هنا : إن في ذلك /١٠١/ وجهين ، ومبنى الوجهين هو الترديد في أن المعارض لظهور النصف في المشاع في أصل المسألة ، وهو ما لو كان البايع أجنبياً عن النصف الآخر أي شيء .

فإن قلت: إن معارضه هناك هو انصراف لفظ النصف في مقام التصرف إلى نصفه المملوك له ، فعلى هذا نقول : إنه ليس حال صورة يكون البايع له ولاية على النصف الآخر كحال صورة يكون أجنبياً عنه . وذلك لأنّ انصراف المبيع إلى نصفه المختص به لا يأتي في صورة يكون البايع له ولاية على النصف الآخر أيضاً ؛ لأنّ انصرافه إليه

إنما كان من جهة أنّه ليس له التصرف إلاّ فيه ، والمفروض في هـذه الصـورة أن له التصرف في كلا النصفين .

وأمّا لو قلنا : إن معارضه هناك هو ظهور البيع في كونه لنفسه ، فنقول : إنّ هـذا الوجه يأتي في صورة يكون له الولاية على النصف الآخر أيضاً .

فعلى هذا لا يتفاوت بين صورة يكون له الولاية على النصف الآخر وبين صورة لم يكن له هذه الولاية .

ثمّ إنّه ﷺ يرجّح أن المعارض لظهور النصف في المشاع هو الوجه الأوّل، وهـو انصراف المبيع في مقام التصرف إلى مملوكه .

ولذا يقول : إنّ الأقوى /١٠٢/ في صورة يكون وكيلاً أو ولياً في النصف الآخر هو الإشتراك ، وذلك لأنّ المعارض وهو انصراف المبيع إلى مملوكه قد عرفت أنّـه لا يجري في هذه الصورة ، فيصير المرجع هو ظهور النصف في المشاع بين النصيبين ، لأنّه ليس له معارض في هذه الصورة .

[دليل الشيخ لانصراف المبيع إلى المملوك، وإشكال الأستاد عليه]

ثمّ إنّ دليل الشيخ على أنّ المعارض لظهور النصف في المشاع بين النصيبين في أصل المسألة هو انصراف المبيع إلى مملوكه ، لا ظهور البيع في كونه لنفسه ، هو أن ظهور البيع في كونه لنفسه ليس قابلاً لأن يعارض مع ظهور النصف في المشاع ؛ لأنّ ظهور النصف في المشاع حاكم عليه ، كما تقدم بيان الوجه الّذي يقرّر الشيخ ﷺ [1] لحكومة ظهور النصف في المشاع على ظهور إنشاء البيع في الأصالة .

ثمّ إنّ الأستاد يورد على كلام الشيخ بوجهين ، قد تقدم الإشارة إليهما :

الأوّل : أن انصراف النصف إلى نصفه المختص به في صورة كان البايع أجنبياً لا نرى له وجهاً ، مع أنه لو سلّمنا الإنصراف في صورة يكون /١٠٣/ البايع أجنبياً عن النصف الآخر ، **فنقول** : إنّه لما لا يكون لهذا الإنصراف مدرك هناك ، فيمكن دعواه

---

١) كتاب المكاسب ٥٢١/٣، مسألة : لوباع من له النصف النصف مشاعاً.

في صورة لم يكن أجنبياً أيضاً.

الثاني: ما تقدم من أنه يقول: إن ظهور إنشاء البيع في كونه لنفسه يكون حاكماً على ظهور نصف الدار في النصف المشاع، لا العكس، كما يقوله الشيخ ﷺ[1].

أقول: نحن رجّحنا كلام المشهور، وهو حمل النصف على نصفه المختص به في صورة كان البايع أجنبياً من جهة أن النصف يحمل عرفاً على نصفه المختص به. وهذا الوجه لا يأتي في صورة كان البايع له ولاية على النصف الآخر أيضاً، فحكم صورة يكون البايع له ولاية على النصف الآخر أيضاً، مع قطع النظر عن ما سيأتي ـ إن شاء الله ـ هو الإشتراك بين النصيبين، كما ذكره الشيخ ﷺ*.

ثمّ إنّ الشيخ ﷺ بعد ما يقوّي الإشتراك بين النصيبين في صورة كان للبايع ولاية على النصف الآخر أيضاً يوجّه كلام المشهور وهو حمل النصف على خصوص مملوك البايع بتوجيه ويؤيده بتأييد ويوهنه بموهن لو تمت في هذه الصورة تأتي /١٠٤/ في صورة كان البايع أجنبياً عن النصف الآخر أيضاً.

أما التوجيه فهو أنا لا نسلّم ظهور النصف في النصف المشاع بين النصيبين والحقين؛ بل إنّما يكون له الظهور في النصف المشاع في المجموع ونصيب كلّ

---

١) نفس المصدر.

*) ***حمل النصف على الإشاعة مبني على ظهور لفظ النصف من حيث هو في الإشاعة بين الحقين وهو ممنوع، كما أن ما ذكرنا لحمل النصف على نصيبه في أصل المسألة لا يأتي هنا، بعد أن للبايع التصرف في كلا النصفين.***

وعلى هذا، ففي صورة لم يقصد إلاّ مفهوم نصف الدار يعين الحمل على الإشاعة لقاعده العدل الّتي أشرنا إليها سابقاً في الحاشية.

وكون البايع مالكاً للنصف غير نافع منا، بعد أن تصرفه يكون صحيحاً فعلياً في النصف الآخر أيضاً.

وأما إذاكان له قصد واحد من النصيبين، فهنا يقبل قول البائع لو ادعى واحداً منهما، لأنّه لا يعلم هذه المدعى إلاّ من قبله.

وأمّا لولم نتمكن من التعيين بدعوى البايع وكان له أحد القصدين في الواقع، فلابدّ من الرجوع إلى القرعة في احتساب المبيع من مال واحد منهما، لأنّه ليس في البين أصل يعين الأمر هنا والمرجع في مثله القرعة على ما ذكرنا في قاعدة القرعة. (منه قدس سره).

واحد من البايع وشريكه يكون هو النصف المشاع في المجموع: فيكون حال البايع هنا كحال من باع كلياً يكون مالكاً لمصداق من مصاديق تلك الكلي.

وفي مثل هذه الصورة من المسلم أنّه لا وجه لصرف البيع عن نفسه، كما لو باع سلفاً، منّاً من حنطة يكون مالكاً لمنّ من تلك الحنطة وكان مأذوناً في أن يتصرف في الباقي*.

---

*) *أقول: هذه الفقرة الأخيرة ليس من المكاسب. ثمّ إنّ عدّ صاحب المكاسب ما ذكره من بيع السلف فيه مسامحة، لأنّ شرط السلف أن يكون المبيع كلياً في الذمة، لا كلّيّاً في الخارج وفي المعين كالمنّ من حنطة وليس مراده المنّ في الذمة، وإلاّ لم يكن معنى لأن يقول: إنّه كان مأذوناً، ولا أنّه مالك فيه ولم يكن له دخل بالمقام. وعلى كل حال لا إشكال في أن السلف في الذمة، سواء كان دليله ما ذكره في جامع المقاصد* [انظر: جامع المقاصد ٢٤٥/٤، في السلف] *من اشتراط الأجل فيه المقتضي لعدم كون المبيع في الخارج، أو غير ذلك.*

ثمّ إنا قلنا سابقاً في نظير ما ذكره المصنف؛ من بيع منّ حنطة كانت مشتركة بين البايع وغيره وكان البايع مأذوناً عن الغير ولم يقصد إلاّ بيع المنّ من غير ملاحظة المالكين ورجّح أخذ المنّ من نصيب البايع: إن الحق أنّه يؤخذ المنّ منهما، نظراً إلى أن بيع المنّ من الصبرة بيع للكلي في المعين، ولا يملك المشتري بنفس البيع شيئاً من الخصوصيات وإن سياتي من الشيخ الكلام في أن تعيين الخصوصية بيد البايع كما رجّحه أو بيد المشتري كما ينقل عن المحقق القمي ﷺ [انظر: كتاب المكاسب ٢٥٩/٤.].

وعلى كل حال يمكن أن يعين المبيع من كل من الحقين وشمول ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة: ١] *لهما على نهج واحد، بعد ما كان مأذوناً عن الشريك. فلم يكن ما يعين كون المبيع من أحدهما إلاّ أنا قلنا: إن قاعدة العدل تقتضي احتسابه منهما. وما ذكره الشيخ من أخذ المنّ من نصيب البايع لم نجد له شاهداً من كلام الفقهاء؛ إذ الإشاعة الّتي ينكرونها في بيع منّ من الصبرة للقاعدة والرواية غير الإشاعة الّتي يكون محل كلامنا، لأنهم ـ كما في جامع المقاصد ونأتي من المصنف* ﷺ *في بيع الصبرة في صورة كان الصبرة لواحد فباع منّاً منه، يحتملون إشاعة المنّ في الصبرة بمعنى أن المشتري شريك في الصبرة بمقدار من بحيث لو تلف جزء من الصبرة يتلف جزء من المبيع، ككل ملك كان مشاعاً بين مالكين ويحتملون عدم الإشاعة بمعنى أن المبيع كلي وليست الخصوصية جزئية، إلاّ أنّ تعيين هذا الكلي يكون في هذه الصبرة.*

فمادام مقدار المنّ يكون موجوداً في الصبرة، يمكن أداء الكلي، فلا مانع من صحة البيع.

وفي مقامنا كل من الإشاعة وعدم الإشاعة بهذا المعنى يمكن أن يلاحظ في حقهما معاً وفي حق واحد منهما.

ثمّ إنّه أورد على الشيخ إيراد ثالث وهو أن الشاهد الّذي ذكره الشيخ ليس صحيحاً؛ لأنّ بيع منّ

بل نقول هنا: لو باع منّاً من صبرة وتلف تلك الصبرة وبقي منها بمقدار المنّ، يجب أداء هذا المنّ إلى المشتري ويكون البيع لازماً.

وأمّا التأييد فهو أنّه ينقل عن جماعة كالفاضلين[١] والشهيدين[٢] وغيرهم[٣] أنّه لو أصدق المرأة عيناً، فوهبتْ نصفها المشاع قبل الطلاق، استحقّ الزوج بالطلاق النصف الباقي، لا نصف الباقي وقيمة نصف الموهوب[٤]؛ بناءً على ما استظهر منهم من أنهم يعلّلون استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقه.

وأمّا الموهن فهو /١٠٥/ ما يذكرونه في باب الصلح من أنّه إذا أقرّ من بيده المال لأحد المدعيين للمال بسبب موجب للشركة كالإرث، فصالحه المقرّ له على ذلك النصف، كان النصف مشاعاً في نصيبهما. فإن أجاز شريكه نفذ في المجموع، وإلاّ

من الصبرة قد عرفت أن التحقيق أنّه من البيع الكلي وليست الخصوصية في مقام تعيين الكلي في الخارج.

وأما نصف الدار فقد اعترف بأنه ظاهر في المشاع في المجموع وإن لم يكن ظاهراً في المشاع بين الحقين، والملك المشاع يكون الخصوصية مأخوذة فيه على قول الشيخ في الشركة حيث ادعى أن مرجع القسمة إلى البيع، كما نقلناه عنه في المتن.

وقد يجاب عن ذلك بأنّ الشيخ جعل هذا المثال شاهداً بمذاق المشهور في القسمة، حيث إنهم جعلوا النصف المشاع من قبيل الكلي والغرض تعيين مذاق المشهور.

ولكن فيه: أن بيع منّ من الصبرة قالوا: إنّه من قبيل البيع الكلي، لا من قبيل البيع المشاع، كما تقدم في الإيراد الثاني. فلا يجوز إرجاع البيع المشاع إلى البيع الكلي بالمعنى الّذي يقولون في بيع منّ من الصبرة؛ لأنهم جعلوهما مناطاً للآخر.

نعم، يجوز رفع الإشكال عن الشيخ بأنّه لا فرق بين بيع الكلي في المعين وبين بيع الجزء المشاع في أنّه لابدّ أن يلاحظ كلّ منهما من حق البايع، أو يحسب منه ومن شريكه، كما ادّعيناه وقلنا بعدم الفرق بينهما من هذه الجهة؛ فتدبّر. (منه قدس سره).

١) شرائع الإسلام ٥٥١/٢، في أحكام المهور، المسألة العاشرة؛ تحرير الأحكام ٥٧٧/٣، الفصل السادس في عفو المرأة، مسألة ٥٢٣.

٢) مسالك الإفهام ٢٥٥/٨، كتاب النكاح، في المهور، الطرف الثالث: في الأحكام العاشرة؛ اللمعة الدمشقية: ١٧٢، كتاب النكاح، الفصل السادس في المهر، المسألة السابعة.

٣) انظر: الايضاح ٢٣٣/٣، كتاب النكاح، في المهر.

٤) كتاب المكاسب ٥٢٣/٣، مسألة: لوباع من له النصف النصف مشاعاً..

نفد في الربع على ما سيأتي وجه توهينه وصحته ـ إن شاء الله ـ.

هذا وأورد على كل واحد من التوجيه والتأييد:

أما التوجيه، فأورد عليه بأنّه لا يوافق من مذهب الشيخ ﷺ في الشركة. وبيان ذلك وتوضيحه أن الخاصة يقولون: إن القسمة تميز الحق لكل شريك من غيره، وليس ببيع ولا صلح، خلافاً لبعض العامة[1] كأبي حنيفة.

في أن القسمة إفراض الحق أم لا

ووجه ما يقوله الخاصة على ما ذكره في الجواهر هو أن المالك للنصف المشاع مثلاً معناه أنّه يكون مالكاً لكلي يكون له مصاديق متعددة، حيث إنّ الدار مثلاً الّذي يكون مالكاً للنصف منه يمكن أن ينصف على أنحاء كثيرة وكل نحو منها يكون مصادقاً للنصف ومالك النصف المشاع يكون حقه مردداً بين واحد من المصاديق الّتي يفرض لنصف الدار.

فبواسطة القسمة يميز تلك النصف المملوك له عن سائر محتملاته. فالقسمة عبارة عن إقرار الحق وتميزه وليس الشركة عبارة عن ثبوت استحقاق الشريكين في كل جزء يفرض، حتّى يكون مرجع القسمة إلى البيع أو الصلح[2]، كما يقوله بعض العامة، وإلاّ لأشكل تحقق الشركة في الجزء الّذي لا يتجزى من المال المشترك. /١٠٦/

هذا، ولكن الشيخ ﷺ على ما نقل عنه من حيث الآثار والأحكام يكون موافقاً للخاصة في القسمة تعبّداً، إلاّ أنّ القسمة يقول: إنّ مرجعها إلى البيع حقيقة؛ لأنّ معنى الشركة هو استحقاق الشريكين في كل جزء يفرض من المال المشترك.

وعلى هذا، فلابد أن يكون القسمة مرجعها إلى بيع أجزاء يكون لهذا الشريك في هذا النصف بالأجزاء الّتي يكون لتلك الشريك في النصف الآخر.

ودليل الشيخ ﷺ على ما يدعيه هو أن الإنسان بكل نحو كان مالكاً لتمام المال في

---

١) جواهر الكلام ٣٩٠/٢٣.

٢) جواهر الكلام ٣١١/٢٦، كتاب التركة، الفصل الثاني: في تقسيم مال الشركة.

صورة كان المال مختصاً به ، لابدّ من أن يكون بمثل تلك النحو مالكاً للنصف في صورة كان مالكاً للنصف المشاع .

ومن الواضح أن الإنسان لو كان مالكاً لتمام الدار ، فكان مالكاً لكل جزء يفرض من تلك الدار على نحو الإختصاص ، ففي صورة كان مالكاً للنصف المشاع أيضاً ، لابدّ من أن يكون مالكاً لكلّ جزءٍ يفرض على نحو الشركة والمناصفة .

وإذا عرفت ذلك، فنقول: أما بناءً على طريقة صاحب الجواهر من أنّ مالك نصف الدار يكون مالكاً لنصف كلي مردّد مصداقه بين المصاديق ، فلا إشكال في أن مسألتنا يصير حالها /١٠٧/ كحال مسألة السلم فيما إذا باع كلياً في معين وكان مالكاً لمصداق من مصاديق ذاك الكلي في أن البيع يقع له ويجب عليه أداء المصداق المملوك له .

وأمّا بناءً على طريقة الشيخ من أنّ مالك النصف المشاع يكون مالكاً لنصف كل جزءٍ يفرض من الدار ، **فنقول:** لو قصد خصوص نصيبه ، فلا إشكال في صحة البيع ؛ لأنّه عبارة عن بيع الأجزاء الّتي كان البايع مالكاً لها بالثمن المعين بحيث يتبدّل ملكية البايع للنصف المشاع إلى ملكية المشتري له .

لا يقال: إنّ تسليم المبيع هنا غير ممكن .

قلت: لا مانع من تسليم المبيع ؛ لأنّه يسلّم تمام الدار إلى يد المشتري وشريكه وتسليم النصف المشاع يتحقق بذلك ، لأنّ تسليم كل شيء بحسبه .

والحاصل أنّه لا يتخيل هنا عدم صحة البيع ، بل العامة القائلين بأنّ كل واحد من الشريكين يكون كل جزءٍ يفرض من المال بينهما يريدون أن يثبتون بذلك أن القسمة بيع ، والحاصل أنه لا إشكال في صحة البيع هنا .

[إذا لم يقصد نصفه المختص به]

ثمّ هذا كلّه إذا قصد نصفه المختص به وصار ذلك معلوماً لنا . وأما إذا لم نقل بذلك ، فحينئذٍ نقول : لو ادّعينا انصراف النصف في مقام التصرف إلى النصف المختص به ، أو قلنا بتعين النصف في النصف المختص به من جهة ظهور البيع في كونه لنفسه ، فيتمّ كلام المشهور من أنّ النصف يحمل على النصف المملوك له .

وأما إذا لم نقل /١٠٨/ بذلك، فنقول: إن مجرد قصد مفهوم النصف لا يصير منشأً لحمل النصف على المملوك له. وذلك لأنّ هذا إنّما يصحّ فيما لو قلنا بأنّ النصف يكون كلياً وأنه إذا باع ذلك الكلي وكان مالكاً لمصداق منه، يصير البيع له ويجب عليه أداء ذلك المصداق.

وأنت قد عرفت أن النصف المشاع ليس كلياً حتّى يكون حاله كليةً؛ بل هو عبارة عن اشتراك كل جزء يفرض من العين الخارجية بينهما.

أقول: قد تقدم أن الأستاذ ـ سلّمه الله ـ حمل كلام الشيخ ﷺ في عنوان أصل المسألة على صورة يكون للبايع قصد الخصوصية، وأن قصده مردّد بين أن يكون مراده هو خصوص نصيبه وبين أن يكون مراده هو النصف المشاع، وأن قصده لكل واحد منهما يؤثر شيئاً مستقلاً.

وعلى هذا، فيكون النظر ببيع الكلي الخارجي كالسلف في غير محله.

هذا، ولكنّا لو أغمضنا عن هذا الإشكال ـ كما هو مفروض كلام الأستاذ ـ، فحينئذٍ لنا أن نقول:

إن ما نحن فيه، لنا أن نقول: إنّ النصف المشاع يكون كلياً ولو على مذاق الشيخ من أن الشركة عبارة عن كون كل جزءٍ من المال بينهما وذلك لوضوح أن لكل واحد من المالكين للنصف يكون حقاً في تمام المال ويجوز له بيع حقه مستقلاً، ويعبّر عن ذلك الحق عرفاً بالنصف، فيكون لفظ النصف مشتركاً معنوياً بين الحقين؛ لأنّه يطلق على كل واحد منهما.

فيقولون: إن هذا مالك للنصف وذاك مالك في النصف، ولكل واحد منهما أن يبيع نصف نفسه أصالة ونصف شريكه فضولة، /١٠٩/ كما هو المسلم، وليس المشترك المعنوي إلاّ لفظ يوجد له مصاديق متعددة في الخارج.

وعلى هذا، فإذا قال «بعت نصف الدار»، نقول: إنّ النصف يكون مشتركاً بين نصيبه ونصيب شريكه ونصف نصيبه مع نصف نصيب شريكه إلى غير ذلك من مصاديق النصف. فيكون مسألتنا نظير صورة باع كلياً ويكون مالكاً لمصداق منه، فمذهب الشيخ في الشركة لا يؤثر في شيء في مسألتنا بحيث يصير مخالفاً مع

مذهب المشهور في الشركة.

نعم، يتفاوت بين القولين في الشركة في مسألة القسمة، كما تقدم الإشارة إليه.

أقول: هذا كله في بيان التوجيه لكلام المشهور. وقد اعترف الشيخ بصحته ومقتضاه حمل النصف على النصف المملوك له من غير فرق بين أن يكون البايع أجنبياً عن النصف الأخير أم لا.

نعم، مع قطع النظر عن هذا التوجيه كان الراجح في نظر الشيخ ﷺ هو الحمل على الإشاعة لو كان للمالك ولاية على النصف الآخر أيضاً وكان متوقفاً لو كان المالك أجنبياً عن النصف الآخر.

وأمّا الأستاد فقد رجّح الحمل على النصف المملوك للبايع مطلقاً مع قطع النظر عن التوجيه أيضاً، وإن كان له مناقشة على التوجيه المذكور على قول الشيخ في مسألة الشركة، إلا أن من الواضح أن المناقشة على التوجيه غير مضرٍّ بما اختاره اوّلاً.

وأما نحن فقد قلنا من ابتداء /١١٠/ الأمر مع قطع النظر عن التوجيه أنّه في صورة كان البايع أجنبياً عن النصف الآخر، يحمل النصف على النصف المملوك له.

وأمّا لو كان للبايع ولاية على النصف الآخر، فيحمل النصف على النصف المشاع بناءً على ظهور النصف فيه.

نعم، لو سلّمنا ظهور لفظ النصف في النصف المشاع بين النصيبين، فنعترف بالحمل على الإشاعة في صورة كان في الواقع للبايع قصد أحد الخصوصيتين، كما كان هذا مفروض كلامنا.

وعلى هذا، يكون التوجيه المذكور خارجاً عن مفروض مسألتنا إلاّ أنّا نمنع ظهور لفظ النصف في النصف المشاع بين النصيبين وكلامهم في باب الإقرار كما سيتلى عليك ـ إن شاء الله ـ ليس شاهداً على ذلك.

وعلى هذا، ففي صورة كان للبايع ولاية على النصف الآخر، يكون مقتضى ما رجّحناه من أوّل المسألة إلى الآن في مفروض المسألة الّتي جعلناها محل البحث فعلاً هو التوقف؛ فتدبّر جيّداً.

[الكلام في تنصيف المهر]

وأمّا التأييد، **فنقول**: لا يخفى عليك أن الفقهاء يقولون: إن الزوجة يملك تمام المهر بعقد النكاح بحيث يكون لها التصرف في تمام المهر بأيّ تصرف كان، إلاّ أنّ نصف المهر /١١١/ قبل الدخول يكون ملكيته في عرضة الزوال، فإنه لو طلّقها الزوج قبل الدخول يصير الزوج مالكاً لنصف المهر.

وإذا طلّقها قبل الدخول وكان المهر من الأعيان الخارجية وكان باقياً، فيأخذ نصفه، وإن كان تالفاً يأخذ مثل نصف المهر إن كان مثلياً وقيمة نصف المهر إن كان المهر قيمياً.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: لو فرضنا أنّه وهب الزوجة إلى الزوج أو إلى غيره نصف المشاع من المهر، ثمّ طلقها الزوج قبل الدخول، فهنا يقول الشهيد[1] وغيره في مثل هذا الفرض أن الزوج يملك النصف الباقي بالطلاق ويعلّلون ذلك ببقاء مقدار حقّه فيستفاد منهم أن الحكم بذلك يكون على طبق القاعدة وأن وجهه بقاء مقدار تمام حق الزوج وأنه لم يتلف منه شيء مع أنّه لو كان مقتضى القاعدة هو الحمل على الإشاعة، فلابدّ لهم من أن يقولوا: إنه يملك بالطلاق نصف هذا النصف الباقي ونصف قيمة الموهوب، لأنّ الهبة بمنزلة التلف*.

وردّ ذلك بأنّ هذا التأييد لا يؤيّد شيئاً؛ /١١٢/** لأنّه ليس هنا نصف مشترك حتّى

---

١) اللمعة الدمشقية: ١٧٢.

*) *إن قلت: سلّمنا أنّه ليس للفظ النصف ظهور في الإشاعة، لكن من الواضح أنه ليس له ظهور في النصف الباقي أيضاً، فلم يحملونه عليه.*

قلت: وجه ذلك مما سيأتي من أنّ النصف صادق على كلّ نصف يفرض والزوج لابدّ أن يأخذ نصف المهر، فما دام مصداق النصف موجوداً، لم يكن وجه للعدول عنه.

وفيه ـ مع قطع النظر من أنّ هذا يتمّ لو كان المراد من قوله ﴿فنصف ما فرضتم﴾ [بقره: ٢٣٧] أن لكم أخذ نصف ما فرضتم، أو كان المراد إعطاء النصف إلى الزوج، ولو كان المراد أن النصف مالكم أو مالهن يقتضي الإشاعة لعدم المرجح ـ: أنه على هذا يرد أن عدم الحمل على الإشاعة ليس لعدم ظهور النصف في الإشاعة، بل لقيام وجه آخر على خلافها؛ فتدبّر. (منه قدس سره).

**) *من هنا إلى قولنا «وأما الوهن» ليس محل الحاجة على فرض صحته، بعد ما كتبنا الحاشية السابقة في الظهر. (منه قدس سره).*

يقال: إنّه لأيّ وجه لم يحمل على الإشاعة. وذلك لأنّ شيئاً من أسباب الشركة من الإرث أو البيع وغير ذلك لم يكن هنا موجوداً وإنما لنا في المقام مجرد الدليل على أنّ النصف من المهر بعد الطلاق يكون للزوج وهو قوله تعالى: ﴿فنصف مافرضتم﴾[1].

وهنا نقول: إنّ النصف يكون كلياً يصدق على جميع الأنصاف الّتي يفرض في المهر، ومادام في البين مصداق من مصاديق نصف المهر، يكون مقدار حق الزوج باقياً، فيأخذه نظير* ما تقدم في بيع الكلي الخارجي.

وعلى هذا، فنقول: لو كان المهر مثلياً وتلف نصفه المعين، فيأخذ النصف الباقي لبقاء مقدار حقه.

وأمّا لو كان قيمياً وتلف نصفه المعين، فهنا نقول: إنّه يأخذ قيمة نصف المهر.

أقول: ويعلّل هذا الجزء الأخير بأنّ في القيميات يختلف الأنصاف، فلا يمكن الحكم بكون الباقي نصف المهر.

وفيه: أنّه خلاف الفرض. وأما لو تعلق التلف بالنصف المشاع ـ كما لو وهب النصف أو باع مثلاً ـ فهنا يأخذ النصف الباقي على كل حال.

وأمّا الوهن الّذي ذكر لفتوى المشهور في مثل «بعت نصف الدار» /١١٣/ فصحته وعدم صحته يتوقف على بيان ما ذكره الفقهاء في المسألة المشار إليها.

فنقول: لو ادعى اثنان مثلاً داراً مثلاً في يد ثالث مثلاً، متفقين على نحو الصراحة بان ملكهما لها، يكون بسبب موجب للشركة بينهما كالميراث. فصدق المدعى عليه أحدهما بمقدار حقه وهو النصف.

فهنا يقولون: إن النصف المقرّ به يكون مشتركاً بين المدعيين، لاتفاقهما على اتحاد السبب بالنسبة إليها على وجه يمتنع استحقاق أحدهما دون الآخر؛ ضرورة عدم الفرق بين الكل والبعض في الشركة بعد فرض اتحاد السبب الّذي لا فرق في اقتضائه الشركة بينهما. فاذا صالح المقرّ له المقرّ على ذلك النصف بعوض، فهنا يقولون: إن الصلح إن كان بإذن صاحبه ولو لاحقاً، فيصح الصلح في تمام النصف

---

١) البقرة: ٢٣٧.

*) *أقول. (منه قدس سره).*

ويكون العوض مشتركاً بينهما.

وأمّا لو لم يكن بإذنه، فيصح في خصوص حقه وهو الربع ويبطل في حصة الشريك وهو الربع الأخير.

وأورد عليهم بأنّ كلامهم في هذا المقام منافٍ مع ما يقولونه في مثل «بعت نصف الدار» حيث إنهم يقولون: إنه يحمل النصف على نصفه المختص به في مثل «بعت /١١٤/ نصف الدار»، مع أنهم يقولون هنا: إن النصف في مسألة الصلح هنا يحمل على النصف المشترك بينه وبين شريكه، مع أنّه لا فرق بين البيع والصلح بوجه من الوجوه.

ولذا أورد عليهم في المسالك[١] في هذا المقام على ما حكاه في الجواهر[٢*] من أن قولهم في باب الصلح «[إن هذا] لا يتمّ إلاّ على القول بتنزيل البيع والصلح على الإشاعة كالإقرار، وهم لا يقولون به، بل يحملون إطلاقه على ملك البايع والمصالح حتى لو باع ابتداءً مالك النصف نصف العين مطلقاً، انصرف إلى نصفه خاصة، لا النصف المشاع بينه وبين شريكه، إلى أن يقول: وحينئذٍ، فاللازم هنا أن ينصرف الصلح إلى نصيب المقرّ له خاصة، فيصح في جميع الحصة بجميع العوض، ويبقى المنازعة بين الآخر والمتشبث، أعني المدعى عليه. ثمّ يقول: هذا إذا وقع الصلح على النصف مطلقاً، أو النصف الّذي هو ملك للمقرّ له. أما لو وقع على النصف /١١٥/ الذي أقرّ به المتشبث، أعني المدعى عليه، توجه قول الجماعة، لأنّ الإقرار منزّل على الإشاعة، فإنه إخبار عن ملك لشيء، فيستوي فيه ما هو ملكه وملك غيره. والمفروض أن الصلح وقع على المقرّ به، فيكون تابعاً له في الإشاعة».

أقول: أجيب عن هذا الإشكال من وجوه:

الأوّل أنّ عبارة المحقق[٣] وغيره كالصريحة في أن المراد من الّتي تعلق عليه الصلح

---

١) مسالك الإفهام ٢٧١/٤، كتاب الصلح، لو ادعى إثنان كل منهما نصف الدار.

٢) جواهر الكلام ٢٣٥/٢٦، كتاب الصلح، لو ادعى اثنان داراً في يد ثالث.

*) *أقول. (منه قدس سره).*

٣) شرائع الإسلام ٣٦٩/٢، كتاب الصلح.

هو النصف الّذي قد أقرّ به له .

الثاني أنّ الإنصراف إلى خصوص نصيبه إنّما هو فيما لو كان النصف الّذي تعلق به البيع أو الصلح بمقدار حق البايع أو المصالح بأنّ يكون مالكاً بمقدار النصف ، لا في نحو المقام المفروض فيه عدم ثبوت غير الربع للمصالح . وهذان الجوابان مذكوران في الجواهر[1] .

الثالث ما ذكره الأستاد* ـ سلّمه الله ـ؛ وهو أنا لو فرضنا أن المصالح كان أجنبياً صرفاً بحيث لم يكن مالكاً لشيء أصلاً ، فهنا من الواضح أنّه لم يكن وجه لانصراف النصف إلى خصوص نصيبه .

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إنّ حال صورة أقرّ للمصالح بالنصف يكون كحال صورة كان المصالح أجنبياً صرفاً ، فلا وجه لانصراف النصف إلى خصوص نصيبه ، /١١٦/ وذلك لأنّ الإقرار لا يثبت الملكية ، مثل البيّنة واليمين . وإنما يوجب إلزام المقرّ على ما أقرّ به ، وليس حكم الحاكم بالإقرار لحلمه بالبيّنة واليمين ، بل الإقرار مجرد أنّه يوجب الإلزام .

---

١) جواهر الكلام ٢٣٦/٢٦، كتاب الصلح ، لو ادعى اثنان داراً في يد ثالث .

*) ***إن قلت: إنّه كان من المسلم أن المدعي للنصف لو صالح قبل الإقرار له ، ينصرف إلى حقه ،كما قاله الشيخ ذلك ، مع أنّه لم يثبت النصف له في هذه الصورة أيضاً .***

قلت: لو علم كونه مالكاً للنصف ، ينصرف إلى حقه وكذلك لو لم يكن في البين إلا مجرد ادعاء النصف ، ينصرف الصلح إلى ما ادعاه وهو حقه المختص به .

وأمّا لو أقرّ له ذي اليد بالنصف وكان مقتضى الإقرار هو الإشاعة بينه وبين شريكه ـ كما هو المسلم ـ، فحينئذٍ نقول:

لو صرّح عند المصالحة بنصيبه ، فهو خارج عن محل الكلام ،كما أنّه لو صرح بالنصف الذي أقرّ له أيضاً خارج ، وإن كان صريحاً في الإشاعة ، حيث إنّ المقرّ له كان أقرّ له ومحل النزاع في صورة الإطلاق .

نقول: لما صدر الكلام مقارناً للإقرار أو بلحاظه ينصرف إلى ما أقرّ له ومقتضاه الإشاعة .

ثمّ لو حمل على نصيبه ـ كما لو صرح ـ يكون ربع الشريك باقياً بحاله ، فلا وجه لما ذكره في المسالك [مسالك الإفهام ٢٧٢/٤ كتاب الصلح] ***من أنّه يصح في جميع الحصة ويبقى المنازعة بين شريك المقرّ له والمقرّ بحاله ، لوضوح أنّه بعد ما صار الربع مالاً للشريك بمقتضى الإقرار ، فلا وجه لخروجه عن ملكه بواسطة صلح المقرّ له ،كما هو واضح . (منه قدس سره) .***

هذا ، ولكن فيه أنّه على ذلك على فرض التلسيم ؛ غاية الأمر أنّه يصير المصالح كحاله قبل الإقرار له ، لا كالأجنبي الصرف . وأنت قد عرفت أن المدعي النصف قبل الإقرار له لو صالح النصف ينصرف إلى حقه وأن هذا كان مسلّماً ، كما يظهر من الشيخ وصاحب المسالك .

إن قلت: هل تلتزم بأنّه بعد الإقرار له يكون حاله كحاله قبل الإقرار له ، كما ادعاه المسالك حتّى أنّه لا يرد الإيرادين السابقين أيضاً على المسالك .

قلت: ما ذكرنا ، إنّما هو لمجرد الإلزام ، وإلاّ لا ينبغي الإشكال في أنّه بعد الإقرار ينصرف إلى المقرّ به الّذي كان مشتركاً ومقتضاه الإشاعة بين الحقّين .

أما أولاً فلأنك أفرض أن الإقرار بنفسه لا يوجب الملكية ، إلاّ أن الحكم بكون تمام الدار للمدعى عليه إنّما كان لأجل ثبوت يده .

وإذا اعترف بأنّ نصفه يكون ملكاً لفلان ، فحينئذٍ يسقط حكم اليد من البين . والمفروض أن المقرّ له وشريكه يد عيان بالملكية وليس لهما معارض في النصف ، فلابدّ أن يحكم بكون الدار لهما ، لأنّ المدعى بلا معارض ، يكون قوله حجة مسلماً حتى باعتراف المجيب .

هذا أولاً .

وثانياً /١١٧/ سلّمنا أن تمام الدار يكون باقياً على ملك المدعي وإنما يكون لهما إلزامه في النصف ، أو أن ملك المدعى عليه للنصف يصير مشكوكاً ، ولكن يكون لهما إلزامه في النصف ، إلاّ أنّه من جهة الصلح لا فرق بين ذلك وبين أن نقول بأن النصف يصير ملكاً للمدعيين ، كما هو ظاهر المشهور* .

---

*) ***لأن المقصود أن الصلح الواقع على النصف المطلق ينصرف إلى النصف المقرّ به الّذي كان مشتركاً بمقتضى الإقرار بين المقرّ له وشريكه .***

هذا مع أنّ ما ذكره في المسالك من أنّ الصلح يصح في حق المصالح ويبقى المنازعة بين شريكه مع المقرّ بحاله ، لاوجه له ؛ لأن النصف المقرّ به صار مشتركاً بمقتضى الإقرار ، فالربع يكون لشريك المقرّ له ووقوع الصلح على خصوص النصف الذي يكون حقاً للمقرّ له يوجب خروج الربع عن ملك شريكه .

غايته أن الصلح صح في حق المقرّ له بتمامه ، الّذي كان نصفه ثابتاً بمقتضى الإقرار ونصفه الآخر

[الكلام في الإقرار]

/١١٨/ /١١٩/ ثمّ لا يخفى أنّ حمل لفظ الكسر مثل النصف على خصوص مملوك اللافظ إنما هو في غير باب الإقرار للظهورات المعارضة لظهور الكسور في الكسر المشاع الّتي تقدم ذكرها.

وأمّا في باب الإقرار، فليس معارض* لظهور الكسر في المشاع؛ لأنّه إخبار صرف. فلذا يحمل على الإشاعة؛ أخذاً بالظهور الأولي لألفاظ الكسور التسع.

نعم، في خصوص مسألة الإقرار بالنسب قالوا من أنّه يحمل على نصيب المقرّ فقط. ففي كتاب الإقرار مسألتان متعاكسان ولابدّ لنا من ذكر مثال لكلّ منهما، وفرض الحمل على الإشاعة والحمل على خصوص حصة المقرّ في كل منها حتى يعلم المراد من الحمل على الإشاعة والحمل على خصوص حصة المقرّ في باب الإقرار، فإنهما ليسا مشابهين لما قلناه في مسألة البيع والصلح.

فنقول: أما في غير الإقرار بالنسب، كما لو كان دار في يد اثنين، فادعى ثالث نصف هذه الدار، فقال واحد من ذي اليدين للمدعي نصف الدار لك، فيقولون بأن النصف الّذي يكون في /١٢٠/ يد المقرّ يقسم أثلاثاً ويعطى ثلثاه إلى المقرّ له ويبقى ثلثه للمقرّ.

والدليل على ذلك أن تمام الدار باعتقاد المقرّ واعترافه يكون بينه وبين شريكه

وهو الربع لم يثبت بعد، إلاّ أنّ الصلح يكون صحيحاً في الحق الغير الثابت؛ فتدبّر. (منه قدس سره).

*) *لا يخفى أنّ الشيخ أيضاً يعترف بظهور لفظ الكسر كالنصف في باب الإقرار في المشاع بين الحقين، مع أنّه أنكر الظهور سابقاً.*

ونحن نقول: حمله في باب الإقرار على الإشاعة ليس من باب ظهور لفظ النصف من حيث هو في ذلك، بل لأمر آخر كالترجيح بلا مرجح كما قال به في جامع المقاصد [جامع المقاصد ٤/٨٠ كتاب المتاجر، الفصل الثاني: المتعاقدان، حكم لو باع مالك النصف النصف] *نظير ما تقدم منا في حمله على الإشاعة بقاعدة العدل في صورة لم يقصد إلاّ مفهوم نصف الدار.*

وعلى كل حال لا إشكال في حمله على الإشاعة في باب الإقرار إما لظهور لفظ النصف من حيث هو في ذلك ما لم يعارضه معارض ـ كما ذكره الأستاد ـ، أو لقاعدة الترجيح بلا مرجّح. (منه قدس سره).

وبين المقرّ له ، ونسبة قسمة كل واحد من المقرّ وشريكه إلى قسمة المقرّ له هو الثلث والثلثان ؛ لأنّه إذا قسّم تمام الدار بأربعة أقسام ، فيكون قسمان منها للمقرّ وقسمان للمقرّ وشريكه ، فلكل منهما قسم ونسبة القسم الواحد القسمين يكون نسبة الثلث والثلثين .

ثمّ إنّه بأي نسبة يكون تمام الدار مشتركاً ، يكون نصفه أو ثلثه إلى غير ذلك مفروضا أو مشاعاً أيضاً مشتركاً بتلك النسبة .

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إنّ تمام الدار إذا فرضناه ستة ، فنقول : إنّه يأخذ المنكر ثلاثة منها ، فيكون المنكر باعتقاد المقرّ ظالماً لواحد ونصف ، فلابد أن يقسم مقدار الظلم على كل واحد من المقرّ والمقرّ له بنسبة نصيبهما .

وقد عرفت أن نسبة نصيب المقرّ إلى نصيب المنكر هو الثلث والثلثان ، فكذلك مقدار الظلم أيضاً يقسم عليهما بهذه النسبة .

/ ١٢١ / فيتعلق واحد من هذا المقدار المقرّ له ونصفه بالمقرّ ، فيبقى للمقرّ له إثنان وكان حقه ثلاثة ، ويبقى للمقرّ واحد وكان حقه واحد ونصف .

وهذا ما قلناه من أنّ المقرّ يأخذ ثلثاً من النصف ويأخذ المقرّ له ثلثاه ، حيث كان المقرّ معترفاً بأنّ نسبة قسمته إلى قسمة المقرّ له في تمام الدار هو الثلث والثلثان ، فلابدّ أن يكون في نصفه أيضاً كذلك ؛ إذ لا وجه لاختصاص الظلم بأحدهما دون الآخر .

ثمّ لو فرض في هذا الفرض أن المقرّ أقرّ للمدعي للثلث ، فحينئذٍ لابدّ من أن ينصف النصف الّذي يكون في يد المقرّ بين المقرّ والمقرّ له ؛ لأنّه على هذا الفرض يكون المقرّ معترفاً بأنّ نسبة نصيبه إلى نصيب المدعي في هذه الدار هو التساوي . فإذاً لابدّ من أن ينصف النصف بينهما .

ثمّ إنّه على فرض حمل المقرّ به على نصيب المقرّ في هٰذين المثالين ، ففي المثال الأوّل يعطي المقرّ نصف ما في يده إلى المقرّ له وهو واحد ونصف من الثلاثة الّتي يكون في يده .

وفي المثال الثاني يعطي ثلث النصف إليه وهو واحد من الثلاثة الّتي يكون في

يده ، وذلك لأنّ المراد من حمل المقرّ به إلى نصيبه أنّه يكون مقرّاً بأن نصف مال المقرّ له /١٢٢/ يكون في يدي في المثال الأوّل ، وفي المثال الثاني يكون مقرّاً بأن نصف ماله أيضاً في يدي ، إلاّ أنّ نصف مال المقرّ له في المثال الأوّل هو واحد ونصف حيث كان مالكاً للثلاثة ، وفي المثال الثاني هو واحد حيث كان مالكاً لاثنين من الستة .

فعلى فرض حمل المقرّ له إلى نصيب المقرّ ، لا يرد الظلم على المقرّ ، بل الظلم يختص بالمقرّ له .

وأمّا في الإقرار بالنسب ، فيقولون بأنّه يحمل المقرّ به إلى نصيبه بمعنى أن المقرّ يدفع إلى المقرّ له الزائد عما يستحقّه باعتقاده ، فإذا أقرّ أحد الأخوين بأخ ثالث ، فيدفع من نصف التركة الّتي يكون في يده ثلثه إلى المقرّ له ، مع أنّه بناءً على الحمل على الإشاعة ، لابدّ من أن يدفع إليه نصف النصف الّذي يكون في يده .

[الفرق بين مسألة الإقرار بالمال والإقرار بالنسب]

هذا ، والعمدة في هذا المقام بيان التفرقة بين مسألة الإقرار بالمال وبين مسألة الإقرار بالنسب ، وذكر لبيان الفرق بينهما وجوه :

الأوّل ما يقوله في المكاسب[1]* من أنّ مقتضى القاعدة هو الحمل على الإشاعة /١٢٣/ في المقامين لما ذكرنا وجهه قُبيل ذلك ، إلاّ أنهم قالوا في الإقرار بالنسب بخلافه لبعض الأخبار الواردة في ذلك .

الثاني ما ذكره في الجواهر[2] من أنّ مقتضى القاعدة هو الحمل على نصيب المقرّ بمعنى أخذ الزائد من نصيبه عنه ـ كما تقدم ـ ، إلاّ أنهم قالوا في الإقرار بغير النسب

---

١) انظر كتاب المكاسب ٥٢٥/٣ .

*) ***قد تقدم أن الحمل على الإشاعة ليس من جهة ظهور لفظ الكسر كالنصف في المشاع بين الحقين ، بل من أنّ اختصاص ظلم من يكون ظالماً باعتقاد المقرّ بخصوص المقرّ له دون المقرّ ، ترجيح بلا مرجح ، كما في جامع المقاصد . (منه قدس سره)*** .

٢) انظر : جواهر الكلام ١٦٤/٣٥ ، كتاب الاقرار ، في الاقرار بالنسب .

بخلاف ذلك للإجماع.

ثمّ إنّ كون كلامهم في باب الإقرار بوارث آخر على طبق القاعدة مبني على القول بأنّ الغصب يتعلق بالحصة المشاعة في صورة يتعلق قصد الغاصب بأن يغصب حصة شخص معين وأن الغاصب يقوم مقام المالك في أن لشريك المغصوب منه أن يفرز حصته مع الغاصب لحديث الضرار والسيرة وغيرهما، كما كان للمالك أن يفرز حصته في المال الزكوي عن حصة الفقراء.

فإنه على صحة هذا نقول: إن المنكر باعتقاد المقرّ والمقرّ له يكون غاصباً للسدس في صورة أقرّ المقرّ للمقرّ له بالثلث وقد تعلق قصد المنكر أن يأخذ من حصة المقرّ له دون المقرّ، فيكون السدس الزائد الّذي يكون في يد المنكر من حق المقرّ له فقط.

فلذا لا يحسب هذا السدس على المقرّ، بل يحسب على خصوص المقرّ له. /١٢٤/ /١٢٥/ **الثالث** ما ذكره في الجواهر: «من أنّ المأخوذ في الأوّل قد كان بسبب شرعي يعم الشريكين وهو اليد، بخلاف الثاني؛ فإنه قد أخذ بسبب يخص الأخ المنكر وهو إقراره بأخوّة من أنكره وذلك أمر يخص الأخر المنكر، دون الأخ المقرّ الّذي قد اعترف /١٢٦/ الثلاثة بأخوته، ولم ينقص المال بسبب شرعي يعمّه، بل كان ذلك بأمر يخص خصوص المتخاصمين وهو الإقرار من أحدهما بالآخر وإنكار الآخر إياه؛ فتأمّل جيّداً، فإنه دقيق»[1]؛ إنتهى.

ولا يخفى أنّ هذه العبارة فسّرت بوجهين:

الأوّل ما صار مختار الأستاد ـ سلّمه الله ـ في آخر الأمر، وهو أن المراد من المأخوذ هو المقدار الزائد الّذي يبقى عند المنكر، كالسدس في المثال السابق، والمراد بقوله «في الأول» هو مسألة إقرار أحد الشريكين والمراد بقوله «يقوله» يعمّ الشريكين أنّه يعمّ ضرر ذلك السبب للشريكين.

نعم، يلزم الإضمار ولا ضير فيه. والمراد من الشريكين هو المقر والمقرّ له وإن

---

١) جواهر الكلام ٣١٨/٢٢، بيع الفضولي، في أن للمشتري رد الجميع إن لم يجد المالك.

كان مقتضى ظاهر العبارة أن يكون هو المقرّ والمنكر.

والمراد من الثاني مسألة إقرار أحد الوارثين، والمراد من الأخ المنكر هو المقرّ له حيث إنّ المنكر يكون بفتح الكاف وإن كان مقتضى الظاهر خلافه ويرجع الضمير المضاف فيه في قوله «وهو إقراره بأخوّة من أنكره» هو المقرّ له؛ لأنّه الأقرب، حيث إنّ المراد* بالأخ المنكر قد عرفت أنّه المقرّ**، والمراد أن المقرّ له كان مقرّاً بأخوّة الأخ الذي أنكر أخوّة المقرّ له وإقرار المقرّ له لأخوّة مثل هذا الأخ صار سبباً لورود الضرر على نفسه.

وعلى هذا، يكون المراد من قوله «يخص الأخ المنكر» أنّه يخص ضرره للأخ المنكر، أعني المقرّ له.

وعلى هذا، فالمنكر الثاني أيضاً يكون بفتح الكاف.

وكذلك المراد من قوله «يعمّه» أنّه يعمّ ضرره المقرّ، والمراد /١٢٧/ من المتخاصمين هو المقرّ له والمنكر، حيث إنّ أحدهما وهو المقرّ له كان مقرّاً بأخوّة الآخر والآخر كان منكراً لأخوّة المقرّ له.

أقول: وملخص هذا الوجه على هذا التفسير أنّه يكون المفروض أنّه وقع بين المقرّ والمقرّ له ضرر وهو السدس الزائد الّذي أخذه المنكر في المثال السابق.

وعلى هذا نقول: إنّ السبب الّذي صار منشأً لورود مثل هذا الضرر في البين، لو كان بأمر غير اختياري للمقرّ له، فحينئذٍ لا وجه لاختصاص الضرر بالمقرّ له وإن كان سبب ذلك الضرر هو إقدام المقرّ له على شيء يوجب ذلك الضرر. فهنا يختص الضرر بالمقرّ له حيث أقدم على ورود ذلك الضرر في البين.

وعلى هذا نقول: إنّ السبب لورود الضرر في مسألة الإقرار بالشريك هو يد المنكر على الدار، حيث إنّ تقديم قوله كان لذلك، فلم يكن السبب الموجب لورود الضرر

---

*) *وليس المراد إقرار المقرّ لنفسه بكونه أخاً، بل المراد هو إقراره بأخوّة المنكر الّذي ينكر أخوّة المقرّ له، كما يشهد بذلك آخر عبارته. وعلى هذا، ليس مسامحة في كون الإقرار المذكور، لورود الضرر على نفسه؛ فافهم. (منه قدس سره).*

**) *أقول. (منه قدس سره).*

ناشياً من فعل المقرّ له ، بل يكون ذلك نظير الآفة السماوية ، فلم يختص الضرر بأحدهما .

وأمّا في مسألة الإقرار بوارث آخر لم يكن وجه تقديم قول المنكر هو اليد ؛ لأنه استند إلى سبب آخر ، وهو الإرث .

وعلى هذا ، فمن هذه الجهة يصير مدعياً ، إلاّ أنّه مع ذلك يقدم قوله ويطعى تمام النصف إليه من جهة إقرار المقرّ له بأخوة هذا /١٢٨/ الأخ المنكر ، مع أنّه كان له أيضاً أن ينكر أخوّة هذا المنكر .

وعلى هذا ، فإقرار المقرّ له بأخوة هذا الأخ المنكر صار منشأً لورود الضرر في البين ؛ فافهم ؛ إنّه دقيق* .

الثاني من التفسيرين أن نحمل لفظ الشريكين على [ما] هو ظاهره وهو أن المراد منه هو المقرّ والمنكر .

وعلى هذا ، لا ترتكب إضماراً أيضاً ؛ لأنّ نفس السبب وهو اليد يعمّ المقرّ والمقرّ له في مسألة الإقرار بالشريك ، حيث إن لهما اليد على الدار . وفي مسألة الإقرار

---

*) لكنّه فاسد :

أما أولاً فلأن مسألة الإقرار بالنسب يعمّ صورة ثبت نسب المنكر بالعلم ، لا بإقرار المقرّ له حتى يقال : إنّ التلف مستند إلى إقراره ، بل الظاهر أن صورة لم يكن نسب المنكر معلوماً ، بل كان في البين مجرد إقرار المقرّ له خارجاً عن المسألة الّتي محل الكلام ويقولون فيها من أنّه يحمل الإقرار على نصيب المقرّ ، لأنّ مورد الأخبار هو صورة كان نسب المنكر معلوماً .

وثانياً نقول : إنّ إقرار المقرّ له بأخوّة المنكر إنّما ينفع في إثبات الثلث للمنكر ، لا النصف ، ومحل الكلام في الزائد عن الثلث .

والّذي صار سبباً لتلف الزائد عن الثلث أعني السدس في البين لابدّ أن يكون إما يد المنكر حيث يده على النصف ، أو إنكار المنكر لأخوة المقرّ له ، كما هو مقتضى الإحتمال الثاني لعبارة الجواهر ، أو أصالة عدم وارث آخر غير المقرّ والمنكر ، حيث لم يثبت بعد نسب المقرّ له .

وثالثاً لو كان سبب التلف هو الإقرار بالأخوة ، فذلك لا يختص بالمقرّ له ؛ لأنّ المقرّ أيضاً معترف بأخوة المنكر ، فالتلف مستند إليهما .

ورابعاً سلّمنا أنّ خصوص إقرار المقرّ له صار سبباً لتلف السدس ، لكن نقول : مقتضى القاعدة أنّه لو أتلف أحد الشركاء مقداراً من المال المشترك إن يبقى ما سواه على الإشتراك وإن يجب على المتلف قيمة ما أتلفه . (منه قدس سره) .

بالنسب يختص السبب نفس السبب بالمنكِر بكسر الكاف ، وهو إنكاره ؛ إذ على هذا التقدير يكون المراد من المنكر ما هو ضامنه وهو أن يكون بكسر الكاف .

نعم ، على هذا لابدّ من أن نرتكب خلاف ظواهر أخر :

منها أنّه في مسألة الإقرار بالنسب قال : إن السبب هو إقراره بأخوّة من أنكره ، مع أنّ النسب هنا على هذا هو إنكار المنكر ، فلابد من أن يؤول .

ومنها أن سبب الأخذ المأخوذ في مسألة الإقرار بشريك آخر هو يد المنكر فقط ، وهو لا يعمّ المقرّ والمنكر معاً ، إلاّ أن يؤول .

وحينئذٍ لا يرجع هذا الوجه إلى ما له محصل ، مع أنّه على هذا لابدّ من أن يكون المراد من المتخاصمين هو المقرّ والمنكر ، مع أنّ السبب لأخذ السدس هنا هو إنكار المنكر ، كما عرفت ولا يخص ذلك بالمقرّ والمنكر .

هذا مع أنّه /١٢٩/ يفسّره بالإقرار من أحدهما إلى آخر .

ثمّ إنّه مع الغمض عن جميع ذلك ، يصير محصل هذا الوجه أن في المسألة الأولى كان سبب الأخذ مشتركاً بين المقرّ والمنكر ، فلذا لابدّ أن يكون الضرر مشتركاً بين المقرّ والمقرّ له .

وفي الثانية كان سبب الأخذ مختصاً بالمنكر ، فلابدّ أن يكون الضرر مختصاً بالمقرّ له ، مع أنّ هذا بحكم صرف قطعاً ؛ فإذاً لا إشكال في أن المعين هو التفسير الأول .

الثالث ما ذكره الشيخ[1] ﷺ أيضاً ، وهو أن الزيادة الّتي تعطى إلى المنكر قد كان بإذن الشارع ، حيث إنّ الشارع قد حكم بتقدم قول المنكر والشارع إنّما أذن على أن يكون المأخوذ من مال المقرّ له حيث لم يثبت من نصيبه إلاّ المقدار الّذي يكون من نصيبه عند المقرّ .

وأمّا المقرّ ، فيكون تمام حقه ثابتاً بحكم الشارع .

وعلى هذا ، فلابدّ من أن يحسب ما يأخذه المنكر من مال المقرّ له ، فينقص حقه

---

١) كتاب المكاسب ٥٢٧/٣، بيع الفضولي، الإقرار بالنصف في الشركة .

دون حق المقرّ. ومقتضى هذا الوجه هو أن ينقص ما يأخذه المنكر من حق المقرّ له في مسألة الإقرار بشريك آخر وفي مسألة الإقرار بوارث آخر، إلاّ أنّه يحمل في الأوّل على الإشاعة للإجماع.

ثمّ لا يخفى أنّ الأستاد ـ سلّمه الله ـ قرّر كلامه بوجه آخر، وهو أن الشارع إنّما أذن للمنكر بواسطة جهله أن ينكر حق المقرّ له / ١٣٠ / إلى آخر ما ذكرناه، وكلام الشيخ ليس آبياً من ذلك، إلاّ أنّه مع ذلك لا نفهم أنه كيف يأذن الشارع للمنكر أن يأخذ حق الغير مع علمه بحقيقة الحال.

ولذا نحن قلنا: إن مراد الشيخ هو ما ذكرته أولاً.

ويمكن أن يقال: إن ظاهر آخر كلام الشيخ أن المنكر في نفس الأمر عالم بحقيقة الحال إلا أن أوّل عبارته مبني على أنّه معتقد بأنّه ليس للمقرّ له شركة، فيصح التقرير الثاني.

ثمّ إن الشيخ ﷺ يورد على هذا الوجه بقريب من هذا، وهو أنا نسلّم أن المقرّ له لم يثبت تمام حقه بحكم الشارع في أن يأخذ مقداراً من حقه، إلاّ أنه نقول: إنا نأخذ موجب إقرار المقرّ والمفروض أن المقرّ يكون معترفاً بأنّ كل جزء يفرض، يكون بينهم أثلاثاً.

وعلى هذا، فيكون معترفاً بتساويه مع المقرّ له في مال المقرّ. فكلّما حصل، كان لهما وكلّما يتلف أيضاً يكون بينهما؛ لأنّ المقرّ مأخوذ عند الشارع بمقتضى إقراره ولا ينافي ذلك عدم ثبوت هذا المقدار الّذي يأخذه من حقه في الشرع.

الخامس ما ذكره الأستاد وهو أنّه في مسألة الإقرار بشريك آخر لا يكون مقرّاً بالنصف أو الثلث أو غير ذلك. وقد عرفت ظهور ألفاظ الكسور في الكسر المشاع.

وأما في مسألة الإقرار بوارث آخر* ليس في البين لفظ فسّره / ١٣١ / الكسور حتّى

---

*) ***قد تقدّم أنّ الحمل على الإشاعة في مسألة الإقرار بالملكية ليس لظهور لفظ الكسر مثل النصف في الإشاعة، بل لقاعدة الترجيح بلا مرجّح في ورود الضرر على أحدهما وهو المقرّ له، دون الآخر وهو المقرّ.***

وثانياً على التسليم نقول في مسألة الإقرار بالنسب الحمل على نصيبه يحتاج إلى دليل وليس

يقال : إنّ الظاهر في نصيبه المشاع وإنما يقرّ بما يستلزم اشتراك المقرّ له في الكسر من الثلث أو الربع أو غير ذلك .

وعلى هذا ، فيمكن أن يكون نصيبه بين المقرّ والمنكر بالمناصفة ، أو لم يكن كذلك ، فليس مقتضاه الإشاعة .

وردّ ذلك بأن احتمال كون نصيبه عند المنكر إنّما ينفع لو كان التصريح بذلك نافعاً ، مع أنّه ليس الأمر كذلك . ولا ينفع تصريحه بأنّ نصيب المقرّ له يكون عند المنكر .

أقول: في كل من هذا الوجه الخامس والإيراد عليه نظر واضح لا يحتاج إلى البيان .

ثمّ إنك قد عرفت بالبيان الّذي ذكرناه سابقاً أن محل كلامهم في مسألة بيع جزء المشاع إنّما هو في صورة كان البايع في الواقع قاصداً إما لخصوص نصيبه أو المشاع بين النصيبين . ولذا يتمسكون بالظهورات والأصول المرادية .

وقد عرفت حكم هذه الصورة وأنه يحمل على أي الوجهين في صورة لم نتمكن من تعيين الواقع بأن نسأل عن البايع عن حقيقة الحال لموته أو غيبته .

أقول: بل وكذا مع التمكن عن السؤال عنه في صورة استظهرنا من كلامه أحد الخصوصيتين ، فإن سماع قوله من جهة كونه مدعياً لشيء /١٣٢/ لا يعلم إلاّ من قبله ، الظاهر أنّه مختص بصورة لم يدع خلاف ظاهر معوّل في المسألة .

هكذا قد يتوهم ، ولكن فيه أنهم يقولون بسماع قول المدعي في صورة يكون دعواه ممّا لا يعلم إلاّ من قبله . ومن الواضح أنّه لا يصير مدعياً ، إلاّ أن يكون قوله مخالفاً للظاهر أو الأصل المعولين في المسألة .

[لو قصد البايع مفهوم النصف لا أحد الخصوصيتين]

بقي الكلام في مسألة أخرى ذكرها في الجواهر وأشار إليه الشيخ في ضمن كلماته ،

ذلك في البين ، بل مقتضى قاعدة الترجيح بلا مرجّح هو الحمل على الإشاعة . (منه قدس سره) .

وهو أنّه لو فرضنا أنّه قال البايع المالك لنصف المشاع ، « بعت نصف الدار » وعلمنا أنّه لم يقصد بذلك إلاّ مفهوم النصف ولم يقصد أحد الخصوصيتين ، لا من لفظ نصف الدار ولا بغيره بوجه من الوجوه .

وفي الجواهر : « لعلّ المتّجه أيضاً تنزيله على ملكه ؛ لأنّه القابل لتأثير العقد فيه »[1] . وفسّر ذلك بأنه يحمل على نصيبه ؛ لأنّ الأصل في البيع هو الأصالة .

ولذا أورد عليه بأنه بظاهره غير مستقيم ، لأنّ الحمل على خصوص نصيبه وإثبات ذلك بالظهور غير صحيح في مفروض المسألة من أنّه لم يقصد أحد الخصوصيتين ، ولذا لابدّ من أن يؤول كلامه بأن نقول : إن مراده هو ما ذكره الشيخ في وجه هذه المسألة من أنّ هذا الشخص كان مالكاً لمصداق كلي وهو نصف الدار والمفروض أنّه باع الكلي أيضاً ، فيقع البيع لنفسه قهراً / ١٣٢ / كما في صورة باع كلياً وكان مالكاً لمصداق منه ، فإن البيع يقع عنه قهراً ، كما تقدم تفصيل ذلك قُبيل ذلك .

---

١) جواهر الكلام ٣١٧/٢٢.

فصل
في باب الفضولي

[صور الفضولي لو لم يجز المالك]

إذا أجاز المالك للعقد ، فقد مرّ حكمه . وأما إذا لم يجز المالك :

فحينئذٍ لو لم يقع في البين قبض وإقباض ، فلا إشكال .

وأمّا إذا وقع القبض والإقباض ، فحينئذٍ :

تارة يقع الكلام في معاملة المالك مع المشتري .

وتارة في معاملة المشتري مع البايع للفضولي .

فهنا مسألتان :

[معاملة المالك مع المشتري]

[المسألة الأولى] في معاملة المالك مع المشتري ؛ فنقول : إذا كان المبيع بعينه باقياً عند المشتري ، فينتزعه منه ، بل يأخذه أينما وجده ، سواء كان عند المشتري أم غيره ، كما أنّه يرجع بمنافعه المستوفاة ، بل وغيرها ، سواء كانت العين باقية أم تالفة .

أما المستوفات ، فيرجع بها إلى المستوفي ، مشتركاً كان أم غيره ، كما أنّه في غير المستوفات يرجع بها إلى من تلف المنافع تحت يده .

وإنما الإشكال في أنّه في المنافع الغير المستوفات بأيّ شيء يرجع ؟

وقد تقدم تفصيله في المقبوض بالعقد الفاسد وصار المختار هناك أن المضمون في صورة كان العين منافع ممكنة الجمع هو ما أعدّ مالك العين لها من غير فرق بين المتعارفة وغيرها ، حتى أنه لو لم يعدّها المالك لشيء من المنافع ، فليس لها ضمان كفرس السلطان .

وكذلك لو كان لها /١٣٤/ منافع متبادلة ، يكون المضمون كل منفعة أعدّ مالك العين لها ، لكن بشرط أن لم يوجد في ظرف مدة يضمن منفعتها في الصورتين مانع من استعمال العين فيما أعدّت له ، لو كان عند المالك .

وأمّا لو كان المبيع تالفاً ، فله أن يرجع إلى من تلف عنده بقيمته يوم التلف بأعلى القيم ، أو غير ذلك بتفصيل تقدم في المقبوض بالعقد الفاسد .

وصار مختار الأستاد ـ سلّمه الله ـ هنا أن مقتضى الأصل أن يكون المضمون هو أعلى القيم من زمان الغصب إلى زمان الأداء . ولكن مقتضى الدليل هو تعين قيمة يوم التلف ، ولكن المختار عندي أن مقتضى الأصل كون المضمون هو أقل قيمة يوجد بين القيم الّتي يحتمل تعين واحد منها .

وأما مقتضى الدليل تعين أعلى القيم ، لقاعدة الضرر .

ثمّ لا يخفى لو كان المبيع قبل وصوله إلى يد المشتري في ضمان شخص آخر ، فحينئذٍ للمالك أن يرجع إلى كل واحد منهما وإن كان قرار الضمان على من تلف المال في يده .

نعم ، لو فرض عند الأول ، ثمّ نقصت عند الأخير ، اختص السابق بالرجوع بالزيادة عليه ، كما سيأتي تفصيل ذلك كله في الأيدي المتعاقبة ـ إن شاء الله ـ .

[معاملة المشتري مع البايع الفضولي]

المسألة الثانية في معاملة المشتري /١٣٥/ مع البايع الفضولي .

وهنا يقع الكلام :

تارة في الثمن ، **وتارة** فيما يغرمه للمالك . فهنا أيضاً مسألتان :

[رجوع المشتري إلى البايع الفضولي بالثمن]

الأولى في رجوع المشتري إلى البايع الفضولي بالثمن . وهنا نقول : أما لو كان المشتري جاهلاً بكون البيع فضولياً بأن كان معتقداً بأنّ المبيع ملك للبايع ، فإن المراد بالجهل هو الجهل المركب ، فيرجع إلى المشتري بالثمن ومنافعه على نحو

تقدم حكمه في رجوع المالك إلى المشتري بعينه من غير تفاوت أصلاً. والمراد بكونه جاهلاً هو كونه جاهلاً حين وقوع البيع، ولا إشكال في حكم المسألة هنا أصلاً، إلاّ أنّ هنا في المكاسب كلاماً ذكره هنا تبعاً للعلامة[1] أو غيره[2] فيه غموض لا بأس بنقله، وهو أنّه بعد ذكر حكم المسألة ـ كما ذكرناه ـ يقول:

[نقل كلام غامض من الشيخ في المكاسب]

أولاً: «ولا يقدح في ذلك - أي في رجوع المشتري إلى البايع الفضولي - اعترافه - أي المشتري - بكون البايع مالكاً، لأن اعترافه مبني على ظاهر يده. نعم، لو اعترف به على وجه يعلم عدم استناده إلى اليد كأن يكون اعترافه بذلك بعد قيام البينة لم يرجع بشيء.

وثانياً يقول: ولو لم يعلم استناد الإعتراف إلى اليد أو إلى غيره، ففي الأخذ بظاهر الحال من استناده إلى اليد أو بظاهر لفظ «الإقرار» من دلالته /١٣٦/ على الواقع وجهان»[3].

وأورد على الجزء الأول من كلامه:

أولاً بأن الكلام في هذا المقام لم يكن في بيان حكم صورة النزاع، بل إنّما الكلام كان في بيان الواقع.

وثانياً بأنا نقول: لا فرق بين أن يكون مستند الإقرار هو اليد أو البينة.

وأجيب عن ذلك بأنه ليس مراد الشيخ أن مستند الإقرار تارة يكون هو اليد وتارة يكون هو البينة، بل مراده ـ كما هو مقتضى ظاهر عبارته ـ أن المشتري تارة يكون مقرّاً بكون المبيع ملكاً للبايع الفضولي، حتّى بعد قيام البينة على أنّه ملك لشخص آخر، وتارة يكون من بدو الأمر مقرّاً بكونه ملكاً للبايع، مستنداً إلى ظاهر يده.

---

١) القواعد ١٨/١٠، الفصل الثالث في المتعاقدين، هل يرجع المشتري على البايع غير المالك.

٢) كالشهيدين في الدروس ١٩٣/٣ والروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ٢٣٤/٣، الفصل الثاني، عقد البيع وآدابه.

٣) كتاب المكاسب ٤٨٤/٣، حكم المشتري مع الفضولي.

ولكن بعد قيام البينة على خلاف إقراره يرجع عما أقرّ به أولاً ، لكشف خلافه بالبينة .

وعلى هذا ، ففي صورة يكون مقرّاً بعد قيام البينة على كون المبيع ملكاً للبايع ، ففي مثل هذه الصورة يكون مقرّاً ومعتقداً بأن الثمن يكون ملكاً للبايع . ومع ذلك فلا يجوز له الرجوع به إليه .

وهذا بخلاف ما لو كان إقراره مستنداً إلى اليد ، فإنه بواسطة البينة يرفع اليد من البين ، فيرفع /١٣٧/ ما كان مستنداً إليها أيضاً ، فيكون له الرجوع إلى المشتري .

وأورد على الجزء الأخير من كلامه بأنّ الشك في كون الإقرار مستنداً إلى اليد أو مستنداً بعلمه ، يكون المبيع ملكاً للبايع ، لا يجوز أن يكون من البايع ولا من المشتري ولا من الحاكم .

أقول: لا مانع من أن يكون الشك من الحاكم في صورة لم يكن المشتري حيّاً حاضراً حتى يسئل منه من حقيقة الحال ، حيث إن قوله يكون معتبراً ؛ لأنّ هذه الدعوى مما لا يعلم إلاّ من قِبله .

فإنه إذا شك الحكم في مثل هذه الصورة يجيء الوجهان المذكوران في كلام الشيخ .

واما لو كان المشتري حين البيع عالماً بأنّ المبيع ليس ملكاً للبايع ، فهنا يقع الكلام :

تارة في أنّه هل يجوز للبايع أن يتصرف في الثمن في هذه الصورة ، أم لا .

وتارة في أنّه هل يكون للمشتري أن يسترد الثمن منه ، أم لا .

وتارة في أنّه إذا تلف الثمن في يد البايع الفضولي ، فهل يكون ضامناً لقيمته للمشتري ـ كما يقوله المحقق على ما نقل عنه في الجواهر[1] ـ ، أم لا يضمن ـ كما يقوله المشهور ـ .

حكي دعوى الإجماع عليه من الفخر /١٣٨/ والكركي والشهيد الثاني وكاشف

---

١) جواهر الكلام ٣٠٥/٢٢، في بيع الفضولي .

الغطاء، ونقل التردد في المسألة عن بعض. ويظهر من الشهيدين التفصيل بين صورة كان اشتراؤه برجاء الإجازة من المالك، فإن الثمن يكون مضموناً على البايع في هذه الصورة، وبين صورة لم يكن له رجاء الإجازة، فلا يكون الثمن مضموناً على البايع وليس للمشتري الرجوع إليه.

ونحن نذكر:

أولاً حكم صورة لم يكن في البين رجاء الإجازة، فنقول: يدلّ على ثبوت الضمان هنا أمور:

منها قاعدة «كلما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

ومنها قاعدة الإقدام على الضمان الّذي استدل بها الشيخ[1] وغيره[2]، على ما حكي عنهم في المكاسب[3] على الضمان في فساد ما يضمن بصحيحه.

ومنها حرمة تصرف الفضولي في الثمن المستلزم للضمان، بناءً على القول بحرمة التصرف فيه وبناءً على أنّ حرمة التصرف يستلزم الضمان، كما أنّ حرمة التصرف في ثمن الجارية المغنية والرشوة وغير ذلك يكون سبباً للضمان.

ومنها قاعدة «على اليد ما أخذت حتّى تؤدي».

ومنها قاعدة «من أتلف مال الغير فهو له ضامن».

ومنها النقض بموارد يقولون بثبوت الضمان فيها ممّا يكون مشابهاً لما نحن فيه، كما في ثمن الخمر والخنزير والميتة وأشباه ذلك.

وكما في ثمن المغصوب مع جهل المشتري بكون المبيع مغصوباً.

وكما في ثمن الجارية المغنية.

وكما فيما يؤخذ بالقمار.

وكما /١٣٩/ في المبيع والثمن في العقود الفاسدة، إما مطلقاً أو مع علم أحدهما أو كلاهما بالفساد إذا لم يكن الفساد من جهة عدم كون أحدهما مالكاً.

---

١) المبسوط ٨٥/٣ و٨٩ على مانقل في حاشية المكاسب.

٢) كالشهيد الثاني في مسالك الإفهام ١٥٤/٣، شروط المتعاقدين.

٣) كتاب المكاسب ٤٨٦/٣، حكم المشتري مع الفضولي.

وكما في الرشوة ؛ فان المرتشي ضامن إذا تلف ،كما نقل في المكاسب[١] تصريح بعضهم[٢] بذلك .

وكما في البيع بلا ثمن والإجارة بلا أجرة حيث يقول في المكاسب : إنّه لم يصرح أحد بعدم الضمان في الأوّل .

نعم ، حكي التصريح من الشهيد الأوّل في الثاني[٣] .

أقول: بل حكي التصريح بعدم الضمان في الأوّل أيضاً عن كاشف الغطاء وغيره ، كما أن المصرّح بعدم الضمان في الثاني أيضاً كثير .

ثمّ لنذكر قبل الشروع في بيان صحة الوجوه المذكورة لثبوت الضمان وسقمها بعضاً من الأمور :

[تطبيق عدم ضمان البايع للثمن مع علم المشتري على القواعد]

منها أنه لا يخفى عليك أن العلماء بعضهم ينطبقون عدم ضمان البايع للثمن مع علم المشتري على القواعد ، وبعضهم يعترفون بأنه لا ينطبق على القواعد إلاّ أنّه مع ذلك يقولون بعدم الضمان للإجماع ،كما يظهر ذلك من الجواهر والمكاسب .

أما صاحب الجواهر[٤] فإنه بعد ما يثبت أن مقتضى القاعدة هو الضمان ، يذكر بعض الوجوه لعدم الضمان ولا يركن بشيء منها بحيث يصححه على سبيل الجزم ، بل يقول : يمكن أن يكون الوجه هذا ويمكن أن يكون هذا ، إلى آخرنا ذكره ، بحيث يظهر منه أن ركونه إلى الإجماع .

وأما الشيخ ، فإنه وإن يذكر أولاً وجهاً لعدم الضمان ، إلّا أنه يناقش فيه ويجيب . ويناقش إلى أن يقول : « إن مستند / ١٤٠ / المشهور لا يخلو عن غموض »[٥] .

---

١) كتاب المكاسب ٤٩١/٣، حكم المشتري مع الفضولي.

٢) كالمحقق في شرائع الإسلام ٨٦٩/٤، في مكروهات القضاء، المسألة السادسة عشرة.

٣) نقله الشهيد الثاني في مسالك الإفهام ١٨٤/٥، في شرائط الإجارة؛ والمحقق في جامع المقاصد ١٢٠/٧ في العوض.

٤) جواهر الكلام ٣٠٥/٢٢ - ٣٠٧.

٥) كتاب المكاسب ٤٩١/٣.

وبالجملة ، فالشيخ وإن يمشي على الوجه الّذي ذكره أولاً لعدم الضمان ، إلاّ أنّه لما لم ينقّح وجهه ، يعلم منه أن ركونه إلى الإجماع على عدم الضمان . ونحن نقول : لو لم نتمكن من تطبيق عدم الضمان على القواعد ، فنعترف بالضمان ونقول : إن مخالفة الإجماع هنا غير مضرٍّ ، بل يلزم على الفقيه أن يظهر الإشكال الّذي يأتي بنظره ويصير مخالفاً لعله ينقلب الإجماع بالتدريج ، كما أنّ كثيراً من المسائل كان في الصدر الأوّل إجماعياً ، ثمّ ناقش فيه بعض وتابعه بعض ، إلى أن انقلب الإجماع وصار الإجماع بعكس ما كان أولاً ، مع أنّه لو لم يكن انفتاح باب الشبهات جائزاً ، لما كان وجهاً لذلك .

وإذا عرفت ذلك، فنقول: كل مورد كان من العلماء اجماع في مسألة ، فلابدّ أن يلاحظ من أنّه إذا نحتمل أن يكون مستند القوم نصاً خفي علينا ، كما في باب العبادات وفي القواعد الكلية الّتي تكون مسلّماً بينهما .

فنقول: إنّه لا يجوز رفع اليد من الإجماع في مثل هذا المورد ، وأما إذا لم نحتمل أن يكون مستندهم نصاً خفي علينا ، بل علمنا أنهم قالوا بذلك لزعمهم بكونه منطبقاً مع القواعد ، كما في فروع المعاملات ، أعني غير العبادات ، فحينئذٍ نقول : يجوز لنا مخالفة الإجماع ، بل يجب علينا إبداء الشبهة .

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إنّ ما نحن فيه من هذا القسم الأخير الّذي يجوز لنا أن نخالف الإجماع فيه ، فليس الإجماع هنا /١٤١/ رادعاً عن الشيء على طبق القواعد .

أقول: لو كان مجرد احتمال أن يكون مستند الإجماع نصاً خفي علينا ، أو دليلاً تعبدياً لم يصل إلينا ، كافياً في عدم جواز رفع اليد عن الإجماع .

فنقول: إنّ هذا الإحتمال يكون موجوداً فيما نحن فيه وغيره من الإجماعات الّتي تكون موجودة في فروع المعاملات .

[مخالفة الإجماع المدّعىٰ]

هذا ، ولكن التحقيق أنّه لا مانع من مخالفة الإجماع في كل مورد لم نقطع منه

برأي المعصوم أو بوجود نصّ مسلّم الحجية واضح الدلالة على ما أجمعوا عليه من غير فرق بين المعاملات والعبادات والفروع والأصول على التفصيل الّذي ذكرناه في الإجماع.

ويشهد على ما ذكرناه أن الشاهد الّذي ذكره الأستاد لإثبات مدعاه يكون شاهداً لما قلناه، لا على ما قاله. وذلك لأنّ الإجماعات القائمة الّتي انقلبت عن المتأخرين، كثير منها أو جميعها يكون في أبواب العبادات.

ومنها أنه لا يخفى عليك أن الشيخ يتمسك لعدم ضمان الفضولي لثمن المغصوب بفحوى أدلة الأمانات كالوديعة والعارية وعين المستأجرة، حيث إن الأعيان ليست مضمونة فيها، مع أن المالك لم يأذن في إتلافها، فكيف يكون الثمن مضموناً فيما نحن فيه، مع أنّ المالك أذن في إتلافه.

وردّ ذلك بأنه لا دخل لأدلة الأمانات بما نحن فيه وذلك لأنّ عدم الضمان في الأمانات إنّما هو في صورة التلف، لا في صورة الإتلاف ونحن نريد أن نثبت فيما نحن فيه عدم ضمان الثمن، سواء تلف /١٤٢/ أو أتلفه.

وعلى هذا، فالكلام فيما نحن فيه غير الكلام في الأمانات، فكيف يثبت ما نحن فيه بما دل على حكم الأمانات من عدم الضمان في صورة التلف.

وإذا عرفت ما تقدم، فلنشرع إلى بيان حال الوجوه المذكورة لضمان ثمن المغصوب، فنقول: أما قاعدة «كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» فقد ذكرنا في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد أنها ليست بنفسها شيئاً، بل كلّ مورد من هذه القاعدة يقوم دليل على الضمان، يكون الضمان هناك ثابتاً، بخلاف المورد الّتي لم يقم دليل خارجي على الضمان.

وأما قاعدة الإقدام على الضمان، فقد ذكرنا في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد أنها أيضاً ليست أيضاً قاعدة برأسها.

نعم، قاعدة «على اليد» بنفسها دليل على الضمان وقاعدة «على اليد» مخصّصة بصورة لم يكن للمالك إقدام على المجانية مسلّماً. وأمّا كونها مخصّصة بكل صورة لم يقدم المالك هناك على الضمان، فغير معلوم.

وبالجملة ليس قاعدة الإقدام على الضمان شيئاً مستقلاً بنفسها. وأما حرمة التصرف في المال، فلا نسلّم كونه ملازماً مع كون المال مضموناً، كما سيوضح ـ إن شاء الله ـ.

ثمّ إنه بقي من الوجوه الدالة على الضمان قاعدة «على اليد» وقاعدة الإتلاف والنقض بالموارد الّتي يكون الضمان فيها ثابتاً.

[التسليط المجاني رافع للضمان]

ونقول مقدمةً للجواب /١٤٣/ عنها: إنه لا يخفى عليك أن من المسلّم عند العلماء أنه لو أذن المالك في إتلاف ماله كإلقائه في البحر، فليس الإتلاف هنا موجباً للضمان، وإن كان الإلقاء محرماً.

والسر في ذلك كون اليد والإتلاف موجبين للضمان إنّما هو من جهة احترام مال المسلم، فيختص الضمان بصورة لم يذهب المالك احترام ماله من البين بأن يسلّط الغير عليه مجاناً.

وهذا سرّ ما أشرنا إليه أن التسليط المجاني من المالك يكون رافعاً للضمان.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إن إعطاء الثمن إلى الغاصب يكون من قبيل تسليط المجاني من المالك، وذلك لأنّ المغصوب الّذي يأخذه المشتري لما يكون مال الغير، فيكون في عرضة أن يؤخذ من يده. وإذا صار معوّضاً لأن يؤخذ من يده، فيصير كلا مال عند الشرع والعقل والعرف.

وعلى هذا، فيبقى الثمن بلا عوض صرف، فيصير حاله كالبيع بلا ثمن والإجارة بلا أجرة والهبة.

ونحن نقول: إنّ الحق عدم ثبوت الضمان في شيء منها، وعدم التصريح بعدم الضمان في البيع بلا ثمن لا يضرّنا، لأنّ المضرّ هو التصريح من الجميع بالضمان.

هذا، مع أنّه نسب إلى كاشف الغطاء وغيره أنهم قالوا بعدم الضمان فيه. والوجه لعدم الضمان أن المالك أقدم فيها وفيما نحن فيه على تسليط ماله مجاناً، حيث إنه يعطيه إلى الغير ليأكله ويتلفه من غير عوض.

/١٤٤/ وأنت قد عرفت أن التسليط المجاني من المالك يكون رافعاً للضمان.

[الجواب عن النقوض]

بقي الكلام* في الجواب عن النقوض، فنقول: أما ثمن الخمر وشبهه فليس مشابهاً لما نحن فيه من الخمر والخنزير وشبهه وإن لم تكن مالاً شرعاً، إلاّ أنّها في نظر العرف يكون مالاً للمنافع المقصودة منها.

وعلى هذا، فالمشتري للخمر لم يقدم على أن يعطي الثمن مجاناً، بل إنّما أعطاه في مقابلة شيء سلب الشارع عنه المالية. فالمالك إنّما أقدم على الضمان، كما في البيوع الصحيحة، لا على عدم الضمان. فلم يوجد منه تسليط مجاني في بيع الخمر وشبهه.

إن قلت: إن ما ذكرت في بيع المغصوب من أنّ المغصوب لما لم يكن له مالية، يكون إعطاء الثمن بلا عوض، يجري في ثمن المغصوب إذا كان المشتري جاهلاً بكون المبيع مغصوباً، مع أنهم يقولون بثبوت الضمان مع جهل المشتري.

قلت: أما نفس عقد البيع ليس فيه تسليط للبايع على الثمن في الصورتين بوجه من الوجوه، وإنما التسليط يكون في إقباض الثمن.

وعلى هذا، نقول: إنّه في صورة جهل المشتري يكون إقباض الثمن منه بعنوان الوفاء بالعقد، فليس فيه تسليط مجاني، لأنّه يعطيه بزعم أنه ماله، وهذا بخلاف صورة يكون عالماً بكون المبيع مغصوباً، فإنه في هذه الصورة يعلم أن الثمن لم يصر ملكاً للبايع بالعقد، فليس الداعي على الإقباض هو اعتقاد كون الثمن مالاً له، بل إنّما يعطيه مجاناً بداعي أن البايع /١٤٥/ أيضاً يسلّط المشتري على المبيع. هذا أوّلاً.

وثانياً نقول: لو سلّمنا أن المشتري إنّما يقبض مع العلم بالغصبية أيضاً بعنوان الوفاء، أيضاً نقول: إنه فرق بين الإقباض بعنوان الوفاء مع العلم بالغصبية وبين

---

*) ***لا يخفى أنّ حكم ثمن المغصوب مع بعض مما يتعلق به قد تقدم مفصلاً في مسألة المقبوض بعقد الفاسد وفي مسألة بيع الفضولي لنفسه وفي مسألة تتبع العقود. (منه قدس سره).***

الإقباض بعنوان الوفاء مع الجهل بذلك ، وذلك لأنّه مع العلم بالغصبية قد عرفت أن البيع يصير كالبيع بلا ثمن ، والوفاء بمثل هذا العقد ليس إلاّ تسليط الغير على ماله مجاناً ، وهذا بخلاف صورة يكون جاهلاً بالغصبية ؛ فإنه يقبض بعنوان أنّه يصير مالكاً لعين من أعيان مال البايع ، فليس في البين تسليط مجاني أصلاً .

إن قلت: إنّ ما ذكرت من أنّ المبيع لما يكون مغصوباً ، فيكون في عرضة الزوال ، فيكون إقباض الثمن إقباضاً وإعطاء بلا عوض ، إنّما يتمّ في صورة لا يكون المشتري معتقداً بأنه لا يقدر أحد أن يأخذ المبيع منه .

وأمّا إذا كان معتقداً بذلك ، فلم يعط ماله في مقابلة ما يكون في عرضة الزوال بزعمه ، فيكون حاله كحال صورة كان المشتري جاهلاً بأنّ المبيع مال الغير في أنّه في كلا الصورتين لم يقدم المالك على إعطاء ماله بلا عوض ، بل إنّما أقدم على إعطاء ماله بعوض يكون حراماً عليه ، كما في ثمن الخمر .

ويجاب عن ذلك بأنه إذا كان المبيع في بيع المغصوب بمنزلة لا مال في بعض الموارد ، نقول : إنه يكون /١٤٦/ كذلك في جميع الموارد بلحاظ أنّه في الواقع يكون المطلب قابلاً لذلك .

أقول: وعلى هذا يعود الإشكال من أنّه لا فرق بين صورة جهل المشتري بكون المبيع مغصوباً وبين صورة يعتقد أنّه لا يقدر أن يأخذه منه أحد .

وأما النقض بالقمار ، فنقول : إنّ الإقباض هناك يكون بعنوان الوفاء ، فليس في البين تسليط مجاني .

أقول: قد عرفت أن الإقباض فيما نحن فيه أيضاً يكون بعنوان الوفاء ، إلاّ أنّك قد عرفت أن الوفاء بمثل البيع بلا ثمن عبارة عن التسليط المجاني ، وهذا الوجه بعينه يجري في القمار أيضاً .

نعم ، يجوز أن يفرق بينهما بأنّ الإقباض في القمار يقع عن كره غالباً أو دائماً ، بخلاف ما نحن فيه .

ثمّ إنك ممّا ذكرنا سابقاً عرفت الجواب عن النقض ببيع الفاسد مع علم أحدهما بفاسده ، حيث إن البيع وإن لم يكن صحيحاً ، إلّا أنّه يقبض بداعي أن يعطى إليه

عوضه ، لا مجاناً .

وكذلك ثمن الجارية المغنّية لو قلنا بكونه حراماً ، **فنقول**: إنّ إقباضه يكون بعنوان الوفاء ، مع أنّ الجارية المغنّية /١٤٧/ له مالية .

وأما الرشوة ، فلو قلنا بحرمتها ، فإنما هو من جهة أنّ إعطاء المال هنا ليس مجانياً وإنما هو في مقابلة العمل الّذي يريده المعطي من المرتشي .

أقول: تخلّص أنّه يكون الوجه لعدم الضمان على ما ذكره الأستاد* ** ـ سلّمه الله

---

*) *أقول: يرد على ما ذكره الأستاد ـ سلّمه الله ـ أولاً أن مجرد كون المعوّض في عرضة الزوال ، لا يوجب لصيرورة دفع العوض مجانياً ، كما أنّ العبد المجاني إذا بيع يكون في عرضة الزوال ، مع أنّ دفع العوض بإزائه لا يكون مجانياً .*

وثانياً نقول: إنّ جعل الميزان في كون دفع العوض مجانياً يكون عليه نقوض كثيرة ورفع تلك النقوض يكون مبتنياً على اعتبار قيود لا مدرك لاعتبار شيء منها ، كأن يقول في جواب النقض بثمن المغصوب مع العلم بأنه لا يؤخذ من يده بأنّ كونه في عرضة الزوال ذاتاً يكون كافياً وكأن يجاب عن النقض بما يشترى من أنّ الأشياء التي تكون في معرض أن يسرق منه أو يعلم ذلك فيه بأنّ عدم كونه في عرضة الزوال شرعاً يكون كافياً .

والحاصل أنّه ليس لأصل هذا الميزان مدرك حتّى يعلم أنّه يجوز أن يقيد الميزان بأمثال ذلك ، أم لا .

وثالثاً نقول ـ بعد تسليم تمام ما تقدم ـ: إن هذا الميزان لا يرفع جميع النقوض ، مثل ما يؤخذ بالقمار .

إن قلت: إنّ الدفع هنا بعنوان الوفاء بالقمار ، فكأنه يدفع للبناء على أن الطرف المقابل صار مالكاً له أول الأمر قبل الدفع .

قلت: فيما نحن فيه أيضاً يكون دفع ثمن المغصوب بعنوان الوفاء بالعقد .

إن قلت: إن ثمن المغصوب يكون مقتضى الوفاء بالعقد أن يدفع إلى المالك ، لا الغاصب ، فليس الدفع بعنوان الوفاء هنا .

قلت: هذا يرجع إلى كلام المصنف من أنّه دفع الثمن إلى الغاصب يكون كالدفع إلى ثالث خارج عن المتعاملين . وهذا غير محتاج إلى تكلف زائد من دعوى كون المثمن في عرضة الزوال .

وتوضيح كلام المصنف بأن نقول في بيع المغصوب مع علم المشتري بالغصب: إن المشتري يكون عالماً بأنه على فرض صحة البيع يصير الثمن ملكاً للمالك ، فإعطاؤه الثمن إلى الغاصب ليس من مقتضى البيع وليس بنفسه بيعاً جديداً ، فيكون دفع المثمن إليه مجانياً بداعي أخذ المغصوب منه وليس النقوض الّتي سلّم المصنف ورودها على ذلك ، وارداً عليه . وذلك أما ثمن الخمر وأمثال ذلك فلأن الخمر وإن لم يكن له مالية شرعاً ولكن يكون له مالية عرفية ، فليس الدفع بإزاء الخمر مجانياً .

وأما القمار ، فيكون الدفع فيه بعنوان الوفاء وأن الطرف المقابل صار مالكاً له من ابتداء الأمر ،

بل يكون الدفع عن كره.

وأما البايع بلا ثمن، فتلتزم فيه بعدم الضمان. ولم يكن هذا الفرع معنوناً في كلام الكل حتّى يدعى الإجماع فيه على الضمان، كما تقدم في مسألة المقبوض بالعقد [الفاسد].

إن قلت: سلّمنا أن الدفع يصير مجانياً إلاّ أنّا لا نسلّم أن الدفع المجاني يرفع الضمان الثابت... (منه قدس سره).

**) أولاً لابدّ أن يتكلم فيما يقتضيه القاعدة في حكم ثمن المغصوب، فإن اقتضى القاعدة عدم ضمان الغاصب له، فتتصدى للجواب عن النقوض في نظائره إما بالإلتزام بعدم الضمان، أو بيان الفارق بحسب القاعدة، أو بإجماع مخصّص للقاعدة.

وأما لو اقتضى القاعدة الضمان في ثمن المغصوب، فلابدّ أن يلاحظ أن الإجماع المنقول أو الشهرة على عدم الضمان موجب لرفع اليد عن القاعدة، أم لا.

وإذا عرفت ذلك فنقول: إنّ إعطاء المشتري الثمن إلى الغاصب مع علمه بالغصب وأنه ليس من مقتضى البيع ذلك، يمكن أن يكون على أنحاء:

الأوّل أن يكون الإقباض بعنوان التمليك أو الإباحة المطلقة، كما تقدم دعوى ذلك في مسألة تتبع العقود لتصحيح تتبع العقود في العقود الواقعة على الثمن الّذي يتكلم فيه.

وعلى هذا، لا إشكال في عدم ضمان البايع للثمن المغصوب، بل عليه يجوز التصرف له فيه أيضاً.

فمن يقول بعدم جواز التصرف له على هذا التقدير، لابدّ أن يكون من باب التعبد لدعوى الإجماع عليه.

الثاني أن يكون الإقباض إباحة التصرفات من المشتري للبايع، لا في المتوقف على الملكية.

ثمّ إن لهذه الإباحة أثرين: رفع الضمان عند التلف والإتلاف وجواز التصرف للغاصب فيه.

ونسب في الجواهر [جواهر الكلام ٣٠٧/٢٢] إلى الكركي وغيره الإلتزام بجواز التصرف، ويظهر من الجواهر أنّه خلاف المشهور، بل المجمع عليه.

ومنه يقال: ان الإذن المالكي كما يقتضي رفع الضمان، وإن اقتضى جواز التصرف، إلاّ أنّ الإذن المالكي لا ينافي المنع الشرعي الثابت بالإجماع.

ثمّ إنّه نسب في الجواهر إلى إسناده الكبير أنّه أخذ بهذه الوجه لعدم ضمان ثمن المغصوب وتعدى إلى ما كان من نظائر ممّا يكون الثمن في مقابل ما لا يعتدّ به كثمن الميتة، فإلزم فيه أيضاً بعدم ضمان البايع للثمن.

الثالث أن نقول: إن الإقباض من باب التلسيط المجاني يدعيه الشيخ والاستاد:. ثمّ ذلك تارة يكون مع الرضاء بالتصرف أيضاً، فيرجع إلى سابقه: وتارة بدون الرضاء في التصرف فيه حتّى نقول: إن عدم جواز التصرف الّذي يقوله المشهور أيضاً على طبق القاعدة.

ثمّ إن هذا الاحتمال الأخير وإن ذكرناه في مسألة تتبع العقود، إلاّ أنّ الشيخ والأستاد لا يقولان به وليس بصحيح أيضاً.

أما الأول، فلأنهما وإن يقولان بأن كلاً من عدم الضمان وحرمة التصرف على طبق القاعدة، إلاّ أن كون حرمة التصرف على القاعدة ليس من جهة عدم رضاء المالك في التصرف، بل لدعوى أنّه من الأكل بالباطل أو غير ذلك ممّا سيأتي.

وأما الثاني، فلأن الإقدام على المجانية على عدم الرضاء بالتصرف لا دليل على كونه رافعاً للضمان الثابت باليد والإتلاف إلاّ من جهة كون مجرد الإقدام على المجانية رافعاً.

وفيه: أنّه تقدم أن نفس الإقدام على المجانية لا دليل على كونه رافعاً للضمان وعلى تسليم أن الضمان من جهة احترام مال المسلم نقول: لا يمكن إتمام ذلك في صورة لم يكن المالك راضياً بالتصرف.

نعم، في صورة إذن المالك في التصرف، أو إذن المشتري فيه من غير أن يكون إذنهما مبنياً على الضمان، تقدم في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد أنه يدعى أنه رافع للضمان الثابت باليد والإتلاف.

وتمسكوا بوجوه لإثبات ذلك، ونحن تمسكنا لإثبات هذا المخصّص على نحو الكلية بقوله تعالى في سورة الشورى ﴿إنما السبيل على الّذين يظلمون الناس ويبغون بغير حق﴾ [الشورى: ٤٢] .. الآية.

نعم، من صور إذن المالك أولاً ينفي الآية الضمان في صورة كان التسليط من باب الإقدام على الضمان، كما لا يخفى على المتأمل في مساق الآية، كما أنا ذكرنا في الموضع المشار إليه أن الآية لا ينفي الضمان من صور إذن المالك صورة يتخيّل المتصرف بأنه مأذون ولو تخيّل الشمول، لعدم صدق البغي.

قلنا: إن شمول ما دلّ على المضان لهذا المورد يكون أظهر.

ثمّ إنه بقي الكلام في بيان أن صغرى إذن المالكي موجود في إقباض المشتري للثمن إلى البايع، مع علمه بالغصب.

ونقول هنا مقدمة: إنه لا يخفى أنّ قول المشهور بعدم ضمان الغاصب لثمن المغصوب مع علم المشتري ليس على نحو الإطلاق، بل في الجملة.

ومنه استثنى في المكاسب [راجع كتاب المكاسب ٣٤٨/٣، صور بيع الفضولي] موارد مثل ما إذا باع الغاصب عن المالك وقبض الثمن للإيصال إلى المالك ومثل ما إذا باع لنفسه، لكن أخذ الثمن بنفسه من دون أن يعطيه المشتري.

ومثل ما إذا اشترط على البايع الرجوع لو أخذ منه العين.

وفي الجواهر: عن شرح الأستاد أنه جزم الرجوع مع اشتراط الخيار، أو بقاء الثمن مدّة، فيقع التلف فيها، أو نحو ذلك مما يقتضي عدم إطلاق الإباحة [له].

ـ هو أن مال الغير لمّا يكون في معرض أن يؤخذ من يد المشتري ، فيصير كلا مال ، فيصير إعطاء الثمن بلا عوض ، فيكون إعطاءً مجانياً غير موجب للضمان .

وأما مع جهل المشتري ، فلا يكون إعطاء الثمن بزعم المشتري في مقابلة لا شيء ، فليس إعطاؤه مجانياً .

ولذا أوردنا عليه بأنّ مقتضى ذلك عدم الضمان في القمار أيضاً وثبت الضمان في ثمن المغصوب إذا لم يكن المغصوب في معرض أن يؤخذ من يد المشتري بزعم المشتري كان يعتقد أن المالك ليس بقادر على أن ياخذ المغصوب من يده وكلاهما مخالف لما اعتقده الأستاد .

نعم ، الإشكال الثاني غير وارد على توجيه الشيخ لأنّه لا يقول بأنّ المغصوب يصير كلا مال بل يقول : إنّه مال ولكن إعطاء الثمن إلى البايع يصير مجانياً في صورة لم يعط البايع في قباله شيئاً من ماله بزعم المشتري إلى المشتري ، ولكن الراجح في النظر أن إعطاء الثمن لا يصير مجانياً بشيء من هٰذين الوجهين ، وذلك لأن قاعدة الإتلاف كان مقتضياً للضمان حتّى في صورة كان في البين تسليط مجاني /١٤٨/ صرف ، إلاّ أنّه قام الإجماع على خروج التسليط المجاني الصرف الّذي لا يكون فيه رجاء عوض بنحو من الأنحاء عن تحت قاعدة الإتلاف وبقي الباقي .

ثمّ قال: وهو لا يخلو عن وجه ، مع احتمال القول بأنه تعبدي محض في المقام ، أو خصوص المتيقن . ولعلّه الأوفق بالقواعد وكلام الأصحاب» [جواهر الكلام ٣٠٧/٢٢].

ومن موارد عدم الضمان ما لو أجاز المالك: أما على الكشف ، فلسبق ملك المالك على استيلاء المشتري له .

وأمّا على النقل ، فبالنسبة إلى مورد لم يتلف العين عند الإجازة ، فالمتيقن من عدم الضمان صورة يعطي المشتري الثمن بنفسه إلى الغاصب ، مع علم المشتري بأنه مال نفسه ويعطيه للإتلاف عاماً من دون توقع شيء آخر ، ويكون الثمن باقياً على ملك المشتري إلى وقت الإتلاف .

ثمّ إن الرضاء العقلي العرضي موجود له في أن يتلفه بمقتضى ظاهر فعله ولو كان الداعي على أصل هذا التسليط المجاني والرضاء أخذ المغصوب من الغاصب وعدم استرداده من بعد الأخذ ، ففي مثل هذا الفرض ليس الغاصب باغياً على المشتري بغير حق ، فيرفع عنه الضمان بمقتضى الآية ، بل مقتضى ذلك جواز التصرف له أيضاً مع قطع النظر عن ما أقيم على حرمة التصرف على ما سيأتي . (منه قدس سره) .

إن قلت: إنّ الإجماع على عدم كون ثمن المغصوب مضموناً دليل على أنّ هذا النحو من التلسيط المجاني أيضاً خرج عن تحت قاعدة الإتلاف.

قلت: نحن نرى الموارد الّتي يحكمون بثبوت الضمان فيها والموارد الّتي يحكمون بعدمه، فلم نَر ميّزاً واضحاً، فتحمل أن يكون حكمهم بعدم الضمان في الضمان ثمن المغصوب من جهة الإشتباه في تطبيق هذا المصداق مع القواعد الّتي كانت في أيديهم، ثمّ تبعهم غيرهم بتخيّل الإجماع، فمقتضى القاعدة هو الضمان، كما يقوله المحقق، ولو كنت متجاشياً عن ذلك فقل بما يقوله كاشف الغطاء من أنّ مقتضى التحقيق هو عدم الضمان فيه وفي نظائره ولو كنت متجاشياً عن ذلك.

فقل: إن الحكم بعدم الضمان حكم تعبدي في خصوص هذا المورد عقوبة لمشتري المغصوب وإن أبيت عن ذلك كله وتريد أن تنطبق ما ذكروه على القواعد فاجمع بين التوجيهات مثلاً في ثمن الخمر والخنزير /١٤٩/ وأشباه ذلك، فالتزم بما ذكره الأستاد من أن أشباه ذلك لما يكون لها مالية عرفية، فلم يكن إعطاء الثمن مجانياً، فلذا يكون الضمان فيها ثابتاً.

وأما في ثمن المغصوب فالتزم بتوجيه الشيخ من أنّ البايع لم يكن مالكاً للمبيع، فلم يضمن الثمن بشيء من ماله ولم يضمنه المشتري شيئاً من ماله، أي من مال البايع، مع أن المشتري كان عالماً بذلك، فيكون بمثل أن يعطى الثمن إلى ثالث ليتلفه وليس ذلك إلاّ تسليطاً مجانياً، لأنّ الثالث لم يعط شيئاً بإزاء الثمن.

وأما في القمار، فالتزم بما ذكرته من أنّ التسليط يكون عن كره لأجل الوفاء بمقتضى القمار، فليس التلسيط مجانياً. وهذا بخلاف ثمن المغصوب؛ فإن إعطائه لم يكن عن كره، مع أنّه لم يكن مقتضى الوفاء إلاّ إعطائه إلى مالك المبيع الّذي يقع البيع له لو أجازه.

فالحاصل أنّه لو كان إعطاء المال بإزاء ما يعدّ عرفاً أنّه من مال الآخذ المعطى إليه، أو كان عن كره ووفاء لما التزمه على نفسه، فليس التلسيط مجانياً رافعاً للضمان، وإلاّ فيكون تسليطاً مجانياً رافعاً للضمان كما في ثمن المغصوب؛ فافهم.

هذا كلّه فيما لو لم يكن تسليط المشتري البايع على الثمن مع رجاء الإجازة من

المالك.

وأما لو كان التسليط مع رجاء إجازة /١٥٠/ المشتري الثمن إليه لكونه واسطة في إيصاله إلى المالك فتلف في يده أنّه يكون ضامناً مع أن الفضولي على هذا التقدير أمين، فكيف يكون ضامناً مع التلف؟

ولابدّ أن يوجّه كلامه بأنّ مراده من التلف هو الإتلاف؛ فافهم.

ثمّ هذا كله في حكم ضمان ثمن المغصوب مع علم المشتري.

وبقي الكلام في مطلبين آخرين:

[هل للمشتري استرداد الثمن لوكان باقياً؟]

الأول في بيان أنّه هل يكون للمشتري أن يستردّ الثمن إذا كان باقياً بعينه، أم لا؟ ومن العجب أن كثيراً من العلماء كالعلامة والفخر[1] وغيرهما على ما حكي في المكاسب[2] وغيره من الكتب ينسبون إلى ظاهر الأصحاب أنّه لا يجوز الإسترداد مع أنهم يختارون جواز الإسترداد، حتّى أن الأستاد ـ سلّمه الله ـ قال: بعدُ لم نظفر على قائل صريح بعدم جواز الإسترداد وإن نسبه كثير منهم إلى ظاهر الأصحاب.

أقول: ولعل منشأ النسبة هو ما يفهم منهم من صحة بيع الثمن للغاصب.

نعم، قد يقال: إنّ صحة بيع الثمن غير مستلزم لعدم جواز الإسترداد لاحتمال أن يكون صحة البيع من جهة أنّ الغاصب يملكه آناً ما قبل البيع.

وتفصيل الكلام في هذا المقام مذكور في المكاسب في مسألة بيع الفضولي لنفسه[3].

[الغاصب لايصير مالكاً للثمن بمجرد قبضه؟]

وبالجملة منشأ /١٥١/ الترديد في جواز الإسترداد وعدم جوازه هو الترديد في أن

---

١) انظر: إيضاح الفوائد ٤١٧/١.

٢) كتاب المكاسب ٣٨٨/٣.

٣) كتاب المكاسب ٣٨٥/٣، بيع الفضولي لنفسه، المناقشة في جواب كاشف الغطاء عن الوجه الرابع.

الغاصب يصير مالكاً للثمن بمجرد قبضه ، أم لا ؟

فلابدّ أن ينقّح ذلك ، فنقول : يذكر في المكاسب دليلاً عقلياً على أنّه لا يجوز أن يقال بأنّ المشتري يملك الثمن بمجرد القبض وهو أنّه لا إشكال عندهم في أنه أجاز المالك عقد الفضولي ، فيصير البيع صحيحاً ، فيصير الثمن ملكاً لمالك المبيع .

وهذا لا يجمع مع القول بأنّ الغاصب يملك الثمن بمجرد القبض ، فإن تملك الغاصب للثمن قبل الإجازة يوجب لفوات محل الإجازة ، فيمتنع تحقق الإجازة .

ثمّ يقول : فتأمل[1] ، وهو إشارة إلى ما ذكره في الجواب عن هذا الإشكال في مسألة بيع الفضولي لنفسه[2] وهو أن هذا الإشكال لا يتوجه على القول بكون الإجازة كاشفة ، لأنّ الإجازة تكشف بها من أنّ تسليط المشتري الغاصب على الثمن كان تسليطاً له على ما ملكه الغير قبل هذا التسليط بالعقد الفضولي .

وأما على القول بالنقل ، فندعي أن التسليط كان مراعى بعدم الإجازة ، فلم يكن تسليط على فرض لحوق الإجازة .

أقول: قد تقدم في مسألة تتبع العقود أن الأستاد وجّه ذلك بأنّ تسليط المشتري الغاصب على الثمن يكون على وجه تعدد المطلوبي ، لأنّ غرض المشتري أولاً وبالذات أن يكون الثمن ثمناً للمغصوب ، فلم يكن الغاصب مأذوناً في التصرف فيه .

/١٥٢/ ثمّ على فرض عدم لحوق الإجازة من المالك يكون الغاصب مأذوناً في التصرف فيه .

ونحن أوردنا عليه هناك بأنّ هذا خلاف الواقع غالباً ، بل دائماً ؛ لأنّ من يشتري المغصوب مع علمه بالغصب ، ليس نظره إلاّ أن يسلّط على المغصوب بواسطة تسليط الغاصب على الثمن .

فتلخّص ممّا ذكرناه أن الوجه العقلي الّذي ذكره الشيخ لإثبات عدم صيرورة الثمن ملكاً للغاصب ، لا مانع فيه على القول بكون الإجازة ناقلة ؛ بناءً على ما هو المسلّم بينهم من أنّه بالإجازة يصير البيع الفضولي صحيحاً ، حتّى على القول

---

١) كتاب المكاسب ٤٨٤/٣.

٢) كتاب المكاسب ٣٨٨/٣.

بالنقل .

ولعل الشيخ أيضاً رجع عما ذكره في مسألة بيع الفضولي لنفسه ، إلاّ أنّ مدركه الإجماع . وبعد ما لم يكن القول بالنقل إجماعياً ، فلا إجماع في مسألتنا .

[وجه آخر لعدم صيرورة الغاصب مالكاً للثمن]

ثمّ إن الشيخ يذكر وجهاً آخر لعدم صيرورة الغاصب مالكاً للثمن ، وهو النقض بالبيع الفاسد ، ولكن النقض في غير محله ؛ إذ نحن نتكلم بعد إثبات وجود الفرق بين بيع الغاصب وبين سائر البيوع الفاسدة .

هذا كله فيما ذكر لعدم صيرورة الغاصب مالكاً للثمن .

[وجهان لإثبات صيرورة الغاصب مالكاً، والمناقشة فيهما]

وأما ما ذكر لإثبات صيرورتة مالكاً للثمن ، فوجهان :

الأول أن دفع الثمن إلى الغاصب يكون من قبيل الإعراض وهو مخرج للمال عن الملكية ومصيّر له بمنزلة المباحات في أنّ من أخذه يملكه .

وأورد على ذلك بوجهين :

الأول أنا نمنع أصل القاعدة ، وهو كون /١٥٣/ الإعراض مخرجاً للمال عن الملكية . وذلك لأنّه وإن استدلّ لإثبات ذلك ببعض الأخبار ، مثل صحيحة ابن سنان الواردة في البعير وغيره المذكورة في كتاب اللقطة[1] ، وببعض الإجماعات الّتي تكون في بعض* من الفروع وغير ذلك ، إلّا أنّه مع ذلك كلّه نحن قلنا في محله : إنّه لا دليل على كون الإعراض مخرجاً للمال عن الملكية .

---

١) وسائل الشيعة ٤٥٨/٢٥، ١٣ باب حكم التقاط الشاة والدابة والبعير وما علم من المالك إباحته، ح ٢/٣٢٣٤٨ . قال: «عن أبي عبد الله – عليه السلام – قال: من أصاب مالاً أو بعيراً في فلاة من الأرض قد كلت وقامت و سيبها صاحبها مما لم يتبعه فأخذها غيره فأقام عليها وانفق نفقته حتى أحياها من الكلال ومن الموت فهي له ولا سبيل له عليها وإنما هي مثل الشيء المباح».

*) *تراب صياغة . (منه قدس سره) .*

نعم، لو كان المال المعرَض عنه حقيراً، نظير نثار العرس يجوز التصرف فيه للسيرة.

الثاني أنّه لو سلّمنا كون الإعراض مخرجاً للمال عن الملكية، نقول: إنّ هذا مسلّم في صورة أعرض عن المال بحيث يصير جميع الناس فيه سواء، لا في صورة لم يعرض عنه إلاّ في حق شخص واحد وهو الغاصب.

أقول: الظاهر أنّه لا دخل لما نحن فيه بالإعراض*. وأما حكم أصل الإعراض**

---

*) *ونقول في مثل نثار العرس وحطب المسافر وأرواث دوابّ القوافل والسنابل وأشباه ذلك: إن بناء الناس على أنهم يعاملون مع الآخذ معاملة المالكية، دون المالك الأولي، فيتبرّون من الآخذ ويذمّون من يأخذ عنه عدواناً ويعدّه ظلماً حتّى بالنسبة إلى المالك الأول.*

ونحن ذكرنا قبل دليل الإنسداد حجية بناء العقلاء على نحو الإطلاق من دون أن يحتاج إلى إثبات إمضاء من الإمام في كل مورد.

ولا يخفى من أن ما ورد في الشاة في الصحراء في الصحيحة «وهي لك أو لاخيك أو للذئب فخذها وعرفها» [وسائل الشيعة ٤٦٠/٢٥، كتاب اللقطه، باب الحكم التقاط الشاة.. ح ٧/٣٢٣٥٣] *بمنزلة التعليل لجواز الأخذ إلى آخر ما ذكره. ومرجع العلة إلى أن الشاة لمّا كان في معرض التلف بأن ياخذه مثلك أو يضيع، فلا مانع من أخذه وتعريفه، ثمّ التصرف مع الضمان للمالك إن جاء صاحبها.*

فيستفاد قاعدة كلية في كل ما يكون في معرض التلف؛ فتدبّر.

وفي بحث اللقطة في الجواهر [جواهر الكلام ٢٧٩/٣٨، في اللقطة] *قول الصادق عليه السلام في صحيحة حريز: لا بأس بلقطة العصا والشظاظ والوتد والحبل والعقال وأشباهه.*

قال: وقال أبو جعفر عليه السلام: ليس لهذا طالب. [تهذيب الأحكام ٣٩٣/٦، باب اللقطة، ح ١٩/١١٧٩].

أقول: لولا علية ما في كلام أبي جعفر للحكم الّذي ذكره لبعد الإقتران، فيصير الخبر ظاهراً في أنّ علة عدم البأس عدم الطالب له، ومن شأن العلة أن يخصص المورد، فيخرج من تحت العموم السابق ذكره في كلامه مالو كان لكل ممّا ذكره خصوصية يوجد لها الطالب. وكذلك من شأن العلة أن يعمم على التحقيق، فيشمل غير اللقطة من مجهول المالك والمفقود والمعرَض ممّا ليس له طالب لقلّته.

نعم، لقائل أن يقول: إن هذا الخبر لا يدلّ على أزيد من جواز التصرف، كما أنّه لا مانع من القول بتعلق حق لمن يظفر على مثل ذلك لعموم «من سبق» [وسائل الشيعة ٤٠٥/١٧، كتاب المتاجر، أبواب آداب التجارة، باب أن من سبق إلى مكان من السوق فهو أحق به]. *وأما الملكية، فلا يدلّ عليه هذا الخبر، وإن قلنا بثبوت الملكية في بعض مصاديقه لدليل آخر، مثل الخبر الذي ينقله هناك أيضاً من قوله عليه السلام «من وجد شيئاً فهو له، فليتمتع به حتى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه ردّه إليه»* [وسائل

الشيعة ٤٤٧/٢٥، كتاب اللقطه، ٤، باب عدم وجوب تعريف اللقطة التي دون الدراهم، ح ٢/٣٢٣٢٣]، *إلى غير ذلك. (منه قدس سره).*

**) *قد أشرنا إلى مسألة أن الإعراض موجب للملكية في باب الولاية عند التعرض لحكم مجهول المالك وتعرض لها في الجواهر في كتاب القطعة عند التعرض لحكم الضالة مثل البعير* [جواهر الكلام ٢١٩/٣٨، في الملتقط من الحيوان]. *وتعرّض لها مفصلاً في كتاب القضاء بعد التعرض لحكم التقاص في مسألة «ما لو انكسرت سفينة في البحر فما أخرجه البحر فهو لأهله وما أخرج بالغوص فهو لمخرجه على المشهور»* [جواهر الكلام ٤٠٠/٤٠، كتاب القضاء؛ حكم ما يخرج البحر من السفينة المكسورة وما يخرج بالغوص].

ويصرح في الجواهر بأنه ليس في النصوص غير ما ورد في البعير. وما ورد في سفينة انكسرت فعرض لهذه المسألة.

ونحن نقول: أما ما ورد فهو صحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله ٧: «من أصاب مالاً أو بعيراً في فلاة من الأرض قد كلت وقامت وبسيها صاحبها لما لم تتبعه، فأخذها غيره فأقام عليها وانفق نفقة حتى أحياها من الكلال أو من الموت، فهي له ولا سبيل له عليها. وإنما هي مثل الشيء المباح» [تهذيب الأحكام ٣٩٢/٦ باب اللقطة، ح ١٧/١١١٧].

ولا يخفى أنّ لفظ المال في قوله «من أصاب مالاً» لو كان له إطلاق يشمل جميع الأموال وكان قوله «فهي له» جزاء الشرط، فيدلّ على الأهم من المدعى.

ولكن محقق الأردبيلي في كتاب اللقطة في شرح الإرشاد يقول: ولعل المراد بالمال في الرواية دابة أخرى غير البعير، لا مطلق المال بقرينة «قد كلت» .. إلخ، ووجود الدابّة في خبرين آخرين. [مجمع الفائدة ٤٣٣/١٠، في اللقطة، يملك آخذ البعير إذا تركه صاحبه من جهد].

بل المحقق القمي في الجواب عن المسألة الأولى من المجلد الثاني من كتاب اللقطة يقول: إنّ الظاهر أن المراد من المال هو الفرس أو الأهم منه مما يشمل مثل الحمار، لا ما يشمل الغنم.

ونحن نقول: بعد قوله «قد كلت» إلى آخر الرواية ليس مناسباً إلاّ مع البعير، أو ما هو شبهه، كما لا يخفى على المتأمل في الرواية؛ فذلك إما يوجب لانصراف لفظ المال إلى الدابة أو أنّه بعد اقتران هذه القرائن في الكلام لا يجري مقدمات الحكمة لتعميم المال إلى جميع الأموال.

وبالجملة بعد أن المشهور من النسخ في الرواية هو «سيبها» بالياء، لا نسيها [في نسخة من التهذيب: ونسيها لما لم تتبعه (هامش المخطوط) على ما نقل من هامش الوسائل ٤٥٨/٢٥، ح ٢/٣٢٣٤٨]، *كما يشهد عليه قوله «لما لم تتبعه» أيضاً فيكون هذه الرواية مثبتاً لجزء من المدعى وهو الدابة الموصوفة بما ذكر في الرواية التي أعرض عنها صاحبها.*

وأما الخبر الوارد في سفينة انكسرت في البحر، فأورد عليه بضعف السند. [رياض المسائل ١٧٥/١٣، كتاب القضاء؛ وجواهر الكلام ٤٠٠/٤٠، كتاب القضاء].

من أنّه مخرج للمال عن الملكية ، فيحتاج إلى التأمل .

الثاني أن نقول من أنّه لا إشكال من أنّه لو قلنا : إن بيع المغصوب يكون كبيع الخمر

ولا يخفى أنّه نقل في الوسائل أخبار أخر بمضمونه . [وسائل الشيعة ٤٥٥/٢٥، كتاب اللقطة، باب حكم ما لو غرقت السفينة ومافيها. ح ١/٣٢٣٤٢. قال: «محمد بن يعقوب، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن النوفلي، عن السكوني، عن أبي عبدالله عليه السلام..] ***فلو تمّ السند، فلا يدلّ إلّا على كل مال أخرج بالعوض من السفينة المسكورة، فلا يثبت تمام المدعى.***

ولا يخفى أنّ صاحب الجواهر في كتاب القضاء يرجّح أن ذكر البعير من باب المثال في الأخبار، فحمل غير البعير من الأموال المعرَض عنها ليس قياساً.

ونحن نقول: إنّ هذا يتوقف على القطع بتحصيل المناط وهو غير حاصل لنا. ولعل هذا هو السرّ فيما ينقل في الجواهر عن جماعة من احتمال كون الإعراض موجباً لإباحة التصرف في المال المعرَض عنه، دون الملك؛ بل عن ثاني الشهيدين والمقداد الجزم بذلك.

وينقل عن بعضٍ [هو ابن ادريس. انظر: جواهر الكلام ٤٠١/٤٠] ***تفاصيل في المسألة ويورد عليهم مرجعها إلى تهجس في ضبط عنوان المسألة.***

ثمّ يقول: الأولى أن يقال: إن ما علم إنشاء إباحة من المالك لكل من يريد أن يتملكه كستار العرس ونحوه يملكه الآخذ بالقبض أو بالتصرف الناقل، أو المتلف، أو مطلق التصرف على الوجوه أو الأقوال المذكورة في المعاطات، بناءً على أنّها إباحة. وكذا ما جرت السيرة [والطريقة] على تملكه ممّا قام شاهد على الإعراض كحطب المسافر ونحوه، أو ما كان كالمباحات الأصلية باندراس المالك كأحجار القرى الدارسة.

وأما المال الّذي امتنع على صاحبه تحصيله بسبب من الأسباب كغرق أو حرق ونحوهما، فيشكل تملكه بالإستيلاء عليه، خصوصاً مع العلم بعدم إعراض صاحبه عنه؛ [جواهر الكلام ٤٠١/٤ - ٤٠٢ كتاب القضاء] ***إنتهى.***

ونحن نقول: أما ما منع من مالكه، فعدم تملك الغير له بالأخذ صحيح، كما هو مقتضى الأصل.

وأما ما يكون من قبيل الأحجار القرى الدارسة فهو خارج عما نحن فيه من المال المعرَض عنه، لأنّ إعراض المالك عنه غير معلوم.

وتوضيح البحث يتوقف على بيان الأدلة الّتي ذكر لحكم الأرض التي باد أهلها وما ورد في مجهول المالك وليس هنا مجال تفصيله.

ونحن نقلنا عند التعرض لشرائط المبيع أن الشيخ في المكاسب احتمل مثل ذلك في الأجزاء المنفصلة عن العمارة المفتوحة عنوة.

وعلى كل حال، هذا خارج عما نحن فيه.

وأما ما قام السيرة على التصرف المالكانة (كذا) فيه من نثار العرس وحطب المسافر وأخذ السنابل وأخذ أرواث دوابّ القوافل ونحوه.. (منه قدس سره).

من قبيل المعاوضة ، فليس إعطاء الثمن هنا إلى المشتري من قبيل الإعراض ولا من قبيل الهبة المجانية ، بل يوجب الضمان أيضاً .

وأما بناءً على ما نتكلم عليه من أنّ بيع المغصوب ليس بيعاً وأن دفع الثمن يكون تسليطاً مجانياً ، فحينئذٍ قد يقال : إنّه يصير ملكاً للغاصب ، لأنّ التسليط المجاني على المال بعنوان أن يصير ذلك الثمن ملكاً للغاصب يكون /١٥٤/ كهبة بلا عوض ، فيصير ملكاً للغاصب .

ولكن فيه ـ بعد تسليم الصغرى ـ : أن هذا لا يصير مانعاً من الإسترداد مع فرض بقاء العين ؛ لأنّ الهبة الغير المعوّضة ليست من العقود اللازمة .

أقول: قد عرفت أنّه على القول بكون الإجازة ناقلة ـ وإن كان خلاف التحقيق ـ نحن قلنا : إنه لو صار الثمن ملكاً للغاصب ، فلا يجوز أن يقال : إن الإجازة من المالك مصححة للعقد الفضولي .

وعلى هذا ، فنحن لو سلّمنا منهم أن الإجماع قائم على صحة إجازة المالك بعد ذلك وأنه يصير المغصوب ملكاً للمشتري بالإجازة ، فلابدّ أن نقول : إن هذا دليل على بطلان الهبة ؛ فتدبّر جيّداً .

[هل يجوز للغاصب أن يتصرف في الثمن ؟]

الأمر الثاني في بيان أنّه هل يجوز للغاصب أن يتصرف في الثمن ، أم لا ؟

ولا يخفى أنّ البحث في هذا المقام بعد فرض أن بيع المغصوب ليس بيعاً ، نظير بيع الخمر ، بل يكون دفع الثمن إلى الغاصب تسليطاً مجانياً له على الثمن . وعلى هذا ، يكون الإباحة المالكية موجودة وإنما الإشكال [في أنه] هل يكون الإباحة أيضاً في تصرف الغاصب في الثمن أيضاً موجوداً ، أم لا ، فإنه لا مانع من أن يجتمع الإباحة المالكية مع الحرمة الشرعية ، نظير ما لو أذن المالك في إلقاء /١٥٥/ ماله في البحر .

ولا يخفى أنّه لا مانع من أن يتمسك لجواز التصرف بأصل البراءة لو لم يثبت دليل

على حرمة التصرف ؛ لأنّ المفروض أن المالك أباح المال* .

وإذا عرفت هذا، فنقول: نسب إلى ظاهر الأصحاب عدم جواز التصرف ولعل النسبة بذلك إليهم من جهة إطلاق قولهم «إن المقبوض بالعقد يكون بمثل المغصوب» . وتمسك الأستاد بهذا الإجماع لإثبات حرمة التصرف وقال: إن مقتضى هذا الإجماع أن الثمن يكون مضموناً على الغاصب أيضاً ، إلاّ أنّه قلنا بعدم الضمان للوجه الذي ذكرناه سابقاً .

وأما الإجماع على كون التصرف فيه حراماً ، فلم يوجد مانع من الأخذ به .

أقول: فيه أولاً إنّه على التوجيه الّذي ذكرناه لعدم الضمان يخرج الثمن عن كونه مقبوضاً بالعقد ، فكما أنّه كان مقتضياً لعدم الضمان ، يكون مقتضياً لجواز التصرف أيضاً .

وثانياً إنّ أمثال هذه الإجماعات لا يجوز الإستناد بها بعد ما نعلم أنّه ليس لهم دليل تعبدي على ذلك ، كما ادعاه الأستاد قُبيل ذلك ، أو بعد ما نحتمل أن يكون قولهم بذلك من جهة زعمهم أن مقتضى القواعد ذلك ، كما قلناه .

ثمّ إنّه استدلّ لإثبات عدم جواز التصرف بوجوه أُخرى :

منها / ١٥٦ / أنه قد ذكرنا في محله أن مقدمة الحرام ليست بحرام إلاّ في صورتين :

أحدهما إذا كان سبباً بحيث يرجع إلى مقدمة الواجب .

وثانيهما إذا أتى بالمقدمة بقصد أن يتوصل بها إلى الحرام .

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إنّ المشتري إنّما يعطي الثمن إلى البايع بقصد أن يأخذ منه المغصوب ويتصرف فيه . فدفع الثمن مقدمة للحرام وقد أتى بها ليترتب الحرام عليه ، فيكون الدفع الّذي هو عبارة عن تسليط المشتري البايع على الثمن حراماً ،

---

*) ***أقول: بعد ما نحتمل من أن يكون التصرف في الثمن محرماً في المقام ولو مع إذن المالك ، نقول: لا مانع من استصحاب حرمة التصرف فيه الثابت قبل إعطائه إليه على القول بحجية الإستصحاب مع الشك في المقتضي ودعوى ارتفاع الموضوع ، حيث إن المال غير مأذون فيه في الزمان السابق من المالك ، وفي الزمان اللاحق يكون مأذوناً فيه من المالك ، كما هو المفروض ، غير مسموع ، بعد أن الموضوع الّذي يشترط بقاؤه في الإستصحاب يكون عرفياً ويكفي في تحققه صدق لفظ الرفع والبقاء في الزمان اللاحق عرفاً وهو موجود قطعاً . (منه قدس سره) .***

فيكون الدفع من المكاسب المحرمة وكل ما يؤخذ من المكاسب المحرمة يكون حراماً، كما هو مقتضى رواية تحف العقول[١].

ومنها أن نقول: إنّه يستفاد من رواية تحف العقول أن كل ما يؤخذ ممّا يقصد به الحرام يكون حراماً[٢] وثمن المغصوب قد أخذه الغاصب من تسليط المشتري إياه عليه والمشتري قاصد للحرام بهذا التلسيط، فيكون المأخوذ به حراماً أيضاً.

ومنها قوله تعالى ﴿**ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل**﴾[٣] كما تمسك به الشيخ هنا[٤].

وجه الدلالة أنك قد عرفت أن إعطاء المشتري الثمن وتسليطه البايع عليه لما يكون بداعي ترتب الحرام عليه، يكون محرماً.

وعلى /١٥٧/ هذا نقول: إنّ الغاصب لو لم يعط المغصوب إلى المشتري بإزاء الثمن، فلا إشكال في حرمة الثمن عليه لعدم طيب نفس المشتري على هذا التقدير.

وأما لو أعطى الغاصب المغصوب إلى المشتري، فحينئذٍ نقول: إن طيب النفس من المشتري في تصرف الغاصب في الثمن على هذا الفرض وإن كان موجوداً، إلاّ أنّه مع ذلك يكون تصرف الغاصب في الثمن حراماً من جهة أنّه داخل في الأكل بالباطل. وذلك لأنّ الباطل عبارة عما لا فائدة فيه والحرام أيضاً لا فائدة فيه، فيكون باطلاً.

وعلى هذا، نقول: لو كان لفظ الباء في قوله تعالى ﴿**بالباطل**﴾ للمقابلة، فحينئذٍ لا يشمل ثمن المغصوب بناءً على ما قلنا من أنّ الثمن لا يؤخذ بمقابلة المغصوب. وإنما هو إعطاء الثمن تلسيط مجاني صرف.

نعم، يشمل ثمن الخمر وأشباهه حيث إن الثمن هناك يعطى بمقابل الخمر الّذي هو حرام، إلاّ أنا نقول: إن لفظ الباء ليس للمقابلة، بل يكون للسببية، لأنّ الأصل في الباء أن يكون للسببية.

---

١) تحف العقول: ٣٣١، جواب مولانا الصادق - عليه السلام - عن جهات معاش العباد.
٢) أُنظر: كتاب المكاسب ١٠٧/١، النوع الثاني مما يحرم التكسب به ما يحرم لتحريم ما يقصد به.
٣) البقره: ١٨٨، النساء: ٢١.
٤) أنظر: كتاب المكاسب ٥٤/٣، ما يدل على اللزوم المعاطاة. و٢٠/٥، أصالة اللزوم.

وعلى هذا، نقول: إنّه يشمل ثمن الخمر وثمن المغصوب أيضاً، وذلك لأنك عرفت أن تسليط المشتري يكون سبباً لأكل الغاصب الثمن وتسليط المشتري لما يكون مقدمة للحرام وقد أتاه بداعي الحرام، فيكون محرماً*، وإذا صار محرماً فيكون باطلاً، فأكل ثمن المغصوب بواسطة /١٥٨/ هذا التسليط المحرم يكون أكلاً للمال بسبب يكون ذلك السبب حراماً، فيكون أكل ذلك المال حراماً.

ثمّ إنّه ينقدح ممّا ذكرناه فساد ما قد ذكرناه في مسألة النهي في العبادات من أنّ النهي المتعلق بالمعاملة لأمر خارج لا يوجب الفساد، وذلك لأنّ المعاملة إذا صارت محرمة بأي وجه كان، فيدخل في السبب المحرم، فيكون أكل المال به أكلاً للمال بالباطل بالتقريب الّذي ذكرناه.

ومن هنا يظهر أن الحق مع السيد المرتضى من أن البيع في وقت النداء فاسد، لتعلق النهي به[1].

وأيضاً يظهر من ذلك أنّه لو وهب الورثة تركة المورّث إلى شخص لتفويت حق الديان، تكون الهبة فاسدة؛ لأنّ الهبة لما يكون مقدمة للحرام وقد أتى بقصد الحرام،

---

*) ***أقول: مع قطع النظر عما يأتي في المتن نقول: إنّ هذا الوجه يكون مبنياً على أن دفع الثمن يكون حراماً لقصد المحرّم به، ونحن نقول: أما من جهة كونه مقدمة للحرام فليس مقدمة الحرام حراماً، وأما من جهة أنّ نية السوء تكتب إذا اقترن به ارتكاب بعض مقدمات السوء، ففيه: أن ذلك لا يوجب حرمة نفس المقدمة الّتي اقترن به نية السوء وهو الدفع، كما تقدم في الأمر السابق أيضاً ظاهراً.***

وأما من جهة الإعانة على الإثم، ففيه: أن الإعانة إنّما يصدق على إيجاد مقدمات الحرام للغير بالقصد أم مطلقاً، لا إيجاد مقدمات الحرام بنفسه، إلاّ أن يقال: دفع الثمن مقدمة لدفع الغاصب المغصوب إليه ودفع الغاصب للمغصوب إليه حرام زائد غير التصرف فيه أولاً.

لكن الحق أن دفع الغاصب للمغصوب لا يتوقف على دفع المشتري الثمن، فليس دفع الثمن مقدمة لدفع المغصوب وإن يصير داعياً عليه، إلاّ أن يقال: إنه يكفي في تحقق عنوان الإعانة على الإثم إيجاد ما يصير داعياً عليه؛ فتأمل.

فالأولى في الجواب عن رواية تحف العقول ما ذكرناه في المتن وعن الآية بمنع كون الحرام باطلاً إلاّ أن لا يكون في الحرام فائدة كالقمار، فحينئذٍ يكون باطلاً لأنه لا فائدة فيه، لا لكونه حراماً، كما أنه يجوز أن يقال: إن الدفع بهذا الداعي يصير قبيحاً، فيثبت حرمته بقاعدة المقدمية. (منه قدس سره).

١) انظر: منتهى المطلب ٦٣٩/٢، في أحكام الإعتكاف.

فيكون حراماً ، فيكون باطلاً ، فلا يجوز أكل المال .

وأيضاً يظهر من ذلك حكم الفرع المنقول عن الشيخ في الرشوة[١] من أنّه قال :

لو وهب الإنسان مالاً إلى ابن القاضي ليتحبب ابن القاضي ويصير ذلك منشأً لأن يحكم القاضي له ، فهذه هبة ملحقة بالرشوة ، إلى غير ذلك من الفروع الكثيرة الّتي يعلم حكمها ممّا ذكرناه .

أقول: لا يخفى أنّ التمسك برواية تحف العقول لإثبات /١٥٩/ حرمة التصرف في ثمن المغصوب ممّا لا وجه له ، وذلك لأنّ رواية تحف العقول لا تدلّ بأزيد من حرمة المعاملة الواقعة على المحرم ، مثل الخمر وغيره ، ولا دلالة لها على أنّ المعاملة إذا صارت محرمة يصير الثمن المأخوذ بتلك المعاملة محرماً .

نعم ، في أول المكاسب ينقل خبراً آخر يدلّ على أنّ ثمن المحرّم محرّم[٢] وشيء منها لا دخل له بما نحن فيه ، وذلك لوضوح أن رواية تحف العقول خارجة عن محل كلامنا راساً ، لما سمعت من أن مفادها أن حرمة شيء من الثمن أو المثمن يصير منشأً لحرمة نفس المعاملة ، لا أن يصير حرمة المعاملة منشأً لحرمة الثمن أو المثمن .

وأما الخبر الآخر الّذي أشرنا إليه يدلّ على حرمة التصرف في الثمن لو قلنا بأن بيع المغصوب بيع نظير بيع الخمر .

وعلى هذا التقدير يكون حرمة التصرف على طبق القاعدة أيضاً ؛ لأنّه مال الغير وليس الغاصب مأذوناً في التصرف فيه كما في ثمن الخمر بعينه ، إلاّ أنّ هذا خارج عن مفروض الكلام ، لأنا إنما نتكلم هنا على فرض عدم كون بيع المغصوب بيعاً ، بل وعلى فرض أن إعطاء الثمن يكون تسليطاً وإعطاء مجانياً صرفاً .

وأما ما يقال من أنّ التسليط لما يكون بداعي المحرّم ، فيكون المأخوذ بهذا التسليط وهو المثمن محرّماً وأن رواية تحف العقول /١٦٠/ دالّة على ذلك ، فوضوح

---

١) كتاب المكاسب ٢٤٨/١، المسألة الثامنة في الرشوة.

٢) كتاب المكاسب ١٣/١، في النبوي المشهور: «إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه» كما في عوالي اللئالي ١١٠/٢، المسلك الرابع، ح ٣٠١.

فساده يغني عن البيان.

وأما البيان الّذي ذكره لتصحيح التمسك بقوله تعالى ﴿ لا تأكلوا أموالكم ﴾ لإثبات حرمة ثمن المغصوب، فمخدوش من وجه:

منها أن الباطل عبارة عما لا فائدة فيه وكون السبب محرماً غير مستلزم لأن لا يكون فائدة فيه، لا عقلاً ولا عرفاً، بل ولا شرعاً؛ لأنّ فائدة السبب مثل عقد البيع والصلح والنكاح عبارة عن ترتب أثره ومسبّبه عليه عند العقل والعرف والشرع.

ومن الواضح أن الحرمة ليس ممّا يلازم عدم ترتب الأثر أيضاً. وما ورد في بعض التفاسير من تفسير الباطل بما لم يتجه الشارع[1]، لا يصير حجة علينا، مع أنّه يحتمل أن يكون المراد كل ما حكم الشرع بعدم ترتب الأثر عليه؛ لأنّه يمثّل بمثل الربا والقمار.

نعم، الظاهر أن لفظ الباء في خصوص المقام للسببية؛ لأنّ التجارة المستثناة سبب لحلّ الأكل، فلابدّ أن يكون الباطل الّذي هو المستثنى منه أيضاً سبباً.

إن قلت: الإستثناء منقطع.

قلت: معنى كون الإستثناء منقطعاً أن لفظ الباطل لا يعمّ التجارة عن تراض، لأن المستثنى يباين المستثنى منه من جميع الجهات.

هذا، ولكنّك قد عرفت أن هذا لا ينفع لعدم قيام شاهد بعد على صدق /١٦١/ الباطل على ما يصير محرماً لأمر خارج، ولو ترتب عليه الأثر.

إن قلت: إنّ المستدلّ لا يلتزم بأنّ المنهي عنه لأمر خارج يترتب عليه الأثر، فلا مفرّ له إلاّ من حمل النهي على الإرشادية، بل يقول: إنّ السبب الفلاني يكون حراماً، فيصدق عليه الباطل، فيدل الآية على فساده.

قلت: إنك إما أن تقول: لو ترتب الأثر شرعاً على المعاملة وكانت محرمة لأمر خارج، يصدق عليه الباطل، أم لا.

فإن قلت: لا يصدق عليه لفظ الباطل، فحينئذٍ نقول: لعل السبب الّذي صار

---

١) تفسير الصافي ٤٤٢/١، سورة النساء: الآية ٢٩. قال: «بما لم يبحه الشرع».

محرماً لأمر خارج يكون ممّا يترتب عليه الأثر، فكيف تقول بصدق الباطل عليه.

وإن قلت: يصدق عليه لفظ الباطل، فلا يصدق في هذه الدعوى.

[حكم ما اغترمه مشتري المغصوب]

المسألة الثانية: في حكم ما اغترمه مشتري المغصوب مثل ما أخذ منه مالك المغصوب من زيادة قيمة المغصوب على الثمن ومما أخذ منه في مقابل المنافع الّتي استوفاها المشتري من المغصوب والمنافع الّتي تلفت تحت يد المشتري. ومثل ما صرفه في المغصوب من النفقة أو التعمير وأشباه ذلك.

[قاعدة الغرور]

ولمّا كان حكم بعض هذه الفروع مبنياً على قاعدة الغرور، فلذا يناسب التعرض لحال قاعدة الغرور.

ثمّ نتعرض /١٦٢/ لبيان حكم هذه الفروع المشار إليها، **فنقول:** إنّ الفقهاء في كتاب الغصب يقولون: لو غصب شخص مأكولاً فأطعمه غير المالك، فلأنما أن يغرم كل واحد من الغاصب والآكل، لكن إن أغرم الغاصب لم يرجع على الآكل الّذي هو مغرور وإن أغرم الآكل يرجع الآكل على الغاصب[1].

ولا يخفى أنّ المراد بقاعدة الغرور الّتي نتصدى هنا لإثباتها تمحض في أنّه لأي وجه يرجع المغرور على الغارّ في صورة أغرم المالك المغرور فإنما[2] أنّه لأيّ شيء لا يرجع الغارّ إذا اغترمه المالك إلى المغرور؟ مع أنّ مقتضى ما ذكروه في تعاقب الأيدي في غير مورد الغرور من أنّ الضمان تستقرّ على من تلف المال في يده هو أن يرجع الغار على المغرور؛ لأنّ التلف كان في يده، أو أنّه لأيّ وجه يكون للمالك أن يغترم كل واحد منهما مع أنّه لو كان الإتلاف مستنداً إلى المغرور حيث إنه كان مباشراً، فلا وجه لأن يكون للمالك أن يغترم الغارّ ولو بأنّ الإتلاف مستنداً إلى الغارّ

---

١) شرائع الإسلام ٧٦٨/٤، كتاب الغصب، في حكم المغصوب.

٢) العبارة مشوّشة.

لكونه سبباً له وكون المباشر ضعيفاً لغروره.

فلا وجه لأن يكون للمالك أن يغترم المغرور ولو كان التلف مستنداً إليهما، فلابدّ أن يرجع إليهما معاً على نحو الإشتراك، فخارج عن محل البحث فعلاً، بل /١٦٣/ البحث هنا من مجرد الوجه في رجوع المغرور إذا اغترمه المالك إلى الغارّ والمقصود هنا إثبات ذلك بمقتضى القاعدة وأن الدليل الذي دلّ على ذلك هل يفي بإثبات قاعدة الغرور على نحو الإطلاق، أم لا.

وإذا عرفت محل البحث هنا، فنقول: أستدلّ لإثبات قاعدة الغرور بوجوه:

الأول ما ذكره في غصب الجواهر من قوة السبب على المباشر[١].

وأورد عليه في المكاسب[٢] والعناوين من وجهين:

الأول أنّ قوة السبب على المباشر إنّما يتحقق في صورة كان المباشر ضعيفاً، إما لكونه مكرهاً أو لصغره وجنونه وشبه ذلك. وأما مجرد الجهل بعد فرض عدم وجود ضعف آخر فيه لا يوجب بنفسه أن يصير المباشر ضعيفاً في قبال السبب.

الثاني أنّه لو فرض كون المباشر هنا ضعيفاً، فلا وجه لرجوع المالك إليه من بدو الأمر، بل من بدو الأمر لابدّ من أن يرجع إلى السبب وذلك لأنّه إذا اجتمع السبب والمباشر، فكل واحد منهما يكون أقوى يتعين الرجوع إليه من دون أن يرجع هو إلى الآخر.

وأما إذا لم يكن أحدهما أقوى من الآخر، فيتعين اشتراكها في الضمان بأن يرجع إليهما معاً.

أقول: الظاهر أن هذا الشقّ الأخير لا دخل له باجتماع السبب والمباشر؛ لأن المباشر لو لم يكن ضعيفاً، فيتعين الرجوع إليه وإلاّ فيتعين الرجوع إلى السبب؛ فتأمل ـ كما يدعي صاحب الجواهر[٣] الإجماع على ذلك في أواسط كتاب الديات ـ. /١٦٤/ وأجيب عن الإيرادين بأنهما إنّما يردان لو أردنا إثبات كون ضمان الطعام

---

١) جواهر الكلام ٣٧/١٨٢ و ٥٦.

٢) كتاب المكاسب ٣/٤٩٩.

٣) جواهر الكلام ٤٣/١٤٥، كتاب الديات، في تزاحم الموجبات.

الّذي أكله هذا المغرور على الغار.

وأما لو أردنا إثبات كون التلف الّذي ورد على المغرور ضمانه على الغارّ، فلا يرد في البين إشكال، وذلك لأنا نسلّم أن الطعام الّذي أكله المغرور يكون مضموناً على نفس الغرور، لكون المباشر قوياً، إلاّ أنّه نقول: إنّ هنا تلف آخر وهذا التلف الآخر عبارة عن صيرورة المغرور ضامناً.

فإن هذا تلف عليه وهذا التلف أيضاً يكون له سبب ومباشر ومباشره هو المغرور وسببه هو الغارّ. ولكن المباشر هنا يكون ضعيفاً غير قابل لأن يضمن نظير الريح في صورة فتح أحد باب قربه فا خرج الريح معه. ونظير الشمس إذا جفّ ما يلقى في مقابله إلى غير ذلك من الآفات السماوية؛ فإنه لا إشكال في أن الضمان في هـذه الموارد يكون على المسبب.

بقي الكلام في إثبات أن ما نحن فيه يكون من هذا القبيل، فنقول: إنّ المباشر فيما نحن فيه ليس قابلاً لأن يضمن كالشمس والريح، وذلك لأنّ الإنسان لا يضمن لنفسه شيئاً وذلك لأنا نفرض الكلام في صورة غصب مأكولاً، فأطعمه المالك بعنوان أنه ملك للغاصب، فإن هنا يصدق أنه أتلف هذا المال والمالك غير قابل لأن يضمن هذا المال، لأنّ الإنسان لا يضمن مال نفسه، /١٦٥/ فالمباشر ضعيف، فيتعين الضمان على السبب وهو الغارّ.

ثمّ إنه لو كان الدليل على قاعدة الغرور ذلك، فينحصر مورده بكل مورد يكون الغارّ سبباً ولا يثبت قاعدة الغرور بإطلاقها*.

---

*) *أقول: فيما ذكرنا في المتن إلى الوجه الثاني خروج عن مسلك الموجّه لجريان قاعدة السبب والمباشر في المقام؛ بل الحق في الجواب عنه أن نقول: إنا نسلّم أنه يكون في البين إتلافان: إتلاف الطعام الّذي يكون ملكاً لغير المباشر وإتلاف آخر على المباشر المغرور من صيرورته ضامناً.*

فإن هذا تلف عليه، لكن نقول: إن المباشر في الإتلافين هو الغرور، فلو كان ضعيفاً ففي كليهما، فيكون التلف الأوّل أيضاً من السبب، فيعود الإشكالان اللذان أراد الموجه أن يجيب عنهما.

إن قلت: إن ضعفه في التلف الثاني لأجل أنه لا يمكن أن يضمن المال على نفسه حيث إنه ماله، فيكون مثل صورة كان المباشر هو الشمس والريح في عدم القابلية للضمان.

قلت: عدم استناد التلف إلى الشمس والريح ليس لأجل عدم قابليتها للضمان، بل لعدم إتلافها

أقول*: وصاحب الجواهر في كتاب الغصب[1] في صورة أطعم المغصوب المالك أيضاً يستدلّ لإثبات الضمان على الغارّ بضعف المباشر كما نقلنا عن الأستاد. ونحن نتكلم هنا تارة في صحة هذا الوجه في صورة أطعم المغصوب المالك وتارة في أنّه إذا ثبت هنا، يجري وجهه في صورة كان كلامنا فيها أولاً وهو ما لو أطعم المغصوب غير المالك.

فنقول: أما الأول، فتارة يتمسك لإثبات الضمان فيه بأنّ رد المغصوب بمقتضى

عن الإختيار والإرادة، لوضوح وجه أن العرف لا يستند الإتلاف إليهما ذلك، وهذا بخلاف المقام الّذي يكون المباشر له الإختيار. والدعوى أن مجرد الجهل لا يوجب لعدم استناد التلف إليه.

ثمّ إن المصنف وإن قال بنظير ما نقلناه عن الأستاد ـ دام ظلّه ـ حيث جعل الدليل على الرجوع إلى الغارّ كونه سبباً لتغريم المغرور، إلاّ أنّه يقول بذلك لثبوت الضمان في نظيره وهو شاهد الزور، لا أن يريد انطباقه على قاعدة السبب والمباشر.

وصاحب الجواهر بعد دعوى ضعف المباشر يريد أن يقول: إنّ المغرور في صورة أكل طعام نفسه مغروراً من شخص آخر ليس مثل المغرور في غير هذا المقام من جواز الرجوع إليه أولاً لعدم إمكان ضمان الشخص، وهذا لا دخل له بما نحن فيه.

نعم، لنا أن نصحّح التمسك بقاعدة السبب والمباشر لإثبات قاعدة الغرور بوجه آخر وهو أن نقول بعد فرض ثبوت إطلاق الدليل على أنّ من أتلف مال الغير فهو له ضامن وأنه يعمّه كل من استند إليه التلف عرفاً، سواء كان هو السبب أو المباشر بأن المباشر إذا كان جاهلاً ولا يتلف على فرض العلم، فلا يستند الإتلاف إليه عرفاً، بل هو أولى من المكره الّذي يكون ذلك فيه مسلّماً، كما اعترف به المصنف، بل العرف يستند التلف إلى الغارّ.

إن قلت: فلأيّ وجه يرجع إلى المغرور.

قلت: لليد، لا للإتلاف.

ثمّ لمّا كان الغارّ هو الّذي يستند التلف إليه، فلذا يستقرّ الضمان عليه؛ فتدبّر.

إن قلت: فلم لا يقولون بالرجوع إلى المكرَه بالفتح مع أنّ اليد يقتضي ضمانه أيضاً.

قلت: لحديث «ما استكرهوا إليه» [الكافي ٤٦٣/٢، باب ما رفع عن الأمة، ح ٢. جاء في ح ١ من هذا الباب «وما أكرهوا عليه»]. *وأما فيما لو أطعم الطعام لغير المالك يقولون بالرجوع بأيّ واحد منها شاء، وإن يستقرّ الضمان على الغارّ وذلك مطابق لما قلناه؛ فتدبّر. (منه قدس سره).*

*) لا يخفى عليك أن الشيخ ﷺ هنا يتمسك لإثبات الضمان بكون الغار سبباً في تغريم المغرور. (منه قدس سره).

١) جواهر الكلام ١٤٤/٣٧.

« على اليد » وغيره كان لازماً والردّ والأداء لا يصدقان على هذا التسليم الناقص على التفصيل الّذي ذكره في الجواهر ، إلاّ أنّ كلامنا ليس في إثبات الحكم بهذا الوجه ، وإنما الكلام في بيان صحة الوجه الّذي نقلناه عن الأستاد والجواهر .

فنقول نحن :

أولاً إن صدق التلف على أكل المالك ماله غير معلوم إلاّ في صورة علم أن المالك لو كان ملتفتاً إلى أنه ماله ، لم يأكله . وحينئذٍ نقول : لو فرض أن الجهل بكونه ماله لا يصير منشأً لصدق أن المتلف هو السبب ، كما اعترف /١٦٦/ الأستاد ـ سلّمه الله ـ بذلك في صورة أطعم المأكول لغير ماله .

فحينئذٍ نقول: إذا كان المتلف هو المباشر الّذي يكون مالكاً ، فلا ضمان حتّى يقال : إن المباشر ضعيف من جهة عدم قابليته أن يضمن الإنسان شيئاً لنفسه ، وذلك لأن الدليل إنّما دلّ على أنّ من أتلف مال الغير ، فهو له ضامن ، وهنا لم يتلف أحد مال الغير حتّى يقال بوجود الضمان هنا وأن المباشر غير قابل لأن يضمن .

وأما لو فرضنا أن جهل المغرور يكون منشأً لعدم صدق الإتلاف في حقه ، فحينئذٍ نقول : إن حال صورة يكون المغرور هو المالك وحال صورة يكون المغرور غير المالك يكون على حدٍّ سواء في أنّ التلف في الصورتين هو السبب .

وعلى هذا ، فلا وجه لرجوع المالك في صورة كان المباشر غير المالك المباشر أولاً ؛ بل لابدّ أن يرجع إلى السبب أولاً .

فحكمهم بجواز رجوع المالك إلى المباشر هناك يكشف من أنّ مجرد الجهل لا يوجب ضعف المباشر .

إن قلت: فلأي وجه يقولون بجواز رجوعه أولاً إلى السبب أيضاً .

قلت: جواز رجوعه إليه لقاعدة على اليد ، لا لكونه متلفاً ، كما يأتي تفصيله ـ إن شاء الله ـ في الأيادي المتعاقبة على مال المالك .

/١٦٧/ أما الثاني وهو حكم صورة أطعم المغصوب غير مالكه ، أيضاً ظهر ممّا تقدم .

ولا يخفى أنّ صيرورة المباشر ضامناً لمال المالك ليس إتلافاً على المباشر حتّى

يشابه من هذه الجهة من صورة أطعم المغصوب مالكه وذلك لأنّ الضمان حكم شرعي وليس التلف صادقاً عليه عرفاً.

ومما ذكرناه ظهر إشكال آخر على ما ذكره الأستاد، وهو أنّه لا وجه لأن يقال: إن ضمان المباشر للمالك لابدّ أن يكون مضموناً على الغارّ بنظيره بصورة أطعم المغصوب مالكه.

والحاصل أن ما ذكره الأستاد فاسد من وجوه عديدة غير مخفية على المتأمل فيما ذكرناه.

ثمّ لا يخفى أنّ تفصيل حال مسألة اجتماع السبب والمباشر يعلم ممّا ذكره الفقهاء في كتاب الغصب والقصاص والديات.

في إثبات الضمان بقاعدة الضرر

الثاني من الوجوه* الّتي تمسك به لإثبات قاعدة الغرور ما ورد من نفي الضرر والضرار في الإسلام[1] ونقل التمسك به من العناوين وصاحب الرياض. ولذا أورد على المكاسب[2] هنا فيما نسبه إلى صاحب الرياض من تخصيصه لقاعدة الغرور بصورة ينطبق مع قاعدة الضرر بأنّ صاحب الرياض يتمسك لإثبات هذه القاعدة بنفس قاعدة الضرر[3]، لا /١٦٨/ مجرد أنه يقول بثبوت قاعدة الغرور في صورة يكون في البين ضرر على الغرور.

أقول: لا نفهم لهذا الإيراد وجهاً، وذلك لأنّه لو اختص دليل قاعدة الغرور بقاعدة الضرر بأن لا يكون عليها دليل سواها، فحينئذٍ لا يثبت من قاعدة الغرور إلاّ في صورة

---

*) ***لو قلنا بالضمان بقاعدة الضرر، فلا نقول به في المثال المعروف في صورة لوكان المباشر عالماً أيضاً لأكله، سواء كان مال المباشر أو أجنبي آخر، لعدم صدق الضرر كما يلوح من المصنف في المقام أيضاً وإن يرجّح خلافه؛ فتدبّر. (منه قدس سره).***

١) مضمون الحديث النبوي صلى الله عليه وآله: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام». انظر: من لايحضره الفقيه ٣٣٤/٤، باب ميراث أهل الملل، ح ٥٧١٨.

٢) كتاب المكاسب ٤٩٩/٣.

٣) رياض المسائل ٢٩٠/١٢، في اللواحق، لوكان المشتري جاهلاً بالغصب.

يكون في البين ضرر على الغرور، فلا ينافي هذا الكلام مع تمسك صاحب الرياض لإثبات هذه القاعدة بنفس قاعدة الضرر.

هذا، مع أنّ الشيخ ﷺ ظاهر عبارته في أنّه ينسب إلى صاحب الرياض أنه تمسك لإثبات هذه القاعدة بنفس قاعدة الضرر، حيث ينسب إلى صاحب الرياض أنه قال:

لا دليل على قاعدة الغرور فيما إذا لم ينطبق مع قاعدة نفي الضرر[1].

نعم، لو ثبت أن صاحب الرياض يقول بحجية قاعدة الغرور ولو لم ينطبق مع قاعدة الضرر، فحينئذٍ يصير ما نسبه الشيخ إليه اشتباهاً في النقل.

وكيف كان أورد على من تمسك بقاعدة الضرر لإثبات الضمان بأنا أثبتنا في كتاب الغصب بأنّ سبب الضمان منحصر باليد والإتلاف.

نعم، الإتلاف تارة يكون بالمباشرة وتارة بالتسبيب على التفصيل المذكور في كتاب الغصب.

وأما لو أردنا أن نجعل الضرر أيضاً سبباً ثالثاً للضمان ونعمل على طبقه في جميع الموارد، فيوجب ذلك لإحداث فقه جديد لأنّه يكون موارد كثيرة من موارد الضرر، لا يحكم أحد هناك /١٦٩/ بالضمان، كما إذا حبس مثلاً شخص إنساناً، فسرق أمواله أو نهب إلى غير ذلك.

أقول: فيه **أولاً** أنه يمكن أن يقال: إنّ الضمان في أمثال هذه الموارد يكون ثابتاً بقاعدة الضرر وذلك لأنّه لا إشكال في أنّ السارق والناهب ضامنان ولا شك أن الضرر يكون استناده إليها أقوى من استناده إلى الحابس والمال الواحد لا يمكن أن يضمنه شخصان*، وبواسطة ذلك يخصص قاعدة الضرر.

فالأولى أن يمثل بصورة حبس إنسان فأحرق أمواله أو ضاع.

وفيه: أن القول بعدم الضمان في مثل هذا الفرض غير معلوم ولذا يقول المحقق في كتاب الغصب: «لو غصب شاة فمات ولدها جوعاً، ففي الضمان تردّد. وكذا لو

---

١) كتاب المكاسب ٤١٩/٣.

*) ***وقاعدة الضرر لا يقتضي إلا ضمان واحد للمال والمفروض أن الناهب والسارق أقوى، فلا تخصص على قاعدة الضرر أيضاً. (منه قدس سره).***

حبس مالك الماشية عن حراستها فاتفق تلفها ، وكذا التردد لو غصب دابة فتبعها الولد »[1] ؛ إنتهى .

إن قلت: إنّ الضمان في هذه الموارد على القول به يكون من أجل أنه سبب للإتلاف حيث إن المباشر ضعيف .

قلت: على كل حال لم يثبت عدم الحكم بالضمان لقاعدة الضرر في هذه الموارد واقعاً ؛ غاية أنه لما اجتمع سببان للضمان ، فيكون كل واحد مؤكداً للآخر ، مع أنّه لو لم نقل بالضمان لقاعدة الإتلاف لنا أن نقول بالضمان لقاعدة الضرر حيث ليس ذلك مخالفاً للإجماع .

/ ١٧٠ /وثانياً نقول : إنّه تقدم عن الأستاد ـ سلّمه الله ـ في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد عند البحث عن إثبات الضمان في المنافع الغير المستوفات للمقبوض بالعقد الفاسد أن الأستاد تبعاً للشيخ في مقام آخر تمسك لإثبات الضمان هناك بقاعدة الضرر . ونحن ذكرنا التفصيل هناك ، فلا نكرره هنا .

وسنتعرض هنا في الدليل الرابع وهو الأخبار طريقاً لتصحيح التمسك بالعمومات الّتي وردت عليها تخصيصات كثيرة ـ إن شاء الله ـ*.

---

١) شرايع الإسلام ٧٦٣/٤، كتاب الغصب ، في أسباب الضمان .

*) ***هذا مع أن الشيخ يتمسك هنا لإثبات الضمان بقاعدة الضرر .***

نعم ، ينافي ذلك ما ذكره في قاعدة لا ضرر ونحن ذكرنا في قاعدة الضرر أنه بعد ما نقول: إن لا ضرر كما ينفي الحكم الوجودي ، ينفي العدمي ، مثل براءة ذمة المضرّ عن الضمان ، فيدلّ على ثبوت الضمان ، إلا أنه مع ذلك إثبات الضمان بقاعدة الضرر قابل للمناقشة من وجوه:

منها: أن إثبات الضمان بقاعدة الضرر موهون بكثرة التخصيص ، فنحتاج للعمل بها إلى جابر وليس له جابر حيث إنه يظهر منهم في كتاب الغصب أن سبب الضمان منحصر باليد والإتلاف .

وفيه أنا بيّنا وهن حديث لا ضرر في قاعدة الضرر .

ومنها: أن الإضرار ضرر ويرفع حكمه وهو الجواز وعدم الحكم بالضمان ليس حكماً موجباً للضرر ليرفع ، بل ... للضرر . الضرر ليس ...

وفيه أن قوله «لا ضرر» ظاهر في نفي وجود الضرر في الخارج وقلنا إنه قبل نفي الحكم . نفي الموصوف وذلك يقتضي نفي جواز الإضرار ونفي براءة ذمة المضرّ عن الضمان بعد تحقق الإضرار .

ومنها: أن قول «لا ضرار» على ما فصل محله ، من المحتمل أن يكون الضرار مصدر باب

في [إثبات] قاعدة الغرور [بالإجماع]

الثالث ممّا استدل به لإثبات قاعدة الغرور الإجماع، والمحقق منه على نفس القاعدة بنحو الإطلاق غير موجود، والمنقول منه على نفس القاعدة بنحو الإطلاق بعدُ لم نظفر.

نعم، يكون موارد كثيرة في الفقه يقولون الفقهاء بثبوت الضمان فيها، متمسكاً بقاعدة الغرور وحكمهم بالضمان في بعض تلك الفروع يكون عندهم مسلماً.

وورد الأخبار في بعض تلك الفروع أيضاً ولنشر إلى بعض تلك الفروع هنا، **فنقول:**

منها ما ذكره في الشرايع[١] في آخر كتاب البيع فيما يتعلق بباب القرض فيما إذا اقترض العبد مالاً، فأخذه المولى، فتلف في يده، كان المقرض بالخيار بين مطالبة المولى وبين اتباع المملوك إذا أعتق وأيسر؛ /١٧١/ بناءً على ما ذكره صاحب الجواهر في شرح العبارة المذكورة من أنّه لو رجع إلى المولى بعد عتق العبد وكان المولى مغروراً[٢]، إتجه رجوع المولى إلى العبد للغرور[٣].

أقول: كون المولي مغروراً[٤] إنّما يتحقق بأن يخبر العبد بشيء يوجب إباحة المال للمولى.

المفاعلة ونفي المضار يقتضي نفي المجازات، فينفي الضمان.

وعليه لابدّ من .. لا ضرر من دلالته على الضمان ولا يكون ذلك من القرائن المتصلة، فإجماله من انقعاد الظهور بقوله لا ضرر.

ومنها عدم ضمان المضرّ ضرر على المالك وضمان المضرّ ضرر على المضرّ.

وقد قلنا: إن لا ضرر لا يشمل الضررين المتعارضين وليس ضمان المضرّ من قبيل أخذ الدين من المديون حتّى لا يعد ضرراً. (منه قدس سره).

١) شرائع الإسلام ٣٢٧/٢، كتاب البيع، باب القرض، في دين المملوك.

٢) في المخطوطة: معذوراً.

٣) جواهر الكلام ٨٧/٢٥، كتاب البيع، باب القرض، إذا اقترض مالاً فأخذه المولى فتلف في يده.

٤) في المخطوطة: الولي معذوراً.

ثمّ لا يخفى أنّ الأستاد تخيّل تسلّم هذا الفرع بينهم ولكنّا اقتصرنا ببيان الواقع.

هذا، ولا يخفى أنهم يتمسكون بقاعدة الغرور في فروع أخرى أيضاً في هذا المقام.

ومنها ما هو مذكور في كتاب الوكالة فيما إذا زوّج الوكيل امرأة، فأنكر الموكل الوكالة ولا بيّنة، فإنهم يقولون: القول قول الموكّل مع يمينه ويلزم الوكيل مهرها[١]. وورد على طبقه الخبر في رجل زوّجته أمه ولم يقبل، فقال: «**إنّ المهر لازم لأمه**»[٢]. ونسب إلى بعض[٣] أنه استشهد لهذا الفرع لقاعدة الغرور.

وأورد بأنه لا وجه للتمسك بهذا الفرع لقاعدة الغرور، لأنّه لا غرور في مفروض هذا الفرض، حيث إن كلّهم كانوا عالمين.

نعم، لعل ثبوت الضمان في هذا الفرع يتمّ على قواعد أهل السنة من وجوب الإشهاد في النكاح كالطلاق[٤]. فالوكيل لعدم استشهاده أتلف بضع المرأة في صورة كانت عالمة بصدق الموكّل.

وعلى هذا، فصار الوكيل سبباً لحبس بضع المرأة، فلابدّ أن يكون ضامناً. وعلى كل حال لا يكون شاهداً لقاعدة الغرور؛ بل /١٧٢/ القول بالضمان فيه يتمّ على مذهب العامة، فلابدّ أن يحمل الخبر على التقية.

أقول: لا يخفى أنّه ليس الخبر الوارد بهذا المضمون دعوى الوكالة من العاقد وإنما عنوان دعوى التوكيل في كلمات كثير من الفقهاء وليس في كلماتهم أن المرأة يعتقد صدق الوكيل وإنما حمله الأستاد على ذلك من جهة تحقق حبس البضع في البين.

---

١) شرائع الإسلام ٤٤٠/٢، كتاب الوكالة، في التنازع، المسألة الخامسة.

٢) الكافي ٤٠٢/٥، باب الرجل يهوى امرأةً ويهوى أبواه غيرها، ح ٢. وسائل الشيعة ٢٨٠/٢٠، كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح، ٧ - باب أنه لا ولاية للعم ولا للخال...، ح ٣/٢٥٦٢٩. و٣٠٥/٢١، ٤٧ - باب حكم المهر في عقد الفضولي وفي العيوب، ح ١/٢٧١٣٩.

٣) كالعلامة الحلي، على ما نقل في إيضاح الفوائد ٣٣/٣ كتاب النكاح، تزويج الفضولي؛ وجامع المقاصد ١٦٧/١٢.

٤) انظر: مباني تكملة المنهاج للسيد الخوئي ١٣٦/١، مسألة ١٠٦، عدم اعتبار الأشهاد في العقود والإيقاعات والطلاق والظهار.

وعلى هذا ، فلابدّ أن يقيّد بصورة لا يطلق من يدعي كونه زوجاً أيضاً . وبعد ذلك كله لا ينطبق على قاعدة الغرور .

نعم ، يكون الضمان بمقتضى مذهب القائلين بوجوب الإشهاد في النكاح والبحث في هذا المقام طويل والمقصود هنا مجرد بيان عدم صحة الإستشهاد بهذا الفرع ، والخبر الوارد فيه على قاعدة الغرور ، سواء قلنا بجواز العمل على طبق الخبر الغير الموافق للقواعد المسلمة ، أم لا .

ومنها ما يقولونه في التدليس في البيع استناداً إلى الخبر الوارد فيه .

أقول: الإستشهاد بقولهم في هذا الفرع مع أنهم يقولون بأنه يوجب الخيار ، لا الأرش إما مطلقاً أو في خصوص التصرية في الشاة لا وجه له ، لأنّه لا ضمان حتّى يقال : إنه مستند إلى الغرور والتدليس .

نعم ، احتمل بعضهم كونه مخيراً بين الرد والأرش .

ومنها قولهم في التدليس في النكاح الّذي ورد فيه الأخبار الكثيرة ، كما إذا تزوّج /١٧٣/ شخص آخر امرأة معينة على أنّها حرّة ، فبانت أمة حيث يقولون[1] بثبوت المهر لها في الجملة مطلقاً أو بعد الدخول .

وعلى كل حال يرجع بما اغترمه من المهر وغيره على المدلِّس .

ومنها ما يقولون في شاهد الزور وورد فيه الأخبار من أنّ الشاهدين يضمنان ما دفعه المشهود عليه بسبب الشهادة لو رجعا بعد الحكم وتلف المحكوم به أو رجعا بعد الحكم ولو لم يتلف المحكوم به[2] .

ومنها ما يقولون في كتاب الغصب من أنّه لو غصب مأكولاً فأطعمه غير المالك ، فللمالك أن يرجع إلى كل واحد منهما ؛ ولكنّه لو رجع الآكل المغرور ، فله أن يرجع

---

١) مسالك الإفهام ١٤٠/٨، في التدليس، المسألة الأولى؛ جواهر الكلام ٣٦٦/٣٠، في التدليس، المسألة الأولى.

٢) شرائع الأحكام ٩٢٧/٤، كتاب الشهادات، في الطوارئ، المسألة الرابعة؛ جواهر الكلام ٢٢٢/٤١، كتاب الشهادات، في الطوارئ، المسألة الرابعة.

بما اغترمه إلى الغاصب الغارّ. ونظير ذلك يقولون فيما لو أطعمه المالك[١]، كما تقدم الكلام فيه.

وتلخّص ممّا ذكرنا أنه لا إشكال في تحقق الإجماع على قاعدة الغرور في الجملة، والقدر المتيقن منه ما إذا ورد ضرر على المغرور وكان الغارّ سبباً لورود تلك الضرر عليه، فلا يستفاد من الإجماع بأزيد ممّا يدلّ عليه قاعدة قوّة السبب على المباشر.

أقول: سيأتي ـ إن شاء الله ـ من أنه يمكن تطبيق الموارد الّتي أجمعوا على إثبات الضمان فيها بقاعدة الغرور مع قاعدة قوة السبب على المباشر، أم لا.

وأيضاً لا يخفى أنا نعلم أو نحتمل أن يكون إجماع العلماء على قاعدة الغرور في الموارد المتقدمة وغيرها مستنداً / ١٧٤ / إلى الأخبار التي سنتلوها عليك.

وعلى هذا، فيسقط الإجماع من يركن إليه من حيث هو إجماع على ما حقّقناه في محله. وأيضاً بناءً على أن لا نقول باعتبار قاعدة الغرور إلاّ في مورد جرى هناك قاعدة قوّة السبب على المباشر.

فسيأتي الكلام في أنّه ما معنى اعتبار قاعدة الغرور على هذا التقدير ـ إن شاء الله ـ.

[الإستدلال بالأخبار لإثبات قاعدة الغرور]

الرابع من الوجوه الّتي استدلّ به على إثبات قاعدة الغرور هو الأخبار وهي على طوائف:

منها ما دلّ على ثبوت الضمان في موارد كان هناك غرور من غير أن يكون عنوان الغرور مذكوراً في تلك الأخبار بوجه، ككثير من الأخبار الواردة في التدليس في النكاح والبيع والأخبار الواردة في ضمان شاهد الزور وغيرها ممّا أشرنا إليها عند بيان

---

١) شرائع الأحكام ٧٦٩/٤، كتاب الغصب، في حكم المغصوب؛ جواهر الكلام ١٤٥/٣٧، كتاب الغصب، في حكم المغصوب.

التمسك بالإجماع[١].

أقول: وهذه الطائفة من الأخبار لا يمكن التعدي عن مواردها إلاّ بدعوى تنقيح المناط، بل لو قلنا: ان قاعدة قوة السبب على المباشر يكون جارية في موارد هذه الأخبار بأجمعها، فحينئذٍ لا تفيد هذه الأخبار لنا كون قاعدة الغرور منشأً للضمان بوجه من الوجوه، لاحتمال أن يكون الحكم بالضمان فيها من جهة قاعدة التسبيب.

ومنها ما يكون مشتملاً على عنوان الغرور أو التدليس وأشباه ذلك وهي كثيرة مشتملة على عنوان التدليس، ككثير من الأخبار /١٧٥/ الواردة في التدليس في النكاح، مثل خبر محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال «**في كتاب علي عليه السلام: من زوّج امرأة فيها عيب دلّسه ولم يبيّن ذلك لزوجها، فإنه يكون لها الصداق بما استحلّ من فرجها ويكون الّذي ساق الرجل إليها على الّذي زوّجها ولم يبيّن**»[٢] إلى غير ذلك من الأخبار المشتملة على عنوان التدليس.

وأورد على هذه الأخبار بأنّ من المحتمل أن يكون الحكم بالضمان فيها لأجل عنوان آخر ملازم للتدليس، غير نفس التدليس. وذلك كملازمة عنوان التدليس في مورد هذه الأخبار مع قاعدة قوة السبب على المباشر، ولا رافع لهذا الإحتمال إلاّ بأن يلتزم بأحد الأمرين:

الأول أن نلتزم بما نقل عن شرح الدروس من أنّه لو دار الأمر بين التأكيد والتأسيس، فالتأسيس أولى.

وعلى هذا نقول: إنّ الحكم بالضمان في هذه الأخبار لو كان من جهة قاعدة قوة السبب على المباشر الملازم لعنوان التدليس، فيلزم التأكيد، بخلاف ما لو قلنا: إن الحكم بالضمان من جهة نفس عنوان التدليس.

هذا، ولكن فيه: أنه لا دليل على جواز الإتكال بأمثال هذه الإعتبارات الّتي لا يفيد ظناً في استنباط الأحكام وفي تعيين مداليل الألفاظ، حيث /١٧٦/ لا يساعد

---

١) كما مرّ آنفاً.

٢) وسائل الشيعة ٢١/٢١٤، كتاب النكاح، أبواب العيوب والتدليس، م - باب أن المهر يلزم بالدخول إن كان بالمرأة عيب، ح ٧/٢٦٩٢٥.

أهل العرف عليه .

ولا يخفى أنّ هذا الوجه مع جوابه يأتي في الطائفة الأولى من الأخبار أيضاً .

في أن تعليق الحكم على العنوان يدلّ على العلية أم لا؟

الثاني أن نقول : إنّ العنوان المأخوذ في متعلق الحكم هو عنوان التدليس وتعليق الحكم على كل عنوان يدلّ على كون ذلك العنوان علة لصدور ذلك الحكم ، فيكون بمنزلة منصوص العلة في التعدي عن المورد بكل مورد يوجد ذلك العنوان الّذي استفدنا كونه علة للحكم من جهة تعليق الحكم عليه .

وردّ ذلك بأنا لا نسلّم كون تعليق الحكم على عنوان من العناوين مشعراً بكون ذلك العنوان علة لذلك الحكم ؛ فضلاً من أن يكون دالاً عليه .

أقول: هذا الكلام من الأستاد ـ سلّمه الله تعالى شأنه ـ منافٍ لما نقلنا عنه في مسألة النهي في العبادات عند إثبات كون النهي المتعلق بذات العبادة مقتضياً للفساد .

نحن فصّلنا هناك من أنّه لو كان بين الحكم والموضوع مناسبة بحيث يقول أهل العرف مع قطع النظر عن حكم الشارع بأنه ينبغي أن يكون هذا الحكم ثابتاً لذلك الموضوع ، فهنا يفهمون بعد تعليق الحكم عليه في لسان الشارع كون العنوان المذكور علة للحكم . وقد حقّقنا في محله حجية فهم العرف من اللفظ ولو لم يكن اللفظ موضوعاً له ، كما سنتعرض /١٧٧/ لوجهه بُعيد ذلك ـ إن شاء الله ـ .

ثمّ لا يخفى عليك من أنا لا نريد أن نقول : إنه يصير حال ذلك كحال منصوص العلة ، بحيث يجوز التعدي من المورد إلى غيره ، بل إنّما نقول بذلك في قبال من يدعي أن من المحتمل أن يكون علة الحكم عنواناً آخر ملازماً للعنوان المذكور في الكلام ولكن يجوز أن يكون علة في خصوص المورد بحيث يكون للمورد مدخلية في ثبوت الحكم وذلك لأنّه ليس في الكلام نصّ على كون هذا العنوان علة حتّى نأخذ بإطلاقه ونلقي خصوصية المورد ؛ بل إنّما استفدنا من كيفية التعبير كونه علة . وأما أنه علة للحكم المذكور مطلقاً أو في خصوص هذا المورد ، فيكون الكلام ساكتاً

عنه .

هكذا رجحناه في مسألة النهي في العبادات ، إلا أنه أقول الآن : إن هذا صحيح من أنه إذا علق من ا لحكم على وصف مناسب لذلك الحكم ، فيستفاد منه كون مثل هذا ا لوصف علة للحكم ، إلا أن الظن المذكور ليس مستنداً إلى اللفظ وأنه لا يعتنى به .

والشاهد على ذلك أنا نرى من أنه لو علّق الحكم بالرجوع على عنوان التدليس ، ثمّ بعد ذلك يجيء دليل آخر على أن الرجوع على المدلّس إنما هو لكونه . على نحو التسبيب لكلّ ما يغرمه المغرور ، فلا يفهم أهل العرف ارتكاب خلاف ظاهر في الدليل الدالّ على الرجوع إلى المدلِّس ؛ فتأمل .

ثمّ إنا لو قلنا بحجية الظنون الحاصلة من ا للفظ ، فحينئذٍ نقول : كلّ مورد علّق الحكم على عنوان يكون احتمال كون العلة للحكم غير ذلك العنوان موهوناً عندهم ، فيحصل الظن لهم ، كما في أدلة نفي الحرج وشبهه ، بخلاف ما لو كان عنوان آخر كذائي ، كما فيما نحن [فيه].

ان قلت: لو كان العلة للحكم هو التسبيب ، فلِم لم يعلق الحكم به .

قلت: لعل النكة في مجرد سهولة التعبير المفهومي لأهل العرف كما لا يخفى على المتأمل .

ثمّ إن ما ذكرناه متوقف على جريان قاعدة التسبيب في تمام موارد التدليس في النكاح الذي هو مورد الأخبار .

وسيأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله ـ .

/١٧٨/ **الثالثة:** ما وردت* في التدليس في النكاح ، ولكن تكون مشتملة على كون

---

*) ***عن الكافي محمد عن محمد بن الحسين ، عن محمد بن سنان ، عن إسماعيل بن جابر .. اه .*** [الكافي ٤٠٨/٥ ، باب المدالسة في النكاح وما ترد منه المرأة ، ح ١٣].

ومحمد هو محمد بن يحيى كما صرّح به في الكافي وفي الوافي حذف الأب للإختصار ، كما هو طريقته . والظاهر أنه أبو جعفر العطار القمى الّذي يعدّ من مشايخ الكليني ، ويقال : إنّه ينقل الكليني عنه [رجال الطوسي : ٤٣٩ ، في من لم يرو عنهم عليهم السلام ، ش ٢٤/٦٢٧٤ .].

ويشهد على ذلك ذكره في الكافي في أوائل السند كثيراً . ويشهد عليه أنه يقال : إنّه ينتقل في

العلة للضمان هو التدليس والخدعة وأشباه ذلك مثل الغرور. وذلك كخبر إسماعيل بن جابر: **سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل* نظر إلى امرأة فأعجبته، فسأل عنها، فقيل: هي إبنة فلان، فأتى أباها فقال: زوّجني ابنتك، فزوجه غيرها فولدت منه، فعلم أنّها غير ابنته وأنّها أمة.**

فقال: تردّ الوليدة على مولاها[١] والولد للرجل وعلى الّذي زوّجه قيمة [ثمن] الولد يعطيه موالي الوليدة كما غرّ الرجل وخدعه[٢].

ودلالة هذا الخبر على المدعى إنّما هو من جهة أن لفظ الكاف في قوله عليه السلام «كما غرّ» للتعليل نظير قوله تعالى ﴿ **واذكروه كما هداكم** ﴾[٣].

وكما في خبر رفاعة «**وإن المهر على الّذي زوّجها، وإنما صار عليه المهر**[٤][٥] **لأنه دلّسها**» [إلى آخر الخبر][٦].

ترجمة محمد بن الحسين بن أبي الخطاب الثقة [رجال النجاشي: باب الميم ش ٧٣٣٤ /٨٩ رجال الطوسي: ٣٧٩، أصحاب أبي جعفر محمد بن علي الثاني عليهما السلام، ص ٣١/٥٦١٥]***أنه ينقل عنه محمد بن العطار، ومنه ظهر محمد بن الحسين أيضاً، وأما محمد بن سنان.. (منه قدس سره).***

*) ***في الكافي علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن حماد بن عثمان، عن الحلبي، عن أبي عبدالله قال: سألته عن المرأة تلد من الزنا ولا يعلم بذلك أحد إلّا وليّها، أيصلح له أن يزوّجها ويسكت على ذلك إذا كان قد رأى منها توبة أو معروفاً؟***

فقال: إن لم يذكر ذلك لزوجها، ثمّ علم بعد ذلك فشاء أن يأخذ صداقها من وليّها بما دلّس عليه، كان له ذلك، إلى آخر الخبر [الكافي ٤٠٨/٥، باب المدالسة في النكاح وماترد منه المرأة، ح ١٥].

والشاهد أن الباء في قوله «بما دلّس» للسببية، فيدخل في منصوص العلة. وهذا الخبر سنده معتبر.

والمسألة وإن لم ير عنوانه في الفقه، لكن لم يعلم الإعراض عن هذا الخبر، فلا مانع من الأخذ بمضمونه. (منه قدس سره).

١) في المخطوطة: «مواليها».

٢) الكافي ٤٠٨/٥، باب المدالسة في النكاح، ح ١٣.

٣) البقرة: ١٩٨.

٤) إنما صار المهر عليه: في نسخة الكافي، وعبارة المصنف من الجواهر ٣٦٢/٣٠.

٥) المهر عليه: في نسخة الرياض.

٦) الكافي ٤٠٧/٥، باب المدالسة في النكاح وماترد منه المرأة، ح ٩.

في منصوص العلة

ثمّ إن المناسب في المقام أن نتكلّم فيه على طريق الإجمال في حجية القياس المنصوص /١٧٩/ العلة حتّى يعلم صحة التمسك بمثل هذه الأخبار لإثبات قاعدة الغرور.

فنقول: إنّ ما يعلّل الحكم به مثل المسكرية في قوله حرمت الخمر لأنّه مسكر[1]، إن كان للمورد مثل الخمرية مدخلية فيه، فيسمّى ذلك حكمة، وإلاّ فيكون علة.

والسيد منكر لحجية منصوص العلة؛ لأنّه يقول: يحتمل أن يكون لخصوصية المورد مدخلية في التأثير.

والمشهور على حجيته، إلاّ أنّ الظاهر أنه لا نزاع بينهم فيما نص على العلة، مضافاً إلى المورد، كأن يقول: حرمت الخمر لإسكاره في أنّه ليس لذلك ظهور في كون الإسكار من حيث هو علة، بل النزاع إنّما هو في مثل قوله «حرمت الخمر لأنّه مسكر».

والحق مع المشهور، لأنّه بعد ما تمّ الكلام في قوله «حرمت الخمر» إذا تصدى لذكر أن الخمر داخل في عنوان المسكر، معلّلاً للحكم به، يفهم منه أنه بصدد بيان الكبرى الكلي الّذي يكون الخمر واحداً من مصاديقه.

بيان مقدار حجيّة منصوص العلّة

إن قلت: إنّ هنا أيضاً يحتمل أن يكون لخصوصية المورد مدخلية فيه، كما قلت بذلك في مثل «حرمت الخمر لإسكاره» حيث قلت بمدخلية الإضافة في العلية.

قلت: نسلّم أن الإحتمال المذكور هنا أيضاً موجود، إلاّ أنّه نقول: لو كان الغرض ذلك، فلابدّ أن يعلّل على نحو الإضافة، كأن يقول «لإسكاره»، /١٨٠/ فالعدول عن ذلك إلى قوله «لأنّه مسكر» لابدّ من أن يكون لنكتة والنكتة بقرينة فهم العرف هو بيان أن المسكرية بنفسها علة من دون مدخلية للمورد فيه أصلاً.

---

١) لم نجده بالنص المذكور لكنه مضمون روايات تحريم الخمر، لاحظ: وسائل الشيعة ٣٠/٢٥ كتاب الأطعمة والأشربة، أبواب الأشربة المحرمة، بابِ أقسام الخمر المحرمة، ح ٥/٣١٩١١ و..

ثمّ إن فهم العلية ليس من جهة وضع اللفظ وإنما هو من جهة قاعدة الحكمة ، فيحمل الكلام على ذلك لئلا يخلو ذكر التعليل خالياً عن الفائدة ، فيكون ذكره لغواً .

وعلى هذا ، فلابدّ من أن نقتصر في مقام التعدي عن المورد بمقدار يخرج ذكر التعليل عن كونه لغواً ، فلو كان في البين كليات متدرجة بعضها فوق بعض ، يمكن التعدي عن المورد بكل واحد منها ، فنقول : إنه لا يتعدي إلاّ إلى الكلي السافل ، ولكن الظاهر أن المشهور يتعدّون إلى الكلي العالي الّذي هو فوق تمام الكليات المتدرّجة .

ولنوضح ما ذكرناه بمثال ، **فنقول**: لو قال « لا تأكل رمّان الشفاهة لأنّه حامض » ، فهنا لا نقول باختصاص المحرم برمّان الشفاهة ، كما يقوله السيد ، بل نتعدى منه ، إلاّ أنّه نقول : يمكن التعدي منه إلى مطلق الرمان الحامض ولا مطلق الحامض ، ولو لم يكن رماناً .

وعلى هذا ، فالتعدي إلى مطلق الرمان الحامض لايكون مخرجاً للتعليل عن اللغوية فتقتصر به ، ولا نتعدى منه إلى مطلق الحامض لعدم دليل عليه .

ثمّ إنّه يبقى في المنصوص العلة سؤال على العلماء ، وهو أنّه قلنا بأنّ المسكرية في قوله « حرمت / ١٨١ / الخمر لأنّه مسكر » علة للتحريم ، فحينئذٍ كما أن مقتضى ذلك أن نتعدى من الخمر إلى غيره ، كذلك مقتضاه أن نخصّص المحرّم بكل خمر يكون مسكراً ؛ لأنّه لا يجوز أن يكون علة في طرف التعميم وحكمة في طرف التخصيص .

ولذا يقول الشيخ في كثير من كلماته : إنّ العلة كما يكون معمّماً ، كذلك يكون مخصصاً ، مع أنا نرى أن العلماء يحكموا بحرمة الخمر الغير المسكر أيضاً .

والجواب عن ذلك أنه في بعض الموارد مثل مطلق المسكرات أو خصوص الخمر قام دليل خارجي على حرمة ما لا يوجد فيه من النص والإجماع ، وإلا فمقتضى القاعدة أن ندور مدار العلة وجوداً وعدماً .

وفي كل مورد لم يقم دليل خارجي على خلاف ذلك ، نحن نكون ملتزمين بأن العلة كما يخصّص ، يعمّم أيضاً .

وإذا عرفت حال منصوص العلة، فحينئذٍ نقول: إن الأخبار المعللة الواردة في التدليس في النكاح تارة نتكلم فيها على حسب مذاق المشهور في المنصوص العلة وتارة نتكلم فيها على مذاقنا.

أما على مذاق المشهور، فلابدّ لهم إلاّ من الإلتزام بأن هذه الأخبار تدل على أنّ التدليس والخدعة في جميع الأبواب من النكاح وغيره يوجب الضمان. ونحن لو قلنا بذلك، فنقول: /١٨٢/ مع ذلك لم نلتزم بكون الغرور من حيث هو سبباً للضمان ولو لم يجتمع مع قاعدة قوة السبب على المباشر، لما سيأتي وجهه عند التعرض للطائفة الأخيرة من الأخبار.

وأما على مذاقنا، فلا إشكال في البين؛ لأنّه لا دلالة لهذه التعليلات على إثبات قاعده الغرور على نحو الإطلاق وإنما تدل على صحتها في خصوص باب النكاح، وذلك لأنّ مورد السؤال في هذه الأخبار شخص خاص ونحن نسلم من أنّه يتعدى إلى غيره، إلاّ أنّ الأمر يكون مردداً بين أن يتعدى منه إلى الغرور الّذي يوجد في باب النكاح، أو إلى مطلق الغرور، سواء كان في باب النكاح أو غيره.

وأنت قد عرفت أن التعدي من المنصوص العلة ليس من جهة الوضع وإنما هو من جهة قاعدة الحكمة.

وعلى هذا، فلابدّ أن يقتصر على القدر المتيقن، لأنّ اللغوية ترتفع بمجرد أن نتعدى من المورد إلى تمام باب النكاح.

إن قلت: إنه يكفي التعدي إلى كل باب النكاح في إثبات قاعدة /١٨٣/ الغرور ولو في غير باب النكاح، وذلك لأنّ الغرور في باب النكاح قد ينفك عن قاعدة التسبيب بحيث لا يكون الغارّ مسبّباً وموجداً لسبب التلف.

ومقتضى التعليل أن يكون الغرور بنفسه هناك منشأً للضمان. وإذا ثبت الضمان بنفس قاعدة الغرور في باب النكاح، فيثبت في غيره للإجماع المركب.

قلت: فيه **أولاً** أنا لا نسلم الإجماع المركب؛ غاية الأمر أن العلماء لم يفصّلوا في إثبات الضمان بمجرد الغرور بين باب النكاح وغيره. وهذا المقدار ليس بكافٍ في تحقق الإجماع ما لم يتفقوا على أنّه لا تفصيل واقعاً بينهما.

وثانياً نمنع انفكاك قاعدة الغرور عن قاعدة التسبيب في باب النكاح.

أقول: هذا الكلام فيه إجمال وذلك لأنّ من الواضح أنه لا فرق بين باب النكاح وغيره كالبيع في أنّه لو تصوّر انفكاك التغرير عن التسبيب في غير باب النكاح، فيتصور في باب النكاح.

وعلى هذا، فنقول: إنّه سيأتي ـ إن شاء الله ـ أن الأستاد يدعي أن انفكاك قاعدة الغرور عن قاعدة التسبيب أكثر من أن يحصى. ومع ذلك فكيف يجوز منع انفكاك التغرير عن التسبيب في باب النكاح.

إن قلت: إنّ المراد هنا هو منع انفكاك الغرور عن قوّة السبب على المباشر في الموارد الّتي /١٨٤/ حكموا في باب النكاح بالضمان من جهة قاعدة الغرور، وإلاّ لا شك في أنّه يتصور في باب النكاح ألف قسم من أقسام الغرور الّتي لم يكن هناك تسبيب شرعي موجب للضمان، كما يتصور ذلك في غير باب النكاح على ما سيوضح ذلك ـ إن شاء الله تعالى ـ.

قلت: حكم العلماء بالضمان أو عدم حكمهم لا ربط له في المقام؛ لأن المفروض أنه يكون منصوص العلة في باب النكاح ونحن بيّنّا على التعدي عن المورد بكل غرور يوجد في باب النكاح، سواء قالوا هناك بالضمان، أم لا.

اللّهم إلّا أن يقال: إنّ الوجه الّذي ذكرنا لعدم التعدي من باب النكاح إلى غيره، بعينه يكون جارياً لعدم التعدي من الغرور المجتمع مع التسبيب إلى غيره، لأنك قد عرفت أنه بمجرد أن يوجد كلي فوق مورد النص، فيقتصر عليه، فلا يتعدى عنه إلى الكلي الّذي يوجد فوقه.

وعلى هذا نقول: إن المدعى أنه كما أن الموارد الّتي حكموا بالضمان في باب النكاح لأجل قاعدة الغرور لم يكن منفكاً عن قاعدة التسبيب، كذلك مورد الأخبار أيضاً يكون كذلك.

وعلى هذا، فنقول: إنّه يتعدى من مورد منصوص العلة إلى كل ما يماثله /١٨٥/ في باب النكاح وهو كل مورد اجتمع الغرور مع كون الغارّ سبباً للتلف والكلي السافل هنا الّذي قلنا لا نتعدى منه إلى غيره لرفع اللغوية به، هو هذا. فلابدّ أن يقتصر عليه.

هذا، ولكن فيه: أنه على هذا لا تحتاج إلى أن تقول بعدم التعدي من باب النكاح إلى غيره؛ لأنّ القاعدتين إذا اجتمعا يوجب الضمان في جميع الأبواب.

هذا كله، مع أنّ المبنى وهو عدم جواز التعدي من المنصوص العلة، إلاّ إلى الكلي السافل الّذي يوجد فوق مورد نص على كون العلة مؤخراً فيه باطل، بحيث لا ينبغي أن يخفى بطلانه على أحد.

وتوضيح ذلك يتوقف على التكلم فيما ذكره في منصوص العلة على نحو الإجمال.

فنقول: إذا قال: الخمر حرام للإسكار، أو لإسكاره، أو لأنّه مسكر، فحينئذٍ لو قلنا: إن التعليل المذكور ليس تعليلاً لنفس الحكم، بل يكون تعليلاً لتشريع الحرمة في الخمر، فيقولون: إنّ الإسكار في هذا المقام حكمة لتحريم الخمر، لا علة لكون الخمر حراماً.

وأما لو قلنا: إن التعليل المذكور يكون تعليلاً لنفس الحكم، فهنا أيضاً تارة نقول: إنّه يحتمل أن يكون لخصوصية المورد مدخلية كأن نقول: إنّ الإسكار في الخمر يكون علة للتحريم بحيث يكون لخصوص الخمرية /١٨٦/ مدخلية في التأثير.

وعلى هذا، فيكون المحل القابل لتأثير الإسكار في حرمته منحصراً بالخمر.

وتارة نقول: إنه لا مدخلية لخصوصية المورد أصلاً، بل الإسكار نفسه علة تامة لتحريم كل شيء يوجد فيه.

ثمّ إن التعليل على الأوّل لا يعمّم ولا يخصّص. وعلى الشق الأوّل من الوجه الثاني يخصّص ولا يعمّم، وعلى الشق الثاني يعمّم ويخصّص على المشهور.

ثمّ إن خلاف السيد[1] يكون في هذا الشق الأخير كما زعمه في المعالم[2]، فيكون نزاعه كبروياً حيث إنه بعد تسليم أن الإسكار علة وأنه لا مدخلية لخصوصية المورد، يقول بعدم جواز التعدي من الخمر.

ولعل يكون كلامه مبنياً على صحة الترجيح بلا مرجّح حيث يمثل بأنه ربما

---

١) الذريعة ٦٧٦/٢ و٦٨٣، فصل في جواز التعبد بالقياس.

٢) معالم الدين وملاذ المجتهدين: ٢٢٦ - ٢٢٩، المطلب الثامن في القياس والاستصحاب.

يعطي الإنسان فقيراً دون آخر.

وصاحب القوانين[١] والفصول[٢] وغيرهما حملوا خلاف السيد على الشق الأوّل من الوجه الثاني، فيكون نزاعه صغروياً؛ لأنّه على هذا لابدّ أن يدعي السيد من أنا نفهم من التعليل كون الإسكار علة، لكن يقول: لا نفهم كونه علة تامة بحيث لم يكن لخصوصية المورد مدخلية فيه.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: لا نفهم لما نقله عن الأستاد من أنا لا نتعدى من الكلي السافل وجهاً، وذلك لأنّه لو فهمنا أنه /١٨٧/ لا مدخلية لخصوصية المورد في تأثير الإسكار في الحرمة وأن العلة هو نفس الإسكار، فحينئذٍ لا وجه لعدم الحكم بالحرمة في كل مورد وجد الإسكار هناك.

وأما لو احتملنا أن يكون لخصوصية المورد مدخلية في التأثير، فحينئذٍ لا وجه للتعدي عن المورد أصلاً.

هذا، مع أنّ ما ذكره لا يلتزم أحد بلوازمه حتّى الأستاد سلّمه الله ـ. وذلك لأن الكليات المتدرجة كثيرة والسافل منها ربما لا يزيد عن المورد إلاّ بأفراد قليلة ولا أظن أن يلتزم هو ـ سلّمه الله ـ بعدم التعدي عنه، كما إذا أراد أن ياكل الإنسان رماناً خاصاً على طبق مثلاً، فقال المولى: لا تأكله لأنّه حامض؛ فإنه على ما ذكره الأستاد لابدّ أن نقول بحرمة كل رمان حامض موجود على تلك الطبق، دون غيره.

وثالثاً نقول: إنّه قال: إن التعدي عن المنصوص العلة يكون بفهم العرف دون الوضع.

وعلى هذا، فنحن نقول: إذا كان أصل التعدي عن المورد بفهم العرف، فلابدّ أن يكون مقدار التعدي أيضاً بكلّ مقدار يتعدى أهل العرف من المورد.

ورابعاً نقول: إنّ ما ذكره من أنّ التعدي إلى الكلي السافل يوجب خروج ذكر التعليل عن اللغوية فيقصر عليه، يناقض في الجملة مع /١٨٨/ الوجه الّذي ذكره لأصل التعدي في منصوص العلة، وهو فهم العرف.

---

١) قوانين الأصول: ٣٠، في أصالة الحقيقة.

٢) الفصول الغروية في الأصول الفقهية: ٣٨٤.

ثمّ إنّه لو فرضنا ـ كما هو الواقع ـ أهل العرف يتعدّون من المنصوص العلة إلى الكلي العالي، فحينئذٍ نقول: لو لم يكن مراد المتكلم ذلك، فلابدّ أن يبيّن حتّى لا يلتزم نقض الغرض. فعدم بيان شيء آخر دليل على أنّ مراده منه هو ما يفهم أهل العرف، بل نحن بهذا الوجه نثبت الإطلاق في المطلقات ونثبت الإطلاق فيها بمقدار يفهمه أهل العرف من اللفظ على التفصيل المذكور في غير هذا المقام.

وأما التفصيل الّذي ذكره بين التعليل بقوله «لأنّه مسكر» وبقوله «لإسكاره»، **ففيه**: أنه لا طريق إلى تعيين هذه الأمور إلاّ بالرجوع إلى أهل اللسان، بعد ما عرفت أن فهم أهل اللسان مطلقاً يكون معتبراً ولو لم يكن مستنداً إلى الوضع.

وعلى هذا، فنحن ندعي أن التعليل بأقسامه ظاهر في كون الإسكار في المثال السابق بنفسه علة من دون مدخلية للمورد.

نعم، قد يزول هذا الظهور لبعض القرائن وقد يتصرف في هذا الظهور لأجل التعارض وهذا خارج عن محل كلامنا.

هذا /١٨٩/، مع أن أجلاء أهل الفن لم يفصّلوا بين أقسام التعليلات*.

---

*) ***بل لم نرَ من فصّل بين «لإسكاره» أو «لأنّه مسكر»، بل في القوانين*** [قوانين الأصول: ٣٠، أصالة الحقيقة] ***يقرّب دليل الحجية في كل منهما. وفي الفصول*** [الفصول الغروية في الأصول الفقهية: ٣٨٤] ***في صدر كلامه يبيّن في (البين شرعاً؟) في محل النزاع تارة من مدخلية الإضافة إلى المورد في العلية، وتارة في أنّ لو ثبت العلية المستقلّة، هل يثبت العلية في سايرالموارد زعماً منه أن نزاع السند في الأخير وأن العالم فهم منه ذلك وكلا النزاعين يعنون في صورة الإضافة كلإسكاره.***

وفي مقام آخر [الفصول الغروية في الأصول الفقهية: ٣٨٥] ***أن فهم التعليل تارة بما يدلّ عليه بالوضع حرفاً كاللام والباء (إذ تعل؟) كالسبب والعلة وغيرهما، وتارة بغيره.***

وفي مبادئ الوصول للعلامة: «والنص على العلة قد يكون صريحاً كقوله لعلة كذا أو لأجل كذا أو لسبب كذا، وقد يكون ظاهراً كقوله لكذا أو بكذا، أو يأتي بحرف أن كقوله «إنها من الطوافين عليكم» [عوالي اللئالي ٦/٤، الخاتمة، في أحاديث متفرقة، ح ٥. سنن الترمذى ٦٢/١، سور الهرة، سنن النسائى ٥٥/١، سور الهرة]، ***أو بالباء كقوله ﴿فبظلم من الذين هادوا﴾*** [النساء ١٦٠] ***الآية*** [مبادئ الاصول: ٢١٨ البحث الرابع: في حكم المنصوص على علته].

ثمّ اعلم أن العلة تارة لتشريع الحكم ويسمى حكمة وليس نفس الحكم دائراً مداره كالأمر بغسل الجمعة لرفع [رياح] ***الاباط ونظير بناء السور للبلد لعدم دخول السارق.***

وتارة يكون علة لنفس الحكم وهنا يكون الحكم دائراً مداره.

ثمّ إن لنا كلام آخر في منصوص العلة ، ذكرناه عند بيان دلالة آية النبأ على حجية الخبر الواحد وهو أن قوله « لأنّه مسكر » لا يشمل لتمام مراتب الإسكار إلاّ من باب الإطلاق ومقدمات الحكمة .

وعلى هذا نقول : إنّه لا يثبت بمقدمات الحكمة إلاّ كون الإسكار الموجود في كل شيء علة للحرمة إذا كان إسكار ذلك الشيء الّذي يتعدى إليه بمقدار الإسكار

ثمّ إن ما ذكر علة للحكم مثل «لإسكاره» في « حرمت الخمر لإسكاره» إما أن يكون هذا العنوان الكلي أعني الإسكار بلحاظ تحققه في ضمن المورد كالخمر علة ، وتارة يكون بنفسه علة .

ويفهم من كلام العلامة أنه نزّل نزاع السيد في منصوص العلة على ذلك ؛ يعني أن السيد يقول : إنّ مفاد التعليق مثل «لإسكاره» أن الإسكار الّتي في ضمن الخمر الّذي هو مورد التعليل يكون علة ، فلا ينفع التعليل في التعدي عن الخمر . والمشهور يقول : إن مفاد التعليل أن نفس الإسكار علة وذلك لأنّه قال العلامة : لا نزاع بين الفريقين ؛ يعني القائل بحجية منصوص العلة ومنكره في أنّ العلة المستفادة من الشرع بعنوان الإستقلال واجب الإتباع ، وإنما النزاع في أنّ معنى قول الشارع « حرمت الخمر لإسكاره» هل هو ذلك أم لا .

وصاحب المعالم [معالم الدين وملاذ المجتهدين : ٢٢٨ ، المطلب الثامن : في القياس والاستصحاب] ***ناقش على العلامة بأن السيد مع اعترافه بأنّ التعليل يفيد العلية المستقلة من دون مدخلية الإضافة فيه أيضاً من المنكرين .***

ثمّ ينقل كلام السيد المشتمل على أنّ تحليل الشرع تنشئ عن الدواعي ، أو وجه المصلحة ، وأنه يختلف الداعي والمصلحة في المتماثلات .

ويتفرع على ذلك أنه ربما يعطى بفقير دون آخر .

نعم ، أورد على المعالم بأن مراد السيد أنه يكون الشيء داع في مورد دون آخر ، أو مصلحة فيه ، دون آخر . وذلك إنّما لمدخلية الإصابة إلى المورد في الداعية والمصلحة ، فرجع ذلك إلى ما فهم العلامة من أنّ إنكار السيد في استفادة العلية المستقلة من اللفظ .

ثمّ اعلم أن كلام المحقق في المعارج أيضاً قريب من كلام المنكرين لمنصوص العلة ، وذلك لأنّه قال : «فإن نصّ الشارع على العلة وكان هناك شاهد حال [*يدل*] ***على سقوط اعتبار ما عدا تلك العلة في ثبوت الحكم ، جاز تعدية الحكم ، وكان ذلك برهاناً » .***

وفي القوانين : ولعل مراده «فشاهد الحال» ما يفيد القطع ، كما فهمه بعض المتأخرين .

أقول : ويشهد على صحة ما فهمه بعض المتأخرين أن المحقق في المعارج قبل ذلك يقول : في مثل « الخمر حرام لأنها مسكرة » فإنه يحتمل أن يكون معللاً بالإسكار مطلقاً ويحتمل أن يكون معللاً بإسكار الخمر ، ومع الإحتمال لا يعلم وجوب التعدية » [معارج الأصول : ١٨٣ ، الفصل الثاني في القياس : المسألة الثانية] ***إنتهى . (منه قدس سره) .***

الموجود في الخمر، والتفصيل في محله.

إذا عرفت ما تقدم، فلنرجع إلى ما كنّا فيه، فنقول: إنّ مقتضى المنصوص العلة أن يحكم بكون الغرور مطلقاً في جميع الموارد سبباً للضمان ونحن نلتزم به ولا يلزم خلاف ما التزمه العلماء أيضاً، وذلك بأن نقول: إن الغرور تارة يكون بمجرد القول وتارة يكون بالقول مع الفعل، وذلك بأن يقول المغرور كذباً يوجب لأن يصير الكذب داعياً للمغرور إلى إيجاد ما يغرّ به.

ثمّ بعد هذا القول يقدم إلى إيجاد بعض مقدمات الفعل للمغرور، فإنه مستند غرور المغرور بواسطة إقدام الغار إلى إيجاد بعض مقدمات فعل ما يغرّ به.

وإذا /١٩٠/ عرفت ذلك، فنقول في الخبر الّذي نصّ على كون الغرور علة للضمان: كان هذا الغرور الشديد موجوداً، لأنّ الغارّ أقدم على التزويج* أيضاً وهذا يوجب لتشديد الغرور.

وعلى هذا، فلابدّ أن يتعدى إلى كل مورد كان هذا النحو من الغرور موجوداً ولا يلزم من الأخذ بمنصوص العلة على هذا ارتكاب خلاف ما هو معهود من العلماء من الحكم بالضمان لأجل قاعدة الغرور.

إن قلت: إذا أقدم الغارّ على إيجاد بعض مقدمات الفعل، فهذا بنفسه يوجب الضمان لأجل قاعدة قوة السبب على المباشر، فلا يحتاج إلى أن يكون الغرور هنا سبباً للضمان.

قلت: قد تقدم أن الضمان لا يثبت في أمثال هذه الموارد بقاعدة قوة السبب على المباشر، وذلك لأنّه بالنسبة إلى تلف مال المالك في صورة أطعم المأكول المغصوب بغير مالكه، قد عرفت أنه لا يوجب الجهل، لكون المباشر ضعيفاً، فلابدّ أن يكون الضمان على المباشر على هذا التقدير، كما اعترف به الأستاد ـ سلّمه الله تعالى ـ تبعاً للشيخ، وإن كان كلام الشيخ هنا مشتملاً على شبه تناقض، حيث يورد

---

*) *وأيضاً أراه أنه لا عيب فيه إما بالقول أو بغيره. وكذلك الخبر المعلل الأخير الذي نقلته سابقاً في الحاشية مما لا مناقشة في سنده أيضاً. (منه قدس سره).*

أولاً على صاحب الجواهر[١] حيث تمسك لضمان الغارّ هنا بقوة السبب على المباشر بأن المباشر ليس هنا ضعيفاً، مع أنّه بعد ذلك يجعل من الأدلة / ١٩١ / الدالة على كون الغارّ ضامناً، الإجماع المدعى في الإيضاح[٢] على تقديم السبب إذا كان أقوى[٣].

اللهم إلا أن يفرق بين الأقوائية التي منعها أولاً والأقوائية التي أثبتها واعترف بها ثانياً.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إنّ الأخبار الواردة في باب التدليس في النكاح[٤] يكون من هذا القبيل، من غير فرق بين المعلل وغيره، وذلك لأنّ الزوج هناك أقدم / ١٩٢ / على مجيء مهر المثل وقيمة ولد الأمة على ذمته بواسطة المواقعة مع الزوجة المدلّسة.

فلو قلنا: إن جهله لا يصير منشأً لضعفه كما ادعاه الشيخ[٥] وصاحب العناوين[٦]. فينحصر الوجه في الرجوع إلى المدلّس بقاعدة الغرور والتدليس، لكن مع إقدام من الغارّ على المغرور، كما تقدم.

ثمّ إنّه لما كان قرار الضمان على المدلّس، فاقتصر في بعض الأخبار على الرجوع إليه من بدو الأمر ولا ينافي ذلك مع أن يكون للزوجة أو لمالك الأمة الرجوع إلى المغرور أولاً أيضاً؛ فتدبّر جيّداً.

---

١) جواهر الكلام ٣٧/١٨٣، كتاب الغصب.

٢) إيضاح الفوائد: ٢/١٩١، كتاب الغصب.

٣) كتاب المكاسب ٣/٤٩٩.

٤) وسائل الشيعة ٢١/٢١١، كتاب النكاح، أبواب العيوب والتدليس، باب ٢ أن المهر يلزم بالدخول إن كان بالمرأة عيب..

وسائل الشيعة ٢١/٢٢٠، كتاب النكاح، أبواب العيوب، والتدليس، باب ٧: أحكام تدليس الأمة وتزويجها بدعوى الحرية، ح ١/٢٦٩٣٨.

٥) انظر: كتاب المكاسب ٣/١٩٢، ٣/٤٩٣ حكم المشتري مع الفضولي، المسألة الثانية: حكم مايغترمه المشتري غير الثمن.

٦) العناوين الفقهية ٢/٤٤١، العنوان ٥٩ قاعدة الضمان بالغرور و٢/٤٥٩، العنوان ٦٢، ضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

هنا كلام في التمسك بالنبويات

الطائفة الرابعة من الأخبار هو قوله ﷺ «**المغرور يرجع إلى من غرّه**»[١]. والكلام تارة يقع في سنده وتارة في دلالته.

أما الأول، فنقول: إنّه مرسلة، وقد يقال: إنّه من عبارات الفقهاء ولذا لم يذكره الشيخ هنا إلاّ أنّه يوهن أن صاحب المستند[٢] ـ على ما حكي ـ ينقله عن حاشية الإرشاد ظاهراً من أنّه خبر وصاحب العناوين[٣] ـ على ما حكي ـ أيضاً ينقله، ولكنّه يقول: لم نظفر به في كتب الأخبار.

ونسب إلى المحقق الثاني أنه أيضاً ينقل هذا الخبر[٤] وكذلك صاحب الجواهر ينقله في كتاب الغصب[٥].

ومن الواضح أن اعتراف هؤلاء المذكورين بكونه خبراً، يكفي في صيرورته خبراً مرسلاً. وما ذكره صاحب العناوين من عدم وجدانه له في كتب الأخبار، لا يصير موهناً له، لأنّ النبويات المرسلة الّتي /١٩٣/ يتمسكون العلماء بها في كثير من أبواب الفقه ليس شيء منها مذكوراً في كتب الأخبار.

وعلى هذا، فيصير هذا خبراً مرسلاً منجبراً ضعف سنده بعمل الأصحاب حيث إنهم لا يزالون يتمسكون بقاعدة الغرور في فروع كثيرة في أبواب الفقه لإثبات ضمان الغارّ.

إن قلت: إنك اعترفت بأنّ الموارد الّتي يتمسكون الفقهاء بقاعدة الغرور للضمان يكون مقتضى قاعدة قوّة السبب على المباشر أيضاً هو الضمان. فلعل أن يكون دليل الفقهاء على الضمان في تلك الموارد هو قاعدة قوة السبب على المباشر، لا قاعدة الغرور.

---

١) لم نجد في المجامع الحديثية سوى ما حكي عن المحقق الثاني في حاشية الإرشاد أنه نسب إلى النبي الأكرم - صلى الله عليه وآله -. انظر: حاشية المكاسب للسيد اليزدي ١٧٩/١.

٢) مستند الشيعة ٢٩٦/١٤.

٣) العناوين الفقهية ٤٤٣/٢، العنوان ٥٩، قاعدة الضمان بالغرور.

٤) حاشية المكاسب للسيد اليزدى ١٧١/١.

٥) جواهر الكلام ١٤٥/٣٧، كتاب الغصب، حكم ما لو أطعم الغاصب غير المالك.

قلت: على هذا لم يحسن لهم أن يعلّلوا الضمان بالغرور، مع أنا نرى أنهم يتمسكون للضمان بالغرور وهذا شاهد قوي على أنّ قاعدة الغرور بنفسها كانت معتبرة عندهم، مع أنّه ليس لنا دليل على اعتبار قاعدة الغرور بنفسها إلاّ هذا الخبر، فلابدّ أن يكون مستند كلام الفقهاء هو هذا الخبر.

وعلى هذا، فيصير ضعفه منجبراً باشتهار العمل به عند الفقهاء.

وأما الثاني وهو دلالة هذا الخبر، فنقول: لا إشكال في دلالته وأنه يدلّ على ضمان الغارّ في جميع الموارد.

وعلى هذا، يتوجه إشكال على التمسك بهذه /١٩٤/ الرواية؛ لأنّه لم يعلم أن الفقهاء يكونون ملتزمين بالضمان في جميع الموارد الّتي يكون الغرور موجوداً.

نعم، نسب إلى الشيخ[1] أنه قال في كتاب الغصب من أنا لا نبالي بأن نقول بثبوت الضمان في جميع موارد الغرور؛ إذ عدم تصريح العلماء بالضمان في تمام موارد الغرور ليس شاهداً على أنهم يقولون هناك بعدم الضمان.

هذا، ولكن ليس لنا جرأة على ذلك؛ وذلك لأنا لم نَرَ أن الفقهاء يتمسكون بقاعدة الغرور إلاّ في الموارد الّتي كان قاعدة قوة السبب على المباشر أيضاً مقتضياً لضمان الغارّ، بل من هنا يمكن أن يدعى أنه بعدُ لم نظفر على مورد واحد تمسّكوا الفقهاء بقاعدة الغرور؛ إذ في جميع الموارد الّتي تمسكوا بقاعدة الغرور كان مقتضى القاعدة هو الضمان مع قطع النظر عن قاعدة الغرور أيضاً.

وعلى هذا، فيصير حال هذه الرواية أوهن من الأخبار الواردة في نفي الضرر والضرار، مع أنّ الشيخ وغيره يقولون: إنّ العمل بقاعدة الضرر لا يصح إلاّ في مورد يجبر ضعفه بعمل الأصحاب، فلا يتمسكون بقاعدة الضرر في كل مورد لم يتمسك الفقهاء /١٩٥/ بها.

وعلى هذا فنقول: إذا كان التمسك بقاعدة الضرر في شيء من الموارد إلى إحراز عمل العلماء بها في تلك المورد مع أنا نعلم أن قاعدة الضرر تمسكوا بها في كثير من

---

١) كتاب المكاسب ٢٠٨/٣.

الموارد ، فكيف يجوز أن يقال : إنّ العمل بهذا المرسل في شيء من الموارد لا يحتاج إلى جابر من عمل العلماء به فيه ، مع أنه لم نحرز بعد تمسك الفقهاء بنفس قاعدة الغرور في شيء من الموارد .

في الفرق بين الغرور والتسبيب

وإذا عرفت أن العمل بهذا المرسل ليس إلاّ في مورد تمسك العلماء به لإثبات الضمان وهو كل مورد اجتمع مع قاعدة قوة السبب على المباشر ، فلابدّ لنا من بيان الموارد الّتي اجتمع الغرور مع قاعدة قوة السبب على المباشر ، وتعيين ذلك يتوقف على بيان الفرق بين الغرور ومسألة قوة السبب على المباشر حتّى يعلم مورد اجتماعها ومورد افتراق قاعدة الغرور .

ويعلم في ضمنه أنه في صورة افترق قاعدة الغرور عن قاعدة التسبيب ، ليس مورد نعلم تمسك العلماء بقاعدة الغرور ، فيعلم من ذلك صدق ما ادعيناه من أن العلماء لم يعلم منهم أنهم عملوا بنفس قاعدة الغرور ، فنقول : إنّ الغرور إنّما يتحقق بكل قول أو فعل يوجب /١٩٦/ لأن يصير داعياً للمغرور على ارتكاب الفعل .

وأما التسبيب ، فيتحقق بإيجاد مقدمة من مقدمات الفعل الّذي يوجب الضمان . مثلاً قول الغارّ بأنّ هذه المرأة من طائفة فلان ، إن لم ينضمّ إليه شيء آخر ، فهذا ليس فيه إلاّ الغرور ؛ لأنّه لا يؤثر إلّا أن يصير داعياً لأن يزوجها المغرور .

وكذلك قول المكاذب الغارّ : إن الجنس الفلاني يكون غالباً في البغداد ، ليس فيه إلا الغرور إذا تجرّد عن إيجاد مقدمات لذهاب المغرور إلى البغداد ، لأنّه لا يكون فيه إلاّ مجرد إيجاد داع في المغرور ، لأن يذهب [إلى] البغداد ويتضرّر بأقسام المتضرّرات . ومثل هذه التضررات لم يعلم من العلماء أنهم يلتزموا بكونها مضموناً على الغارّ .

وكذا تحمير المرأة وجهها إذا تجرّد عن إيجاد مقدمات أخرى ليس فيه إلاّ الغرور ، لأنه مجرد إيجاد داعٍ في المغرور .

وأما إذا أوجد مقدمة في مقدمات الإتلاف كإيجاد سببه أو شرطه ، أو رفع مانعه ،

فهذا إن لم يكن فيه تلبيس الأمر على /١٩٧/ المتلف، فيكون مورد التسبيب الشرعي، دون الغرور، كحفر البئر وكإلقاء قشر البطيخ في الطريق وأشباه [ذلك].

وأما إذا كان فيه تلبيس الأمر على المتلف، فهذا مورد اجتماع القاعدتين، وهذا هو المورد الّتي قلنا: إنهم يقولون فيه بالضمان، متمسكاً بقاعدة الغرور.

مثلاً في شاهد الزور نقول: إن شهادة الشهود سبب لحكم القاضي وحكم القاضي سبب للضمان، وفي التدليس في النكاح إنّما قالوا بالرجوع على المدلّس في صورة زوّج المدلّس أيضاً والتزويج رفع مانع عن الإدخال الموجب للضمان.

وفي مسألة إطعام الغصوب بغير المالك نقول: إنّه قبل الإذن في الأكل كان المغرور ممنوعاً عن الأكل إما واقعاً أو شرعاً، فإذن الغارّ في الأكل رفع مانع عن الأكل الموجب للضمان. وقس على هذا سائر الموارد.

إن قلت: نحن لو مشينا في هذه الأمثلة بمقتضى قاعدة السبب والمباشر، فلابدّ أن نقول: يكون الضمان على المباشر؛ لأنّه لا يصير ضعيفاً بمجرد الجهل، فكيف نقول: إن قاعدة الغرور لا توجب الضمان إلاّ في الموارد الّتي كان مقتضى قاعدة قوّة السبب على المباشر /١٩٨/ أيضاً أن يكون الغارّ ضامناً.

قلت: قد تقدم الجواب عن ذلك مفصلاً وذلك لما قلناه في مسألة من أطعم المغصوب بغير المالك من أنا لا نجري قاعدة التسبيب في مال المالك حتّى تقول: إنّ المباشر أقوى؛ بل إنّما نجري قاعدة التسبيب في تغريم المغرور وليس المباشر هنا قابلاً لأن يضمن، فيكون حال المباشر كحال الريح والشمس والآفات السماوية الموجبة للتلف بعد إيجاد السبب من المسبب، فيكون المباشر هنا ضعيفاً، فيكون الضمان على السبب.

ثمّ لا يخفى أنّ ظاهر كلمات العلماء أنهم يتمسكون بنفس قاعدة الغرور للضمان في الموارد المشار إليها، إلاّ أنّه لما نرى أن قاعدة قوة السبب على المباشر أيضاً يكون هنا مقتضياً لضمان الغارّ، مع أنّ العلماء لا يقولون بالضمان بقاعدة الغرور في غير هذه الموارد، فلذا نؤول كلامهم.

أقول: بعد تسليم الصغرويات ـ كما نقلناه بعينه ـ نقول: قد تقدم هنا أنه ليس

مقتضى قاعدة قوة السبب على المباشر كون الضمان /١٩٩/ على الغارّ في شيء من هذه الموارد، فلا مفرّ إلا من التمسك بقاعدة الغرور، ولا وجه لرفع اليد عن ظاهر كلمات العلماء على هذا التقدير*.

ثمّ إنّه ليس الغرض التعرض لكل إشكال يرد على ما نقلته وإنما المقصود توضيح أصل المطلب في الجملة.

فنقول: لا يخفى عليك أن الأستاد أولاً قال: بكون الخبر السابق منجبراً بالشهرة، فيكون حجة.

ثمّ إنّه بعد ذلك ادعى أنا لم نعلم بعد تمسك العلماء في شيء من الموارد بقاعدة الغرور.

هذا، ونحن نقول: لا يخفى عليك أنه قد تقدم أن الأخبار المعللة الواردة في التدليس في النكاح كان مقتضاه على تحقيقنا السابق أن يكون الغارّ ضامناً في صورة أوجد مقدمة من مقدمات التلف أيضاً ولا ينافي كون مقتضى قاعدة التسبيب ذلك والعلماء أيضاً أفتوا بضمان الغارّ بقاعدة الغرور في مثل هذه الموارد، فتعين أن يكون عملهم على طبق تلك الأخبار، فلم يكن عملهم على طبق هذا الخبر العام الّذي يكون مقتضاه كون الغارّ ضامناً مطلقاً**، وهو قوله «المغرور يرجع على من غرّه» وذلك لأنّ العلماء لم يفتوا بمضمونه.

سلّمنا؛ لكن نقول: الأمر يكون مردداً بين أن يكون عمل العلماء على طبق تلك الأخبار أو هذا الخبر المرسل، لأنّه لم نَرَ من العلماء إلاّ أنهم يتمسكون /٢٠٠/ بقاعدة الغرور.

وأما أن مستندهم أي شيء، فغير معلوم لنا، مع أنك قد عرفت ممّا ذكرنا أنه لا

---

*) *عند التعرض للتمسك بقاعدة السبب والمباشر صحّحنا كون الضمان على الغارّ بتلك القاعدة، بل بقاعدة الضرر. (منه قدس سره).*

**) *كيف، ونسب إلى المشهور أن مستندهم في قاعدة الغرور قاعدة السبب والمباشر.*

وتقدم في رد الإجماع أن في موارد الغرور يكون حكمهم مختلفاً من رجوع المغرور إلى الغارّ ورجوع غيره إليه، أو ثبوت الخيار، وهذا يكشف من عدم إشكالهم بالرواية في أنّه يشترط في المنجبر أن يكون وجود الرواية مسلماً. (منه قدس سره).

يلزم أن يكون مستندهم هذا المرسل لجواز استنادهم في ذلك إلى الأخبار المعللة الواردة في التدليس في النكاح .

وبالجملة ، ليس لنا شاهد على كون هذا المرسل منجبراً بالشهرة حتّى يصح لنا التمسك به .

هذا ، مع أنّ عدم ذكر هذه الرواية في كتب الأخبار ـ كما ذكره صاحب العناوين[١] ـ يكون موهناً له ، وما يقال من أن النبويات غير مذكور في كتب الأخبار ، **ففيه**: أنه لم يعلم كونه نبوياً . كيف ، وصاحب الجواهر يقول : قوله عليه السلام ، دون صلّى الله عليه وآله[٢] ، وهذا يكون شاهداً على أنّه ليس بنبوي باعتقاد صاحب الجواهر ، لأن طريقته أنه يعبر في النبويات بقوله : صلّى الله عليه وآله .

إن قلت: إنّه بعدُ لم يعلم كون الأخبار المعللة المشار إليها معتبرة بنفسها ، فتحتاج تلك الأخبار أيضاً إلى جابر وهو غير معلوم ، كما ذكرت .

قلت: تمسك العلماء في ثبوت قاعدة الغرور مع قطع النظر عن الشاهد الّذي ذكرناه لكون عملهم على الأخبار المعللة يكون مردداً بين أن /٢٠١/ يكون بتلك الاخبار أو بهذا المرسل . وعلى كل يحصل مقصودنا ، وذلك لأنّ الأخبار المعللة على الوجه الّذي ذكرنا ، تكون أخص من هذا المرسل ، فلا يضرّ كون عمل العلماء مردداً بين أن يكون مستنداً إلى أي شيء في إثبات مضمون الأخبار المعللة ، لأنه يعلم أن الدليل المعتبر قام على إثبات هذا المقدار من المضمون وهو يكفينا .

إن قلت: لو فرضنا أن عملهم كان بهذا المرسل ، فحينئذٍ نقول : إن التمسك لنا بهذا المرسل لا يصح إلاّ بعد أن يجاب عن إشكال كثرة التخصيص الوارد عليه .

قلت: هذا ليس هنا إشكال ؛ لأنك قد عرفت أنه بعدُ لم يسلم كون عدم الضمان في الموارد المشار إليها سابقاً مسلماً ، ولذا نقل عن الشيخ[٣] أنه قال : بأنا لانبالي بأن نلتزم بالضمان في تمام الموارد .

---

١) العناوين الفقهية ٤٤٣/٢ .

٢) جواهر الكلام ١٤٥/٣٧ ، ولكن يعبر في ٦٨/٣٧ ، و١٦٦ بـ(قاعدة) .

٣) كتاب المكاسب ٢٠٨/٣ .

وعلى هذا نقول: نحن لم نلتزم بالضمان من جهة عدم إحراز كون مستند العلماء هو هذا المرسل حتّى يصير ذلك جابراً لضعفه، لا أنه بعد فرض صيرورة ضعفه منجبراً أيضاً لم نتمسك به في الموارد المشار إليها.

[رجوع المشتري بما اغترمه للمالك غير الثمن إلى البايع الغاصب]

ثمّ إنك إذا عرفت ما تقدم فلنرجع /٢٠٢/ إلى بيان حكم ما كنّا فيه من رجوع المشتري بما اغترمه للمالك غير الثمن إلى البايع الغاصب في صورة كان المشتري جاهلاً بكون المبيع مغصوباً.

ونقول هنا: إنّ ما يغرمه:

إما أن يكون في مقابل العين، كزيادة قيمة المبيع على الثمن في صورة كان لها زيادة عليه بشرط رجوع المالك بها على المشتري كأن كان القيمة المأخوذة منه عشرين والثمن عشرة.

وإما أن يكون في مقابل ما استوفاه المشتري من المبيع من المنافع وغيرها، كسكنى الدار ووطي الجارية والثمرة.

وإما أن يكون غرامة لم يحصل للمشتري في مقابلها نفع، كغرامته للمنافع التالفة للمالك. ومثل ما صرفه في العمارة، ومثل ما تلف منه أو ضاع من الغرس والحفر وشبه ذلك.

[الاستدلال على الرجوع بعوض الغرامة]

أما الأخير وهو الرجوع بعوض الغرامة الّتي لم يحصل له في مقابلها نفع، فاستدلّ له بوجوه:

الأول الإجماع المحكي عن فخر الإسلام[1] في شرح الإرشاد[2] على الرجوع بكل

---

١) حكاه عنه صاحب مفتاح الكرامة ٦٣١/١٢ - ٦٣٠، حكم ما لو رد المالك البيع الفضولي.

٢) شرح ارشاد الاذهان للنيلي: ٤٧، في البيع (من مكتبة المرعشي برقم ٢٤٧٤).

غرامة لم يحصل في مقابلها نفع ، وتبعه بعض[١] على ما في المكاسب[٢] في دعوى الإجماع .

ونقل عن السرائر أنه يرجّع[٣] قولاً واحداً . /٢٠٣/ والمحكي عن المحقق[٤] والشهيد الثانيين[٥] في كتاب الضمان نفي الإشكال عن ضمان البايع لدرك ما يحدثه المشتري إذا أتلفه المالك في صورة ظهر كون المبيع مستحقاً للغير ؛ لكن عن الروض[٦] والكفاية[٧] أن المعروف من مذهب الأصحاب رجوع المشتري الجاهل بالغرامات على البايع ، بل صاحب الحدائق[٨] مخالف صريح في المسألة .

وذلك لانّ الوجه الذي يذكره لعدم رجوع المشتري على البايع بما اغترمه المشتري ، كما يشمل لما يغترمه المشتري في مقابل ما استوفاه من المنافع وحصل له في مقابله نفع ، كذلك يشمل لما يغترمه في مقابل ما لم يحصل له نفع أيضاً ، كما سيتلى عليك ـ إن شاء الله ـ .

أقول: من الواضح عدم جواز الركون بالإجماع المنقول ولا سيّما في مثل ما نحن فيه ، كما تلونا عليك وجهه كراراً .

الثاني قاعدة قوة السبب على المباشر .

الثالث قاعدة الغرور .

الرابع قاعدة الضرر .

أقول: قد عرفت فيما ذكرناه* في قاعدة الغرور آنفاً وهن التمسك بقاعدة قوة

---

١) كفاية الأحكام ٦٥٥/٢، أحكام الغصب .

٢) كتاب المكاسب ٤٩٣/٣، بيع الفضولي ، المسألة الثانية ، حكم ما يغترمه المشتري غير الثمن .

٣) السرائر ٦٩٣/٢، باب الغصب ، أحكام متفرقة .

٤) جامع المقاصد ٣٤٠/٥، فى الضمان .

٥) مسالك الإفهام ٢٠٥/٤، كتاب الضمان ، في اللواحق ، المسألة الثالثة .

٦) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ١٢٤/٤، كتاب الضمان .

٧) كفاية الأحكام ٦٥٥/٢، أحكام الغصب .

٨) الحدائق الناضرة ٤٥٦/١٩، المقصد الثاني في الأحكام المترتبة على الابتياع ، تنبيهات .

*) ***لا يخفى أنّه مما ذكرنا سابقاً ظهر أن قاعدة الغرور بمقدار ينطبق مع قاعدة التسبيب في الجملة***

السبب على المباشر وقاعدة الضرر هنا.

الخامس رواية: «جميل عن الرجل يشتري الجارية من السوق، فيولد، ثمّ يجيء مستحق الجارية. قال: يأخذ الجارية المستحق ويدفع إليه المتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية /٢٠٤/ وقيمة الولد الّتي أخذت منه»[1]. بالتقريب المذكور في المكاسب[2] وهو أن حرّية ولد المشتري إما أن يعدّ نفعاً عائداً إليه أولا، فعلى الأول يدلّ على المطلوب بالفحوى، وعلى الثاني يكون عين المطلوب، مع أنّ في توصيف قيمة الولد بأنها أخذت منه، نوع إشعار لعلية الحكم، فيطرد في سائر ما أخذت منه.

أقول: التمسك بمجرد الإشعار ليس له وجه.

نعم، لا مانع من دعوى تنقيح المناط، ويؤيده هذا الإشعار المشار إليه*.

بحيث استند التلف عرفاً إلى الغارّ، صار حجة على فرض حجية الخبرين المعلّلين الواردين ـ ذكرنا خبراً آخر معتبراً أيضاً ـ في تدليس النكاح. ولو فرض أن قاعدة التسبيب بنفسها لم يكن حجة بهذا المقدار، كما أنّه ظهر ممّا تقدم ممّا ذكرنا سابقاً في الحاشية أن قاعدة التسبيب أيضاً بنفسها يجري في المقام ورفعنا الإشكالين اللذين أوردهما عليه، بل كذلك قاعدة الضرر تجري في المقام وتتمّ، لكن كل ذلك في صورة لو لم يكن عمل الغارّ، لم يتحقق التلف والتخصيص الأكثر الذي يوردونه على قاعدة الضرر. نحن قد أجبنا عنه في محله، كما أنّه سيأتي ـ إن شاء الله ـ بُعيد ذلك في الحاشية رفع إشكال آخر عن جريان قاعدة الضرر في المقام، إلاّ أنّه ذكرنا في قاعدة الضرر أنّها لا يثبت الضمان كما قاله في قاعدة الضرر وإن كان منافياً لكلامه هنا.

هذا، إلاّ أنا رجعنا عن دعوى أن الضرر لا يثبت الضمان. (منه قدس سره).

١) وسائل الشيعة ٢١/٢٠٥، كتاب النكاح، أبواب النكاح العبيد والإماء، ١٠٨٨ باب حكم ما لو بيعت الأمة بغير إذن سيدها.

٢) كتاب المكاسب ٣/٤٩٤.

) لا يخفى أنّ تعليق الحكم على العنوان المناسب للحكم إذا كان بينهما مناسب تامة وكان احتمال مدخلية المورد واحتمال كون المدرك قاعدة أخرى ملازمة لذلك العنوان موهونين، فهنا يفهم عليه العنوان والعرف يتكل إلى ذلك الظهور ولو لم يكن من دلالة اللفظ.

والميزان في حجية ما يفهم من اللفظ إتكال أهل العرف.

بل تقدم عدم التعرض لأخبار التدليس في النكاح في قاعدة الغرور أن في تعليق الحكم على الوصف المناسب أو العنوان المناسب بعد الدلالة على العلية في حدّ قلنا ليس احتمال مدخلية

ثمّ إن الدليل الّتي تمسك به صاحب الحدائق لعدم الرجوع ، سيأتي الكلام فيه في الشق الثاني من الشقوق الثلاثة الّتي أشير إليها .

ثمّ على المختار من أنّ للمشتري الرجوع فيما نحن فيه ، يأتي الكلام في أنّه هل يرجع بكل ضرر ورد على المشتري بأي نحو كان ، أم فيه تفصيل ، فنقول : نسب في الجواهر[1] إلى أستاده كاشف الغطاء الإشكال في الرجوع في الزائد على المعتاد من النفقة ، كما لو كان المبيع دابة وزاد المشتري في شعيرها وفي الأجرة على بعض الأعمال ونحو ذلك ممّا هو مستند إلى تقصيره ، /٢٠٥/ وذلك كما لو أعطى الأجرة إلى من يحلّى سرجه على الأرض ، وكذا في بدل ما يستحب في تلك المعاملة كالوليمة ، وكذا في اللوازم البعيدة كارتفاع الأرض لدفع السيل عنه إذا جاء السيل في بعض السنوات .

وقال وجهان في ما لو أبرأ المالك المشتري عن الغرامات أو أنه دفع الغرامات عن قبل المشتري إلى المالك متبرّع .

نعم ، قال بالرجوع بعوض عمله حيث يتولّى مشتقات في المبيع بنفسه على عادة الملاك ، ولكن في الأعمال المسنوية مثل مشقّاته في الوليمة ومثل مشقّاته في الصدقات الّتي هي من العبادات لأجل حفظ المبيع ، وفي عمل شخص آخر له تبرعاً في حفظ المبيع ، وفي عمل نفسه في حفظ المبيع زائداً عن المعتاد ، وفي عمله في التوابع البعيدة كارتفاع الأرض بما لا سبيل للماء إلى المبيع بنفسه ، دون أن يعطى أجرة ذلك ، يقوى الإشكال ؛ إنتهى كلامه شرحاً .

وفي الجواهر[2] ؛ قلت : بل قد يتوقف في الرجوع بعمله أو عمل المتبرّع له وإن

الإضافة إلى المورد في العلية موهوناً ، فلا يتعدى .

وفيما نحن فيه لم نعلم بعد موهونية مدخلية المورد في العلية واحتمال كون المدخلية قاعدة التسبيب أيضاً موجود ؛ لكنّه غير مضرٍّ بأصل المدعى ، لأنّ قاعدة السبب أيضاً دليل على المدعى وإن يضرّ باستناد علية العنون للحكم . (منه قدس سره) .

١) جواهر الكلام ٣٠٤/٢٢، في بيع الفضولي، في رجوع المشتري على البايع بما دفع إليه إن لم يجز المالك.

٢) جواهر الكلام ٣٠٤/٢٢، في بيع الفضولي، في رجوع المشتري على البايع بما دفع إليه ان لم يجز

جرى على المعتاد، لعدم الغرامة المنساقة من لفظ الرجوع. أما لو احتسب المالك ما في ذمّته عليه خمساً أو زكاة، كان له الرجوع لصدق الغرامة*، /٢٠٦/ وإن رجعت

المالك.

*) *أقول: نظره في ذلك إلى عنوان الفقهاء من أنّه يرجع بما اغترم. ولكن فيه: أنه لم يعلم كون هذه العبارة معقد الإجماع لندور مدار صدق الغرامة، بل لو كان في معقد إجماعهم أيضاً لا ينفع، بعد أنهم يصرّحون بمدرك الحكم.*

كيف، واحتمال مدرك آخر مضرٌّ بجواز الإستناد به، فلابدّ أن يعين مقدار الرجوع بما كان دليلاً على أصل الرجوع، ومن المدارك قاعدة التسبيب ولا تجري في إبراء المالك وأداء التبرع، بل مطلق ما زاد عن المعتاد والمستحبات صدق التلف فيها مشكل، كما أشرنا إليه في المتن.

نعم، في عمله بقدر المعتاد لو كان العامل معداً لعمل آخر يحصل فيه مال، يصدق التلف في حقه.

وفي الزكاة لو أخذ منه أولاً، ثمّ أعطاه يصدق التلف.

ونحن رفعنا الإشكال عن جواز التمسك بقاعدة التسبيب.

ومن المدارك قاعدة الغرور، وتقدم أنه لا يكون معتبراً بأزيد من ما يقتضيه قاعدة التسبيب وإن كان له مدرك آخر غير قاعدة التسبيب.

وأما قاعدة الضرر فكل ضرر يرد على المشتري ممّا يكون زائداً عن المعتاد. ومسألة المستحبات وإن يكون الضرر صادقاً، إلا أن ضرره معارض بضرر الغاصب.

إن قلت: فكذلك في الضرر الوارد على طبق المعتاد.

قلت: ذكرنا في بيع المكره أن المكره ضامن لما يتلفه من مال الغير بالإكراه عليه على إتلاف مال الغير، وهذا بخلاف ما لو اضطرّ إلى إتلاف مال الغير، أو أتلفه خطأً ونسياناً.

وذكرنا في وجه الفرق أن حديث الرفع وارد في مقام الإمتنان على نوع الأمة وإن لم يكن منّة في حق بعض الأشخاص، فتقريب الإمتنان لا يشمل إطلاقه لكل حكم لا امتنان في رفعه على نوع الناس.

وبهذا الوجه ينتج هذا التفصيل على ما شرحناه في محله. وفي حديث لا ضرر أيضاً نقول بمثل ذلك؛ يعني أن رفع الضمان ورفع الضرر عمن أتلف مال الغير لا منّة فيه على نوع العباد حيث إن مقتضاه استقرار الضرر على من وقع عليه الضرر.

وعلى هذا نقول: إن الضرر الذي كان سببه الغاصب وهو ما أنفقه على مقدار المعتادة ليس ضرره مرفوعاً عن المتلف ويكون مرفوعاً عن المشتري الذي وقع عليه الضرر. وهذا بخلاف الضرر الذي لم يكن الغاصب سببه؛ فإن هنا يتعارض الضرر، فلم يشمل العام لشيء منهما ومما ذكرنا أن اقتضاء كل واحد من قاعدة التسبيب والضرر والغرور كان نهجاً واحداً.

نعم، في قاعدة الضرر ذكرنا ـ وفاقاً لشيخنا المرتضى هناك ـ أن قاعدة الضرر لا يثبت الضمان

أي الغرامة إليه أي المشتري بوجه آخر، يعني بعنوان الخمس والزكاة.

وأورد الأستاذ على كاشف الغطاء ومن يقول بمقالته: أنه لا وجه للإشكال في شيء مما ذكر، وذلك لأنّ الدليل على الضمان هو قاعدة الغرور وهذا لم يفرق بين أن يكون الغرامة الواردة عليه بواسطة الغرور بمقدار المعتاد وبين أن يكون زائداً عليه ولا بين اللوازم البعيدة وغيرها إلى غير ذلك من التفاصيل الّذي ذكره.

نعم، لو أبرأ المالك المشتري من الغرامات أو أدّى عن قبله متبرّع، فلا يرجع؛ لأن قاعدة الغرور إنّما يقتضي الرجوع بكل ما تلف عليه من جهة الغرور.

أقول: بناءً على ذلك، فلابدّ من أن يقول بعدم الرجوع بالأعمال، من غير فرق بين أن يكون العامل نفسه أو المتبرّع، إذا صدق التلف على عمل نفسه، كأن يكون هو معدّاً لأن يعمل للناس ويأخذ الأجرة، فترك ذلك وعمل في البيع؛ بل قد يكون مع الضمان في عمل نفسه مطلقاً، لأن عمل الحر مضمون، مع الإتلاف.

/٢٠٧/هذا، بل بمقتضى مذاق الأستاذ في قاعدة الغرور الّذي رجحناه بوجه آخر أن يقال بعدم الرجوع في الزائد على المعتاد بتفصيل يأتي؛ لأنّه قال: إن الغرور بنفسه لا يصير منشأً للضمان ما لم يجتمع مع قاعدة قوّة السبب وهو ليس موجوداً في الزائد عن المعتاد؛ لأنّ التسبيب ـ على ما تقدم ـ يتحقق بأن يوجد مقدمة من مقدمات التلف وبالنسبة إلى ما تضرّر المشتري زائداً عن المعتاد لم يوجد الغارّ شيئاً من مقدماته؛ لأنّ حال الزائد عن المعتاد كحال الإعطاءات الإبتدائية، نظير ما إذا اشترى عبداً، فذهب ذلك العبد إلى مكان، فتعقّبه المولى إلى أن رأى المولى مسكيناً في الطريق بعد الوصول إلى عبده، فعطى شيئاً إلى ذلك المسكين قربة إلى الله، أو مال قلبه إلى أن يشتري هناك متاعاً، فاشتراه وصار المعاملة ضررية، إلى غير ذلك.

والحاصل أن الميزان في الضمان بقاعدة الغرور أن يوجد الغارّ بعد تغريره مقدمة من مقدمات التلف أيضاً.

رأساً، ولكن بعد ذلك رجعنا عنه أيضاً. (منه قدس سره).

فتلخّص من جميع ما رجّحناه أنه لا يرجع بما أبرأه المالك ولا بما أعطى عن قبله متبرّع ، كما اعترف الأستاد في هٰذين ، /٢٠٨/ ولا فيما أعطى في مقابل ما لا أجرة له ولا فيما لو أعطى الأجرة زائداً عن المتعارف ولا فيما لو عمل له متبرّع أو عمل هو بنفسه في الجملة ، أو مطلقاً .

وأما لو زاد في علفه ليسمن أو ارتفع الأرض لدفع السيل عنه وأشباه ذلك ممّا يكون بناء الملاك على مراعاته ، فيرجع ؛ لأن الغارّ أوجد سبب هذا التلف ، حيث إنه ملكه وهو مقتضٍ بنفسه لارتكاب المالك لهذا الضرر ، وهذا بخلاف ما كان من قبيل زيادة أجرة وأشباه ذلك .

وأما الأوسط وهو رجوع المشتري على البايع بعوض الغرامات الّتي حصل له نفع في مقابلها ، فكثير من الوجوه الّتي استدل بها على رجوع المشتري على البايع بعوض الغرامة الّتي لم يحصل له في مقابلها نفع ، يأتي هنا .

وتوضيح ذلك : أن الإجماع لا يأتي هنا ، لأنّ المخالف هنا ليس منحصراً بصاحب الحدائق حتّى يقال : إن مخالفته لا يضرّ بالإجماع حيث حكي الخلاف هنا عن الخلاف[١] وموضع من المبسوط[٢] وظاهر السرائر[٣][٤] وصريح المختلف[٥] وكشف الرموز[٦] .

وأما قاعدة الغرور والتسبيب ، فعلى فرض جريانها هناك يجريان هنا .

وأما قاعدة الضرر ، فقد يقال : إنها على فرض صحة التمسك بها هناك نقول بعدم جريانها هنا ، كما هو مقتضى كلام صاحب الرياض[٧] على ما نقله في المكاسب[٨]

---

١) الخلاف ٤١٠/٣، المسألة ٢٣.

٢) المبسوط : ٧١/٣، كتاب الغصب.

٣) السرائر ٤٩٢/٢، باب الغصب.

٤) حكاه الشهيد الثاني في مسالك الإفهام ٢٢٧/١٢.

٥) مختلف الشيعة ٢٤٣/٥.

٦) كشف الرموز ٣٨٤/٢، حكم ما لو اشتراه عالماً بالغصب.

٧) رياض المسائل ٢٩٠/١٢، في اللواحق، لو كان المشتري جاهلاً بالغصب..

٨) كتاب المكاسب ٤٩٩/٣.

من جهة منع كون ما يغرمه المشتري في مقابل ما استوفاه من المنافع ضرراً عليه. وذلك لوصول عوضه وهو المنافع إلى المشتري، حيث استوفى المنافع.

وأورد على ذلك في الجواهر[1] بأنه لما أقدم على استيفاء المنافع بقصد المجانية، فيكون أخذ عوضه ضرراً عليه.

وردّ ذلك بأنه إذا لم يكن في الواقع ضرراً، **فنقول**: إنّ القصد لا يغير الواقع، وذلك لأنّ الضرر عبارة عن ورود نقص في البدن* مثلاً، وفي المال والعرض.

في رجوع المشتري بما أغرمه

وعلى هذا نقول: إن الضرر المالي إن كان موجوداً هنا، فقصد المجانية لا يرفعه.

نعم، نحن نجيب عن الإشكال بوجه آخر، وهو أنه فرق بين أن يصل عوض ما ينقص من المال إلى المالك في الزمان الماضي وبين أن يصل إليه عوضه في الزمان المستقبل. فإن وصل إليه عوضه في الزمان الماضي، فهذا لا يوجب لرفع صدق الضرر، بخلاف ما لو وصل إليه عوضه في الزمان المستقبل. وفيما نحن فيه إنما وصل عوض ما يغرمه المشتري في مقابل المنافع المستوفات إليه في الزمان الماضي**، فلا يوجب ذلك / ٢١٠ / لرفع صدق الضرر على ما يغرمه المشتري في مقابل المنافع المستوفاة.

إن قلت: إنّ مقتضى ما ذكرت أن يكون الضرر صادقاً على ما يأكله الإنسان من

---

١) جواهر الكلام ١٨٢/٣٧، كتاب الغصب، في اللواحق، تخير المالك في الرجوع على الغاصب أو المشتري.

*) ***النفس. (منه قدس سره).***

) ***لا يخفى أنّه تقدم منا أن قاعدة الضرر لا يثبت الضمان فيه، لكن على التسليم نقول: إن المشتري الذي استوفى منفعة المبيع، فأغرمه المالك، تارة يكون الإستيفاء لمجرد أنه تخيّل أن الدار المبيعة ماله، وإلاّ لم يكن ليستأجر مثله لأن يستوفي منفعته، فهنا يصدق الضرر عرفاً على غرامته والمدار صدق الضرر عرفاً، لا مجرد تحقق نقص مال.*

وتارة يحتاج إلى استيفاء المنفعة بحيث لو لم يشتر الدار يستأجر داراً ليسكن فيها. فهنا يشكل صدق الضرر على الغرامة الّتي تكون بمقدار ما استوفاه. (منه قدس سره).

ماله .

قلت: فيه أولاً أنا نسلّم صدق الضرر عليه ، إلا أنه نقول : إنّ هذا الضرر لا يوجب الضمان ، لأنّه ممّا أقدم عليه المالك .

وثانياً نمنع عدم حصول عوض في مقابله في المستقبل ؛ لأنّ أكل المال يوجب القوة في البدن وهذه التقوية البدنية يكون ممّا وصل إليه في مقابل ما أكله في الزمان الماضي .

أقول: قد تقدم منّا في قاعدة الغرور من أنّه لو كان الدليل على الضمان في أشباه هذه الموارد هو قاعدة الضرر ، فحينئذٍ لابدّ من أنّه يفصّل بين الموارد ، لأنّ الضرر لابدّ أن يعيّن بالعرف . ونحن نرىٰ أنه في صورة كان الإنسان بحيث لو لم يعتقد كونه مالكاً لمثل المنفعة المستوفاة أيضاً يبذل المال بإزائه ، فهنا لا يصدق الضرر ، كما لو كان الإنسان محتاجاً باستيجار مثل الدار الّذي اشتراه بحيث لو لم يشتره أيضاً لاستجاره أو مثله ؛ ففي مثل هذه الصورة لا يصدق الضرر على ما يأخذ منه في مقابل هذه المنافع ، /٢١١/ كما تقدم* .

---

*) *لا يخفى أنّ في مثل هذا المقدار يجري كل واحد من قاعدة التسبيب وقاعدة الغرور أيضاً ، كما لا يخفى على المتأمل في الحاشية السابقة .*

توضيحه : أن قاعدة قوّة السبب على المباشر في صورة ضعف المباشر بحيث يستند التلف إلى السبب أعني الغارّ وهنا ضعف المباشر منشأ تعزير الغارّ إياه .

وعليه نقول في صورة يكون المغرور بحيث لو لم يشتر المبيع الّذي استوفى منفعته ، فلا يحتاج مثلاً أن يستأجر مثله لاستيفاء منفعته ، فيكون غرامة المالك له في مقابل هذه المنفعة تلفاً عليه ويكون سببه تغرير الغارّ . فهنا نسلّم أنه تحقق تلف على المشتري بمباشرة نفسه ؛ لكنه ضعيف لتغرير البايع الفضولي إياه وهو الحدّ الّذي قلنا باعتباره من قاعدة الغرور بأن يقدم الغارّ بأن يوجد بعض مقدمات تلك المباشر وكان المباشر ضعيفاً لتغرير الغارّ إياه .

وأما لو كان المغرور بحيث لو لم يشتر الدار مثلاً ، يستأجر داراً ليسكن فيه ، فهنا غرامة المالك إياه في مقابل ما استوفاه لم يعلم صدق تلف عليه عرفاً . وعلى التسليم لم يعلم نسبته إلى تغرير الغارّ إياه ، كما هو المقدار الذي يستفاد من العلة يعني «لأنه دلّسه» ، كما تقدم شرحه وهو المقدار الذي كان معتبراً عندهم من قاعدة الغرور ؛ لأنهم لم يعملوا بها إلاّ في مورد قاعدة قوّة السبب على المباشر .

ومن هنا ظهر أن قاعدة قوة السبب على المباشر أيضاً يقتضي هذا التفصيل ، لأن قوة الغارّ بأن يستند التلف إليه عرفاً ، دون الغرور . وفي الفرض الأخير لم يعلم نسبته إلى الغار عرفاً ، بخلاف

وأما رواية جميل[١]، فلا مانع من التمسك به بناءً على أن يكون حرّية الولد منفعة راجعة إلى المشتري، كما هو محتمل عبارة الشرايع[٢] في كتاب الغصب بناءً على تفسير المسالك[٣] له على ما في المكاسب[٤].

هذا، إلاّ أنّ البناء غير ثابت، فلا يجوز التمسك برواية الجميل في المقام.

أقول: لا يخفى أنه في المكاسب[٥] يستدلّ للرجوع بالإجماع القائم على الرجوع في نظائر المسألة، فإن رجوع أكل طعام الغير إلى من غرّه بدعواه تملكه وإباحته له مورد الإجماع ظاهراً، ورجوع المحكوم عليه إلى شاهد الزور مورد الأخبار، مع أنّه لا يوجد فرق بينهما وبين ما نحن فيه أصلاً؛ إنتهى.

هذا، ولكن نحن ذكرنا أن هذه الإجماعات والأخبار تكون دليلاً على أصل قاعدة الغرور، فدليلنا على الرجوع على هذا منحصر بقاعدة الغرور، ولكن الأستاد ـ سلّمه الله ـ بناءً على [ما] رجّحه في السابق، لابدّ له من أن يقول: إن الدليل على الرجوع منحصر بقاعدة التسبيب.

بقي الكلام في ذكر الأدلة الّتي استدلّ بها على عدم الرجوع وقد تقدم أن هذه الأدلة لو تمّت، فكما تدل على عدم الرجوع فيما نحن فيه. /٢١٢/ */٢١٣/ /٢١٤/

الفرض الأول الّذي كان المشتري على فرض عدم اشتراء البيع غير محتاج إلى استيجار مثل المبيع لاستيفاء منفعته. (منه قدس سره).

١) وسائل الشيعة ٢٠٥/٢١، أبواب نكاح العبيد والإماء، ٨٨ باب حكم ما لو بيعت الأمة بغير إذن سيدها، ح ٥/٢٦٩٠٤. (في الرجل يشترى الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية قال: ..).

٢) شرائع الإسلام ٧٧١/٤، كتاب الغصب، أحكام الغصب.

٣) مسالك الإفهام ٢٢٨/١٢، كتاب الغصب، أحكام الغصب.

٤) كتاب المكاسب ٥٠١/٣، بيع الفضولي، المسألة الثانية، ما يغترمه في مقابل المنافع المستوفاة.

٥) كتاب المكاسب ٥٠١/٣، بيع الفضولي، المسألة الثانية، ما يغترمه في مقابل المنافع المستوفاة.

*) ***رجل إشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً، ثم إن أباها يزعم أنها له وأقام على ذلك البينة، قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها. (منه قدس سره).***

رواية زرارة نقلها في وسائل الشيعة ٢٠٦/٢١، أبواب نكاح العبيد والإماء، ٨٨ باب حكم ما لو بيعت الأمة بغير إذن سيدها، ح ٤/٢٦٩٠٣ باختلاف يسير.

«[...][1] من غلاتها على[2] صاحبها وردّ البناء والغرس وكل محدث من تخريب عمارة أو قلع شجر إلى ماكان[3]، أو ردّ القيمة كذلك، يجب على صاحب الأرض[4]، كلما خرج منه[5] (أي من المشتري) في إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناءٍ أو نفقة في مصلحة المعيشة ودفع النوائب، [عنها] كلّ ذلك [فهو] مردود إليه. اه *».

وجه الدلالة في الخبرين** يكون على نهج واحد وهو السكوت في مقام البيان، فإنه بمنزلة البيان للعدم. مثلاً في خبر زرارة تعرّض الإمام عليه السلام لبيان حكم رجوع المالك إلى المشتري، فكان المقام مقتضياً لأن يبيّن حكم رجوع المشتري إلى البايع أيضاً لو كان له ذلك؛ لأنّ الإمام عليه السلام منصوب لبيان الأحكام وكان المقام مقتضياً للبيان، فسكوته هنا يدلّ على أنّه ليس له رجوع إلى البايع.

ومن هنا يقول[6] العلماء بطهارة آلات الطبخ من حكم الإمام عليه السلام بطهارة العصير بعد ذهاب ثلثيه[7]، ساكتاً عن حكم الآلات، إلى غير ذلك من الموارد الّتي يجعلون السكوت في مقام البيان دليلاً على العدم ويسمّون هذه الدلالة بلوازم الخطاب.

وأما خبر زريق، فإن الإمام عليه السلام اقتصر في جواب المشتري حيث قال: «كيف أصنع على الرجوع إلى الورثة بالثمن وعليّ ردّ الأرض على صاحبها؟».

فلو كان للمشتري الرجوع إلى البايع وهو القاضي، لبيّنه حيث بيّن حكم رجوعه على الثمن. فاقتصاره على رجوع المشتري على الثمن دليل على أنّه ليس له /٢١٥/

---

١) هنا بياض في المخطوطة.

والرواية تجدها في وسائل الشيعة ٣٤١/١٧، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع وشروطه، باب أحكام الشراء من غير المالك، ح ١/٢٢٧٠٥.

٢) في الوسائل: إلى.

٣) في الوسائل: .. وكل محدث إلى ما كان..

٤) في الوسائل: أن يردَ عليه كل ما..

٥) في الوسائل: عنه.

*) *هذه الرواية مشهورة برواية زريق. (منه قدس سره).*

**) *أي: رواية زرارة وزريق. (منه قدس سره).*

٦) في المخطوطة: يقول.

٧) انظر: كتاب الطهارة ٣٨٢/٢، في المسكرات المائعة.

رجوع إلى غير الثمن، لما تقدم.

ويؤيده أنه عليه السلام تعرض لبيان رجوع المالك إلى المشتري بعوض المنافع، بل وتعرض لرجوع المشتري إلى المالك بما أنفقه المشتري في الأرض وخرج منه في إصلاح الأرض من قيمة غرس أو بناءٍ أو نفقة.

هذا، وأورد على التمسك برواية الزريق من وجوه:

الأول ما ذكره في المكاسب[1] من أنا نمنع ورود الرواية إلاّ [في] مقام بيان حكم المشتري مع المالك.

وعلى هذا، فلا يكون السكوت عن رجوع المشتري إلى البايع دليلاً على أنّه ليس له الرجوع، فيكون حال السكوت هنا نظير حال المطلقات الّتي يقولون: إنها واردة مورد حكم آخر، مثل قوله عليه السلام «**الصوم جنّة من النار**»[2]، فان المطلق هنا يكون[3] بصدد بيان فضيلة الصوم، لا لبيان أصل الصوم، فلا يتمسكون به لإثبات صحة أنحاء الصوم بمجرد صدق الصوم عليه، فكذلك فيما نحن فيه لما يكون الكلام مسوّقاً لبيان جهة أخرى، فلا يكون سكوته عن هذه الجهة دليلاً على العدم.

أقول: ينافي ذلك تعرضه عليه السلام لحكم رجوع المشتري إلى الورثة وأخذ الثمن منهم.

الثاني أيضاً ما ذكره في المكاسب من أنه سلّمنا أن الكلام كان في مقام بيان هذه الجهة أيضاً إلاّ أنّه نقول: الدلالة الناشية من السكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل وفسّر هذا بأحد الوجهين:

الأول أن يكون المراد أن الدلالة الناشية من السكوت في مقام البيان لما تكون ضعيفة* ، فلا يعارض مع ما دلّ /٢١٦/ من أدلة الغرور. وردّ بأنه لو كان المراد ذلك،

---

١) كتاب المكاسب ٤٩٧/٣.

٢) وسائل الشيعة ٣٩٥/١٠، أبواب الصوم المندوب، باب استحباب صوم كل يوم عدا الأيام المحرمة، ح ١/١٣٦٧٣ و ٨/١٣٦٨٠ و ٢٩/١٣٧٠١.

٣) في المخطوطة: لا يكون.

*) ***كما هو الحق، لأنا لم نقم بعدُ وجهاً ـ في منزوحات البئر ذكرنا وجهاً آخر أيضاً ـ على دلالة السكوت في مقام البيان إلاّ في صورتين:***

فلابدّ من أن يقول: إن السكوت في مقام البيان هنا لا يقاوم مع هذه الأدلة لأجل الضعف، لا أن يقال بطريق الإطلاق: إن السكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل.

ومن هنا يقولون: إنّه لا يصح أن يقال على طريق الإطلاق: إن المفهوم لا يقدم على المنطوق في مقام التعارض، لضعف المفهوم، وذلك لأنّه ربما يكون المنطوق ضعيفاً والمفهوم قويّاً لبعض الأمور الّتي يطرأ في الطرفين، فيقدم المفهوم هناك على المنطوق.

الأولى أن يكون كلام الإمام في مورد كان السؤال ـ ولو بالقرائن ـ عن تمام ما هو شغل المكلف في الواقعة الشخصية، أو كان نفس كلام الإمام بنفسه ظاهراً في ذلك، فإن هنا لو بيّن تكليفاً وسكت عن آخر، يكون هذا السكوت دليلاً على عدم ذلك التكليف الآخر وذلك لأنّه في الصورة الّتي فرضناه، يكون الكلام ظاهراً في تعداد تمام التكاليف المتعلقة بتلك القضية، فيكون بمثل الكلام الوارد في مقام التحديد. فإن المفهوم له يكون ثابتاً حتّى اللقب منه، فإن مفهوم اللقب إذا كان وارداً في مقام التحديد، لا إشكال في حجّيته بمعنى ثبوته.

الثانية ما إذا كان ملازمة عرفية بين شيئين وبيّن الإمام حكم أحدهما؛ فإنه إذا كان في نظر العرف ملازمة بين طهارة يد الغاسل وطهارة الشيء المغسول ودلّ الدليل من كلام الإمام عليه السلام على طهارة الشيء المغسول، فيدلّ بالدلالة الإلتزامية العرفية على طهارة يد الغاسل أيضاً. وفي غير هذين الموردين لا نرى وجهاً للإعتماد على مجرد السكوت على عدم ثبوت ذلك الشيء.

والشيخ في كتاب الطهارة [كتاب الطهارة ٣٨٧/٢] *تمسك لإثبات طهارة آلات الطبخ ويد الطبّاخ ولباسه بعد ذهاب الثلثين في العصير العنبي بأنّ أمثال ذلك لا يخلو من أن ينجس بالعصير، فسكوت الإمام مع ذلك عن حكمها وعدم سؤال السائل بعد ذلك عن حكمها ظاهر في طهارتها بطهارة نفس العصير.*

ولكنّا نقول: إن الإتكال بمثل ذلك للحكم بطهارتها مشكل. وذلك لأن من الجائز أن تعرض الإمام عليه السلام لحكم خصوص العصير من جهة أن غير المعلوم للسائل هو ذلك من أنّ العصير كيف يصير طاهراً. وأما سائر ما نجس في البين أولاً فلعل أوكل حكمها إلى [ما] *هو معلوم في محله من لزوم تطهيرها بالماء، كما في سائر المتنجسات.*

نعم، بعض آلات الدائرة وأطراف القدر وأشباه ذلك يجوز الحكم بطهارتها بالوجهين اللذين أشرنا إليهما. واستفادة طهارة جميع ذلك من مجرد السكوت ليس مسلماً.

ومن هنا يتمسك في الجواهر [جواهر الكلام ٢٧٧/١، تطهير آلات النزح جميعاً و٢٩٩/٦، بيان المراد من تطهير الإسلام للكافر] *لطهارتها بقاعدة الحرج. وقد تعرضنا شطراً من الكلام في هذه الدلالة المسمّى بلوازم الخطاب في مسألة الإجزاء عند التعرض لبيان ما دلّ على أنّ الأمارات مجعولة على نحو الموضوعية. (منه قدس سره).*

في تقدم السكوت في مقام البيان على الأصول

الثاني أن نقول : إن المراد أن السكوت في مقام البيان إنما يكون بياناً في هذا الكلام للعدم إذا لم يكن بيان لهذا الحكم في هذا الكلام ولا في كلام آخر منفصل عنه . ومقتضى ذلك أن لا يعارض السكوت في مقام البيان مع شيء من الأدلة .

نعم ، يقدم السكوت في مقام البيان على الأصول ، فيكون حاله] كحال الإستصحاب الذي يقولون : إنه مقدم على الأصول ، ومع ذلك لا يعارض مع شيء من الأمارات .

وعلى هذا فنقول: إنّ الموارد التي يتمسكون فيها بالسكوت في مقام البيان ، لابدّ من أن لا يرفع اليد به إلا عن الأصول .

مثلاً إذا كان مقتضى الإستصحاب إبقاء نجاسة يد النازح والدلو وغير ذلك مما ينجس عند النزح ، فيرفع اليد عن هذا الإستصحاب لأجل أن الإمام عليه السلام حكم بطهارة الماء بعد النزح وسكت عن بيان حكم غيره .

ففيما نحن فيه مع /٢١٧/ اقتضاء قاعدة الغرور لرجوع المشتري إلى البايع ، لا ينفع السكوت في مقام البيان لإثبات عدم الرجوع .

الثالث أنا نقول : بعد ما أثبتنا أن مقتضى قاعدة الغرور هو الرجوع ، فحينئذٍ نقول : أفرض أنه قام دليل صريح على أنّه ليس له الرجوع بما اغترم إلا أنه نقول : لابدّ من طرح هذا الدليل ، لأن بناء العلماء في كثير من الموارد على طرح الأخبار الصحيحة الصريحة المخالفة للقواعد .

أقول: مجرد كون بناء بعض العلماء أو تمام العلماء على شيء في بعض المقامات أو في تمام المقامات ليس دليلاً على شيء ، وتخصيص القواعد لا محظور فيه ، بل ما من عام إلا وقد خصّ .

نعم ، إذا كان الخبر المخالف للقواعد غير معمول به ، فلا مانع من رفع اليد عنه لذلك ، كما أنّه في الأخبار المخالفة للقواعد ، كثيراً ما يوجد هذا المحذور أو محذور آخر ، فيرفع اليد عنها لذلك .

الرابع أن نقول هنا بما أجاب به الشيخ[١] عن رواية الزرارة من أن الظاهر عدم تمكن المشتري من الرجوع إلى البايع ، فإنا نقول فيما نحن فيه : إن البايع هو القاضي ولا يمكن الرجوع إليه .

أقول: بين المقامين فرق واضح ، لأنّ الظاهر من رواية زرارة أن المشتري لم يكن قادراً على معرفة البايع بشخصه حتّى يرجع إليه .

وهذا بخلاف رواية زريق ؛ فإن البايع هو القاضي ولا يلزم أن يكون القاضي ممن امتنع من الغرامة إذا رجع إليه المشتري ؛ إذ من الممكن أن يكون القاضي عادلاً ، إما واقعاً لو كان على الحق ، وإما في مذهبه لو لم يكن على الحق .

نعم ، يجوز أن يناقش في الرواية بوجه آخر وهو أن نقول : إن سكوت الإمام عليه السلام عن الرجوع إلى البايع إنما كان في واقعة شخصية معينة عند الإمام عليه السلام وعند السائل /٢١٨/ وكان حال القاضي الّذي هو بايع ، معلوماً عندهما .

وعلى هذا ، فمن المحتمل أنّهما يعرفان أن هذا القاضي الخاص يمتنع ، فلا ينفع رجوع المشتري إليه لاقتدار القاضي وامتناعه .

في رجوع المشتري بما اغترم

وعلى هذا ، فمن المحتمل أن يكون سكوت الإمام عليه السلام عن الرجوع إلى البايع لأجل ذلك ، وليس لنا في مثل المقام ما يرفع هذا الإحتمال حتى يجوز التمسك بالسكوت على عدم الرجوع .

ثمّ لا يخفى أن الأحسن من الأجوبة السابقة ما هو مذكور في المكاسب[٢] من أنه لا وجه لرجوع المشتري إلى البايع في خصوص المقام أصلاً وذلك لأنّ البايع هنا هو القاضي والقاضي لا يخلو من أنّه إما أن يكون بالحق أو باطل ، فإن كان بالباطل لكونه مخالفاً ، فالظاهر علم المشتري ببطلان قضاء المخالف وتصرفه في أمور المسلمين وأن ما يؤخذ بحكمه سحت حيث أخذ بحكم الطاغوت ، فالمشتري عالم بفساد

---

١) كتاب المكاسب ٤٩٨/٣.

٢) نفس المصدر.

البيع .

وقد تقدم أنه ليس للمشتري الرجوع مع علمه بفساد البيع وإن كان قاضياً بالحق ، فليس غارّاً من جهة حكمه على طبق البيّنة المأمور بالعمل بها .

وما يقال من أن القاضي بالحق يكون ضامناً وأنه يؤخذ ما يضمنه من بيت [المال] ، لأنّ خطأ القاضي من بيت المال ، **ففيه**: أنه لا ربط لذلك بمقامنا ، لأن ضمان القاضي إما أن يكون بقاعدة التسبيب أو بقاعدة الغرور .

أما لو كان بقاعدة الغرور ، **ففيه**: أنه لا غرور هنا ، لأنّ الغارّ هو من يظهر خلاف الواقع بقول أو فعل أنه الواقع ، فيلتبس الأمر على الغير ، بشرط أن يكون هو بنفسه عالماً بحقيقة الحال .

وهذا ليس فيما نحن فيه /٢١٩/ موجوداً ؛ لأن القاضي لم يكن ملتفتاً بأنّ حكمه يكون على خلاف الواقع ، مع أنّه كان مامورا بأن يحكم على طبق البيّنة .

إن قلت: من أين تقول : إنه لابدّ من أن يكون الغارّ عالماً بحقيقة الحال .

قلت: لأنّ شيئاً من الأدلة الدالة على ضمان الغارّ لا يشمل أزيد من هذا المقدار لعدم صدق الغرور والتدليس ، أو الشك في الصدق في غير هذه الصورة .

وأما لو كان بقاعدة التسبيب ، فهنا نقول : إن المباشر أقوى .

نعم ، حكم الحاكم في باب القصاص إذا اقتصّ من المحكوم عليه يكون ديته في بيت المال ، حيث إنه لا مباشر قابل الضمان هنا ، فيكون الضمان على السبب .

ثمّ إنه لمّا قام الدليل الخارجي على أن قضاء القاضي يؤخذ من بيت المال ، فلذا يوجد الدية من بيت المال .

بقي الكلام في التأييد الذي ذكر لدلالة رواية زُرِيق على عدم رجوع المشتري بما اغترمه . وهنا تارة نتكلم بعد فرض حصول التأييد للرواية بذلك .

وتارة في أنّه يحصل التأييد لدلالة الرواية بما ذكره ، أم لا .

فنقول: إنّه لو سلّمنا التأييد ، فنقول : غاية الأمر أنه يرفع الإشكال الأول من الإشكالات الخمسة ، ولكن سائر الإشكالات باقٍ بحاله ، مثل دعوى أن السكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل ، ومثل أنه لابدّ من أن يطرح الأخبار الواردة على

خلاف القواعد ، إلى غير ذلك .

بقي الكلام في أنّه يحصل التأييد بما ذكر ، **فنقول**: لا يخفى عليك أن حكم الإمام عليه السلام برجوع المشتري إلى المالك بما أنفقه المشتري في الأرض لا يجوز /٢٢٠/ أن يصير مؤيداً ، لعدم رجوع المشتري إلى البايع ، وذلك لأنّ دلالته على عدم رجوع المشتري إلى البايع إنّما هو بالإلتزام ، لأنه يحرز به كون المقام مقام بيان حكم رجوع المشتري إلى البايع أيضاً لو كان له رجوع ، فسكوت الإمام عن ذلك يكشف من أنّه ليس للمشتري الرجوع إلى البايع . ووجه عدم صيرورة هذا مؤيداً هو أن أصل الحكم برجوع المشتري على صاحب الأرض بما أنفقه في الأرض يكون خلاف الإجماع ؛ إذ ليس للمشتري أن يرجع إلى صاحب الأرض بما أنفقه فيها .

وعلى هذا ، فإذا سقط الملزوم عن درجة الإعتبار لكونه مخالفاً للإجماع ، فيسقط لازمه أيضاً وهو دلالته على أنّه ليس للمشتري الرجوع إلى البايع بما اغترمه .

في التفكيك بين اللازم والملزوم في الإعتبار

إن قلت: إنك ذكرت في غير المقام أن التفكيك بين اللازم والملزوم في الوجود يكون محالاً ، وأما في مقام الإعتبار فلا مانع فيه ، فيجوز أن لا يكون الملزوم معتبراً ، لكونه خلافاً للإجماع ويكون لازمه معتبراً ، بل إنك في غير المقام تفتي على طبق دلالة الإلتزامية في صورة لايكون دلالة المطابقية حجة .

قلت: فيما نحن فيه لا يكون التفكيك بين اللازم /٢٢١/ والملزوم فيه صحيحاً ويكون الفرق موجوداً بين ما نحن فيه وبين الموارد الّتي يكون التفكيك بين اللازم والملزوم صحيحاً هناك .

أقول: لا يخفى أن التفكيك بين اللازم والملزوم في مقام الإعتبار لا محظور فيه بوجه في حكم العقل ، إلاّ أنه ليس لنا دليل يدلّ على اعتبار اللازم دون الملزوم ، كما أشرت إلى ذلك في أول مكتوباتي في كتاب الطهارة .

نعم ، يكون لنا الدليل على التفكيك بين اللازم والملزوم في مقام آخر لا ربط له بما نحن فيه ، وذلك كما لو فرض أن الشارع جعل قول العدل حجة في إخباره عن

المعصوم في الأحكام ولم يجعل قول العدل حجة في إخباره عن الموضوعات وغير ذلك ممّا لم يكن حكماً شرعياً ، فأخبر العادل لنا بموضوع وكان كلامه دالاً بالدلالة الإلتزامية عن نقل حكم عن المعصوم أيضاً .

فهنا نأخذ بالدلالة الإلتزامية ونطرح الدلالة المطابقية . مثلاً إذا أخبر العادل عن المعصوم بأن لفظ الباء للتبعيض في مثل قوله تعالى ﴿برؤوسكم﴾[1] ، فنأخذ بالحكم الشرعي الّذي يلزم من ذلك . ولا نقول : إن الباء للتبعيض الخارجية لما ذكرنا وجه ذلك في أواخر مسألة النهي في العبادات ، والتفكيك في الحجية في باب الشهادات أيضاً واقع .

[مفاد الثمرة المشار إليها في الرواية خلاف الإجماع أم لا؟]

ثمّ إنّه بقي الكلام في أن الثمرة المشار إليها في الرواية تكون مفادها خلاف الإجماع أم لا ، /٢٢٢/ فنقول : لا يخفى عليك أنه ليس مفاد الفقرة المذكورة أن للمشتري الرجوع بما ذكر إلى مالك الأرض وإنما يكون مفادها أنه يجب على مالك الأرض إعطاؤه عوض ما خرج من المشتري إليه ، ولا إشكال في أنّ ما خرج من المشتري لو كان من قبيل الغرس والبناء ، فليس وجوب ذلك على المال خلاف الإجماع .

نعم ، لابدّ أن يقيّد ذلك بصورة كان المالك مريداً لإبقاء الغرس والبناء في الأرض ،كما أنّه في وسط الرواية ذكر هذا المطلب مفصلاً . فما ذكره في وسط الرواية تصير قرينة على تقييد وجوب أداء عوض الغرس والبناء بصورة كان المالك مريداً لإبقاء الغرس والبناء .

وأما ما خرج عن المشتري في نفقة الأرض ودفع النوائب ، فبالنسبة إليه وإن اقتضى إطلاق الرواية وجوب عوض ذلك إلى المشتري من غير فرق بين أن يكون النفقة ودفع النوائب بشيء لا يكون عينه باقية ، أو يكون بشيء يكون عينه باقية ،

---

١) المائدة: ٦.

نظير وضع بعض الأحجار والأخشاب وأشباه ذلك لحفظ الملك ، إلاّ أن إبقاء الرواية على إطلاقه لا يكون خلاف الإجماع ، بناءً على أن نقول : إن كل عمل في الأرض أو غيرها إذا لم يكن بإذن المالك ، لا يكون مثل هذا العمل محترماً ، فليس له أجرة ، كما يقوله في الجواهر في كتاب الغصب ، بناءً على أنّ المطلب يكون إجماعياً ومسلماً ، كما يظهر من الجواهر[1] .

وعلى هذا نقول: إنّه يمكن تقييد إطلاق الرواية حتّى لا يلزم المحظور /٢٢٣/ المذكور ، وذلك بأن نقول : يجب على المالك عوض كل نفقة أو دفع نائبة يكون تلك النفقة أو دفع النائبة بعين من الأعيان الموجودة في الخارج فعلاً إذا كان المالك مريداً لبقاء ذلك العين في ملكه .

فعلى هذا لا مانع من الأخذ بهذه الرواية ونحن نقلنا عن الأستاد في كتاب الرهن في مسألة أنه هل يجوز للمرتهن بيع الرهن في رأس الأجل إذا لم يكن وكيلاً في البيع أم لا ، أنه تمسك برواية كان إطلاقه مخالفاً للإجماع ولم يكن خلاف الإجماع في تمام المصاديق الّتي تشمل إطلاق الرواية . هذا أولاً .

وثانياً نقول : إن سقوط الرواية بالنسبة إلى الرجوع إلى النفقة ودفع النوائب لا يوجب سقوطها بالنسبة إلى الرجوع بعوض الغرس والبناء ، لأنهما فقرتان والتفكيك في أجزاء الرواية كثيراً ما يقع في الفقه .

هذا ، مع أنّ في وسط الرواية صرّح بذلك بالنسبة إلى البناء والغرس ، فلا يأتي فيه إشكال أن الفقرة الواحدة من الرواية لا يبعّض بين أجزاءها .

هذا كله ، مع أنّ في كون عدم جواز الرجوع بمطلق النفقات الّتي يوجب زيادة قيمة الأرض خلاف الإجماع ، حتّى في صورة كان المنفق جاهلاً بأنه ملك الغير ، محل تأمل ؛ إذ نحن بعدُ لم نظفر على شاهد على كون هذا إجماعياً ، بل يظهر من الرياض في المقبوض بالعقد الفاسد أن الأشهر على خلاف ذلك .

وعليك بمراجعة ما كتبته في خيار الغبن ، فإنا أبسطنا الكلام في شقوق المسألة

---

١) جواهر الكلام ١٧٦/٣٧ و٢٠٢ و٢٠٥، كتاب الغصب.

هناك.

ثمّ إن الجواب عن رواية زرارة ظهر ممّا ذكرناه في الجواب عن رواية زريق.

أقول: لا يخفى أنّ رواية زرارة تدلّ على عدم الرجوع بقيمة /٢٢٤/ الولد، إلا أن دلالته لمّا يكون من جهة السكوت في مقام البيان، فضعيفة. فيقدم رواية جميل عليها، مع أنّ رواية جميل يكون له بعض المعاضدات أيضاً، مثل الخبر الوارد في التدليس في النكاح في تلبيس الأمة بالحرّة.

وأما ما يغرمه في مقابل العين في صورة تلف العين، ففي صورة كان ما يغرمه في مقابل عين المبيع زائداً على الثمن، كما لو كان قيمة المبيع عشرين والثمن عشرة، يكون فيه ثلاث احتمالات إذا كان المشتري جاهلاً:

الأول أن يقال: المشتري لا يرجع إلى البايع بشيء من قيمة المبيع الّتي أخذ المالك منه.

الثاني أن يقال: إنه يرجع بتمام القيمة إلى البايع.

الثالث أن يقال: إنه يرجع إلى البايع بالنسبة إلى المقدار الزائد من الثمن وهو العشرة ولا يرجع إلى المقدار المساوي للثمن وهو العشرة الأخرى من العشرين.

والإحتمال الثاني لا قائل له والأخير منسوب إلى الاكثر والأوّل إلى العلامة ﷺ.

ومستند العلامة لعدم الرجوع مطلقاً أن المشتري أقدم على ضمان العين وكون تلفها منه، كما هو شأن العقود الّتي يضمن بصحيحها.

ونقل في غصب الجواهر[1] عن المسالك[2] بأنه أورد على هذا الوجه بما محصله بأنه لو كان المراد من إقدامه على كون المبيع مضموناً عليه وكون تلفه من ماله أن يستقرّ عليه الثمن بتلف المبيع عنده، فهذا مسلم، إلا أنه لا ينتج إلا كون العين مضموناً /٢٢٥/ عليه بقمدار الثمن، لأنّه لم يقدم على كون المبيع مضموناً عليه إلا بهذا المقدار وأقدم على كون الزائد على هذا المقدار له مجاناً. وإقدامه على كون هذا المقدار له مجاناً لما كان ناشياً من غرور البايع إياه، فيرجع بما يؤخذ منه في

---

١) جواهر الكلام ١٧٩/٣٧، كتاب الغصب.

٢) مسالك الإفهام ٢٢٥/١٢ كتاب الغصب.

مقابل هذا المقدار الزائد على الثمن إلى البايع حيث إن ورود هذا المقدار من الضرر عليه كان من غرور البايع إياه، فيرجع إلى من غرّه. وهذا بخلاف المقدار الذي يساوي للثمن من القيمة، فإن ورود هذا المقدار من الضرر عليه لم يكن ناشياً من غرور البايع وكذبه؛ لأنا لو فرضنا أن يكون البايع صادقاً في دعوى ملكية المبيع، أيضاً يكون الضرر بمقدار الثمن وارداً عليه حيث أقدم عليه.

وأما لو كان المراد أنه أقدم على كون المبيع مضموناً عليه مطلقاً، فغير مسلّم.

هذا، وأجاب في المكاسب عن الدليل المذكور لقول العلامة[1] بوجه آخر وهو على ما قرّره الأستاد ـ سلّمه الله ـ أنا نمنع كون الإقدام سبباً للضمان، وذلك لأنّ الشيخ[2] جعل الإقدام سبباً للضمان بما نقل عنه في المكاسب[3] وجعل هذا دليلاً على قاعدة «**كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده**».

ولذا يقول العلامة بأنّ المشتري ضامن هنا، لأنّه أقدم على الضمان، ولكن نحن نقول بعد ما منعنا كون الإقدام سبباً للضمان، فلا يصير المشتري ضامناً حتّى يرجع بما اغترمه على البايع، لأنّ الأصل براءة ذمّة /٢٢٦/ المشتري بعد ما لم يكن الإقدام سبباً للضمان إذا لم يصر المشتري ضامناً، فليس عليه غرامة حتى يرجع بها على البايع.

هذا، وأورد على المكاسب بأنا نسلم أن الإقدام ليس سبباً للضمان إلاّ أنه لا إشكال في أن اليد سبب للضمان وهو هنا موجود، فيكون المشتري ضامناً، فكيف تقول بأنه لا يغرم المشتري هنا شيئاً حتّى يرجع به على البايع.

أقول: لا أدري من أي وجه ينسب أمثال هذه الخرافات إلى صاحب المكاسب مع أنّه ليس في المكاسب ما يدلّ على ذلك، بل فيه صراحة على خلافه، وذلك لأنه كيف يجوز أن ينسب إليه أنه يقول: إن سبب الضمان منحصر بقاعدة الإقدام وهو مفقود هنا، مع أنه يجعل اليد دليلاً على الضمان في العقود الفاسدة التي منها ما نحن

---

١) إرشاد الاذهان ٤٤٤/١، في أسباب الضمان.

٢) المبسوط ٨٥/٣ و٨٩، كتاب الغصب.

٣) كتاب المكاسب ١٨٨/٣.

فيه .

هذا ، مع أنّه يصرّح في خصوص المقام بأن سبب الضمان في المقام هو القبض الواقع لا على وجه الايتمان ، لا الإقدام على الضمان كما يقوله الشيخ ، مع أنّه ليس في كلامه إشارة إلى أصل البراءة بوجه ، بل مصرّح بخلافه حيث يذكر سبب الضمان وهو اليد .

هذا والّذي يختلج بالبال في بيان مراد صاحب المكاسب في المقام أن يقال : إن الوجه في رجوع المشتري إلى البايع /٢٢٧/ هو غرور البايع إياه .

ثمّ إن من الواضح أن الإقدام يرفع موضوع الغرور من البين .

وعلى هذا ، فلو قلنا : إن سبب الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد هو الإقدام على الضمان ، كما يقوله الشيخ ، فحينئذٍ لابدّ من أن نقول بعدم رجوع المشتري إلى البايع ، لأن سبب ضمان تمام القيمة هو الإقدام على الفرض والإقدام رافع لموضوع الغرور ، فليس المشتري مغروراً في صيرورته ضامناً لقيمة المبيع .

وإذا لم يكن مغروراً ، فلا وجه لرجوعه إلى البايع بما اغترمه ، لأنّ الوجه في رجوعه هو كونه مغروراً ، وعلى هذا الفرض ليس مغروراً . وهذا بخلاف ما لو منعنا كون الإقدام سبباً للضمان ، وقلنا : إنّ سبب الضمان هو اليد ، فان الضمان الناشي من اليد ليس منافياً مع كونه ناشياً من الغرور ، كما أنّه يمكن أن لا يكون ناشياً من الغرور .

وعلى هذا ، فلابدّ أن يلاحظ مستقلاً أن الضمان على هذا التقدير يكون ناشياً عن الغرور حتّى يرجع إلى البايع ، أو لا يكون ناشياً عنه حتّى لا يرجع .

ونحن نقول : إنّه بالمقدار الّذي يساوي من القيمة للثمن لا يكون عن الغرور لإقدام المشتري على كون المبيع مضموناً عليه بهذا المقدار وبالمقدار الزائد عن ما يساوي الثمن يكون ناشياً عن الغرور لعدم إقدام المشتري عليه .

ثمّ إنّه يظهر من المكاسب[1] ـ على ما شرحنا كلامه ـ أن الوجه الّذي ذكر لعدم الرجوع ، /٢٢٨/ كان مبنياً على أن يكون سبب الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد

---

١) كما مرّ .

هو الإقدام وأنه على القول بأنّ سبب الضمان فيه هو اليد ، فلا إشكال .

فالوجه المذكور لكلام العلامة[١] كان مبنياً على وجه ضعيف ، وهو كون الإقدام سبباً للضمان في المقبوض بالعقد الفاسد . ونحن نقول فيه :

أولاً إن القول بعدم الرجوع منسوب إلى العلامة وهو لا يقول بكون سبب الضمان في المقبوض بالعقد هو الإقدام .

وثانياً نقول : إنه في المكاسب[٢] كما يذكر هذا الوجه الثاني لإثبات قول الأكثر ، كذلك يذكر الوجه الأوّل الّذي نقلناه عن المسالك[٣] أيضاً .

وعلى هذا ، فما يذكره في الوجه الأوّل لابدّ أن يكون مبنياً على تسليم أن سبب الضمان في المقبوض بالعقد الفاسد هو الإقدام على الضمان .

وعلى هذا التقدير نقول: إنّ الوجه الأوّل لا يتمّ . وذلك لأنّ غرض صاحب المكاسب أن المالك يرجع بتمام القيمة إلى المشتري ولكن المشتري لا يرجع إلى البايع إلاّ بالمقدار الزائد عن الثمن ، مع أنّ هذا لا يتمّ على هذا المبنى ، لأنّه إن اعترف أن المشتري أقدم على ضمان تمام القيمة ، فيرد عليه أنه على هذا لا وجه لرجوعه إلى البايع أصلاً بالنسبة إلى القيمة .

وأما لو قال : إنه لم يقدم المشتري على الضمان إلاّ بمقدار الثمن ، فحينئذٍ لا وجه لرجوع المالك إلى المشتري بأزيد ممّا يقابل الثمن .

اللّهم /٢٢٩/ إلاّ أن يقال : إنّ غاية الأمر أنا اعترفنا بأن الإقدام مناسب للضمان ولكن لم نقل بأن سبب الضمان منحصر به* .

---

١) كما مرّ أيضاً .

٢) كما مرّ آنفاً .

٣) مسالك الإفهام ٥٦/٤، أحكام متعلقة بالرهن .

*) ***ولا يخفى أن تمام ما ذكرناه في ثبوت الرجوع إلى البايع بالنسبة إلى الغرامات الّتي وصل في مقابلها نفع إلى المشتري ، يجري في المقام في صورة انتفع المشتري بإتلاف المبيع .***

وأما لو كان تلف المبيع بآفة سماوية بحيث لم يتنفع المشتري به ، فيجري في المقام تمام ما قلناه في ثبوت الرجوع إلى البايع بالنسبة إلى الغير .

أما الّتي لم يحصل له في مقابلها نفع ، كما تقدم الكلام فيها . (منه قدس سره) .

ثمّ إنّه بقي هنا شيئان :

[الزائد على الثمن بمنزلة المنافع]

أقول: الأول أنّه قال في المكاسب[١] هنا تبعاً للشهيد الثاني في الروضة[٢] : إن الزائد على الثمن من القيمة يكون بمنزلة المنافع الّتي استوفاها المشتري من المبيع . فكما يرجع المشتري إلى عوض ما يغرمه في مقابل المنافع المستوفات لأجل قاعدة الغرور ، فكذا يرجع إليه في الزائد على الثمن من القيمة . بل الرجوع في الأخير أولى منه في الأول .

وجه الأولوية كما ذكره السلطان في حاشية الروضة أن ما يؤخذ من المشتري في مقابل المنافع المستوفاة ، إذا قلنا بأنه يرجع المشتري به إلى البايع المغرور مع أنّ المفروض أنه قد حصل للمشتري نفع في مقابله ، فبطريق أولى لابدّ من أن نقول برجوع المشتري إلى البايع فيما يؤخذ من المشتري في مقابل المبيع زائداً على الثمن ، / ٢٣٠ / لأن هذه الغرامة لم يصل في مقابلها نفع إلى المشتري ، كما في صورة تلف المبيع عند المشتري بآفة سماوية . فجريان قاعدة الغرور هنا يكون أولى .

ومما ذكرنا ظهر اندفاع ما حكي عن الشيخ البهائي من الإيراد على عبارة الروضة .

[لو اغترم المشتري بزيادة قيمة البيع بعد البيع]

الثاني أنّه قال في المكاسب : هذا كله ممّا ذكرنا من رجوع المشتري إلى البايع بالزائد ممّا يقابل الثمن من قيمة المبيع التي غرمها المالك إنما هو فيما إذا فرض أن يكون قيمة المبيع أزيد من الثمن حال البيع .

وأما إذا كان حال البيع قيمة المبيع بقدر الثمن ، ثمّ بعد ذلك زاد قيمة المبيع على الثمن واغترم المشتري بالزيادة ، فهنا بطريق أولى يرجع المشتري إلى البايع بالزائد مما يقابل الثمن من قيمة المبيع .

---

١) كتاب المكاسب ٥٠٣/٣، ما يغترمه في مقابل العين .

٢) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ٢٣٦/٣ .

ووجه الأولوية هنا أنه إذا كانت الزيادة في حال البيع ، فهنا قد يتوهم كما تقدم من أن إقدام المشتري على المبيع اقدام له على كون هذا المبيع بقيمته الفعلية مضموناً عليه والإقدام على أنّها رافع لموضوع الغرور ، فلا وجه للرجوع .

وهذا بخلاف ما إذا وجد الزيادة بعد البيع بأن زاد قيمته السوقية أو صار نادراً، فزاد قيمته . فإن التقريب المذكور لعدم الرجوع بالزيادة لا يجري فيه .

أقول: نحن ذكرنا بعض الفروع في الشق الأوّل من شقوق المسألة ، ولكن الأنسب ذكر تلك الفروع هنا ، لأن كثيراً من تلك الفروع كانت سارية في تمام شقوق المسألة .

مثلاً فيما أنه لو أبرأ المالك ذمة المشتري ، / ٢٣١ / فلا يرجع المشتري إلى البايع .

ومن الواضح أن هذا يجري في تمام شقوق المسألة ، فعليك بالمراجعة بما ذكرنا هنا ، ثمّ التأمل في حال جريان الفروع السابقة في شقوق المسألة .

ثمّ إنك إذا عرفت ما تقدم من أنّ كلّ ما يغرمه المشتري بإزاء ما لم يصل إليه نفع في مقابله ، فبالإتفاق يرجع به إلى البايع ، خلافاً لصاحب الحدايق . وكل ما يغرمه بإزاء ما وصل إليه نفع في مقابله ، فكان خلافياً ، ولكن المختار وفاقاً للأكثر هو الرجوع إلى البايع هنا أيضاً .

وكل ما يغرمه بإزاء نفس المبيع وهو قيمة المبيع ، يرجع بالزائد منها على الثمن إلى البايع ، دون المقدار المساوي للثمن ، كما هو مختارنا ، وفاقاً للمشهور .

فاعلم أن سائر الفروع الّتي يتكلم فيها هنا إنما هو من جهة أنها داخلة في أي واحد من هذه الشقوق الّتي عرفت حكم كلّ واحد منها . وقبل الشروع في بيان الفروع المشار إليها يناسب التكلم في بعض الأمور توضيحاً لحال نفس مورد كلّ واحد من الشقوق الثلاثة التي هي الأصل لتلك الفروع الآتية ، **فنقول:** من الأمور المشار إليها ما ذكره هنا في المكاسب[1] من أن ما ذكرنا من رجوع المشتري على البايع بما يغرمه المشتري في مقابل ما وصل إليه نفع منه وفي مقابل / ٢٣٢ / ما لم يصل إليه نفع منه كعوض المنافع التالفة وغير ذلك ممّا تقدم وفي مقابل أصل العين ،

---

١) كتاب المكاسب ٥٠٤/٣.

كزيادة القيمة على الثمن ـ كما تقدم ـ، إنّما هو إذا كان البيع المذكور صحيحاً من غير جهة فضولية البيع وكون البايع غير مالك للمبيع.

وأما لو فرضنا أنه كان البيع فاسداً من جهة أخرى أيضاً، كما لو اختلّ شرائط الصيغة وغير ذلك ممّا يوجب فساد البيع من غير جهة الفضولية، ففي مثل هذا الفرض ليس للمشتري الرجوع على البايع بما يغرمه، وذلك لأن رجوع المشتري إنّما يكون في صورة وردت الغرامة على المشتري من تغرير البايع إياه.

وفي مثل هذا الفرض ليس الأمر كذلك؛ لأنا إذا فرضنا أن يكون البايع صادقاً في دعواه الملكية، أيضاً نقول: إن الغرامة تكون على المشتري بجميع ما يغرمه ـ كما تقدم تفصيل ذلك في المقبوض بعقد الفاسد ـ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون المشتري جاهلاً بفساد البيع من هذه الجهة أو لم يكن، كما أنّه في المقبوض بالعقد الفاسد كان ضامناً على كل تقدير.

والحاصل أن الحكم بالرجوع يكون منحصراً بصورة لم يوجد للمشتري سبب ضمان آخر غير /٢٣٣/ السبب الّذي أوجده لأجل تغرير البايع إياه.

أقول: السرّ في ذلك أنه لا يستفاد من أدلة الغرور بأزيد من رجوع المغرور إلى الغارّ في صورة لم يكن ضمان على فرض عدم المغرور.

وقد عرفت أنه على فرض عدم الغرور بأن يكون البايع صادقاً في دعواه، أيضاً كان الضمان ثابتاً في الفرض المذكور.

ومنها ما نقل عن بعض* ـ قريب من هذا ـ من أنّ ما قلنا من أن للمالك أن يرجع إلى المشتري أو إلى البايع، مخيراً بينهما، وأنه على فرض رجوعه إلى المشتري يرجع المشتري إلى البايع بما غرمه للمالك، إنّما هو في غير صورة يكون للمبيع منفعة لم يوجد فيها سبب ضمان إلا استيفاء المشتري إياه كاستيفاء المنفعة من بضع أمة المشتراة. فإن في مثل هذه الصورة ليس للمالك أن يرجع بذلك إلى البايع، بل يتعين عليه أن يرجع به إلى المشتري.

---

*) *فاضل ملاكتاب. (منه قدس سره).*

ثمّ ليس للمشتري أن يرجع بما يغرمه في مقابل ذلك إلى البايع.

أقول: أما وجه عدم جواز رجوع المالك إلى البايع لو فرض عدم تحقق سبب ضمان بالنسبة إلى نفس ذلك المنفعة في حق البايع، فواضح.

وأما عدم رجوع المشتري على البايع بما يغرمه المشتري في مقابل ذلك، فوجهه غير واضح، بل خلافه واضح؛ إذ الوجه في رجوع المشتري إلى البايع هو الغرور.

/٢٣٤/ وهذا لا يفرق بين صورة وجد سبب ضمان في حق البايع بالنسبة إلى المنفعة المشار إليها أم لا؛ لأن استيفاء المنفعة المذكورة كان ناشياً من تغرير البايع إياه.

وهذا يكفي في وجه رجوع المشتري على البايع بما يغرمه.

هذا؛ وظني أن هذا البعض الّذي نقل عنه القول المذكور، يكون مخالفاً في أصل المسألة، لاحتمال أن يكون قائلاً بأن المنافع المستوفاة مطلقاً يكون ضمانها على المستوفي، دون الغاصب، كما هو مقتضى كلام صاحب الرياض[١] وكلام الشهيد في الدروس[٢]، حيث يقول: إنّ ضمان المنفعة مثل السكنى يكون مستقراً على الساكن، كما نقل كلامه في الجواهر[٣] في مسألة توارد الأيدي في أول كتاب الغصب؛ فراجع.

إذ نحن لا نرى فرقاً بين مثل سكنى الدار واستيفاء بضع الأمة، بعد فرض كون بضع الأمة مالاً، كما اختاره الأستاد تبعاً لصاحب الجواهر[٤]، حيث يرجّح في المسألة الثالثة الّتي ذكرها في الشرايع[٥] في نكاح الإماء، كونه مالاً. بل بناءً على عدم كونه مالاً لابدّ من أن يكون الرجوع إلى الغارّ مسلماً بمقتضى ما تقدم؛ فافهم.

ومما ذكرنا ظهر أنه لم يوجد في البين قسم رابع، بل ما يغرمه المشتري لا يخلو من الأقسام الثلاثة الّتي ذكرنا حكمها؛ إذ تحقق قسم رابع كان مبتنياً على التفصيل

---

١) الرياض ٢٥٨/١٢، كتاب الغصب.

٢) الدروس ١٠٦/٣، كتاب الغصب.

٣) جواهر الكلام ٢٤/٣٧.

٤) انظر: جواهر الكلام ٢١٨/٣٠، كتاب النكاح، نكاح الإماء، المسألة الثالثة.

٥) شرائع الإسلام ٥٣٣/٢، كتاب النكاح، نكاح الاماء، المسألة الثالثة.

بحسب الحكم في المنافع المستوفاة.

وإذا عرفت ما تقدم فلنشرع إلى بيان الفروع المشار إليها سابقاً الّتي قلنا: إن الشك فيها إنّما يكون من جهة الشك في مصاديق الأقسام الثلاثة حيث ربما يشتبه مصداق بعض هذه /٢٣٥/ الأقسام بالآخر.

في أن حرّيّة الولد مال أم لا

فنقول: منها حرية الولد حيث إنه لو قلنا: إنها مال بمعنى أنها منفعة استوفاها المشتري، فحينئذٍ ما يغرمه للمالك في مقابل الولد لا يصير بحسب مقتضى القاعدة مما يكون جواز رجوع المشتري فيه إلى البايع مسلماً، وإن كان المختار جواز الرجوع فيه وفاقاً للأكثر.

وهذا بخلاف ما لو قلنا: إن حرية الولد ليست [بمال، فنقول: ينقل في المكاسب هنا وفي الجواهر في كتاب الغصب[١] عند قول المحقق[٢]: «وأما ما يغرمه المشتري ما لم يحصل في مقابلته نفع»، أنه قال صاحب المسالك[٣]: إن حرية الولد منفعة راجعة إلى المشتري و

وفي المكاسب[٤] قُبيل ذلك عند التمسك برواية جميل يردّد بين كون حرية الولد منفعة واصلة إلى المشتري، أم لا.

هذا، ولكن الحق أن حرية الولد ليست بمال وليست بمنفعة.

وعلى هذا، فيدخل ما يغرمه المشتري في مقابل حرية الولد في القسم الّذي كان جواز رجوع المشتري فيه إلى البايع اتفاقياً.

هذا، مع أنّ جواز رجوع المغرور على الغارّ فيما يغرمه في مقابل حرية الولد، لابدّ وأن يكون مسلماً مع قطع النظر عن ذلك، لدلالة الأخبار عليه:

---

١) جواهر الكلام ٣٧/١٨١: كتاب الغصب، في اللواحق، المسألة الرابعة.

٢) شرائع الإسلام ٤/٧٧١، كتاب الغصب، أحكام الغصب.

٣) مسالك الإفهام ١٢/٢٢٨.

٤) كتاب المكاسب ٣/٤٩٤.

منها رواية جميل الّتي تقدم نقلها بعد قاعدة /٢٣٦/ الغرور.

ومنها الرواية[١] الّتي ينقلها في الجواهر[٢] في المسألة الأولى ممّا ذكره المحقق ﷺ[٣] في التدليس في النكاح.

أقول: القسم الّذي كان رجوع المشتري إلى البايع فيه خلافياً، إنّما هو عوض ما يغرمه المشتري ممّا وصل إليه في مقابله نفع، لا ما وصل إليه في مقابله مال.

وعلى هذا نقول: إن حرية الولد وإن لم يكن مالاً، إلاّ أنّه يكون نفعاً واصلاً إلى المشتري ولا يلزم أن يكون كل نفع مالاً إلاّ أن يقال: إن المراد من النفع فيما نحن فيه هو النفع الّذي يكون مالاً؛ لأنّه إذا لم يكن مالاً ولا يبذل بإزائه المال، فكيف يرجع المالك به إلى المشتري حتّى يرجع المشتري به إلى البايع.

هذا؛ مضافاً إلى أن لفظ النفع إنّما يطلق في كلماتهم على الماليات وفي غير الماليات كالإستمتاع ببضع الحرة يطلقون عليه لفظ الإنتفاع، كما يظهر ذلك من الجواهر[٤] في أول كتاب الغصب قبل مسألة توارد الأيادي، فتعين من ذلك أن يكون حرّية الولد مالاً عند من يقول: إنها نفع واصل إلى المشتري.

غاية الأمر أن الدليل قام على رجوع المشتري على البايع فيما يغرمه بمقابلها مع قطع النظر من أنّ مقتضى القاعدة أيضاً كان ذلك على المختار، وفاقاً للمشهور.

ومنها: بضع الأمة /٢٣٧/ والحرّة.

وقد تقدم قبل الفرع السابق أن صاحب الجواهر يقول في مسألة نكاح الإماء[٥]: إن بضع الأمة مال.

ونقل عن بعض أنه يقول: إن بضع الحرة أيضاً مال. لكن الحق أن بضع الأمة مال دون الحرة.

---

١) وسائل الشيعة ٢٢٠/٢١، كتاب النكاح، أبواب العيوب والتدليس، باب ٨، من تزوج بنت مهيرة فأدخلت عليه بنت أمة ردها.

٢) جواهر الكلام ٣٦٦/٣٠، في التدليس، المسألة الأولى.

٣) شرائع الإسلام ٥٤٣/٢، في التدليس، المسألة الأولى.

٤) جواهر الكلام ١٨١/٣٧.

٥) نفس المصدر.

وعلى هذا، يكون رجوع المغرور على الغارّ فيما يغرمه بإزاء بضع الأمة خلافياً على مقتضى القاعدة، وفيما يغرمه بإزاء بضع الحرة وفاقياً وإن قوّينا الرجوع في المقامين على حسب مقتضى القاعدة، مضافاً إلى أن رجوع المغرور على الغارّ فيما يغرمه بإزاء بضع الأمة والحرّة في مسألة التدليس في النكاح يكون مقتضى الأخبار.

أقول: أما أن مقتضى الأخبار هو رجوع المغرور على الغارّ فيما يغرمه بإزاء بضع الامة والحرة من المهر وغيره، فالظاهر أنه لا إشكال فيه بعد كون المعارض لها في محل السقوط، كما لا يخفى على من راجع الجواهر في مسألة التدليس في النكاح[1].

وأما أن مقتضى القاعدة أيضاً هو الرجوع بتمام مهر المسمّى الّذي غرمه الزوج للمرأة، ففيه إشكال وذلك لأنك قد عرفت سابقاً أن ما يغرمه المشتري بإزاء نفس العين من القيمة، لا يرجع بالمقدار المساوي منه للثمن إلى البايع، لإقدامه على كون العين مضموناً عليه بهذا المقدار.

فلا يكون ورود هذا المقدار من الضمان /٢٣٨/ عليه ناشياً عن الغرور، حتّى يرجع به إلى البايع.

[التدليس في النكاح]

وعلى هذا، فيجوز أن يقال في مسألة التدليس في النكاح أيضاً: إن الزوج أقدم على أن لا يكون بضع المرأة له مجاناً. ومقتضى ذلك أن يكون ضامناً بمقدار مهر المثل للزوجة من مهر المسمّى، أو أن يكون البضع مضموناً عليه بأقل ما يتموّل، كما ينقل ذلك في الجواهر عن بعض في المسألة الأولى من المسائل الّتي تذكر في التدليس في النكاح.

نعم، كلامه هنا صريح في وجود هذا الخلاف في بضع الأمة، ولكن ما يذكره في المسألة الثالثة[2] يظهر أن الخلاف المذكور موجود في بضع الحرة أيضاً.

---

١) جواهر الكلام ٣٠/٣٦٥، في التدليس، المسألة الأولى.

٢) جواهر الكلام ٣٠/٣٧٣، في التدليس، المسألة الثالثة.

هذا، ولكن التحقيق أن مقتضى القاعدة أيضاً هو الرجوع بتمام المهر، وذلك لأن في مسألة البيع على فرض كون البايع صادقاً أيضاً كان المشتري مقدماً على كون المبيع مضموناً عليه بما يساوي الثمن، فليس بالنسبة إلى هذا المقدار في حقه غرور حتّى يرجع إلى الغارّ وهذا بخلاف ما نحن فيه. فإنه فرض الصدق فيما نحن فيه يجعل الزوجة المنكوحة غير ما هو موجود فعلاً، فليس لنا طريق إلى إثبات أن الزوج كان يعطي شيئاً بإزاء هذه المرأة الموجودة، حتّى تقول: إنه ليس مغروراً بالنسبة إلى هذا المقدار.

إن قلت: لا دليل لك على أنّ الزوج لم يكن معطياً شيئاً /٢٣٩/ في مقابل هذه المرأة الخاصة.

قلت: ما جعله من المهر كان ناشياً عن الغرور.

وأما جعله شيئاً لهذه المرأة الخاصة على فرض علمه بحقيقة الحال، فلا ربط له بكونه رافعاً للغرور، وإلّا ففيما يغرمه في مقابل المنافع المتسوفاة أيضاً يجوز أن يقال: إن المشتري كان يبذل الماء بإزائها في كثير من الموارد، مع غمض العين مما بذله في مقابل أصل العين في الأمة.

هذا كله في الإستمتاع ببضع الأمة والحرّة المنكوحتين. وأما الإستمتاع ببضع الأمة المشتراة، فيكون بمثل سكنى الدار من المنافع الّتي استوفاها المشتري من المبيع.

فكلما يغرمه المشتري في مقابل استمتاعه عن بضع الأمة*.

أقول: في صورة خرج الأمة المشتراة مملوكة للغير، يعني لغير البايع ولم يجز المالك، فيرجع به على البايع للغرور، على المختار، وفاقاً للمشهور فيما يغرمه المشتري بإزاء ما وصل إليه نفع في مقابله.

وأما مجرد التدليس في صورة لم تكن الأمة مملوكة للغير، فلا يوجب ذلك، لأن الوطي مع الأمة يكون مسقطاً لخيار التدليس.

---

*) *تقدم في أصل قاعدة الغرور أن لنا مناقشة في أصل قاعدة الغرور في الرجوع في بعض ما يغرمه بإزاء المنافع المستوفاة في صورة لولا البيع، يستأجر العين لمنافعه؛ فراجعه. (منه قدس سره).*

ولا يخفى أنّه نقل عن فاضل ملاكتاب /٢٤٠/ هنا قريباً من هذا من أنه قال في صورة خرج الأمة مملوكة للغير وأخذ المالك من المشتري مهر المثل لأجل الوطي مع الأمة من أنّه يرجع المشتري على البايع فيما زاد مهر الذي أخذ منه على ثمن المسمّى للأمة، لا فيما يساويه.

وردّ عليه بأنه لا وجه لذلك، لأنّ ملاحظة ما زاد على ثمن المسمّى أن يكون بالنسبة إلى نفس قيمة الأمة الّتي يؤخذ منه، كما تقدم بالنسبة إلى ما يؤخذ منه في مقابل المنافع المستوفاة مثل وطي الأمة؛ فإنه بالنسبة إليه يرجع بأجمعه على البايع على المختار.

وعلى قول آخر لا يرجع بالنسبة إلى المنافع المستوفاة إلى البايع بوجه من الوجوه.

نعم، هنا كلام أخر وهو أنهم يقولون في صورة يردّ الأمة بعد الوطي لأجل عيب الحبل ـ كما يستثنون خصوص ذلك في كتاب البيع من كون التصرف بالوطي مسقطاً لخيار العيب ـ من أنّه يردّ مع الأمة العقر وهو نصف عشر ثمنها لمكان الوطي.

وعلى هذا، فيجوز أن يقال فيما نحن فيه أيضاً بثبوت العقر على الواطي، قياساً على تلك المسألة.

ومنها ما يغرمه المشتري بإزاء الأجزاء التالفة للمبيع وأوصافه.

أما ما يغرمه بإزاء /٢٤١/ الأجزاء التالفة، فتفصيل الكلام فيه أنه إما أن نقول بأن تبعّض الصفقة يكون على مقتضى القاعدة، أم لا.

أما لو قلنا: إنه على مقتضى القاعدة، فنقول: إن مقتضاه أن يكون أجزاء الثمن واقعاً في مقابل أجزاء المبيع.

وعلى هذا، يكون حكم أجزاء المبيع حكم نفس المبيع في أنّه يرجع المشتري على البايع في الزائد على ما يقابل الجزء التالف من الثمن، لا فيما يقابله على قول المختار في الرجوع على ما يغرمه في مقابل العين وعلى القول لا يرجع بما يغرمه في مقابل أجزاء المبيع إلى البايع أصلاً.

وأما لو قلنا: إن تبعّض الصفقة يكون على خلاف مقتضى القاعدة، فيكون

مقتضاه كون الثمن بأجمعه واقعاً في مقابل مجموع المبيع ، فلا يقع في مقابل أجزاء المبيع شيء من الثمن .

فعلى هذا ، يكون حكم ما يغرمه المشتري بإزاء أجزاء المبيع بمثل حكم ما يغرمه في مقابل أوصافه في أنّه يرجع بأجمعه إلى البايع اتفاقاً ، لما تقدم من أنّ ما يغرمه المشتري في مقابل ما لا يوصل إليه نفع إذا لم يكن في مقابل نفس البيع يرجع بأجمعه إلى البايع إجماعاً .

فيما يرجع المشتري إلى البايع

ومما ذكرنا يظهر إيراداً على المكاسب هنا حيث لم يفصّل كما فصّلناه ، بل قال : إن حكم ما يغرمه /٢٤٢/ بإزاء أجزاء المبيع حكم ما يغرمه بإزاء نفس المبيع[1] مع أنك قد عرفت من أنّه لا يتمّ إلا على مبنىً وهو أن نقول : إن تبعّض الصفقة يكون على طبق القاعدة .

اللّهمّ إلا أن يقال : إن غرض الفروع الّتي يذكرها الشيخ هنا ، بل وفي غير المقام يكون المرعى فيها مذهب المشهور .

نعم ، يرد على الشيخ إشكال وهو أن الأجزاء للمبيع ليس بأجمعها ممّا يقابل بها الثمن ، بل بعض الأجزاء كيد العبد ورجله مما لا يقابل بها الثمن ، إلا أن يجاب عن ذلك بأن مثل يد العبد وإن كان جزءً خارجياً للمبيع ، إلاّ أنّه بحكم الأوصاف على ما حقق في محله .

والمقصود من الأجزاء في مقابل كل جزء يكون حكم الجزئية ثابتاً فيه ولم يكن الشيخ هنا بصدد بيان الأجزاء حتّى يذكر أشباه هذ التفاصيل .

وأما ما يغرمه بإزاء الأوصاف ، فقد عرفت حكمه من أنه يرجع بأجمعه على البايع إجماعاً حيث لم يحصل له في مقابله نفع ، مع أن المفروض أنه لم يكن مما وقع الثمن في مقابله أيضاً .

---

١) كتاب المكاسب ٥٠٣/٣ ، المسألة الثانية ، حكم ما يغترمه المشتري غير الثمن .

وهذا الحكم ثابت في تمام الأوصاف إلاّ وصف الصحة ؛ فإن الثمن يقع في مقابله فيكون حكم وصف الصحة حكم أجزاء المبيع .

أقول: حكمهم بكون الثمن واقعاً في مقابل /٢٤٣/ وصف الصحة إنما ينشأ من حكم الشارع بثبوت الأرش في صورة ظهر في المبيع عيب .

ونحن نقول: لا نرى فرقاً بين وصف الصحة وسائر الأوصاف بوجه من الوجو]ه وحكم الشارع بالأرش لا يصير شاهداً على أن الثمن كان واقعاً في مقابل وصف الصحة ، لاحتمال أن يكون حكم الشارع بالأرش من باب الغرامة* ، لا من باب أن البيع بمقدار هذا العيب يكون فاسداً من أول الأمر .

ثمّ إن بين كلامي الأستاد ـ سلّمه الله ـ تناقضاً وذلك لأنّه عند بيان حكم ما يغرمه بإزاء الأجزاء التالفة استثنى مثل يد العبد وأشباه ذلك ، وقال : إن مثل ذلك يكون بحكم الأوصاف .

ونحن نقول : لا إشكال في أنه صار مثل يد العبد بحكم الأوصاف ، فيكون بحكم وصف الصحة ، دون غيره .

وأنت قد عرفت أن حكم وصف الصحة بمثل حكم أجزاء المبيع ، فلم يكن وجه لاستثناء مثل يد العبد عن حكم الأجزاء .

نعم ، هذا الإستناء يناسب مع ما اخترته من أنّه لا فرق بين وصف الصحة وسائر الأوصاف فيما نحن فيه أصلاً .

ثمّ إنّه إلى هنا كان الكلام في غير ما يغرمه المشتري بإزاء نفس المبيع بما يساوي /٢٤٤/ الثمن .

في توارد الأيدي على المغصوب

وأما ما يغرمه بإزاء نفس المبيع بما يساوي الثمن ، فلا يرجع به على البايع ـ كما تقدم ـ ، لعدم كونه مغروراً بالنسبة إليه ، فيكون قرار الضمان فيه على من تلف المال

---

*)*كما يصرح به المصنف في أول الخيارات في شرح عبارة القواعد وينقل خلافه عن بعض العامة . (منه قدس سره).*

في يده وهو المشتري. وهذه المسألة يكون مصداقاً من مصاديق توارد الأيادي على مال المغصوب، فلنبينّ هنا حكم مسألة توارد الأيادي على مال المغصوب حتّى يظهر منها حال مسألتنا أيضاً، **فنقول**: أما حكم معاملة المالك مع كل واحد من الأيادي الواقعة على ماله أنه يجوز له الرجوع بأيِّهم شاء.

وأما حكم معاملة بعض صاحب الأيادي مع بعض آخر إذا تلف المال في يد الأخير أنه إذا رجع إلى الأخير الذي تلف المال في يده وليس مغروراً من سابقه، فلا يرجع الأخير إلى من تقدمه، لأن قرار الضمان يكون على من تلف المال في يده في مثل هذا الفرض.

وأما لو رجع المالك إلى غير الأخير الذي تلف المال في يده من غير غرور، فيرجع هو على الأخير الّذي تلف المال في يده من غير غرور.

وأما إذا كان الأخير مغروراً من سابقه، كما أطعمه السابق بطعام الغير بعنوان أنه ماله، فخارج عن محل كلامنا. وتقدم الكلام فيه قُبيل ذلك في قاعدة الغرور وفروعها.

وعرفت أن حكمه بعكس مسألتنا، حيث إنه لو رجع المالك هناك إلى الغارّ، فلا /٢٤٥/ يرجع الغارّ إلى المغرور، ولو رجع إلى المغرور فيرجع المغرور إلى الغارّ، مع أنّ المفروض أن التلف كان في يد المغرور.

[كيفية تطبيق الأحكام الثلاثة على القواعد]

وبالجملة مسألتنا مشتملة على أحكام ثلاثة:

سلطنة المالك على الرجوع بأي واحد شاء من صاحب الأيادي، ورجوع غير من تلف المال في يده على من تلف المال في يده على فرض رجوع المالك إلى غير من تلف المال في يده، وعدم رجوع من تلف المال في يده إلى غيره لو رجع المالك إلى من تلف المال في يده.

والإشكال في هذا المقام في تطبيق هذه الأحكام المشار إليها مع القواعد.

واختلف كلمات العلماء في مبنى المسألة وتطبيق الأحكام المذكورة مع

القواعد :

فالجواهر في أوائل كتاب الغصب[١] في مسألة توارد الأيادي على مال المغصوب يدعي أن ذمّة من تلف المال في يده مشغولة للمالك ببدل العين وليس شيء على ذمّة غيره ممن لم يتلف المال في يده ، وإن يكون للمالك إلزام كل من وقع يده على مال المغصوب بأداء ما في ذمّة من تلف المال في يده .

وعلى هذا ، من تلف المال في يده يكون خطابه بأداء البدل ذمّيّاً ومن لم يتلف المال في يده يكون خطابه بالأداء شرعياً ، من دون أن يكون على ذمّته /٢٤٦/ شيء .

وفي المكاسب[٢] : أن ذمّة الجميع تكون مشغولة ببدل واحد ومقتضاه لزوم خروج كل واحد منهم عن بدل العين بحيث لو أدّاه واحد منهم فيخرج ذمّة الجميع عن الضمان ، نظير الواجب الكفائي في العبادات على قول المحقّقين كما ذكره في الفصول في باب الأوامر بعد الفراغ من فعل الواجب التخييري من أنّه يتعلق بكل واحد من المكلّفين ويسقط بفعل البعض .

وبناءً على ذلك يشكل على الشيخ في رجوع من لم يتلف المال في يده إلى من تلف المال في يده على فرض رجوع المالك إلى الأول ويتعرّض الشيخ لرفع الإشكال عنه ، كما سيأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله تعالى ـ .

وفي العناوين[٣] أن اشتغال الذمم بالبدل يكون من قبيل الواجب التخييري الّذي يتعلق بالجميع ويسقط عن الباقين بفعل البعض كما هو مذهب المشهور في الواجب التخييري .

وردّ عليه بأنه لا وجه لنظير المشهور في الواجب التخييري في العبادات ؛ لأن التعدد في الواجب التخييري يكون في المكلف به وفي من انحن فيه يكون التعدد في الكلف ، فيكون ما نحن فيه من قبيل الواجب الكفائي لو اخترنا ما اختاره

---

١) جواهر الكلام ٣٤/٣٧، كتاب الغصب، تخير المالك في الرجوع على أي واحد من الأيادي الغاصبة .

٢) كتاب المكاسب ٥٠٥/٣، المسألة الثانية، حكم ما يغترمه المشتري غير الثمن .

٣) العناوين الفقيهة ٤٢١/٢، عنوان ٥٧، عناوين الضمان وأسبابه ومسقطاته .

الشيخ رحمه الله .

أقول: وظني أن الواجب التخييري /٢٤٧/ صدر من صاحب العناوين من جهة سهو القلم وأن مراده هو الكفائي ، لأنّه يقول في توضيحه : إنه يتعلق على المشهور بين الإمامية بالجميع ويسقط بفعل البعض ، مع أنّه لم يقل أحد من الإمامية بمثل ذلك في الواجب التخييري .

وأنما يقولون هناك على ما في المعالم[1] بأنه « يجب الجميع ، لكن تخييراً بمعنى أنه لايجب الجميع ولا يجوز الإخلال بالجميع » .

اللّهمّ إلا أن يقال من أنه فهم صاحب العناوين من كلام المشهور غير ما فهمه منهم صاحب المعالم ؛ لأنّ ما ذكره في المعالم بقوله « بمعنى أنه لا يجب » .. اه ، ليس جزء كلام المشهور .

ولا يخفى أنه لو لم نقل بكون لفظ الواجب التخييري في العناوين ناشياً عنه من سهو القلم ، فلابدّ لنا من أن نخطئه من جميع الجهات ؛ فتامّل .

[مدى دلالة حديث « على اليد ما أخذت حتى تؤدّي »]

ثمّ إذا عرفت اختلاف كلمات العلماء في كيفية اشتغال الذمم في مسألتنا ، فنقول : لابدّ من أنّ نتعرض هنا لمقدمتين حتى يوضح في ضمنها بعض مباني مسألتنا في بيان أن دلالة « على اليد » على الضمان بأي نحو يكون . ونحن هنا نتعرض لمعنى هذه الرواية[2] إجمالاً وإن تعرّضنا لمعناها تفصيلاً في أول مسألة المقبوض بالعقد الفاسد .

فنقول: /٢٤٨/ أما من حيث السند وإن ناقش الأردبيلي[3] ـ رحمة الله عليه ـ فيها ، إلا أنه ذكرنا في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد أنه لا مانع من التمسك بهذه الرواية

---

١) معالم الدين وملاذ المجتهدين ، ٧٢، في الواجب التخييري .

٢) عوالي اللئالي ٢٢٤/١، الفصل التاسع في أحاديث تتضمن شيئاً من أبواب الفقه ، ح ١٠٦ . هكذا : « على اليد ما أخذت حتى توذى » .

٣) مجمع الفوائدة ١٧٠/٩ و ٢٩٩/١٠ و ٤١٩/١٠ .

وأمثالها.

وأما من حيث الدلالة، فذكر لها معانٍ:

الأول ما هو المنقول عن النراقي ﷺ[١] من أن معناه أنه يجب على الإنسان أن يوصل ما أخذه إلى صاحبه، فلابدّ من أن قدر الإيصال ونحوه كالأداء أو الردّ.

وعلى هذا، فلا تدلّ الرواية إلا على الحكم التكليفي الصرف، مادام العين موجودة وهو ردّ العين إلى مالكه.

والشاهد على هذا المعنى أن لفظة «على» ظاهرة في الحكم التكليفي. وعلى هذا فلا تدلّ هذه الرواية على الضمان في الماليات أيضاً.

ولا يخفى أنّه نسب إلى المحقق الثاني أنه أيضاً يقول: إنّ لفظة «على» هنا ظاهرة في الحكم التكليفي[٢]، إلا أنّه يثبت الضمان بهذه الرواية مع ذلك، كما سيأتي بيانه في المعنى الثالث ـ إن شاء الله ـ.

نقول: وأما ما نسب إلى الشهيد الثاني في كتاب الوديعة من أنّه يقول: إن لفظة «على» ظاهرة في الحكم التكليفي، فالظاهر أنه اشتباه؛ لأنّه استدل لوجوب حفظ الوديعة بحديث «على اليد»[٣] ونحن نقول: إنه لا اختصاص لذلك بالشهيد الثاني، بل «غيره أيضاً تمسك؟» لوجوب حفظ الوديعة بحديث «**على اليد**».

والسرّ في ذلك أنه /٢٤٩/ بناءً على المعنى الثالث الّذي يأتي ـ إن شاء الله ـ أنه يدلّ على وجوب الحفظ، بل المعنى الثالث يكون مقتضاه وجوب الحفظ ووجوب ردّ العين أو بدله مع الحيلولة أو التلف، والعلماء يثبتون جميع ذلك بحديث «**على اليد**» اتكالاً على المعنى الثالث الّذي نتكلم فيه ـ إن شاء الله ـ.

ثمّ لا يخفى أنّه لو قلنا بكون الرواية ظاهرة في الحكم التكليفي الصرف، فنقول: لابدّ إما أن يقدّر الردّ أو الإيصال أو الأداء وإما أن يقدّر الحفظ.

---

١) انظر: عوائد الأيام، ٣١٥، عائدة ٣٣ في معنى قوله - عليه السلام - على اليد ما أخذت حتى تؤدي.

٢) مسالك الإفهام ٩٣/٥، كتاب الوديعة. هكذا خصه: «.. لأن (على) ظاهرة في وجوب الدفع والتكليف بالرد فيكون مختصاً بالمكلف».

٣) نفس المصدر.

نعم ، لو قلنا بأن المقدّر هو الإيصال أو نظائره من الردّ والأداء ـ كما هو مدعى النراقي ـ ، **فنقول**: إنّه يدلّ على وجوب الحفظ أيضاً مقدمة للأداء .

إن قلت: إنّ هذا المعنى الّذي يذكر النراقي لا يناسب مع جعل قوله عليه السلام «**حتّى تؤدي**» غاية ؛ لأنّه من قبيل جعل الشيء غاية لنفسه ، فكأنه قال : يجب عليك الأداء حتّى تؤدي .

قلت: يكون التقدير : إنى لا يزال أقول لك : يجب عليك الأداء حتّى تؤدي .

وكذلك لو قال : يجب عليك الصلاة حتّى تصلي ، يكون المراد : إني لا يزال أقول لك صلّ حتى تصلي .

هذا كله في بيان المعنى الأوّل لمعان الرواية . وبناءً على ذلك قد عرفت أنّها لا تدل على الضمان وغير الضمان ممّا يثبتونه العلماء بهذه الرواية . والّذي يمكن المشي به في مقام الردّ على هذا المعنى وإثبات سائر المعاني الّتي يثبت الضمان بها طرق :

/ ٢٥٠ / **الأولى** أن نتمسك بذيل فهم العرف بأن نقول : إن العرف يفهم المعنى الثالث وهو الثبوت في العهدة من قوله عليه السلام «**على اليد ما أخذت حتّى تؤدي**» ، ولكّنه خلاف الإنصاف ؛ لأنّ العرف فهم منه الحكم التكليفي الصرف .

الثانية أن نمشي هنا على الميزان المقرّر في باب تعارض الأحوال من ملاحظة الترجيح بين رفع اليد عن الأصول الّذي يلزم على تقدير الأخذ بهذا المعنى وبين رفع اليد عن الأصول الّذي يلزم على تقدير الأخذ بغير هذا المعنى من أصالة عدم الإضمار وغير ذلك ، فنرجّح غير هذا المعنى على هذا المعنى من جهة أن رفع اليد عن الأصول اللفظية في غير هذا المعنى يكون أقلّ منه في هذا المعنى . وهذه الطريقة أيضاً لا ينفع بحالنا في هذا المقام ، كما ذكرناه كراراً .

الثالثة أن نتمسك هنا بذيل فهم العلماء ، فإنه ـ كما تقدم ـ فهم العلماء الضمان من هذه الرواية وفهمهم تكون حجة في صورة احتمل أن يكون فهمهم هذا المعنى من جهة قرينة وصلت إليهم وإن لم يكن فهمهم حجة في صورة علمنا أن ركونهم إلى العرف وأن الظاهر عرفاً من هذه الرواية هو الضمان ؛ لأنّه إذا كان المفروض أنا بأنفسنا

لا نفهم أن يكون المعنى للفظ هو هذا عند العرف، فحينئذٍ لا يكون فهم /٢٥١/ العلماء هذا المعنى من اللفظ حجة علينا.

هذا، ولكن نقول: إنّ فهم العلماء فيما نحن فيه يكون حجة من جهة أنّ فهم العلماء الضمان من الرواية يكون من جهة أنّه وصل إليهم قرينة على ذلك. والشاهد على ذلك أنا نَرى أن العرف لا يفهمون الضمان من هذه الرواية، وهذا يكون شاهداً على أن استناد العلماء أيضاً كان إلى القرينة في فهم الضمان من هذه الرواية.

أقول: أما التمسك بفهم العلماء في ردّ هذا المعنى الأول، فلا يثمر؛ لأنا لا نقول باعتبار فهم العلماء إلاّ في صورة نقطع لأجله على قرينة واضحة الدلالة. ودعوى ذلك فيما نحن فيه لا ينغبي أن يصدر من غير الغافل.

كيف، ونحن مع قطع النظر عن فهم العلماء والضمان، نفهم منها الضمان، كما سيوضح ـ إن شاء الله ـ.

ومما ذكرنا ظهر فساد ما قاله من أن التمسك بنيل فهم العرف في رد المعنى الأول غير نافع.

وأما ما ذكره من أن الشيء بطريقة باب تعارض الأحوال غير نافع لردّ المعنى الأول، لو كان المراد منه أن رفع اليد عن الأحول في الآن الأول أقلّ من غيره، كما يظهر منه فيما ذكره في معنى الرواية في أول المقبوض بالعقد الفاسد، ففيه كيف يجوز أن يقال بذلك، مع أنك قد عرفت من أنّه في المعنى الأول يقدّر /٢٥٢/ الإيصال تارة ويقدّر تارة أخرى لتصحيح الغاية بأنه لا يزال أقول: لا يجب الإيصال عليك حتّى تؤدي.

وسيوضح أن هذا المقدار من ارتكاب خلاف الأصول لا يلزم في المعنى الثالث.

وأما لو كان المراد منه أنه وإن يكون ارتكاب خلاف الأصول في المعنى الأول أكثر، إلا أنه لما يكون اللفظ عند العرف ظاهراً في المعنى الأول، فلا ينفع أكثرية ارتكاب خلاف الأصول في المعنى الأول منشأً لترجيح المعنى الثالث عليه، وذلك لأن أصالة عدم الإضمار وغير ذلك إنما يكون معتبراً في صورة لم يكن ظن شخصي على خلافها.

وبعد ما قلنا: إن العرف يفهم المعنى الأول من الرواية، فحينئذٍ يحصل الظن الشخصي على خلاف مقتضى الأصول، فليس هذه الأصول نافعة في المقام.

ففيه: أنك قد عرفت أن المعنى الذي يفهم أهل العرف من قوله عليه السلام «على اليد ما أخذت» .. اه، هو العهدة، لا الحكم التكليفي الصرف. ولا سيّما إذا انضمّ قوله «حتّى تؤدي» إليه.

هذا، مع أنّه يرد على المعنى الأوّل إشكال عظيم وهو أنك قد عرفت أن تصحيح الغاية بناءً على المعنى الأوّل كان متوقفاً على أن نقول: إن التقدير أنه: /٢٥٣/ لا يزال أقول: لا يجب عليك الأداء حتّى تؤدي، مع أنا لم نَرَ نظير هذا الإستعمال من أحد من أهل العرف. وهذا بخلاف المعنى الثالث، فإنه كثير الدوران.

مثلاً يقولون: إن المال الفلاني على عنق فلان، يعني يكون على عهدته، والمراد من العنق هو نفس الإنسان، فيكون من باب استعمال الجزء في الكل، كما أن استعمال لفظ اليد في الإنسان في قوله عليه السلام «**على اليد ما أخذت**» .. اه يكون من هذا القبيل.

المعنى الثاني ـ وهو عكس الأوّل ـ بأن تقول: إن الرواية تدلّ على الحكم الوضعي وهو الضمان، دون الحكم التكليفي. وذلك بأن يكون المعنى أن الضمان بعد التلف يكون على اليد حتّى تؤدي.

وردّ هذا المعنى بأنه على هذا لا يصح جعل قوله «حتّى تؤدي» غاية، لأنّه على هذا يكون المعنى حاصلاً بعد الغاية*، فيكون من قبيل التعليق بالمحال، كقوله تعالى: ﴿**حتّى يلج الجمل في سمّ الخياط**﴾[1].

أقول: من هذه الجهة لا محظور فيه عقلاً، حيث إنه على هذا يدلّ على ثبوت الضمان في حقه دائماً، وسيأتي نظيره في المعنى الثالث.

نعم، عمدة الإشكال على هذا المعنى أن تقدير الضمان بعد التلف ممّا ليس له

---

* ***ولعل المراد أن الغاية وهو أداء ما أخذت ممتنع بعد تلف العين، فيكون المعنى وهو الضمان ثابتاً دائماً لتعذر حصول الغاية، كما أنّ نظير هذا الإشكال يأتي المعنى الثالث. (منه قدس سره).***

١) الأعراف: ٤٠.

شاهد أصلاً، فيكون القول بأنّ المقدّر هو الضمان بعد التلف تهجس صرف.

الثالث من المعاني وهو الجامع بين المعنيين /٢٥٤/ الأوليين حيث يكون مقتضاه الحكم التكليفي، أعني وجوب ردّ العين وحفظها مع بقاءها والحكم الوضعي هو أعني الضمان بعد التلف، بل وضمان الحيلولة أيضاً، وهو أن يكون المعنى أنه مستقرّ على عهدة الإنسان ما أخذه حتّى تؤدي. والمراد من العهدة هو الخسارة، يعني الضرر المالي.

وإذا دلّ الرواية على أنّ [الضرر [المالي للعين المأخوذة باليد، لابدّ من أن يكون عليها حتّى تؤدي.

فنقول: مقتضى ذلك وجوب رد العين مع بقائه على تقدير مطالبة المالك؛ لأنه أجمع من غيره في اجتماعه لمالية نفس هذا العين.

وعلى فرض عجز ذي اليد من أداء نفس العين، لابدّ له من أن يؤدي عوضه إلى المالك* في صورة مطالبة المالك، وهو المسمى ببدل الحيلولة.

**ثمّ إنّه يدلّ على وجوب الحفظ مقدمة لردّ العين الّذي هو واجب، كما تقدم بيانه في المعنى الأول.

وعلى فرض تلف العين يكون مقتضاه استقرار ضمان العين في ذمّته، لأن المفروض أن خسارة العين لابدّ من أن يكون عليه.

إن قلت: إنّه مع بقاء العين لا مانع من أن يكون قوله «حتّى تؤدي» غاية /٢٥٥/ لثبوت العين على عهدة هذا الشخص بمعنى ثبوت خسارتها عليه.

وأما مع تلف العين، فلا يجوز أن يكون «حتّى تؤدي» غاية لثبوت خسارة العين على هذا الشخص لاستحالة حصول الغاية على هذا التقدير. ومع ذلك كيف يصير هذا غايةً له.

قلت: يمكن رفع الإشكال المذكور من وجوه:

الأول أن نوسّع في معنى الأداء بأن نقول: إن أداء مالية العين أيضاً يطلق عليه أداء

---

*) *أقول. (منه قدس سره).*

**) *أقول. (منه قدس سره).*

العين عرفاً. والمراد من الأداء الّذي يكون غاية هو الأداء العرفي الشامل لأداء بدلها أيضاً.

الثاني أن نقول: إن المراد من الأداء هو أداء نفس العين؛ غاية الأمر أنه نقول: إذا انحصر الشارع خروج العهدة من العين بالأداء، فهذا يكشف من أنه في صورة التلف ليس عند الشارع ما يوجب خروج الذمة عن عهدة العين.

نعم، لما يرى العقل أن الذمة مشغولة وأنه ليس عند الشارع ما يوجب خروج الذمة من عهدة العين، فحينئذٍ يستقل العقل بلزوم أن يخرج المكلف نفسه عن عهدة العين ولو على نحو إخراج الموضوعي، كأن يؤدي عوضين إليه، أو يسأل منه إبراء نفسه عن الإشتغال وأشباه ذلك.

الثالث أن نقول أيضاً بأن هذه الرواية تدل على ثبوت العين في العهدة وأنه لا غاية له، إلا أن الإجماع قام على أنّ من يكون /٢٥٦/ على ذمّته مال، يجب عليه أداء تلك المال أو إبراء نفسه بنحوٍ آخر.

والفرق بين هذا الوجه وسابقه أنه بناءً على هذا الوجه يصير وجوب الأداء مثلاً شرعياً وبناءً على الوجه السابق يصير عقلياً، نظير وجوب التوبة، حيث إن العقل لما يرى على الإنسان ثقلاً، فيستقل بوجوب رفع هذا الثقل عن نفسه ولو لم يرفع، فليس عليه شيء إلاّ بقاء ذلك الثقل عليه.

أقول: هٰذين الوجهين الأخيرين يكونان فيهما التناقض في الجملة، ولنا بعض المناقشات في الكلمات السابقة أيضاً، إلا أنه لما رجع الأستاد ـ سلّمه الله ـ عن كون العهدة بالمعنى الّذي فسّرها أولاً ويذكر لم تفسير آخر، فلذا نحن نترك التعرض لما فيه من النماقشات.

ولعل بعض المناقشات فيها يظهر فيما بعد ـ إن شاء الله ـ.

بقي الكلام في التفسير الآخر الّذي ذكر هنا للعهدة ونقول: نقل عن المحقق الثاني[1] أنه قال: إن لفظة «على» ظاهرة في الحكم التكليفي ويكون المراد في

---

١) كما مرّ.

الرواية أيضاً هو الحكم التكليفي ، ومع ذلك يثبت به الضمان وبدل الحيلولة .

ونحن نقول في توضيح ذلك : إن قوله عليه السلام «على اليد» يدلّ على وجوب ردّ العين لو كانت /٢٥٧/ موجودة ووجوب ردّ بدلها لو كانت تالفة ، أو لو كانت غير مقدور التسليم .

والمراد من كون العين على العهدة هو هذا ، لا ما ذكرناه أولاً من كون خسارته عليه .

إن قلت: إذا كان المراد من الرواية بيان صرف الحكم التكليفي بردّ العين أو بدله وكان المراد من ثبوت العين على العهدة الذي ذكره المشهور أيضاً ذلك ، فذلك يقتضي أن لا يخرج بدل العين من تركة ذي اليد إذا مات ، لأنه كان حكماً تكليفياً صرفاً ، لا مالاً على ذمته حتى يكون قابلاً للأداء .

قلت: سيأتي ـ إن شاء الله ـ أنا نثبت من أنّ كل تكليف متعلق بالمال ـ كما نحن فيه والصدقة المنذورة وغير ذلك ـ يتعلق على الوارث ويترتب سائر آثار المالية عليه وأنه لا محظور في ذلك .

ثمّ لا يخفى أنه لو تعدّدت الأيادي الواقعة على مال الغير ، فلا يصير بدل العين متعدداً ، بل يكون له بدل واحد يكون كل واحد مكلفاً بردّه إلى المكلف بمقتضى «على اليد» ، وذلك لأنّ حال وجود العين كحال تلف العين .

فكما أنه في حال وجود العين كان كل واحد من الأيادي مكلفاً بردّ نفس العين ، فكذلك في حال تلف العين أيضاً يكون كلّ واحد مكلفاً بردّ بدل العين . وكما أن العين كانت شيئاً واحداً وكانوا جميعاً مكلّفين بردّه ، /٢٥٨/ فكذلك بدله أيضاً يكون بدلاً واحداً ، يكونوا كلّ واحد مكلّفين بردّه .

وما يظهر من بعض كلمات المكاسب[1] من أنّه يكون للعين أبدال متعددة وأنه يكون في ذمّة كل واحد من الأيادي بدلاً واحداً وأن المالك يكون مالكاً لكل واحد منها على البدل ، ليس بظاهره مراداً وإنما المراد هو ما ذكرناه من أن جميعاً يكونون

---

١) كتاب المكاسب ٥٠٥/٣، المسألة الثانية : أن المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن .

مكلّفين بردّ بدل واحد، كما كانوا مكلّفين بردّ نفس العين. وإنما وقع التعبير في الكلمات على خلاف هذا الوجه من جهة أنه في الغالب لا يمكن سوق العبارة على وجه يفي بتمام المقصود، ولا سيّما إذا كان المطلب مشكلاً.

[معنى ضمان المال]

ثمّ لا يخفى أنّ ضمان المال على طريقة الجمهور الّذي هو عبارة عن ضمّ ذمّة إلى ذمة أيضاً يكون معناه كما ذكرناه من أنّ كل واحد من الضامن والمضمون عنه يكونان مكلّفين برد شيء واحد، كما سيوضح لك ـ إن شاء الله ـ في المقدمة الثانية وليس في الحقيقة شيء في الذمة هناك، كما فيما نحن فيه.

نعم، في مقام يكون الحكم التكليفي مستتبعاً للحكم الوضعي كما في ضمان المال على طريقة الخاصة، فيكون /٢٥٩/ المال في مثل هذا المورد ثابتاً في الذمة، بخلاف مثل المقام الّذي قلنا فيه: إنه ليس في البين إلا الحكم التكليفي.

غاية الأمر أنه قلنا: إن هذا النوع من الحكم التكليفي وهو أن يكون العين ردّها واجبة مع بقاءها ومع تلف العين كان الواجب ردّ بدلها، نسمّيه ويسمّونه بالعهدة.

[معنى حديث «على اليد»]

أقول: هذا جملة ما تلقّيناه عن الأستاد ـ سلّمه الله ـ في المقدمة الأولى. ونحن نتكلم هنا أولاً في معنى حديث «**على اليد**»، **فنقول:** قال في المكاسب في أول مسألة المقبوض بالعقد الفاسد في ردّ من قال: إنّ هذه الرواية لا تدلّ على الضمان من جهة أنّ لفظ «على» ظاهر في الحكم التكليفي بأنّ: «هذا الظهور إنّما هو إذا أسند الظرف إلى فعل من أفعال المكلفين، لا إلى مال من الأموال، كما يقال «عليه دين»، فإن لفظة «على» حينئذٍ لمجرد الإستقرار[١] به على ضمان الصغير»[٢]؛ إنتهى.

---

١) في المكاسب: الاستقرار في العهدة عيناً كان أو ديناً ومن هنا كان المتجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير، بل المجنون إذا لم يكن.

٢) المكاسب ١٨١/٣.

ونحن نقول : بل في صورة اسند الظرف إلى فعل من الأفعال أيضاً ليس المعنى أنه يجب عليه ، بل يفيد معنى يلزمه الوجوب وهو كون الفعل المذكور محمولاً عليه ، كما هو مقتضى وضع لفظة « على » حيث إنه للإستعلاء . وأهل العرف أيضاً يريدون منه هذا المعنى / ٢٦٠ / ويكون هذا النحو من التعبير شايعاً عندهم .

نعم ، كثيراً ما يعبّرون بهذا المعنى الإعتباري الشايع عندهم لأن يجعلونه بمثل المعبّر لبيان الحكم التكليفي ، بل بناءً على عدم مجعولية الأحكام الوضعية لابدّ من أن نقول من أن كل ما ورد هذا النحو من التعبير في لسان الشارع ، فهو من جهة أنّه يريد أن يبين الحكم التكليفي بذلك ، فيكون الحكم الوضعي مجرد اعتبار ويذكر لأن يصير بمنزلة المعبّر لبيان الحكم التكليفي .

وبناءً على القول بعدم مجعولية الأحكام الوضعية وأنها منتزعة من الأحكام التكليفية ، نقول : إذا ورد مثل هذا اللفظ* في لسان الشارع ، فنقول : إنّ المقصود منه بيان كل حكم يكون منشأ انتزاع لهذا الإعتبار ، عبّر الشارع عن الحكم التكليفي به .

ومن هنا يكون لنا أن نقول : إذا أمر الشارع إنساناً بفعل ، فهنا لا يصح أن يفعل عنه بعد موته ولا يجوز أن يفعل عنه شخص آخر في حال حياته . وهذا بخلاف ما لو عبّر عن وجوب ذلك الفعل عليه بأن علية ذلك الفعل .

وكذا لو قال يجب عليه أداء ذلك على تعلقه تلك / ٢٦١ / المال المعين الخارجي ، فهنا لا نقول بأزيد من وجوب ردّه . وهذا بخلاف ما لو قال : إن عليه ذلك المال ، فان هنا نقول بوجوب رده ووجوب أداء بدل الحيلولة في زمان تعذّر الردّ ووجوب ردّ بدله بعد التلف .

وعلى هذا ، فالقول بأن الأحكام الوضعية مجعولة أو منتزعة ، لايوجب لأن يحصل الفرق في المطلب في أمثال ما نحن فيه لو قلنا بأن لهذا النزاع يكون الثمرة في غير هذا المقام .

وعلى هذا ، فلا فائدة لنا لأن نتعرّض لبيان أن الأحكام الوضعية مجعولة مطلقاً ،

---

*) *التعبير . (منه قدس سره) .*

أو منتزعة مطلقاً ، أو أن الحق هو التفصيل ، كما تعرّضنا لذلك في أواسط مسألة النهي في العبادات وغير ذلك .

وعلى هذا ، فالعمدة بيان ما يفهم عرفاً من قوله ﷺ «على اليد» .. اه ، **فنقول**: إن الظاهر العرفي من مثل هذا النحو من التعبير أن يكون المأخوذ على عهدة الآخذ بمعنى أن عليه أن يتحمّل كل ضرر يرد على المالك من قبل هذا المأخوذ ، بحيث يصير حال المالك بمثل أن لا يؤخذ منه ذلك .

ومقتضى ذلك وجوب الرد لو كان العين موجودة ووجود أداء بدل الحيلولة وبدل أصل العين في صورة التلف إذا طلب /٢٦٢/ المالك منه البدل . ومقتضى ذلك أنه إذا توارد الأيدي على مال المالك أن يكون للمالك أن يأخذ من كل واحد منهم ما كان له أن يطالب اليد الواحدة .

ولكنّه إذا أخذ البدل في صورة التلف من واحد منهم ، فليس له أن يطالب الباقين كما في صورة يأخذ العين من واحد منهم ، وذلك لأنّه على كل واحد أن يتحمّل ضرر المالك وبعد ما أخذ المالك من واحد منهم ، يرتفع موضوع ما كان على السائرين من رفع ضرر المالك من قبل هذا العين وتحمّلهم له .

وعلى هذا ، فعلى كل واحد منهم أن يؤدي البدل لو لم يؤدّه غيره قبله وطلب المالك منه ، فيكون تكليف كل واحد منهم بأداء البدل مشروطاً .

وعلى [هذا] ، فلو قلنا بثبوت الحكم الوضعي في أمثال هذه الموارد ، كما ذكرنا تفصيله في أول مسألة الظن أو قلنا بثبوت الأحكام الوضعية مطلقاً ، فحينئذٍ نقول : إن الذي يكون على ذمّة كل واحد منهم يكون نظير الواجب المشروط ، فبناءً على ذلك قبل أن يطالب المالك من واحد منهم ، ليس ذمّة من ذممهم مشغولة بالبدل* .

---

*) ***إن قلت: لو دلّ قوله «على اليد» على ضمان ذي اليد ، فهو ثابت في كل واحد من الأيادي ، وإن لم يدلّ ، فلا ضمان على واحد منهم .***

قلت: سيأتي في الحاشية الآتية أن العهدة غير الضمان ، لأن العهدة كون ضرر المال عليه وهو بنفسه اعتبار غير ثبوت مثل المال في الذمّة . ومع بقاء العين في الخارج لا يقتضي العهدة كون مثله في الذمّة ، وإنّما يقتضي العهدة ذلك بعد التلف .

واقتضاء العهدة لذلك إنّما هو إذا كان العهدة على شخص واحد . وأمّا إذا تعدّد العهدة لشيء

نعم ، في كل واحد منهم شأنية أن يشتغل ذمّته بالبدل بأن يطالب المالك منه . والأستاد قد عرفت أنه يقول : /٢٦٣/ من أنّه يكون بدل واحد وأن الكل مكلّفون بردّه

واحد ، فذلك لا يقتضي ثبوت المال في ذمّة إلاّ على نحو التكليف الذي يثبت على كل واحد منهم من وجوب البدل إذا رجع عليه .

هذا ، ولكن فيه ما سيأتي عند تقرير الأصل لبيان أنه بعد أخذ المالك ماله من واحد من الأيادي يكون استقرار الضمان عن من تلف المال في يده أن المال يستقر على ذمّة كلّ واحد من الأيادي الواردة على مال الغير .

والوجه في ذلك على نحو الإجمال أن مفاد قوله عليه السلام «على اليد» .. اه أن العين الذي يأخذه الإنسان من مال الغير ويستولى عليه ، يكون نفس ذلك المال محمولاً على ذي اليد . وتقدم أنه ظاهر في الحكم الوضعي والعهدة ، وبعد إمكان الجعل في هذا القسم صحّ الحكم الوضعي ، كما حقّقناه في محله .

وهذا الإعتبار الذي يسمى بالعهدة إذا ثبت حال تلف العين حيث يكون قبل الأداء ، فهو عين الضمان الذي يكون بمعنى اعتبار ثبوت مثل المتلف في الذمة .

ثمّ إن من الواضح أن كل يد وقع على مال الغير ، يكون لقوله عليه السلام «على اليد» .. اه هذا الإقتضاء فيه موجوداً .

فدعوى أن المال الواحد لا يجيء في ذمم متعددة ، لابدّ أن يكون لمانع وهو بأحد الوجهين :

الأول ما ذكره في الجواهر [انظر : جواهر الكلام ٣٥/١٤٠، كتاب الاقرار]. *وفيه ادعى أن تكليف من تلف العين في يده ذمي وتكليف غيره شرعي .*

هذا ، لكن يرد عليه ما أشرنا إليه هنا في الحاشية السابقة وهو أن مال واحد كيف يجيء في ذمم متعددة .

وفيه : أنه يتمّ لو كان الذمم بمثل الأمكنة لواحد شخصي ، وليس كذلك ؛ لأنّ الثبوت في الذمة عبارة عن اعتبار ثبوت المال في الذمة ، كما أنه في قواعد الشهيد فسّره بتقدير المال في الذمة ، ولا مانع من اعتبار ثبوت مال واحد في الذمم ، نظير أن الجزئي نتصوره أشخاص ، فيجيء في أذهان متعددة .

الثاني ما يقال من أنّ منشأ اعتبار هذا الحكم الوضعي وهو التكليفي ، أعني وجوب ردّ المبدل يكون مشروطاً بمطالبة المالك ، فكذلك الحكم الوضعي المنتزع منه .

وفيه : أنه ذكرنا في محله أن بعض الأحكام الوضعية التي منها الضمان ليس منتزعاً من التكليفي ، بل التكليفي من آثاره .

نعم ، هذا القسم من الوضعي كالتلكيفي يحتاج إلى حكمة في نفس الجعل على قول العدلية وحكمة جعل الضمان لا مانع من أن يكون موجوداً في ألف يد وقع على المال الشخصي ؛ فتدبّر جيّداً . (منه قدس سره) .

إلى المالك.

وفيه: أن البدل المذكور أن يكون في ذمة واحد منهم، يلزم الترجيح بلا مرجح، وإن لم يكن في ذمّة واحد منهم شيئاً قبل المطالبة، ولكنّه بعد المطالبة يوجد البدل في ذمة من تعلق الطلب به، فهذا عين ما ذكرناه.

وإن قال: إنه لا يصير في شيء من الذمم شيئاً وإنّما يكون في البين مجرد التكليف بدفع البدل، فهذا أيضاً لابدّ من أن يرجع إلى الواجب المشروط، كما ذكرناه.

وأمّا ما قاله من أنّ الشيخ ﷺ أيضاً يقول بذلك[1]، فكلّا! وكيف وهو يصرّح بأن ذمّة كل واحد مشغولة ببدل وأنه بأداء واحد منهم يسقط عن الباقين؟!

وعلى هذا، فالفرق بين ما قلناه وما ذكره الشيخ ﷺ في أنه بناءً على ما ذكرناه ليس في شيء من الذمم شيئاً من بدو الأمر.

نعم، يجيء بدل واحد في ذمّة كل واحد منهم بعد المطالبة. وبناءً على ما قاله الشيخ ﷺ يكون ذمة كلّ واحد منهم مشغولة ببدل من بدو الأمر وأنه يسقط البدل عن ذمّة الكل بأداء واحد منهم، بل الشيخ على ما سيأتي منه بُعيد ذلك ـ إن شاء الله ـ يقول[2]: باشتغال /٢٦٤/ كل واحد من الذمم بالبدل في زمان تكون العين غير تالفة أيضاً*.

---

١) كما مرّ.

٢) انظر: كتاب المكاسب ٥١١/٣.

*) *إن قلت: إنك أيضاً لابدّ من أن نقول بذلك، لأن مفاد الرواية في صورة بقاء العين وتلفه هو كون العين محمولاً على ذي اليد وعهدته، لأنا نقول: إن العهدة غير الضمان وإنّما يصير منشأً للضمان إذا تلف العين وجعل المال في عهدة الشخص وإن كان بنفسه حكماً وضعياً، إلّا أنّه مع بقاء العين لا يقتضي ذلك ثبوت المال في الذمة بعد ماكان بعين العين موجوداً في خارج الذمة.*

نعم، نفس العهدة يقتضي وجوب الرد.

نعم إذا كان العين محمولاً عليه وفي عهدته ولم يكن نفس العين موجوداً في الخارج، فيقتضي ذلك ثبوت بدله في الذمة، فجعل العهدة من مقتضاه جعل الذمّ في صورة تلف العين، فثبت الضمان مع التلف ولم يستعمل اللفظ في غير العهدة أيضاً. (منه قدس سره).

نعم ، ما ذكره الشيخ ﷺ يكون صحيحاً في ضمان الأموال على مذهب الجمهور ، كما سيوضح ـ إن شاء الله ـ.

ومقتضى كلام الأستاذ أنه في ضمان الأموال أيضاً يكون بدل واحد وكل من الضامن والمضمون عنه يكونان مكلفين بأدائه إلى المضمون له ، ولكن فيه ما عرفت .

[ضمان الصغير المميّز بواسطة اليد]

ثمّ لا يخفى أنه بناءً على أن يكون مفاد اليد هو الحكم الوضعي ، لا مانع من أن يقال بضمان الصغير المميّز بواسطة اليد .

وأمّا بناءً على أن يكون المقصود منه بيان الحكم التكليفي ، لكن على النحو الّذي بيّناه ، فنقول : لا مانع أيضاً من شمول « على اليد » له ، لأنّه لا إشكال في أنّه لو كان الحكم الوضعي مجعولاً ويكون المقصود من قوله « على اليد » بيان الحكم الوضعي من أن المال يكون على عهدة ذي اليد ، فحينئذٍ نقول : إذا كان ذو اليد صغيراً وصار[ت] العين في عهدته ، فلا إشكال من أن هذا الحكم الوضعي يستتبع تكليفاً ، مثل /٢٦٥/ وجوب أداء البدل بعد البلوغ إلى غير ذلك من الأحكام الوضعية الّتي يستتبع كون عهدة الصغير مشغولة بالعين .

وعلى هذا نقول: قد عرفت أنّ المدلول المطابقي لقوله ﷺ « **على اليد ماأخذت** » .. اه هو كون العين على عهدة ذي اليد وأن ضررها يكون محمولاً عليه ؛ غاية الأمر أنا لمّا أنكرنا الحكم الوضعي ، قلنا : إن المراد منه بيان الحكم التكليفي وأن هذا النوع من التعبير يكون للإنتقال إلى الحكم التكليفي .

وعلى هذا، نقول: إنّ التعبير عن الحكم التكليفي بأن المال عليه وعلى عهدته لا يصح إلّا بأن يكون المقصود أن يبيّن بهذا التعبير ثبوت كل حكم تكليفي يكون منشأ الإنتزاع لهذا الحكم الوضعي . ومقتضى ذلك أن يدل في مورد كان ذي اليد صغيراً على ثبوت كل حكم تكليفي ينتزع منه كون عهدة الطفل مشغولة بالعين ، وهذا المقدار يكفينا .

فلا فرق ـ بناءً على هذا ـ بين أن يكون المقصود من هذه الرواية بيان الحكم الوضعي ، أو الحكم التكليفي .

إن قلت: إذا كان المقصود بيان الحكم التكليفي ، فيلزم استعمال اللفظ في أكثر من معنىً ، على فرض /٢٦٦/ شمول ذي اليد للصغير ؛ لأنّ تكليفه الّذي ينتزع منه اشتغال عهدته ، مغاير مع ما ينتزع منه من التكاليف اشتغال ذمّة الكبير .

قلت: من هذه الجهة لا فرق بين أن يكون العهدة مجعولة أو منتزعة ، لأنّ اللفظ استعمل لبيان اشتغال العهدة ، إلّا أنه لو كان المراد جعل نفس الحكم الوضعي بهذا اللفظ ، فحينئذٍ يكون ذلك مقصوداً من اللفظ ، لا غير .

وأمّا لو كان المراد بيان الأحكام التكليفية ، فيكون هذا التعبير بمنزلة المعبر للإنتقال إلى الأحكام التكليفية ، ولكن اللفظ لم يستعمل في نفس الأحكام التكليفية حتّى يوجب ذلك استعمال اللفظ في أكثر من معنىً ، بل يكون من قبيل الكناية في أن المقصود بالإفادة غير المستعمل فيه ؛ فتدبّر جيداً في أصل المطلب واغمض عن الركاكة الموجودة في مقام التعبير .

[ضمان الأموال]

المقدمة الثامنة

في بيان بعض الأمور المتعلقة بضمان الأموال:

إعلم أنّ الضمان بالمعنى الأخص أعني ما يكون قسيماً للكفالة والحوالة، لا ما يعمّ الجميع، على قسمين:

الأول /٢٦٧/ أن يكون المضمون من الديون المستقرة على ذمة المضمون عنه، وهنا يكون مقتضى الإجماع والأخبار أن عقد الضمان يوجب النقل؛ يعني نقل الدين الّذي تعلق الضمان به من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن الذي كان بريء الذمة من هذا الدين، فيسقط جواز المطالبة عن المضمون عنه بعد عقد الضمان.

ثمّ إنه بعد ما أدّى الضامن المال المضمون إلى المضمون له، فيرجع الضامن على المضمون عنه بما أدّاه إلى المضمون له كلاً أو بعضاً، لكن بشرط أن يكون ضمان المال المذكور بإذن المضمون عنه.

هذا كلّه على مذهبنا، وأمّا على مذهب الجمهور، فلا يوجب النقل، بل الضمان عبارة عن ضمّ ذمّة الضامن إلى ذمّة المضمون عنه، فيفيد اشتراك الذمّتين في وجوب الخروج عن عهدة الدين المضمون.

وعلى هذا يكون الضمان مشتقاً من الضمّ ويكون النون فيه إما زائدة أو بدلاً عن الميم.

[معنى ضمّ الذمّة إلى الذمة]

ثمّ إنّ معنى ضمّ الذمّة إلى الذمّة على طريقة الشيخ أن الدين المذكور يكون ثابتاً على كل من الذمّتين ومن كل واحد منهما أخذ الدين يسقط عن ذمّة /٢٦٨/ الآخر

أيضاً ، ولكن الأستاد قد تقدم أنه قال : إن مراد الشيخ ﷺ أنه ليس في شيء من الذمّتين شيء وإنّما يكون في البين مجرد أن كل واحد منهما يكون مكلّفاً بردّ مال واحد .

ولكنّا قلنا : إن مراد الشيخ ما نقلته أولاً ، ولكن الحق في نظير هذه الموارد أن يقال :

إنه ليس على شيء من الذمّتين شيء قبل المطالبة وإنّما يتعلق على ذمّة من تعلق المطالبة به بعد المطالبة عنه .

ثمّ لا يخفى أنه على طريقة الجمهور لا مانع من أنّه يضمن اثنان[1] لواحد في الديون ؛ لأن ذلك يوجب ضمّ ذمّتين إلى ذمّة ولا محظور فيه .

وأمّا على طريقتنا فغير معقول ؛ لأن الضمان يوجب النقل ، مع أنّ الدين الواحد لا يعقل أن ينقل إلى ذمّتين بأن يكون على كل واحد مجموع تلك الدين حتّى يكون للمالك أن يطالب مجموع الدين من كل واحد منهم ، كما هو المقصود من ضمان اثنين لواحد .

وعلى هذا ، فما نقله في المكاسب[2] هنا من ابن حمزة[3] من أنه قال بضمان [الـ]ـاثنين لواحد ، يكون على خلاف مقتضى مذهب الإمامية .

/ ٢٦٩ / ولذا قال الأستاد : لا يصح ذكر هذا النظير من الشيخ . ولكن فيه : أن بطلان ما أفتى به ابن حمزة لا يوجب لأن يسقط كلامه عن كونه نظيراً لمّا نحن فيه ، كما هو واضح .

القسم الثاني في ضمان الأعيان والمراد من الأعيان هو الأعيان المضمونة الّتي يجب على القابض ردّها إلى المضمون له لو كانت موجودة ورّد عوضها لو تلفت إما مطلقاً أو على بعض التقادير ، كما سيوضح عند بيان ضمان العهدة وذلك كالعين المغصوبة والمقبوضة بالسوية على تقدير القول بالضمان فيه والمقبوضة بالعقد

---

١) في المخطوطة : اثنين .

٢) كتاب المكاسب ٥٠٧/٣ .

٣) الوسيلة : ٢٨١ في الضمان .

الفاسد والمستعارة المضمونة وغيرها.

والمراد بضمان هذه الأعيان أن يضمن شخص لها بأن يكون عليه ردّها مع وجودها ومع تلفها يكون عليه القيمة كالقابض الّذي كان هذان الحكمان ثابتين عليه.

[عدم صحة ضمان الأعيان و صحّته]

ثمّ لا يخفى أن بناء المشهور على عدم صحة ضمان الأعيان، وذلك لأن القابض وهو ذو اليد مكلّف بردّ الأعيان المذكورة على فرض وجودها وبردّ قيمتها على فرض تلفها إجماعاً من غير فرق بين صورة يضمن شخص آخر أن يردّ الأعيان المذكورة على فرض وجودها وردّ قيمتها على فرض تلفها، أم لا.

/ ٢٧٠ / وعلى هذا، فلا يفيد عقد الضمان في مثل هذه الموارد إلاّ ضمّ ذمّة الضامن إلى ذمة القابض وهو ليس من مذهب الإمامية، كما عرفته في ضمان الديون؛ بل مذهبهم على أن من خواص عقد الضمان انتقال الحق في ذمّة الضامن وبراءة ذمّة المضمون عنه.

ثمّ إنّ العلامة ﷺ في التذكرة[1] قال: بصحة ضمان الأعيان، كما يقوله المشهور في خصوص بعض أفراد ضمان الأعيان وهو ضمان العهدة، أعني ضمان الدرك لكل واحد من البايع والمشتري، كما سيأتي توضيحه وعبارته، كما نقلها في شرح الإرشاد أنه قال في التذكرة: «ضمان المال عندنا ناقل للمال من ذمّة المديون إلى ذمّة الضامن على ما يأتي. وفي ضمان الأعيان المضمونة والعهدة إشكال، أقربه عندي جواز مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه. أما الضامن، فللضمان، وأمّا المضمون عنه، فلوجود العين في يده، أو تلفها فيه[2] وفي العهدة إن شاء المشتري طالب البايع، وإن شاء طالب الضامن، لأن القصد هنا بالضمان التوثيق، لا غير»[3]؛ إنتهى.

---

١) تذكرة الفقهاء ١٤/٣٣٦، في الضمان، مسألة ٥٢.

٢) في المخطوطة: (فيها).

٣) تذكرة الفقهاء ١٤/٣٣٥، في الضمان، مسألة ٥٢.

ومقتضى كلام العلامة الإعتراف بأن حال ضمان الأعيان ليس /٢٧١/ كحال ضمان الأموال على مذهب الإمامية، إلاّ أنه يتمسك لإثبات صحة الضمان في الأعيان بإطلاق أدلة الضمان ويخصّص ما دل على أن الضمان ناقل بغير ضمان الأعيان المضمونة.

ولكن في شرح الإرشاد يذكر تقريباً لإثبات أن عقد الضمان في ضمان الأعيان أيضاً ناقل وأن ذلك لا ينافي مع وجوب رد العين على ذي اليد.

وتمام الكلام في هذا المقام في محله.

[ضمان العهدة]

بقي الكلام في بيان ضمان العهدة، وذلك كضمان عهدة العوضين لكلّ واحد من البايع والمشتري، وهذا على قسمين:

الأول ما يرجع إلى ضمان الأموال الثابتة في الذمّة الّتي كان صحته متفقاً عليه، لكون الضمان هناك موجباً لنقل مال عن ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن وذلك كما لو ضمن الضامن الثمن عن المشتري للبايع إذا كان الثمن كلياً ثابتاً في ذمّة المشتري وكان غير مقبوض، بل وكذا لو قبضه، /٢٧٢/ لكن بشرط أن يكون الثمن في أصل البيع كلياً، فإن الضمان هنا أيضاً صحيح لاحتمال خروج الثمن الّذي عيّنه المشتري مستحقاً للغير.

وكذا لو كان الثمن في أصل البيع معيّناً وكان المضمون عن المشتري أرشه*، فإن الضمان في جميع هذه الموارد يقتضي انتقال الثمن لو كان على ذمّة المشتري إلى ذمّة الضامن وبراءة المضمون عنه عنه، كما هو مقتضى عقد الضمان على مذهب الإمامية.

وبناءً على هذا، فلا يصير ضمان العهدة بهذا المعنى مثالاً لما يجيء فيه، لأنّه لم يفد ضمّ ذمّة إلى ذمّة أخرى، بل المثال لما نحن فيه هو القسم الثاني من ضمان

---

*) *وهذا من قبيل ضمان ما لم يجب، بناءً على أن الأرش يثبت بعد العلم بالعيب واختيار الأرش. (منه قدس سره).*

العهدة الّتي يأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله ـ، كما أن من الواضح أن هذا القسم من ضمان العهدة ليس داخلاً في ضمان الأعيان، بل يكون من ضمان ما في الذمّة على بعض الفروض* ، كما لو ظهر الثمن مستحقاً للغير، أو ظهر العيب فيه؛ يعنى على هذا التقدير يكون الضمان ناقلاً من ابتداء الأمر، وعلى غير هذا التقدير ليس في الحقيقة ضمان، نظير الإجازة /٢٧٣/ في الفضولي على القول بكون الإجازة كاشفة، وبهذا اللحاظ عدّ في المسالك[١] ضمان العهدة بهذا المعنى قسيماً لضمان المال الثابت في الذمة مثل الديون.

القسم الثاني من ضمان العهدة ما يكون من ضمان الأعيان إلا أن ضمان الأعيان قد تقدم أن المشهور كانوا قائلين ببطلانه. ولكن هذا القسم من ضمان الأعيان وهو ضمان العهدة تكون الشهرة على صحته وإن يلزم فيه رفع اليد بما هو ثابت في مذهب الإمامية، كما تقدم من أن الضمان ناقل.

والمراد من ضمان العهدة الّذي يكون من أقسام ضمان الأعيان هو أن يضمن عهدة أحد العوضين في البيع أو غيره على فرض كون المعاملة باطلة من رأس، وذلك كما إذا ضمن عهدة الثمن للمشتري إذا ظهر فساد البيع من ابتداء الأمر، كما ظهر كون المبيع ملكاً لغير البايع ولم يجز المالك أيضاً، فالضامن يلتزم رجعة المشتري إليه عند الحاجة، ويسمى ضمان العهدة بقسميه بضمان الدرك.

« حكي عن الصحاح[٢] أنه قال: الدرك التبعة.

وقيل[٣]: سمي ضمان الدرك لالتزام الضمان الغرامة[٤] عند إدراك المستحق /٢٧٤/ عين ماله »[٥].

ولكن فيه مسامحة لما قد عرفت من أن ضمان العهدة بكلا قسميه يسمّى بضمان

---

*) *يعني الأخيرين. (منه قدس سره)*.

١) مسالك الإفهام ١٩٥/٤، كتاب الضمان، ضمان الأعيان المضمونة.

٢) الصحاح ١٥٨٢/٤، على ما نقل في هامش التذكرة ١٣٣٠/١٤.

٣) روضة الطالبين ٤٧٩/٣ على ما نقل في هامش التذكرة ٣٣٠/١٤.

٤) في المخطوطة: (الفراق).

٥) تذكرة الفقهاء ٣٢٠/١٤، كتاب الضمان، حكم ضمان العهدة، مسألة ٥١٥.

الدرك ، مع أن التكليف لا يشمل صورة ظهر في الثمن مثلاً عيب .

ثمّ إنك إذا عرفت أن ضمان العهدة بالمعنى الأخير يكون داخلاً في ضمان الأعيان ، فنقول : مقتضى الضمان فيه ضمّ ذمّة إلى ذمّة ، كما تقدم في ضمان الأعيان وذلك لأنّ سبب الضمان وهو اليد يكون بعد موجوداً في حق المضمون عنه أيضاً ، فيصير حال ضمان الأعيان مطلقاً كحال الأيادي الواقعة على مال المغصوب .

إذا عرفت ما تقدم ، فظهر لك أن ضمان الأموال مطلقاً ، أي سواء كان المضمون ديناً ثابتاً في ذمة المضمون عنه من ابتداء الأمر على جميع التقادير أو كان ثابتاً عليه على بعض التقادير كضمان الدرك في البيع ونحوه في صورة لم يكن البيع باطلاً من أصله ، لأنّه يكون نظيراً لما نحن فيه وهو توارد الأيادي على مال المغصوب بناءً على مذهب الإمامية من أنّ الضمان ناقل .

نعم ، بناءً على مذهب الجمهور ـ كما ذكره الشيخ ﷺ ـ يكون التنظير صحيحاً .

وكذلك لا مانع من تنظير ما نحن فيه بما نقله / ٢٧٥ / في المكاسب[1] عن ابن حمزة من اثنين لواحد . وما نقله مما حكي عن العلامة في دروسه[2] من نفي المنع من ضمان الإثنين لواحد على وجه الإستقلال وقال نظيره في العبادات الواجبة الكفائية وفي الأموال الغاصب من الغاصب وهو مسألة توارد الأيدي على مال المغصوب .

وما ذكره الأستاد من عدم صحة التنظير ، فقد عرفت أنه في غير محله ؛ لأنّ بطلان القول ليس موجباً لبطلان التنظير .

وأمّا ضمان الأعيان ، فلا مانع من تنظير ما نحن فيه به من غير فرق بين ما يسمّى منه بضمان العهدة وضمان الدرك الّذي كان الشهرة على صحته وبين ما لا يكون منه بضمان العهدة والدرك الّذي كان الشهرة على بطلانه ، فلا مانع في شيء من التنظيرات الّتي ذكرها الشيخ ﷺ هنا .

والحاصل أن الشيخ يقول في تمام هذه الموارد مثل ما نحن فيه وهو توارد

---

١) انظر : كتاب المكاسب ٥٠٧/٣ .

٢) في المخطوطة : دوروسه .

الأيادي على مال المغصوب من أنّه يجيء بدل المال المضمون في ذمّتين، بمعنى أنه يكون في كل ذمّة بدل ويسقط المال عن ذمّة كل واحد بأداء الآخر.

إن قلت: مع وجود العين كيف يقول بمجيء بدلها في الذمة.

قلت: لسنا هنا بصدد /٢٧٦/ تصحيح كلامه. ولعل لورود هذا الإشكال عليه حمل* الأستاد ـ سلّمه الله ـ كلامه على أن المراد أنه ليس إلا بدل واحد، يكون كل واحد مكلّفاً بردّه في حال التلف.

وإذا كانت العين موجودة، يكونان مكلفين بردّها.

هذا، ولكنّك قد عرفت وستعرف ـ إن شاء الله ـ أن عبارة الشيخ آبية عن هذا الحمل، مع أنك عرفت فساد ما ذكره الأستاد أيضاً وأن التحقيق أنه مع وجود العين يكونان مكلفين بردّها ومع التلف يكون للمالك أن يرجع إلى كل واحد منهما. فليس في شيء من الذمّتين شيء قبل المطالبة. نعم، يكون لكل من الذمّتين شأنية أن تصير مشغولاً بالبدل على فرض مطالبة المالك عنه بالخصوص، دون صاحبه.

وسيأتي توضيح كلام الشيخ بعد ذلك أيضاً ـ إن شاء الله ـ.

هذا كله في بيان وجه رجوع المالك إلى كل واحد من الأيادي المتواردة على مال المالك.

في وجه رجوع من لم يتلف المال في يده إلى من تلف المال في يده

بقي الكلام في وجه ما يقولون من أنّه لو رجع المالك إلى الأخير الّذي تلف المال

---

*) *هذا الحمل غير رافع لإشكال أنه مع بقاء العين لا يجيء بدلها في الذمّة، سواء كان في ذمّة أو ذمّم. نعم، رفع الإشكال بأن يقال: إنه مع وجود العين يشتغل عهدة كل واحد وإن العهدة غير الضمان ومن اقتضائها أن يتعلق المال بالذمة بعد التلف، كما قلنا.*

نعم، نحن قلنا: إنه مع تعدّد الأيادي تعلق العوض بذمّة كل واحد، مشروط بأن يطالب منه ولم يأخذ البدل من غيره، لكن رجعنا عنه.

وظاهر كلام الشيخ أن ذمّة كل واحد مشغول ببدل وأنه بأداء واحد يسقط عن الباقين.

هذا، إلا أنه يأتي في توجيه أن السابق من الأيادي لو رجع المالك إليه يرجع إلى اللاحق، دون العكس أن مراد الضمان ما هو ظاهر كلامه من اشتغال الذمة في زمان بقاء العين. (منه قدس سره).

في يده ، فلم يرجع هو إلى من تقدمه من الأيادي إذا لم يكن الأخير مغروراً .

وأمّا إذا رجع إلى الأيادي السابقة ، فيكون لمن رجع المالك إليه أن يرجع إلى كل واحد /٢٧٧/ من الأيادي اللاحقة على يده ، وهكذا يرجع كل سابق ضمن إلى لاحقه ، إلى أن يستقرّ الضمان على من تلف المال في يده ، كما سيوضح ـ إن شاء الله ـ .

ونحن لتوضيح المطلب نفرض الكلام في صورة ورد على المغصوب يدين : **أحدهما سابقة ، والأخرى** لاحقة ولم يكن في البين غرور .

فنقول: لابدّ هنا من أن نبيّن وجه كلّ واحد من رجوع الأوّل إلى الثاني لو رجع المالك إلى الأوّل ، وعدم رجوع الثاني إلى الأول لو رجع المالك إلى الثاني .

وذكر لرجوع الأوّل إلى الثاني على فرض رجوع المالك إلى الأوّل وجوه ونحن نذكر تلك الوجوه هنا . فإن تمّ شيء منها ، وإلّا فلابدّ من أن نتمسك في ذلك بالإجماع أو نلتزم بأنه لا يرجع الأوّل إلى الثاني .

فنقول:

الأول من الوجوه ما نقل عن الكركي ، بل عن أكثر الفقهاء من أنّ الثاني تلف المال في يده ، دون الأول . وقد أشار الشيخ[1] في ضمن كلماته إلى هذا الوجه وإلى ردّه . ونحن نقول فيه :

أولاً أن مجرد تلف المال في يد الثاني لا يصير منشأً لأن يرجع الثاني إلى الأول ، دون العكس ، بعد ما يكون المفروض أن الوجه في ضمانها هو اليد وهما من حيث ثبوت يدهما على مال الغير على نسق واحد .

وثانياً نقول : إن العلماء يقولون برجوع كل سابق إلى لاحقه إلى أن يستقرّ الضمان على من ليس بعده يد لاحق ، سواء تلف المال في يده أو لم يتلف ، كما لو كان المغصوب عبداً ، فأبق /٢٧٨/ من يد الأخير ، مع أنّ الوجه المذكور على فرض تماميته لا يقتضي بأزيد من رجوع من لم يتلف المال في يده من الأيدي المتواردة

---

١) انظر : كتاب المكاسب ٥٠٩/٣ .

على المغصوب على من تلف المال في يده منها.

الثاني ما ذكره في الجواهر[١] في أوائل كتاب الغصب في هذه المسألة وهو أن كل واحد ممن تلف المال في يده ومن لم يتلف المال في يده وإن كان مخاطباً بردّ بدل العين المغصوبة التي وردت يدهما عليه لحديث «على اليد»، إلّا أن خطاب من تلف المال في يده ذمّي، يعني لمّا كان ذمّته مغشولة بالبدل، فكلّف بأدائه. وهذا بخلاف من لم يتلف المال في يده، فإن خطابه بأداء البدل شرعي صرف، فهو مكلف من جهة الغصب بأداء البدل الّذي كان على ذمة من تلف المال في يده.

وذلك لأنّه لا دليل على شغل ذمَم متعددة بمال واحد.

وعلى هذا، فاذا أدى من تلف المال في يده، فلا يرجع إلى الغير؛ لأنّه أدى ما ثبت في ذمّته، وهذا بخلاف ما لو أداه من لم يتلف المال في ذمّته، فإنّه لم يكن ذمّته مشغولة بالبدل، بل كان مكلفاً بأداء ما ثبت للمالك في ذمّة من تلف المال في يده.

وعلى هذا، فإذا أدى من ماله من لم يتلف المال في يده ما ثبت للمالك من البدل في ذمّة من تلف المال في يده، فيملك بأدائه ما ثبت للمالك في ذمّة من تلف المال في يده بالمعاوضة الشرعية /٢٧٩/ القهرية.

فلذا إذا أدى من لم يتلف المال في يده، فيرجع بما أداه إلى من تلف المال في يده بالنسبة إلى بدل المقدار الّذي تلف في يده.

وناقش في المكاسب[٢] على هذا الوجه من وجوه:

الأول أن الدليل على رجوع المالك إلى كل واحد من الأيادي الواردة على المغصوب هو حديث «على اليد» وهو لا يفرق بين من تلف المال في يده وغيره، فلا وجه لأن يقال: إن خطاب الأول بالأداء ذمّي والثاني شرعي.

الثاني أنه لو قلنا: إن خطاب «من لم يتلف المال في يده» شرعي لا ذمّي، فمقتضى ذلك أن لا يخرج من تركته بعد الموت؛ لأنّ الخطاب الصرف يسقط بعد الموت، والمفروض أنه ليس شيء على ذمّته. وكذا لابدّ من أن لا يدفع عنه في

---

١) جواهر الكلام ٣٤/٣٧، كتاب الغصب.

٢) انظر: كتاب المكاسب ٥٠٩/٣.

صورة الإمتناع ، مع أن العلماء لا يفرّقون بينه وبين غيره من الديون الثابتة في الذمة في الإخراج من تركته وفي الدفع عنه من ماله والضرب فيه مع الغرماء إلى غير ذلك ، ما لم يسقط بدل العين بأداء أحدهم أو إبراء المالك .

الثالث أنه لو سلّمنا أن خطاب « من لم يتلف المال في يده » شرعي صرف ، فنقول : لا وجه لأن يملك هو ما في ذمة من تلف المال في يده بمجرد دفع البدل ؛ لأنه لا يعلم له سبب اختياري ولا قهري ، / ٢٨٠ / لأن كون من لم يتلف المال في يده مكلفاً بأداء ما في ذمّة من تلف المال في يده ، ليس مقتضاه بأزيد من أنّه إذا أداه سقط ما في ذمّة من تلف المال في يده .

وأمّا صيرورته مالكاً له ، فلا وجه له ؛ لأنّه لا وجه لحصول المعاوضة القهرية ، كما يدعيه في الجواهر[1] .

أقول: بل ذكرنا في آخر كتاب الرهن أن مجرد أداء دين المديون لم يكن منشأً لأن يملك ما في ذمّة المديون وإن يسقط ما في الذمة المديون بأدائه .

الرابع أنّ مقتضى ما ذكره من أنّ غير من تلف المال في يده يملك بالأداء ما ثبت للمالك في ذمّة من تلف المال في يده ، أن لا يرجع بعد الأداء إلّا بمن تلف المال في يده ، مع أنّ ظاهر العلماء خلافه ، فإنّه يجوز له أن يرجع إلى كل واحد من الأيادي اللاحقة ولو لم يتلف العين فيها .

وزاد الأستاد على ذلك بأن مقتضاه أن لا يرجع الغارم إلى أحد في صورة لم يتلف العين في يد الأخير أيضاً كما إذا كان المغصوب عبداً ، فأبق ، كما تقدم منه نظير هذا الإشكال في الوجه الأوّل . ولكن ظني أن هذا الإشكال في غير ما هو محل الكلام ، لأنّ الكلام هنا في بدل العين ، وفي صورة كان العين باقية وتعذر الوصول إليه ، لم يستحق / ٢٨١ / المالك إلّا بدل الحيلولة ، لا بدل العين ؛ بل يمكن دعوى أنه لم يعلم أن يقول العلماء في صورة بقاء العين : إنه يرجع الغارم إلى الأخير بأخذ بدل الحيلولة ، حتّى نحتاج إلى تعميم توجيه صاحب الجواهر إلى هذه الصورة ، حتّى

---

١) جواهر الكلام ٣٤/٣٧.

يرد عليه الإشكال الذي ذكره الأستاد ـ سلّمه الله ـ.

الثالث ما ذكره الشيخ ﷺ في المكاسب[1] وهو أن الغاصب الأوّل اشتغلت ذمّته بالبدل بوضع يده على المغصوب من ابتداء الأمر.

ثمّ إذا جاء المغصوب في يد الثاني، فمقتضى قاعدة «على اليد» اشتغال ذمّة الثاني أيضاً.

ثمّ إنّه في زمان جاء المغصوب في يد الثاني، لمّا كان للمغصوب بدل وهو ما ثبت في ذمّة الغاصب الأوّل، فحينئذٍ مقتضى قاعدة البدلية أن يصير الغاصب الثاني ضامناً للبدل أيضاً، كما صار ضامناً للمبدل أعني نفس المغصوب. وذلك لأنّ كلّ حكم ثبت للمبدل، يثبت للبدل أيضاً.

ولذا يقولون بأن قيمة المال الموقوف أيضاً يصير موقوفاً وقيمة الرهن أيضاً يصير رهناً، إلى غير ذلك.

ثمّ إنّه لا يمكن الجمع بين البدل والمبدل؛ فمقتضى ذلك بضميمة ما تقدم أن يصير الغاصب الثاني ضامناً لواحد من المبدل والبدل، لا لهما معاً، فيكون ضامناً لواحد منهما على البدل.

فتلخّص من ذلك أن الغاصب الأوّل وإن اشتغلت ذمّته بالبدل، إلاّ أن الغاصب الثاني صار ضامناً لما ثبت من البدل في ذمّة الأوّل.

في توارد الأيدي على المغصوب

/٢٨٢/ ولذا لو رجع المالك إلى الغاصب الأوّل، فيرجع الغاصب الأوّل إلى الغاصب الثاني؛ لأنّ المفروض أن الغاصب الثاني صار ضامناً للبدل الّذي ثبت في ذمّة الغاصب الأول.

إن قلت: إنّ الغاصب الثاني صار ضامناً للبدل الثابت في ذمّة الغاصب الأول للمالك، لا للغاصب الأوّل حتّى يكون للغاصب الأوّل أن يرجع إليه.

---

١) كتاب المكاسب ٥٠٩/٣.

قلت: معنى كون الغاصب الثاني ضامناً للبدل هو أن يكون خسارة البدل عليه ، لا على شخص آخر .

وعلى هذا ، فإذا فرضنا أن المالك أخذ من الغاصب الأوّل ، فورد خسارته على الغاصب الأوّل ، فيأخذ الغاصب الأوّل من الثاني ، حتّى يكون خسارته على الغاصب الثاني ، دون الأوّل .

أقول: ولا يخفى أنه لا نحتاج هنا إلى ان نلتزم بمعاوضة قهرية ،كما التزمه صاحب الجواهر في الوجه الأوّل وذلك لأنّ مقتضى قول الشارع : إن للمالك أن يأخذ البدل من الغاصب الأوّل ، ومقتضى قوله : إن للمالك أن يأخذ البدل من الغاصب الاوّل ، ومقتضى قوله : إن خسارة البدل يكون على الغاصب الثاني ، هو أنه لو رجع المالك إلى الأوّل ، يرجع الأول إلى الثاني ،كما يقولون بنظيره في غير المقام .

وهذا بخلاف ما لو رجع المالك من أول الأمر إلى الغاصب الثاني وأخذ بدل العين منه ، فان أخذ البدل من الثاني موجب لسقوط ذمّة الأوّل عن البدل ، حيث إن المالك لم يستحق /٢٨٣/ إلّا تداركاً واحداً ، فلا يكون مالكاً إلّا لوحد من البدلين على البدل . فإذا تداركه واحد منهما ، سقط عن الآخر .

ومع ذلك ليس للغاصب الثاني أن يرجع إلى الغاصب الأوّل ؛ لأنّ الغاصب الثاني لم يتدارك بأزيد ممّا استقرّ في ذمّته .

وقس على ما ذكرنا صورة وقع العين في يد الثالث والرابع واستخرج حكمه بالبيان الّذي ذكرناه .

أقول: هذا الوجه قابل للنماقشة من وجوه :

الأول أنه في زمان جاء المغصوب في يد الأوّل ، لمّا كان عينه باقية ، فلا وجه لأن يصير الغاصب الأوّل ضامناً له بحيث يجيء بدلها على ذمّته .

فلا ينطبق هذا الكلام إلّا على مذهب أبي حنيفة حيث يقول : إن الغاصب يصير ضامناً من حين الغصب[1] .

---

١) انظر : الخلاف للشيخ الطوسي ٤١٩/٣، كتاب الغصب، مسألة ٣٦؛ والخلاف ٤٠٣/٣.

وأمّا على مذهب غير أبي حنيفة ـ كما هو مذهب الشيخ[١] ـ فليس الغاصب الأوّل مع وجود العين المغصوبة إلّا مكلفاً بردّه إذا كان الردّ ممكناً، كما هو مفروض كلامنا، كما سيوضح ـ إن شاء الله ـ لو لم يكن بنفسه واضحاً.

إن قلت: إنّ المراد بصيرورة الغاصب الأوّل ضامناً للبدل بمجرد الغصب أنه حين الغصب يصير ضامناً للبدل شأناً، لا فعلاً، حيث إنه بعد الغصب لو تلف العين، فيصير ضامناً للبدل.

قلت: مع غمض العين من أنّ الشأنية تكون موجودة قبل زمان الغصب أيضاً فيه، إن شأنية الضمان معناها أنه ليس بالفعل ضامناً لشيء، فلم يحصل بعدُ بدل للمغصوب في ذمة الغاصب الأوّل حتّى يصير الغاصب الثاني ضامناً له بقاعدة البدلية.

وأمّا حين التلف فكل واحد من الغاصب الأوّل والثاني /٢٨٤/ يصير ضامناً للبدل في عرض واحد.

في وجه رجوع من لم يتلف المغصوب في يده إلى من تلف في يده، دون العكس

الثاني أنّ ما يجيء في ذمّة الغاصب إنّما يكون بدلاً عن المغصوب على مذهب أبي حنيفة حيث يقول: إنه يملك الغاصب المغصوب بإزاء ما يجيء في ذمّته[٢]، وأما بناءً على مذهب الحق من أنّه يصير الغاصب ضامناً بالتلف وقبل التلف مكلّف بردّ نفس المغصوب، فليس ما يجيء في ذمّة الغاصب بدلاً عن المغصوب، لأن المغصوب في تلك الزمان يكون تالفاً والتالف معدوم، فليس قابلاً لأن يقع المبادلة بينه وبين شيء آخر.

فلذا يقولون: إنّ ضمان الغاصب يكون من باب الغرامة، فليس ما يجيء في ذمّة الغاصب الأوّل بدلاً عن المغصوب حتّى يجري حكم المغصوب عليه بقاعدة

---

١) انظر: الخلاف ٤١٥/٣، كتاب الغصب، مسألة ٢٩.

٢) راجع جواهر الكلام ٨٣/٣٧، كتاب الغصب؛ والخلاف ٤٢٠/٣، كتاب الغصب، مسألة ٣٧ و٣٨.

البدلية ، وإنّما البدل للمال هو عوضه ، كثمنه أو مثمنه .

فحكمهم بكون قيمة الرهن رهناً إلى غير ذلك ، غير مستلزم للحكم بأن الغاصب الثاني فيما نحن فيه يكون ضامناً لما جاء في ذمّة الغاصب الأوّل بعد اعترافنا بأصل هذه الصغرى .

وما يقال من أنّه يظهر من بعض العلماء في بعض الفروع الّتي ذكروها في كتاب الصلح أنهم يعاملون مع الغرامة معاملة البدل ، فيه حيث يراعون /٢٨٥/ أن لا يزيد على المغروم منه في الأجناس الّتي يقع فيها الربا . ففيه ـ مع غمض العين من أنا لم نظفر على الفرع المذكور ـ: أنه ليس قول بعض العلماء حجة لنا .

الثالث أنا نقول : إن حكم المبدل لا يجري على البدل إلّا في صورة يذهب الحكم من البدل بالمرّة ، مثلاً ثمن الرهن إنّما يصير رهناً بعد فكّ المثمن ، وكذا ثمن الوقف إنّما يصير وقفاً بعد فكّ المثمن ، إلى غير ذلك .

وفيما نحن فيه يكون المقصود إجراء حكم المبدل على البدل في زمان يكون الحكم ثابتاً في المبدل ، لأنّ المفروض أنه يقول بأن الغاصب الثاني يصير ضامناً لواحد من المبدل والبدل على البدل .

ولعل هذا أيضاً يكون كاشفاً عن فساد أصل المبنى أيضاً وهو أن يكون للمغصوب بدل حين بقائه ؛ فتدبّر .

الرابع من الأجوبة ما نقل عن الشيخ ﷺ أيضاً في كتاب الغصب، وهو أن الغاصب حين الغصب يصير مالكاً للمغصوب بشرطين :

الأول: أن يتلف المغصوب قبل ردّه إلى المالك .

الثاني: أن يطالب المالك منه بدله الّذي جاء في ذمّته حين التلف ويأخذ منه .

فمن ابتداء الغصب يصير الغاصب مالكاً للمغصوب ملكاً شأنياً .

لا يقال : إن ذلك يرجع إلى مذهب أبي حنيفة ، لأنا نقول : أن أبا حنيفة يقول : إن الغاصب من حين الغصب يملك /٢٨٦/ ملكاً فعلياً ، ولكنا نقول : إنه يملك ملكاً شأنياً .

وعلى هذا ، فالغاصب الثاني يصير ضامناً للغاصب الأوّل ؛ لأنّه وضع يده على ما

كان ملكاً للغاصب الأوّل شأناً ، وهكذا .

وعلى هذا نقول : إنّ وجه رجوع المالك إلى من شاء من الأيادي الواردة على ماله فواضح ، حيث إنه كان ملكاً فعلياً له ، وقد وضعوا أيديهم عليه ، فيصيروا ضامنين .

نعم ، يسقط ذمّة الجميع إذا أدى واحد منهم ؛ لأنّ المالك لم يكن مالكاً لتدارك واحد لماله ، وقد حصل .

في وجه رجوع من لم يتلف المغصوب في يده إلى من تلف المال في يده

وأما وجه رجوع من لم يتلف المال في يده إلى من تلف المال في يده أعني إلى الغاصب الثاني مثلاً ، فلأجل أن الغاصب الثاني وضع يده على ما كان ملكاً شأناً للغاصب الأوّل ، فيصير ضامناً له لأجل أن قوله ﷺ «على اليد» ..كما يقتضي الضمان لمن كان مالكاً للمأخوذ فعلاً ، كذلك يقتضي الضمان لمن كان مالكاً للمأخوذ شأناً وهو الغاصب الأوّل الّذي قد عرفت أنه مالكاً للمأخوذ شأناً .

إن قلت: إنّ مقتضى ذلك أن يرجع الغاصب الأوّل إلى الغاصب الثاني ولو لم يرجع المالك إلى الغاصب الأوّل أيضاً .

قلت: فيه ـ مع غمض العين من أنّ هذا يقتضي أن يصير الغاصب الثاني ضامناً لمال واحد لشخصين مستقلين وذلك لا يستفاد /٢٨٧/ من قوله ﷺ «على اليد» .. حتّى نلتزم به فيه ـ: أن مفاد « على اليد » هو ضمان المال لمن كان مالكاً له شأناً إذا وصل هذه الشأنية بمرتبة الفعلية بعد ذلك .

وانت قد عرفت أن الغاصب الأوّل لا يصير مالكاً للمغصوب إلّا بعد تحقق شرطين :

أحدهما أن يتلف المغصوب .

والثاني أن يتداركه بأن يعطي بدله إلى المالك بعد مطالبة المالك منه . وهذا الشرط هنا غير حاصل ، لأنّ المفروض أنه يأخذ المالك الغرامة من الغاصب الثاني ، دون الأول .

[المراد من الملكية الشأنية]

ثمّ لا يخفى أنّ مراد الشيخ ﷺ من الملكية الشأنية التي أثبتها للغاصب الأول، ليس هو الملكية المتزلزلة، نظير الملكية الخيارية التي هي ملكية حقيقية، لكنّها في عرضة الزوال، ولا الملكية المراعى الّتي هي ملكية حقيقية على تقدير، وليس بملكية أصلاً على تقدير نظير الملكية في البيع الفضولي على القول بكون الإجازة كاشفة. وذلك لأن مقتضى الملكية المتزلزلة والملكية المراعى فيما نحن فيه للغاصب الأوّل أن يصير الغاصب الأوّل مالكاً لمنافع المغصوب، مع أنّه لم يقل أحد بذلك.

فلابدّ من أن يكون المراد من الملكية الشأنية هو الملكية الموقوفة، نظير الملكية في البيع الفضولي على القول بالنقل ونظير ملكية العين الموهوبة قبل القبض.

وعلى هذا، فالغاصب من بدو الأمر /٢٨٨/ ملك إن يملك المغصوب.

وقوله ﷺ «**على اليد..**» على طريقة الشيخ يشمل هذا النحو من الملكية الشأنية، فيكون مقتضاه رجوع الغاصب السابق لو رجع المالك إليه إلى الغاصب اللاحق، كما تقدم بيانه.

ثمّ إنّ للأستاد ـ سلّمه الله ـ بياناً في هذا المقام، لا بأس من أن نشير إليه وهو أن الغاصب الأوّل يصير مالكاً للمغصوب حين يؤخذ البدل منه، سواء أخذ البدل منه في زمان كان المغصوب باقياً، أو في زمان كان المغصوب تالفاً.

أما لو أخذ البدل منه في زمان كان المغصوب باقياً غير تالف، فلأن البدل المأخوذ من الغاصب الأوّل لا يجوز أن يكون بدل الحيلولة، وذلك لأنّ من شرط بدل الحيلولة أن يكون إيصال العين إلى المالك متعذراً بعد فرض بقاء العين، مع أنّ فرض تعذّر رد العين فيما نحن فيه غير مناسب لخروجه عن مورد كلمات العلماء في مسألة توارد الأيدي على المغصوب.

وعلى هذا، فلابدّ من أن يكون البدل المأخوذ منه في حال بقاء العين غير بدل الحيلولة والبدل المأخوذ منه في مثل هذا الفرض لا يمكن إلّا بأن يكون بالمعاوضة الإختيارية بين المغصوب وبين هذا البدل.

ومن الواضح أن مقتضى ذلك أن يصير الغاصب مالكاً للمغصوب بعد دفع البدل.

وأمّا لو كان العين المغصوبة / ٢٨٩ / تالفة وأخذ بدلها من الغاصب الأوّل، فحينئذٍ نقول: إنّ ما يضمنه يكون في مقابل التالف ومقتضاه أن يصير مالكاً للتالف.

إن قلت: إنّ التالف معدوم صرف، فليس قابلاً للمقابلية، فكيف يقع البدل في مقابله.

وأيضاً إذا كان التالف معدوماً، فليس قابلاً لأن يملكه أحد، فكيف تقول بأنه يملكه الغاصب الأول.

وعلى هذا، فلابدّ من أن يقال: إن أخذ البدل من الغاصب الأوّل يكون من باب الغرامة وإنه لا يصير مالكاً للتالف.

قلت: إن التالف في بعض الموارد يكون قابلاً لأن يملك ولأن يقابل بالمال، كما إذا كان له عوض. وهنا يكون للتالف عوض وهو ما يكون على ذمّة الغاصب الثاني.

وعلى هذا، فلا مانع من أن يصير الغاصب الأوّل بدفع البدل مالكاً للتالف بلحاظ أن له عوضاً.

إن قلت: إذا كان مالكية الغاصب الأوّل للمغصوب بعد التلف، فحينئذٍ نقول: إنه بعد التلف لا يمرّ يد الغاصب الثاني على المغصوب حتّى يصير ضامناً له للغاصب الأول.

قلت: مجرد وضع يده على المغصوب في زمان كان المغصوب موجوداً، يكون كافياً لأن يضمنه للغاصب الأوّل إذا فرضنا أنه بعد التلف يصير ملكاً للغاصب الأول.

ومرجع ذلك إلى ما تقدم من أنّ وضع اليد على الملك الثاني أيضاً يصير / ٢٩٠ / منشأً للضمان لمالكه الثاني.

أقول: لا يخفى عليك أن أخذ البدل في صورة بقاء العين، سواء كان رد العين متعذراً أو لم يكن متعذراً، خارج عن محل الكلام قطعاً. وكلام الشيخ أيضاً غير شامل لصورة أخذ البدل في الفرض المذكور.

وإنما الكلام في صورة أخذ البدل منه في صورة تلف العين، ففي مثل هذه الصورة يكون مدعى الشيخ ﷺ أن المغصوب بعد ما تلف وأخذ المالك بدله، لما

يصير ملكاً للغاصب بالبيان الّذي نقلته أخيراً عن الأستاد ـ سلّمه الله ـ، فيكون ذلك منشأً لأن يكون المغصوب في حال بقائه ملكاً شأنياً للغاصب.

وقوله ﷺ «**على اليد..**» كما يشمل الملك الفعلي، كذلك يشمل الشأني أيضاً.

ثمّ إنّه قد يقال: إنّ غرض الشيخ ﷺ أن التلف وأخذ البدل كاشفان من أنّ المغصوب دخل في ملك الغاصب بآنٍ ما قبل تلفه؛ لكنه لمّا لم نظفر على وجه له، أعرضنا من ذكر ذلك في محتملات كلام الشيخ أيضاً.

هذا كله في بيان مراد الشيخ، ولكنّه يرد عليه من وجوه:

الأول أنك قد عرفت فيما تقدم في الجواب الثالث أن ما يأخذه المالك من الضامن ليس بدلاً عن العين حتّى يكون مقتضى ذلك أن يصير الضامن مالكاً للتالف، بل إنّما يأخذه المالك منه يكون من /٢٩١/ باب الغرامة.

الثاني أنه لا معنى لأن يصير الضامن مالكاً للتالف. أما نفس التالف فمعلوم، حيث إنه معدوم صرف.

إن قلت: إنه بعد التلف وبعد التدارك يكشف من أنّ الضامن صار مالكاً للمغصوب بآنٍ ما قبل التلف.

قلت: أشباه هذه الدعاوي يناسب من أن يضحك المدعي على دعواه.

إن قلت: أي مانع فيما ذكره الأستاد من أنّه لا مانع من أن يملك الضامن للتالف إذا كان له بدل كما فيما نحن فيه.

قلت: معنى ذلك أنه يملك بإعطاء البدل إلى المالك البدل الّذي كان على ذمّة الغاصب الثاني، كما هو أصل المدعى في المقام؛ يعني أن إعطاء الغاصب الأول للبدل وإن كان مقتضاه أن يملك نفس التالف، إلاّ أن تملك نفس التالف لمّا كان غير ممكن، فيملك بدله الّذي كان على ذمّة الغاصب الثاني.

وعلى هذا، يرد عليه أنه نظير ديوان قاضي البلخ، ولا دليل يدلّ عليه.

الثالث أنا نسلّم ذلك كله، إلاّ أنه نقول: إنّ رجوع الغاصب الأوّل إلى الثاني كان مبنياً على أن قوله ﷺ «**على اليد**» .. كما يشمل الملك الفعلي، كذلك يشمل الملك الشأني وهو ممنوع بأشدّ أنحاء المنع. وذلك لأنّ الملك الشأني /٢٩٢/ معناه أنه ليس

ملك له فعلاً ، وإنّما يصير ملكاً له بعد ذلك .

وعلى هذا، فنقول: إذا كان المفروض أنه في زمان وضع الغاصب الثاني يده على المغصوب ، لم يكن المغصوب ملك للغاصب الثاني ، فلا وجه لأن يصير الغاصب الثاني ضامناً له ، لعدم اقتضاء قوله ﷺ «على اليد» .. ذلك .

ثمّ إنّ على الوجه المذكور مناقشة أخرى يوجب التعرض لها التطويل ، فلذا أعرضنا عنها* .

---

*) ***وهنا وجه سادس عن بعض محشي المكاسب ، وهو أن الضمان والعهدة اعتبار عقلائي.*** [حاشية المكاسب للآخوند الخراساني : قال : « قد عرفت : ان الضمان والعهدة اعتبار عقلائى ومن آثاره كون دركها وخسارتها بعد التلف على اليد، كما أن خسارتها عليها قبل التلف مع تعذر الرد ببدل الحيلولة .. »].

ثمّ إنّ للضمان أحكام عرفية منها رجوع اليد السابقة إلى اللاحقة لو رجع المالك إلى السابقة المستلزم لقرار الضمان على اللاحقة مع مساواتهما فيما سبب الضمان ، فإن ذلك من آثار حدوث سبب ضمان ماكان في ضمان شخص لواحد آخر وأحكامه عند العرف ويؤيده الإعتبار ولم يردع عنه في الأخبار ، فلابدّ من الالتزام به شرعاً ،كما هو الحال في جلّ أحكام الضمان ، لأنّ من إطلاق دليل الضمان يكشف عن إمضاء الشارع لأحكامه العرفية .

أقول: العمدة في المقام إثبات كون ما ذكره من أحكام الضمان عند العرف وهو مشكل .

كيف ، وليس للعرف طريق منطبق في مثل المقام .

توضيحه : أن الضمان بمعنى نقل المال من ذمّة إلى ذمّة أخرى ليس موجوداً في الأيادي الواردة على المغصوب ، بل إنّما وجد سبب جواز مطالبة المالك ماله في كل من الأيادي . وشبيه الضمان بمذهب العامة ، بل عينه ، بناءً على ثبوت المال بعد التلف في ذمّة كلّ من الأيادي كما ادعاه المصنف رحمه الله ولم يعلم من العرف حكم منضبط في مثل المقام .

وما ادعي من أن الاعتبار يؤيده ، أيضاً ليس على ما ينبغي ، لأن الإعتبار إنّما يناسبه لو كان الغاصب الثاني ضامناً للغاصب الأوّل وليس كذلك ، بل كلاهما ضامنان للمالك .

نعم ، سائر مقدمات كلامه لا مانع فيه ،كما سيوضح في الحواشي الآتية من أنا نقول : إنّ بعض الأحكام الوضعية الّتي منها الضمان يتحقق حقيقتها بنفس الإنشاء والإعتبار ولا يحتاج إلى منشأ انتزاع .

نعم ، على قول العدلية يحتاج هذا الإعتبار إلى حكمه ،كما في التكليفي . والدليل الدالّ على ثبوت مثل هذا الحكم الوضعي كالضمان والملكية يقتضي ثبوت بعض الآثار له بالملازمة العرفية لو لم يكن في البين مانع عن ترتب ذلك الأثر ولم يردع الشارع عنه أيضاً ولا يعتنى باحتمالها .

والمراد من الآثار الّتي يثبت للحكم الوضعي بنفس دليله هو الأحكام العرفية الثابتة لذلك الحكم

الخامس من الأجوبة، ما نقل عن الشيخ ﷺ في كتاب الغصب أيضاً ويمكن إرجاع الوجه المذكور في المكاسب إليه أيضاً. وقال الأستاذ ـ سلّمه الله ـ: لا محظور في هذا الجواب الخامس.

ونقول توضيحاً لهذا الجواب الخامس: إنه لا يخفى عليك أن الجواب الثالث المذكور في المكاسب كان مبنياً على تسليم أن نفس قوله ﷺ «**على اليد**» .. لا يقتضي رجوع الغاصب الأوّل إلى الثاني، وإنّما أثبت الرجوع فيه بقاعدة البدلية، كما تقدم.

وأمّا الوجهين الأخيرين ـ أعني الرابع والخامس ـ يكون اثبات رجوع الغاصب الأول إلى الغاصب الثاني /٢٩٣/ فيهما بنفس قوله ﷺ «**على اليد**» ...

أما الوجه الرابع، فلأنه ادعي فيه أن الغاصب يملك المغصوب شأناً وأن قوله ﷺ «**على اليد**» .. يشمل الملك الثاني كما تقدم.

في تقرير الأصل في مسألة رجوع الغاصب الأول إلى الثاني

وأمّا هذا الوجه الخامس، فلأنه يدعى فيه أنه لا دليل على أنّ قوله «**على اليد**» لا يشمل إلّا الضمان للمالك وذلك لأنّه ليس فيه ذكر المالك بوجه، بل نقول: إن مفاد قوله ﷺ «**على اليد**» .. هو ضمان ذي اليد لكلٍّ من يصير خاسراً بذهاب هذا المال الّذي جاء في يد هذا الشخص من البين، سواء كان الخاسر هو المالك أم غيره.

وعلى هذا نقول: إذا تلف المال في يد الغاصب الثاني، فالخاسر من قبل هذا المال أولاً وبالذات يكون هو المالك، ولكن المالك إذا رجع إلى الغاصب الأوّل فأخذ البدل منه، فيصير الخاسر من قبل هذا المال هو الغاصب الأول، فلابدّ من أن يكون الغاصب الثاني ضامناً للغاصب الأول.

إن قلت: لو رجع المالك إلى الغاصب الثاني أيضاً، فيصير الخاسر من قبل هذا المال هو الغاصب الثاني، فبمقتضى ما ذكرت لابدّ من أن يرجع الغاصب الثاني أيضاً إلى الغاصب الأوّل، حيث إن الغاصب الأوّل أيضاً وضع يده على هذا المال، فلابدّ

الوضعي، دون الأحكام الشرعية له ودون التحديدات الّتي يكون من الشرع في الأحكام العرفية له. (منه قدس سره).

من أن يكون ضامناً لكلّ من يصير خاسراً من قبل هذا المال.

وفي الفرض الّذي ذكرنا أن يكون /٢٩٤/ الخاسر من قبل هذا المال هو الغاصب الثاني.

قلت: مفاد قوله قوله ﷺ «**على اليد**» .. إنّما هو ضمان ذي اليد لكل من يكون خاسراً لو تلف ذلك المال حين وضع هذا الشخص يده على هذا المال.

وأمّا من يصير خاسراً من قبل هذا المال بعد ذلك من العوارض الخارجية، كما لو وضع شخص آخر يده عليه فصار خاسراً من قبل هذا المال، فليس ذي اليد ضامناً له، وإنّما يكون ضامناً لمن يكون خاسراً بعدم رجوع ذلك المال إليه حين وضع ذي اليد يده على ذلك المال؛ فتدبّر.

أقول: الإشكال على هذا الوجه أنه لا يستفاد هذا المعنى من الرواية، لأنّ ما يجوز استفادته من الرواية هو كون المال على عهدة ذي اليد للمالك، أو للمأخوذ منه المال، لا أن يصير ضامناً لكلّ من يصير خاسراً بتلف المأخوذ في يد الآخذ على التفصيل المتقدم.

في مسألة توارد الأيدي [منقولاً من النراقي الثالث]

ثمّ إنّه نقل عن النراقي الثالث في مشارق أنواره أنه بعد ما أورد أولاً على صاحب الجواهر[1] بأن الخطاب على الغاصب الأوّل أيضاً كالخطاب بالغاصب الثاني ذمّي، لا شرعي، لأنهما مدلولا دليل واحد، وهو قوله ﷺ «**على اليد ما أخذت**» ...، **قال:** إن المرجع في المسألة لابدّ وأن يكون هو الأصول، وعلى هذا فنقول: إن الغاصب الغاصب الثاني اشتغلت ذمته أولاً للمالك وبعد ما رجع المالك إلى /٢٩٥/ الغاصب الأوّل، نشكّ في أنه هل يشتغل ذمّة الغاصب الثاني للغاصب الأوّل، أم لا.

فحينئذٍ نستصحب ما ثبت في ذمّة الغاصب الثاني. وإذا أثبتناه بالأصل، فحينئذٍ لابدّ من أن يعطيه إلى الغاصب الأول، لأنّه برء ذمّته عن المالك بأداء الغاصب

---

١) جواهر الكلام ٣٤/٣٧.

الأول.

إن قلت: ليس هنا مجال لاستصحاب ما ثبت أولاً في ذمّة الغاصب الثاني وذلك لأن اشتغال ذمّة الغاصب الثاني للمالك وإن كان من ابتداء الأمر معلوماً، إلاّ أن المفروض أنه حصل العلم ببراءة ذمّته بأداء الغاصب الأول.

وأما اشتغال ذمّة الغاصب الثاني للغاصب الأول، فمشكوك من بدو الأمر، فيكون المرجع هو البراءة، أعني براءة ذمّة الغاصب الثاني للغاصب الأول.

قلت: ليس التكليفان هنا مستقلّين حتّى تقول: إن أحدهما كان معلوماً، ولكنّه حصل العلم بارتفاعه والآخر كان مشكوكاً من بدو الأمر، بل المشكوك في الزمان الثاني هو عين ما كان معلوماً من بدو الأمر وذلك لأنّ ما نحن فيه /٢٩٦/ إنما يكون من قبيل أن يكون لزيد دين على ذمّة عمرو، ثمّ يشك بعد موت الزيد أنه هل بقي ذمّة العمرو مشغولاً بنفس ذلك الدين لوارث الزيد بعد ما برء ذمته للزيد بموته، أم لا.

إن قلت: قبل رجوع المالك إلى الغاصب الأوّل لم يكن ذمّة الغاصب الثاني مشغولة للغاصب الأوّل، فنستصحب براءة ذمّته للغاصب الأوّل بعد رجوع المالك إلى الغاصب الأوّل أيضاً.

قلت: الشك في اشتغال ذمّة الغاصب الثاني للغاصب الأوّل إنّما يكون ناشياً من بقاء اشتغال ذمّة الغاصب الثاني بالمال الّذي كان ذمّته مشغولة به للمالك من بدو الأمر، فإنّه إذا كان ذمّته مشغولة بتلك المال بعد رجوع المالك إلى الغاصب الأول، فلا إشكال في أنه ينتقل تلك المال إلى الغاصب الأول، فلابدّ من أن يصير ذمّة الغاصب الثاني مشغولة بتلك المال للغاصب الأول.

إن قلت: إنّ جميع ما ذكرته بالنسبة إلى الغاصب الثاني يجري بالنسبة إلى الغاصب الأول أيضاً، حيث إنه أيضاً كان ذمّته مشغولة /٢٩٧/ للمالك من بدو الأمر، وبعد رجوع المالك إلى الغاصب الثاني يحتمل لأن يصير ذمّة الغاصب الأوّل مشغولة للغاصب الثاني، فنستصحب ما كان ثابتاً في ذمّة الغاصب الأوّل إلى آخر ما ذكرته.

قلت: ليس في ذمّة الغاصب الأوّل شيء حتّى يستصحب، لأنّه خطابه بالأداء

شرعي ، لا ذمّي ، بخلاف الغاصب الثاني ؛ إنتهى ملخص ما نقل عنه .

وأورد عليه:

أولاً بأن ما ذكره أخيراً من أن خطاب الغاصب الأوّل ليس بذمي ، يكون مناقضاً لما أورده على صاحب الجواهر في أول كلامه من أنّه لا وجه لأن يكون خطاب الغاصب الأوّل شرعياً .

اللهمّ إلّا أن يقال : إنّ صاحب الجواهر ادعى بطريق الجزم أن خطاب الغاصب الأول ليس بذمي . ولكن المورد يكفيه احتمال أن لا يكون خطاب الغاصب الأول ذمياً حتّى يستصحب ما في ذمّته .

هذا ، ولكن فيه أيضاً : أنك إما أن تقول : إن الغاصب الأوّل من أول الأمر لمّا كان العين عنده موجوداً ، فلم يكن مكلفاً إلّا بردّ العين . وبعد ما تلف العين في يد الثاني أيضاً لما تعلق البدل بذمّة الغاصب الثاني ، فلم يتعلق بذمّة الأول .

ففيه ـ مع غمض العين من أنّ مقتضى قوله ﷺ «**على اليد**» .. /٢٩٨/ لا يتفاوت بالنسبة إلى الغاصب الأوّل والثاني ؛ لأن كلاً منهما كان من أول الأمر مكلفاً بردّ العين بمقتضى قوله «**على اليد**» .. ، وبعد التلف صارا مكلّفين بردّ البدل ؛ لأنه لا ميّز في قوله ﷺ «**على اليد**» .. بين من تلف المال في يده وبين من لم يتلف المال في يده .

يرد على ما ذكره بأن مقتضاه أن لايكون للمالك أن يطالب البدل عن الغاصب الأول ، وهذا فاسد قطعاً .

وأما لو يريد أن يثبت رجوع المالك إلى الغاصب الأوّل بقوله ﷺ «**على اليد**» .. ، فحينئذٍ لا يمكن أن يفرق بمقتضى القاعدة بين الغاصب الأوّل والثاني .

وثانياً بأنه لو كان استصحاب اشتغال الذمة جارياً في حق الغاصب الثاني ، فيكون جارياً في حق الغاصب الأوّل ، وقد ظهر وجه ذلك في الإشكال الأول .

وثالثاً ما ذكره من استصحاب الإشتغال واستصحاب المجمل ، فمبني على أن يكون الشك فيما نحن فيه من قبيل الشك في دوران الأمر بين الأقل والأكثر ، وهنا بعد تسليم هذه الصغرى فيما نحن فيه بأن يقال : إن الميزان في كون الشك دائراً بين الأقل والأكثر إلإرتباطيين ، أن يكون في البين تكليف معلوم على كل تقدير ،

كوجوب الصلاة بلا سورة /٢٩٩/ وتكليف مشكوك غير ثابت إلّا على بعض التقادير، كوجوب الصلاة مع السورة.

وما نحن فيه أيضاً كذلك، حيث إن الإشتغال للمالك معلوم، سواء كان الإشتغال للغاصب الأوّل أيضاً ثابتاً، أم لا.

نقول ـ بعد تسليم هذه الصغرى ـ: إنا لا نسلّم الكبرى، وهو صحة جريان استصحاب المجمل، وذلك لوجهين:

الأول أن القائلين بالإشتغال يلاحظون التكليف المجمل في نفسه:

فتارة يقولون بلزوم الإحتياط فيه لقاعدة الإشتغال.

وتارة يقولون بلزوم الإحتياط فيه لقاعدة الإشتغال.

وتارة يثبتون الإحتياط فيه باستصحاب الإشتغال.

ولكن نحن نقول: إن التكليف المجمل يرجع عند التحليل إلى تكليف معلوم وإلى تكليف مشكوك من بدو الأمر، فلم يبق مورد لجريان قاعدة الإشتغال.

واستصحاب الإشتغال الثاني أنه نقول: سلّمنا أن التكليف بالمجمل لا يرجع عند التحليل إلى تكليف معلوم وتكليف مشكوك، ومقتضى ذلك أن يكون الإستصحاب وقاعدة الإشتغال فيه جارياً، إلّا أنه نقول: إنّ الجزء المشكوك لم يكن واجباً من بدو الأمر.

/٣٠٠/ وعلى هذا فنجري استصحاب البراءة فيه، والشك في بقاء الإشتغال بالتكليف المجمل يكون ناشياً من الشك في وجوب الجزء المشكوك. وإذا أحرزنا عدم وجوبه بمقتضى الأصل، فحينئذٍ نعلم بارتفاع الإشتغال، فيكون استصحاب البراءة حاكماً على استصحاب الإشتغال ولا وجه لما ذكره النراقي من أن استصحاب الإشتغال حاكم على استصحاب البراءة.

أقول: الإيراد الثالث على النراقي لا مساس له بكلام النراقي وليس في نفسه صحيحاً.

أما الأول، فيتوقف على بيان مراد النراقي ﷺ، **فنقول**: إنه لا دخل لكلامه بمسألة الشك في الأقل والأكثر بوجه من الوجوه؛ إذ ليس في البين تكليف معلوم على

جميع التقادير، وإنّما المعلوم ثبوت مال في ذمة الغاصب الثاني في زمان عدم رجوع المالك إلى الغاصب الأوّل وبعد رجوعه إلى الغاصب الأوّل نشك في بقاء نفس ذلك المال في ذمته، وهذا المال لو كان باقياً في ذمّته في هذا الزمان واقعاً، فيجب عليه أن يعطيه إلى الغاصب الأوّل، كما تقدم.

/٣٠١/ والنراقي ﷺ قد تعرض للجواب عن إشكالين كانا واردين على ظاهر هذا التقدير من الإستصحاب:

الأوّل أن يدعى أن اشتغال الذمة للغاصب الأول غيرالإشتغال الّذي ثبت أولاً للمالك.

وأجاب عن ذلك بأن نفس ذلك الدين ينتقل إلى الغاصب الأوّل.

والثاني أن ذمّة الغاصب الثاني كانت فارغة عن الإشتغال للغاصب الأوّل من أول الأمر، فنستصحب براءة ذمّته.

وأجاب عن ذلك بأن الشك في اشتغال ذمّة الغاصب الثاني للغاصب الأول يكون ناشياً من الشك في بقاء الدين الذي كان على ذمّته للمالك في الزمان الأوّل في الزمان الثاني أيضاً؛ إذ قد عرفت أنه على فرض بقاء اشتغال ذمّته بذلك الدين لا إشكال في أنه يجب عليه إعطاؤه في الزمان الثاني إلى الغاصب الأوّل.

فتلخّص ممّا ذكرناه أنه لا إشكال في الإستصحاب الّذي ذكره النراقي، إلّا أن يدعى أن الشك هنا يكون في المقتضي. وينضمّ إليه دعوىً أخرى وهو أنا لا نسلّم جريان الإستصحاب إذا كان مع الشك في المقتضي.

/٣٠٢/ **لا يقال**: إنه لا أثر للمستصحب في هذا المقام، لأنا نقول: قد عرفت من أنا نقطع من أنّه لو كان الدين باقياً على ذمّة الغاصب الثاني بعد رجوع المالك إلى الغاصب الأول، فحينئذٍ يجب عليه دفعه بالغاصب الأوّل قطعاً. فوجوب دفعه إلى الغاصب الأول يكون من آثار بقاء ذلك الدين على ذمّة الغاصب الثاني.

وقد ذكرنا في مسألة استصحاب عدم الحجية في أول مسألة الظن أنه لا مانع من الإستصحاب في صورة كان الأثر الشرعي مترتباً على بقاء المستصحب في الزمان الثاني، ونحن نقطع من أنّه لو كان الدين باقياً على ذمته في الزمان الثاني يجب عليه

دفعه إلى الغاصب الأوّل.

فظهر ممّا ذكرناه أنه لا محظور في الإستصحاب في المقام إلّا كون مثل هذا الإستصحاب جارياً في حق الغاصب الأول أيضاً بعد رجوع المالك إلى الغاصب الثاني.

ولكن لنا أن نرفع هذا الإشكال أيضاً، وذلك بان نقول: إذا /٣٠٣/ رجع المالك إلى الغاصب الثاني، فنحن لا نشك في بقاء اشتغال ذمّة الغاصب الأول؛ إذ من الواضح أنه لا ترجيح للغاصب الثاني على الأوّل حتّى نحتمل قرار الضمان عليه، وهذا بخلاف ما لو رجع إلى الغاصب الأول، فإنّه لمّا نحتمل أن يكون قرار الضمان على الغاصب الثاني لوقوع التلف عنده، فنحتمل بقاء اشتغال ذمّته؛ فتدبّر* ***.

---

*) *إن قلت: إنه تقدم أن الشيخ وإن قال باشتغال كل من ذمَم صاحب ـ أصحاب ـ الأيادي بالمال وأنه إذا أخذ من واحد منهم يسقط المال عن ذمة الآخرين، فيكون حال الأيادي بمثل المضان على قول العامة من كونه ضمّ ذمّة إلى ذمّة أخرى. وعلى هذا، فلا مانع من استصحاب بقاء ذمّة الغاصب الثاني بعد رجوع المالك إلى الغاصب الأول.*

ثمّ تقول: إن أثر بقاء ذمة الغاصب الثاني بعد رجوع المالك إلى الأوّل هو وجوب إعطائه إلى الأوّل على فرض المطالبة، نظير استصحاب بقاء الذمة على مال المورّث بعد موته، فيترتب عليه أثر بقاء الذمّة بعد الموت وهو وجوب إعطائه إلى الوارث على فرض المطالبة؛ إذ المستصحب كما يترتب عليه كل أثر كان ثابتاً له من أول الأمر، كذلك يترتب عليه كل أثر لم يكن له أولاً ولكن يكون أثراً لبقائه كإعطائه إلى الوارث.

وعلى هذا التقدير يرفع المعارض لهذا الإستصحاب بما ذكرناه في المتن، إلّا أن أصل المبنى فاسد، وذلك لما تقدم عند رد الشيخ: أن الذمة نظير وجوب الأداء، فكما أن وجوب الأداء يكون مشروطاً بالمطالبة من كل واحد من الأيادي وقبل المطالبة لا يكون شأنياً، فكذلك الذمّة المتنزعة عن هذا التكليف يكون قبل المطالبة شأنياً وإنما يصير فعلياً بعد المطالبة.

وعلى هذا، فليس في ذمة الغاصب الثاني شيء حيث لم يطالب المال منه والذمّة الشأنية ليس بشيء حتّى يستصحب، لأنّ الشأنية عبارة عن مجرد قابلية أن يجيء شيء في ذمّته، وإلّا فليس في ذمّته شيء ليستصحب إلّا أن يستصحب نفس الشأنية والقابلية.

وهذا على فرض تمامية المدعى به مبني على صحة جريان الإستصحاب التعليقي، ولكن نحن منعنا في محله صحة جريان الإستصحاب.

قلت: نحن نلتزم بفساد ما ذكرناه في رد الشيخ رحمه الله من أنّه ليس شيء في ذمَم أصحاب الأيادي قبل رجوع المالك إليهم، بل نقول: كما قاله الشيخ رحمه الله من أنّ هذا المال ثابت على كل واحد من

الذمَم وأنه بأداء واحد يسقط عن الباقين، وذلك لما تقدم من أنّ قوله ﷺ «على اليد» يقتضي أن يكون المال على صاحب اليد وعهدته ومقتضاه في صورة التلف ثبوته على ذمته.

ومن الواضح أن الضامن إذاكان واحداً يستقرّ المال بعد التلف على ذمّته بمقتضى «على اليد» .. اه، وفي صورة توارد الأيادي يكون دلالة «على اليد» .. اه على ضمان كل واحد من الأيادي بمثل ما دل في صورة لم يرد على المال إلا يد واحدة.

وعلى هذا، فمفاد قوله ﷺ «على اليد» .. اه استقرار المال على كل واحد من الذمَم فعلاً. فلو لم نقل باستقرار المال على كل واحد من الذمم، فلابدّ أن يكون لمانع.

والّذي يتوهم مانعيته أحد الأمرين:

أحدهما ما ذكره في الجواهر بأن المال الواحد لا يجيء على ذمَم متعددة، ولذا إن خطاب من لم يتلف المال في يده شرعي وخطاب من تلف المال في يده بردّ المال ذمّي.

ونحن نقول: لوكان مجرد عدم الدليل على اشتغال الذمَم بمال واحد، فما ذكرناه دليل. ولوكان المراد أن الذمَم بمنزلة الأمكنة والمال الواحد شيء واحد وهو لا يمكن أن يوجد في أمكنة متعددة، ففيه: أن نفس المال الخارجي لا يجيء في ذمّة واحدة وإنّما الثبوت في الذمة عبارة عن اعتبار المال في الذمة. فحقيقة ثبوت المال في الذمة أمر اعتباري وهو تقدير المال في الذمة، كما ذكره الشهيد في القواعد.

وإذاكان مجرد الإعتبار، فيمكن أن يعتبر المال الواحد في ذمَم متعددة، نظير أن الجزئي الحقيقي يتصوره أشخاص متعددة، فيحصل لشيء جزئي وجودات ذهنية.

الثاني: أن منشأ الإعتبار لمّا يكون هو الحكم التكليفي وهو مشروط بالمطالبة الفعلية، فلابدّ أن يكون الذمة أيضاً كذلك، كما ذكرناه سابقاً.

وفيه أن هذا ينتج كون المال في كل واحد من الذمَم، وذلك لأنّ كل حكم تكليفي صار منشأً لاعتبار كون الدين على ذمة المديون، يكون موجوداً في المقام هو أو نظيره، لأنّ وجوب الأداء على فرض المطالبة موجود في المقامين. والوجوب وإن كان مشروطاً، إلّا أنه ينتزع منه الذمة الفعلية حيث إنه يعتبر من أنه كان المال على ذمّته، فترتب عليه وجوب الأداء عند مطالبة مالكه.

كيف، ويقولون بثبوت المال على ذمّة الصبي حيث يجب عليه الأداء بعد البلوغ والمطالبة. وكذا على ذمّة العبد حيث يتبع بعد العتق.

إن قلت: في المقام لو أخذ من واحد من الأيادي ليس له مطالبة غيره.

قلت: في الدين لو أبرأه ثالث وأداه، ليس له بعد ذلك مطالبة المديون. والتمكن من الأداء بان يجب على الدائن الأخذ عند الأداء موجود في المقام، لأنّ دليل وجوب الأخذ متحد على ما ذكرناه في آخر كتاب الرهن من قاعدة الضرر وأمثال ذلك.

إن قلت: لوكان المستصحب هو ما في الذمة، فهو حكم وضعي، فصحة جريان الإستصحاب

مبني على ثبوت الأحكام الوضعية.

قلت: بعض المنكرين للأحكام الوضعية على ما ذكرناه في الإستصحاب تصدى لرفع هذه الثمرة بين القول بالمجعولية والقول بعدم المجعولية بأحد الأمرين:

الأوّل أن الذمة مثلاً وإن كانت من الأمور الإنتزاعية من التكليف، إلّا أنه لمّا يكون أمر وضعها ورفعها بيد الشارع، فلا مانع من جريان الإستصحاب فيه؛ لأنّه ليس نصّ على أنّ المستصحب لابدّ أن [يكون] أثراً شرعياً أو مجعولاً من الشارع، أو يترتب عليه مثل هذا الأثر حتّى تقول: إنّ الحكم الوضعي بعد عدم مجعوليته ليس كذلك، بل الميزان على أن كلّ ماكان رفعه ووضعه بيد الشارع، ولو بالواسطة، فلا مانع من جريان الإستصحاب فيه لعدم لغوية شمول «لا تنقص اليقين» .. له، وهو الميزان.

ونحن نقول ـ بعد الغمض عن كل شيء ـ: إن ما يثبت بالإستصحاب إما نفس المستصحب أو ما هو من آثاره الشرعية، والحكم الوضعي بعد فرض كونه منتزعاً صرفاً من التكليف، إثباته بنفسه لا فائدة فيه، مع أنه لا يعقل من دون تغير منشأ الإنتزاع بأصل أو غيره. وسيأتي الكلام في إثبات منشأ الإنتزاع.

إن قلت: نجري الأصل في هذا الأمر الإعتباري ونترتب الحكم التكليفي عليه.

قلت: ليس الحكم التكليفي من آثاره ليترتب عليه، بل الحكم التكليفي يكون من الموقوف عليه لوجود هذا الأمر الاعتباري، لا أن يكون أثراً له.

الثاني أن يجري الأصل في نفس منشأ الإنتزاع وهو الحكم التكليفي. وهذا الوجه في غير أمثال المقام لا مانع فيه، لكن فيما نحن فيه له مانع لعدم الحالة السابقة للحكم التكليفي، حيث إن وجوب الأداء على الغاصب الثاني كان مشروطاً بأن يطالب المالك منه، والمفروض أن المالك لم يطالب منه حتّى أخذ حقه عن غيره.

هذا، ونحن نجيب عن أصل الإشكال وهو أن إجراء الإستصحاب في الذمّة مبني على مجعولية الأحكام الوضعية:

أولاً بالنقص بنظير المقام. مثل ما لو شككنا فيمن كان مديوناً للمورّث، أن الدين باقٍ على ذمّته ليجبر أداؤه على الوارث، أم لا.

وثانياً نقول بما ذكرناه في الإستصحاب من أنّ الأحكام الوضعية على أقسام، وقسم منها مجعول من الشارع. ومن هذا القسم الذمة والملكية والزوجية وامثال ذلك على ما فصّلناه في محله.

وإجماله أن اعتبار مثل الجزئية لشيء من دون منشأ انتزاع من عروض جهة وحدة لما يشمل هذا الشيء لغو. وبعد منشأ الإنتزاع ينتزع منه، فلم يتحقق الجزئية بنفس الإعتبار مثل أن الحكم التلكيفي يتحقق بصرف الإنشاء والإعتبار.

ثمّ إن وجوب إتيان الجزء ليس من آثار هذا الإنتزاع في نظر العرف والشرع هو لأجل الأمر

بالمركب منه.

وهذا بخلاف مثل الملكية والذمّة، فإن حقيقة أمثال ذلك بمجرد الإعتبار كالتلكيفي.

نعم، هذا الإعتبار على قول العدلية لابدّ من أن يكون عن حكمة كإنشاء التكليف.

ثمّ إنّ التكليفي في نظر العرف والشرع يكون من آثار هذا الأمر الاعتباري، ومنه يكون هذا الإعتبار لغواً، لو لم يترتب أثره بوجه.

فلغويته ليس لعدم منشأ الإعتبار، كما في القسم الأوّل، بل لعدم الفائدة. وفي صورة يكون بعض الآثار أو تمامه، ربما نرىٰ أنه يعتبر الملكية وربما لا يعتبر.

وهذا أيضاً شاهد من أنّ حقيقة أمثال ذلك ليس إلّا مجرد الإعتبار؛ فتدبّر وراجع إلى محله.

وينبغي التنبيه على أمور متعلق بكون الملكية مجعولاً:

منها أن الدليل الدال على ثبوت مثل الملكية والزوجية والذمّة وشبهها يقتضي ثبوت بعض الآثار بالملازمة العرفية الناشية من الإقتضاء، لو لا المانع. فلا يعتنى بالمانع في نظر العرف ما لم يثبت، كجواز التصرف للمالك وجواز منع الغير وجواز الوطي في الزوجية ووجوب الأداء في الذمّة، بل جواز المطالبة لو كان الطرف المقابل معيّناً.

وفي هذا القسم من الآثار لو قام دليل على المنع، فلا يمنع من شمول دليل حكم الوضعي، فرفع العلم عن الصبي وعدم وجوب الأداء عليه لا يمنع من إطلاق دليل الضمان مثل «على اليد..» و«من أتلف مال..»؛ لأنّ المفروض أن الحكم الوضعي لم يكن من ثبوته مع عدم هذا الأثر، أو يكفي أثرها في خروج جعل الحكم الوضعي عن اللغوية. فبعد عدم المانع من ثبوت الحكم الوضعي لا يرفع اليد عن الإطلاق.

وأمّا بعض الآثار للحكم الوضعي يحتاج إلى بيان آخر من الشرع، وذلك كسائر أحكام الزوجية، غير جواز الوجوب وكترتّب وجوب الزكاة وغير ذلك على الملكية.

وبعبارة أخرى كل حكم عرفي كان للحكم الوضعي يستفاد ترتّبه بنفس جعل الحكم الوضعي لو لم يكن مانع من ترتّب ذلك الحكم ولم يردع الشارع عنه أيضاً.

وهذا بخلاف الأحكام الشرعية لذلك الحكم الوضعي.

ومثله التحديدات الواقعة من الشرع في الأحكام العرفية له ومثل وجوب وطي الزوجة في أربعة أشهر والمصاحبة له في ليلة من الأربع وأشباه ذلك، فإن ترتب مثل هذه الأحكام يحتاج إلى دليل شرعي غير ما دل على جعل نفس الحكم الوضعي، كما تقدم الإشارة إليه.

ولا يخفى أنه في مسألة النهي في العبادات ذكرنا بعض البيانات النافعة مما يتعلق بالأحكام الوضعية.

**) ملخص المقصود ممّا ذكرنا في الحاشية أن ما ذكره الشيخ من اشتغال كل من صاحب الأيادي بالبدل، لا مانع فيه؛ لأنّ ظاهر قوله صلى الله عليه وآله «على اليد» أن ما أخذته اليد محمول على ذي اليد قبل

وأمّا الثاني: وهو فساد ما نقلناه على سبيل الإيراد في نفسه، فنقول: إنه لمّا كان خارجاً عن محل الكلام، فلا نتكلم فيه إلّا على سبيل الرمز والإشارة.

فنقول: لا يخفى عليك أن مجرد انحلال التكليف المردد بين الأقل والأكثر إلى المعلوم تفصيلاً والمشكوك البدوي لا يصير مانعاً عن إجراء استصحاب الإشتغال، لو كان المراد استصحاب بقاء وجوب العمل بعد الإتيان بالأقل، إلّا على طريقة الشيخ من أنّ البراءة لمّا يكون حكماً للشك، يكون مقدماً على الإستصحاب الّذي هو حكم للمشكوك.

ولكن الأستاد ليس معترفاً بصحة /٣٠٤/ هذا الكلام من الشيخ ولا على طريقتنا حيث رجّحنا في مسألة حجية القطع عند التعرض للعلم الإجمالي بأن الأدلة النقلية للبراءة يكون مقدمة على استصحاب الإشتغال الّذي يريدون إجرائه في المقام.

ثمّ إنّه على كل حال لا ينبغي التأمل في أن استصحاب البراءة عن المقدار المشكوك على فرض جريانه يكون حاكماً على استصحاب الإشتغال؛ فافهم.

[الفروع المتعلقة بأصل المسألة]

بقي الكلام في بعض الفروع المتعلقة بأصل المسألة:

منها أنه نقل عن الشيخ ﷺ في كتاب الغصب أنه نقل عن الأردبيلي ﷺ أنه قال: لو أودع الغاصب [الـ]ـعين المغصوبة عند شخص آخر، فتلف عنده، فهنا لو رجع المالك إلى الغاصب لم يرجع الغاصب إلى من تلف المال في يده وإن كان عالماً بالغصبية، لأنّ الأمين لا يكون ضامناً لمن ائتمنه.

فأورد عليه بأن الأمين ليس ضامناً لمن ائتمنه في صورة لم يكن المال من جهة

الأداء وهو ظاهر في الحكم الوضعي والعهدة. وبعد إمكان الجعل في هذا القسم من الحكم الوضعي نأخذ بظاهره.

وهذا الإعتبار الّذي يسمّى بالعهدة إذا كان ثابتاً بعد تلف العين لعدم حصول الغاية وهو الأداء، مفاده الضمان واستقرار البدل في الذمّة وتعدد الأيادي الواردة على العين لا يوجب اختلاف دلالة «على اليد»، بل يجري ما قلناه في كل واحد منهما، وتوهم المانع من ثبوت اليد في الذمم أجبنا عنه في هذه الحاشية. (منه قدس سره).

أخرى لشخص آخر. والمفروض فيما نحن فيه أن الأمين ضامن للمالك، لأنه غاصب لماله.

وقوله عليه السلام «ليس على الأمين إلّا اليمين*» منصرف /٣٠٥/ إلى صورة لم يكن العين مضموناً في حق الأمين لشخص آخر.

وقال الأستاد: إن مقتضى ذلك أنه لو أودع الراهن عين المرهونة عند شخص يكون الأمين ضامناً للراهن حيث إنه ضامن للمرتهن. ولا أظن أن يصير الشيخ ملتزماً بمثل ذلك وبنظائره.

أقول: ظني أن ما نقل عن الأردبيلي يكون من الإشتباه لو لم يكن أصل النقل عن الشيخ أيضاً كذلك وذلك لأنّ الأردبيلي رحمه الله في شرح الإرشاد في مسألة توارد الأيدي في كتاب الغصب ينقل كلام التذكرة[1]، **وملخصه:** أنه مع علم الغاصب الثاني بالغصبية قال بقول مطلق: إنه لو رجع المالك إلى الغاصب الأوّل، يرجع الغاصب الأول إلى الثاني.

---

*) *لا يخفى أن هذا الكلام لو تمّ، يشمل تمام الأمانات، لا خصوص الوديعة.*

ونحن نقول ـ على فرض عدم تمامية دلالة هذه الرواية على رفع الضمان عن الأمين وهو الغاصب الثاني الّذي تلف المال في يده ـ: إنه إما أن يكون دليل على أنّ استقرار الضمان على من تلف المال في يده، فعلى هذا لابدّ من أن يكون الإستقرار على من تلف المال في يده.

وأما لوكان الوجه في استقرار الضمان على من تلف المال في يده هو الأصل، كما قرّبناه لا وجه آخر كما تقدم، فحينئذٍ نقول: إنّ الأصل يكون له معارض في المقام؛ لأنّه في غير صورة الأمانة قلنا: إنه لمّا لم نشك في كون استقرار الضمان على الغاصب الأوّل لعدم المرجّح من طرفه بخلاف الثاني حيث تلف المال في يده، فحينئذٍ لا مانع من استصحاب ذمّة الغاصب الثاني بعد رجوع المالك إلى الأول واستصحاب بقاء ذمّة الغاصب الأوّل لو رجع إلى الثاني غير جارٍ لعدم الشك، حيث لا مرجّح لاستقرار الضمان على الأوّل، وهذا الوجه غير جار، لأن المرجّح لاستقرار الضمان على الأوّل هنا يكون موجوداً أيضاً، لكون الثاني أميناً.

وأمّا قوله «ليس على الأمين إلّا اليمين» فلا وجه لدعوى الإنصراف فيه. نعم، يجرى الأصل من الطرفين. وفي كل فرض لا يجري إلاّ أحد الأصلين، لكن بأن أحدهما خلاف الواقع بأن قلنا: إن هذا العلم الإجمالي لا يضرّ بجريان الأصل، فتجري كل في... (منه قدس سره).

١) تذكرة الفقهاء ١٣/١٩٦ و٢/٣٧٧ الطبعة القديمة، في الغصب.

وأمّا لو كان الغاصب الثاني جاهلاً بالغصبية ، فهنا يفصّل بين صورة كان الغاصب الثاني يده يد ضمان كالعارية المضمونة وغير ذلك وبين صورة لم يكن يده يد الضمان ، كالوديعة وغير ذلك .

ففي الصورة الأولى يقول : إنّ استقرار الضمان على الغاصب الثاني ، فيرجع المالك الأول إلى الثاني . وفي صورة الثانية نقول : إنّ استقرار الضمان على الغاصب الأوّل ، فلا يرجع /٣٠٦/ الأول إلى الثاني .

ثمّ الأردبيلي ﷺ مال إلى هذا التفصيل ، بل قال وفاقاً لبعض العامة : إن الثاني ليس ضامناً للمالك أيضاً في صورة الجهل ، فليس للمالك أيضاً أن يرجع إليه .

وأنا أقول : مقتضى مذاق المشهور أيضاً عدم رجوع استقرار الضمان على الغاصب الأول في صورة كان الثاني جاهلاً ولم يكن يده يد ضمان للغرور .

ثمّ إنّ المقصود ممّا نقلناه أنه يظهر منه نفي ما نسب إلى الأردبيلي ﷺ .

كيف ، وهو ينقل من التذكرة أن الغاصب الأول يرجع إلى الثاني مطلقاً في صورة كان الثاني عالماً .

نعم ، نقل عن الشيخ بنفسه مسألة ، ونحن نقول : إن شمول أدلة الأمانة* لمثل هذا الفرض مشكل من جهة الشك في صدق الأمين عرفاً على من يعلم أن ما يأخذه مغصوب . فلا يجري مثل ذلك في غير المقام .

الثاني أنه قد عرفت لو كان الغاصب الأول والثاني عالمين ، فهنا يكون قرار الضمان على الثاني الّذي تلف المال عنده ، فيرجع الأوّل إلى الثاني لو رجع المالك إلى الأول .

وأمّا لو كان الثاني جاهلاً دون الأول ، فهنا لو لم يكن الثاني يده يد ضمان ، فيكون قرار الضمان على /٣٠٧/ الأوّل للغرور . فلو رجع المالك إلى الأوّل لم يرجع هو على الثاني ، بخلاف ما لو رجع إلى الثاني .

وأمّا لو كانا جاهلين ، فهنا نقول : إنّ الإشكال في هذه الصورة أن الغاصب الثاني

---

*) ***ظاهر الخبر نفي الضمان عن الأمين لمن ائتمنه على نحو الإطلاق .***

نعم ، يمكن مع صدق الأمين عرفاً في صورة كان عالماً بأنه مال الغير ؛ فتدبّر . (منه قدس سره) .

لأجل جهله يكون مغروراً، كما في صورة كان الغاصب الأوّل عالماً، حتّى يكون استقرار الضمان على الغاصب الأوّل لكونه غارّاً، أم لا.

نقل عن صاحب العناوين[1] أنه قال: يكفي في تحقق الغرور مجرد أن يكون الغاصب الثاني جاهلاً، سواء كان الغاصب الأوّل عالماً أو جاهلاً.

ولكنّا نقول: لو صحّحنا قاعدة الغرور من جهة قاعدة التسبيب وضعف المباشر، فحينئذٍ نقول: لا فرق بين أن يكون الغاصب الأوّل عالماً أو جاهلاً، بل يكفي مجرد جهل الثاني في تحقق الغرور.

وأمّا لو أثبتنا قاعدة الغرور بالإجماع المنقول والأخبار، فحينئذٍ نقول*: إنه يمكن دعوى انصراف الغرور إلى صورة يكون الغارّ عالماً.

فتلخّص مما ذكرناه إلى الآن أنه إذا رجع المالك إلى الغاصب الأوّل، فيرجع الغارّ الأوّل إلى الثاني إذا كان الثاني عالماً بالغصبية /٣٠٨/ بشرط أن لا يكون المال موضوعاً عند الغاصب الثاني على وجه الأمانة، كما تقدم الكلام فيه في الفرع السابق.

وأما إذا كان الغاصب الثاني جاهلاً، فلا يرجع الغاصب الأوّل إليه إلّا إذا كان الغاصب الأوّل أيضاً جاهلاً، على إشكال فيه تقدم آنفاً.

وفي صورة لم يكن للأول الرجوع هنا إلى الثاني، يكون للثاني أن يرجع إلى الأول لو رجع المالك إلى الثاني.

الثالث أنه نقل عن الشيخ مرتضى ﷺ في كتاب الغصب أنه قال: لا إشكال في أنه لو صالح المالك حقه بجميع الأيادي الواقعة على ماله، فليس المطالبة بالبدل بعد ذلك

---

١) العناوين الفقهية ٤٤١/٢، العنوان ٥٩، من جملة أسباب الضمان، الغرور.

*) ***بعد فرض أن الدليل على استقرار الضمان على الثاني هو الأصل، فحينئذٍ نقول: إن الأصل لا يجري في المقام لإثبات الإستقرار على الثاني لوجود مرجّح، لكون الإستقرار على الأوّل لكونه غارّاً.***

فمقتضى الأصل عدم رجوع كل واحد منهما إلى الآخر لو رجع المالك؛ فتدبّر، كما تقدم في الحاشية السابقة.

وعلى هذا يكون مقتضى الأصل أن كل من رجع إليه المالك رجع إلى الغاصب الآخر. فهنا أصلان في واقعتين يكون العلم الإجمالي على خلاف أحدهما. (منه قدس سره).

من أحدهم ، وكذا لو أبرأ الجميع .

وأمّا لو صالح حقه بأحدهم أو بأجنبي ، فحينئذٍ وإن لم يكن لنفس المالك أن يطالب بعد ذلك من أحدهم ، إلّا أن المصالح له يقوم مقام المالك ، فيطالب من غيره إن كان هو غير من تلف المال في يده ويكون المصالح له كحال المالك .

وأما لو أبرأ المالك حقه عن أحدهم ، فليس له المطالبة منه بعد الإبراء ، ولكن له المطالبة من غيره من الأيادي .

ونحن نقول في توضيح كلام الشيخ : إن للمالك حق المطالبة من جميع الأيادي /٣٠٩/ الواقعة على ماله ، كما أن له بدل العين في ذمّتهم . ومقتضى القاعدة أنه لو وقع الصلح والإبراء بالنسبة إلى نفس البدل أن لا يكون له مطالبة واحد منهم بعد ذلك ، كما أنه لو وقع الصلح والإبراء في حق أحدهم بالنسبة إلى نفس حق المطالبة ، فلابدّ من أن يكون له مطالبة غيره من غير فرق بين الصلح والإبراء في المقامين .

وعلى هذا ، فتوجيه كلام الشيخ ﷺ بأن يقال : إنّ المراد من صلح الحق بأحدهم هو صلح نفس بدل العين به ومراده من إبراء أحدهم هو إبراؤه عن حق مطالبة منه .

ويشهد على هذا التوجيه أنه نقل عن الشيخ ﷺ أنه يقول بعد ذلك : لو صالح المالك أحدهم ، فيسقط حقه عنه ويكون له المطالبة من غيره .

وإنّما لم يذكر المثال الّذي يتعلق فيه الإبراء بنفس البدل من جهة أن المال ولو صرح بإبراء بدل العين عن أحدهم أيضاً لابدّ من أن يحمل كلامه على أن مراده هو إبراؤه عن حق المطالبة . وذلك لأنّه لا معنى لتخصيص الإبراء بأحدهم لو كان مراده إبراء نفس البدل ، لأنّ مقتضى تخصيص الإبراء بأحدهم أن يكون له المطالبة من غيره .

ومقتضى ذلك عدم سقوط أصل العهدة، وإنّما السقاط هو حق المطالبة عن خصوص أحدهم .

وهذا بخلاف الصلح ؛ فإنّه إذا تعلق بالبدل وكان الصالح له /٣١٠/ واحداً من الأيادي ، فينتقل البدل إليه ، فيقوم مقام المالك ، كما تقدم الكلام فيه .

هذا كله في توجيه كلام الشيخ ﷺ ، ولكن يرد عليه إشكالان :

الأول أنّ تعلق الصلح أو الإبراء بحق المطالبة موقوف على أن يكون حق المطالبة حقاً قابلاً للنقل والإسقاط ولا يكون حكماً نظير حق الرجوع في البحث وغيره.

في أنه لا يميز الحق من الحكم إلا بإجماع ونحوه من الأدلة

ونحن قد ذكرنا في ثمرات الكشف والنقل وغيره أنه لا يميز الحق من الحكم إلا بأن يقوم إجماع أو دليل آخر على أنه قابل للإسقاط والنقل، أو أنه ليس قابلاً لذلك، مع أنّ مقتضى الأصل أن لا يكون قابلاً لذلك.

وقد صرّح الشيخ ﷺ[1] بما ذكرناه عند التعرض لأحكام الخيار.

الثاني أنه يكون لنا شاهد على أنّ حق المطالبة يكون حكماً شرعياً غير قابل للإسقاط وذلك لأنّ حق مطالبة البدل من كل واحد من الأيادي الواقعة على مال المالك يكون نظير حق مطالبة رد العين من كل واحد منهم في حال بقاء العين من أنّه لا أظن أن يلتزم أحد بأن المالك في حال بقاء العين لو أسقط حق مطالبة رد العين عن الغاصب، فيسقط حقه بحيث إنه ليس له مطالبة ردّ العين بعد ذلك.

أقول: نحن نسلّم أنه لو دار الأمر في شيء من الحقوق بين كونه /٣١١/ حقاً أو حكماً، أن مقتضى الأصل العملي هو كونه حكماً، لأنّ الأصل عدم نقله وعدم إسقاطه، إلّا أنه يقول في بعض الموارد يكون لنا أصل لفظي يكون مقتضاه كونه حقاً. وذلك كما إذا تعلق به الصلح، فإن الخبر المروي المنجبر ضعفه بعمل الأصحاب من «**أنّ الصلح جائز بين المسلمين إلاّ صلحاً**[2] **أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً**»[3] يكون مقتضاه صحة الصلح المتعلق بما يشك في كونه قابلاً للنقل والإسقاط.

وقد تسمك صاحب الجواهر[4] في أواسط كتاب الصلح لإثبات صحة الصلح

---

١) كتاب المكاسب ١١٠/٦، أحكام الخيار.

٢) في المخطوطة «ما».

٣) الكافي ٤١٣/٧، باب أدب الحكم، ح ١. في الكافي: «.. إلا صلحا حرم حلالاً أو أحل حراماً..»؛ وسائل الشيعة ٢١٢/٢٧ أبواب آداب القاضي، ح ١/٣٣٦١٨.

٤) جواهر الكلام ٢٠٩/٢٦، كتاب الصلح.

المتعلق بما يشكّ في كونه حقاً. وليس هذا من قبيل التمسك بالعموم في الشبهات المصداقية* ، لأنّه ليس لنا دليل على أنّ الحكم لا يتعلق به الصلح ، ونحن نشك في

---

*) *نحن وإن صحّحنا التمسك بالعمومات لإثبات كون مشكوك الحقيقة حقاً على ما أشرنا إليه عند التعرض للثمرات بين الكشف والنقل في الإجارة في الفضولي وكذا في التنبيهات الّتي ذكرنا في مسألة كون الإجازة كاشفة أو ناقلة قبل مسألة تتبع العقود ، إلّا أن ما ذكرنا هناك لم يكن التمسك بالعموم حقيقة لإثبات الحقيقة ، بل بالعمومات ربما نعامل مع المشكوك الحقية معاملة الحقية .*

وأمّا إثبات الحقية بنحو الإطلاق في كل مشكوك الحقية بالعمومات مثل «الصلح جائز بين المسلمين» ، فمشكل . وأشكل منه ما ذكره في الجواهر في أواسط كتاب الصلح من أنّه يجوز التمسك بالعمومات لإثبات جواز إسقاط كل حق حتّى يعلم حتّى يعلم عدم جواز إسقاطه ، ولكن لو شككنا في جواز نقله ، لا يجوز التمسك بالعمومات لصحة نقله .

ثمّ إنّ ما يشك من الحقوق في جواز نقله كثير ، كما أشار في العناوين [العناوين الفقهية ٢٢٣/٢ - ٢٢٥، قاعدة: في عدة أبحاث حول الصلح] *إلى كثير منها .*

ومنها ما تداول من مصالحة حق الرجوع للزوج في الطلاق الرجعي للزوجة بشيء . ولعل من ذلك ما تداول من مصالحة حق الدعوى للمدعي وحق استحلافه للمنكر . وبحكم المقام مصالحة النفقة الغير الثابتة للزوجة ، كنفقة الأيام الآتية .

وعلى هذا ، فلا بأس من أن نتعرض للعمومات ، فنقول:

منها قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة: ١] *الجاري في كل العقود ، كما تمسك به في جامع المقاصد* [جامع المقاصد ٤٤٣/٥، المقصد الخامس في الصلح] *وغيره بهذه الآية في باب الصلح .*

فنقول: إن الآية إنّما تدل على وجوب الوفاء بالعهد ممّا يمكن الوفاء به لوضوح أن التكليف لا يتعلق بغير المقدور ، فلا يشمل الخطاب لما ليس من مقدور المكلف .

وعلى هذا ، فمثل هذا الخطاب يشمل للمعاهدة على كل ما كان مقدوراً للمكلف ، مثل نقل الأعيان والمنافع والحقوق القابلة للنقل أو الإسقاط بالنسبة إلى النقل أو الإسقاط ، كما أنها لا تشمل لكل حق لم يكن قابلاً لأحدهما .

وأمّا ما شك في كونه قابلاً لأحدهما ، فيشك في اندراجه تحت العام حيث لا نعلم أن الحق الّذي يكون محل الكلام ، هل يكون مصداقاً للمخصص الّذي خرج عن تحت العام ، أم لا .

وما نقلناه عن الأستاذ ـ سلّمه الله ـ في أوائل مسألة أصالة الصحة في فعل الغير من أنّ المخصص إذا كان بيان مصداقه بيد الشارع ، فيجوز التمسك في الشبهة المصداقية منه بالعام مع غمض العين من أنا أبطلناه في محله ، مردود بأن المخصص إذا كان عقلياً ، فبحكم المخصص المتصل في أنه إجماله يسري إلى إجمال العام .

وأمّا قوله «الصلح جائز بين المسلمين» سواء كان مشتملاً على قوله «إلّا ما أحل حراماً أو حرّم حلالاً» [وسائل الشيعة ٤٤٣/١٨، كتاب الصلح ، باب ٣، ح ٢/٢٤٠١٨] *كما في النبوي المنجبر ، أم لم*

يكن مشتملاً عليه كما في غيره، [وسائل الشيعة ٤٤٣/١٨، كتاب الصلح، باب ٣، ح ١/٢٤٠١٠] ففي العناوين عن أستاده الشيخ موسى [في العناوين: الشيخ الفقيه المحقق موسى بن جعفر الغروي] أنّ الصلح ليس مشرّعاً، بل إنّما هو ملزم. [العناوين الفقهية ٢٢٧/٢، قاعدة: عدة أبحاث حول الصلح] والمراد عدم جواز الصلح بنحو لم يثبت جواز إسقاطه بغيره.

ونظير ذلك ما ذكره الشيخ ﷺ في المعاطاة [انظر: كتاب المكاسب ٨٢/٣، في المعاطاة، التنبيه الرابع] من أنّ قوله عليه السلام «الناس مسلّطون على أموالهم» ليس مشرّعاً للأسباب.

وبالجملة عدم كون قوله عليه السلام «الصلح جائز» .. مشرّعاً بالمعنى المتقدم أن الصلح العقدي الّذي هو محل الكلام عبارة عن التسالم على شيء، فهو عقد يتضمن التمليك والنقل والإسقاط.

فنقول: إنّ المتكلم لو لم يكن ناظراً إلى بيان هذا المعنى الضمني من التمليك والإسقاط من أنّه على شيء، فلا إطلاق في البين حتّى يجوز التمسك به في مورد الشك.

وأمّا لو كان ناظراً إلى بيان هذا المعنى الضمني حتّى يوجد في البين إطلاق يجوز التمسك به في مقام الشك حيث يكون مقتضى الإطلاق أنه يصح التسليم على تمليك أي شيء ونقل أي شيء وإسقاط أي شيء من أي شخص على أي نحو وأي مكان وأي زمان، إلّا أنه نقول: إنّ هذا العام قد خصّص بحكم العقل، بكل ما لا ينقل النقل والإسقاط والتمليك، فلا يجوز التمسك في مورد الشك في المقابلة، كما تقدم توضيح عدم جواز التمسك عند الشك بعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾.

مثلاً جواز رجوع الزوج في الطلاق الرجعي لو كان مجرد حكم تكليفي بمعنى الترخيص له في ذلك، فهذا لا يقبل الإسقاط، لأنّه ليس وضعه ورفعه بيد الزوج.

وأمّا لو كان الجواز هنا ممّا للزوج ولاية عليه في نقله وإسقاطه، فيكون قادراً على نقله وإسقاطه، فيكون الشك في أنه قابل للإسقاط أو النقل.

نعم، نفس الرجوع الّذي هو فعل الزوج يكون بيد الزوج، فله الصلح بأن لا يرجع، ولكن صحة هذا الصلح يقتضي كون الرجوع حراماً، لا عدم صحة الرجوع لو رجع المقتضي لرفع حكم الطلاق من البين، كما ذكرنا ذلك في حواشينا على المكاسب فيما يتعلق بالشرط الصحيح والفاسد.

وأمّا الإستثناء بما «أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً»، ففي العناوين أنه يرفع الإجمال؛ يعني لو شككنا في ثبوت الإطلاق لقوله عليه السلام «الصلح جائز» .. من جهة بيان متعلق الصلح، فنقول: إنّ استثناء بعض الموارد دليل على أنّ المتكلم يكون ناظراً إلى بيان المتعلق، فيكون الإطلاق له ثابتاً، وإلّا لم يكن الإستثناء من جهة بعض أفراد المتعلق في محله.

لكن قد عرفت أنه بعد ثبوت الإطلاق أيضاً لا يجوز التمسك لحكم العقل بعدم شموله لما لا يكون له نقله وإسقاطه. ومن المحقق [انظر: بلغة الفقيه للسيد محمد بحرالعلوم ١٣/١، رسالة في الفرق بين الحق والحكم] أن من الحقوق ما يقبل النقل والإسقاط، بل كذلك جلّ الأحكام.

وقد يقال بأن المستثنى هنا مجمل وإجماله يسري إلى المستثنى منه، لأنّ إجمال المخصص

مصداق الحكم في مثل هذه الموارد ، بل إنّما ثبت في الخارج أن بعض الحقوق لا يتعلق به النقل ، ونحن نسمي مثل هذه الحقوق بالحكم .

وبناءً على ما ذكرنا ، لو كان لأدلّة الإبراء أيضاً إطلاق ، فلابدّ أن نقول فيه بما قلناه في الصلح ، أو أنه بعد ما أثبتنا صحة الصلح في شيء من الحقوق بما ذكرنا ، **فنقول** بصحة تعلق الإبراء به أيضاً بالإجماع المركب ؛ فتأمل .

ثمّ إنّ ما ادعاه الأستاد من عدم صحة إسقاط حق مطالبة رد العين وكون ما نحن فيه مثله ، يمكن /٣١٢/ منعهما .

ومنها أنه لو كان المغصوب غير تالف ولا يمكن ردّه إلى المالك ، فليس للمالك إلا أن يطالب بدل الحيلولة .

وأما لو لم يكن الغاصب بنفسه قادراً على الرد ، ولكن يكون في البين من يكون قادراً عليه ، لكنه يأخذ الأجرة ، فهنا للمالك مطالبة نفس العين ، لأنّ الغاصب قادر على الرد ولو بالتسبيب وليس المباشرة شرطاً حتّى لا ينفع تمكن الأجير في تحقق

المتصل يسري إلى العام ، لأنّ من المحتمل أن يكون المراد من تحليل الحرام وعكسه جعل نفس الحكم كأن يصالح على أن يكون شرب الخمر حلالاً أو وطي الزوجة حراماً أو جعل نفس الفعل كأن تشرب الخمر أو لا تطأ زوجتك ، إما بالتزام أن التخصيص الأكثر بالنسبة إلى تحريم الحلال غير مضرٍّ وأنه لا مانع من أنّ الفرق واقعاً موجود بين جعل متعلق هو فعل المباح وتركه وإن كان الإلتزام غير جائز على التحقيق ، وإما بأن نتصرف بما ذكره الشيخ ﷺ [كتاب المكاسب ٣٤/٦] ***في شرط المحلّل للحرام وعكسه لرفع هذا الإشكال من أن الأحكام الشرعية تارة يكون ثابتة للأفعال في حال تجرد الفعل عن العناوين الطارئة ، مثل تعلق النذر والقسم والعهد ووجوب الوفاء وأمر الوالدين وغير ذلك من العناوين به ، وتارة يكون ثابتة للإفعال على نحو الإطلاق ، وهذا القسم لا يتغير بالشرط والصلح وغيرهما .***

والقسم الأوّل إذا لزم الوفاء بالشرط والصلح المقتضيين لخلافه ، لم يلزم فيه تحريم حلال ، لأنّ الحكم بالحلية لم يكن ثابتاً في حال تعلق الأمر بوفاء العقد المقتضي لحرمته .

ونحن نقول ـ مع قطع النظر عما تقدم ـ: إنه بناءً على المعنى الأول الّذي رجّحناه في الموضع المشار إليه من المكاسب أن رفع جواز الرجوع مثلاً للزوج مثل جعل الرجوع حراماً ، إما داخل في المستثنى أو يكون من المحتمل شموله له .

والمفروض أن إجمال المخصص المتصل يسري إلى العام ، وعلى الأخيرين يكون الأمر أوهن . (منه قدس سره) .

القدرة على الرد للغاصب ، والمقدور بالواسطة مقدور .

في أن لو لم يقدر على ردّ المغصوب إلا المالك يجب إعطاء مؤونة الردّ إليه

وهذا أيضاً لا إشكال فيه ، وإنّما الإشكال في صورة لم يقدر على استردادها إلا المالك . وهنا أيضاً نقول : لا إشكال في أنه ليس للمالك مطالبة مؤونة الإسترداد ليباشر الإسترداد بنفسه ؛ لأنّه ليس مسلطاً إلا على مطالبة نفس استرداد العين .

وإنّما الإشكال في أنه هل يكون له مطالبة استرداد نفس العين في هذه الصورة حيث يكون الغاصب قادراً عليه على نحو التسبيب بأن يعطى الأجرة إلى المالك لاسترداد العين ، أو أنه ليس للمالك مطالبة استرداد العين وأنه يكون بحكم صورة يكون الإسترداد متعدداً ، فلا يجب على الغاصب إلّا بدل الحيلولة .

وذكر في المكاسب[1] هنا وجوهاً ثلاثة ولم يرجّح شيئاً منها :

الأول أن يكون للمالك مطالبة /٣١٣/ العين ، فيجب على الغاصب بذل عوض الإسترداد إليه مقدمة للإسترداد ، من غير فرق بين صورة لا يرضى المالك إلا بأجرة زائدة على المتعارف وغيرها .

الثاني أن ينزّل هذه الصورة منزلة صورة كان رد العين متعذراً ، فيغرم الغاصب بدل الحيلولة ، ليس إلا .

الثالث : أن تفرق بين الأجرة المتعارفة للإسترداد وبعض الزائد عليها ما يعدّ إجحافاً على الغاصب .

ونحن نقول : إن المتعين هو الوجه الأول ، حيث إن الرد كان واجباً عليه ، والمفروض أنه مقدور بالواسطة والمقدور بالواسطة مقدور .

نعم ، لو صار الإجحاف في مؤونة الرد بحيث لا يتحمل عادة ، فيسقط وجوب الرد حينئذٍ ، بل جميع التكاليف من الصلاة والوضوء وغير ذلك إذا صار شاقاً على

---

١) كتاب المكاسب ٥١٢/٣، حكم المشتري مع الفضولي ، المسألة الثانية ما يغترمه المشتري غير الثمن .

المكلف مشقة شديدة بسوء حال المكلف بها ، يسقط .

ولذا قلنا في محله : إنه لا يجب شراء الماء للوضوء وغيره إذا يسوء حال المكلف بواسطة شرائه وليس سقوط التكليف في مثل هذه الموارد بواسطة أدلة الحرج ، بل عدم ثبوت التكليف الّذي يصل حرجه بهذه المرتبة عقلي ، بل إجماعي ظاهراً أيضاً .

ولكن مراد الشيخ ﷺ من الإجحاف الّذي ذكره /٣١٤/ ليس هو ما يصل هذه المرتبة ، ولذا اخترنا الوجه الأوّل على إطلاقه .

في مسألة متعلقة بقاعدة الضرر

أقول: ولعل نظر الشيخ في عدم حكمه بوجوب ردّ المؤونة في صورة الإجحاف ولو لم يصل الإجحاف إلى المرتبة الشديدة إلى أدلة الضرر ؛ إذ الظاهر أنه لا دخل لأدلّة الحرج بالمقام .

وعلى هذا نقول : نحن ذكرنا في قاعدة الضرر أن المرفوع بقاعدة الضرر هو الإضرار بالغير ، لا مطلق الضرر .

ولذا قلنا : إنه لا يجوز التمسك بقاعدة الضرر في مثل الصلاة والوضوء وغيره .

وعلى هذا ، فنقول : إذا فرضنا أن رد المغصوب لا يصير واجباً فورياً إلّا بمطالبة المالك ، وفرضنا أنه في زمان آخر يكون الغاصب متمكناً من الرد ، من دون ورود هذا الضرر الكثير عليه ، فهنا لمّا يكون المطالبة موجبة للإضرار ، فلا نقول بوجوب ردّ المؤونة إلّا أن يرد على المالك ضرر في عدم المطالبة .

فإنّه يقع التعارض هنا بين الضررين ؛ فتأمل* .

---

*) ***لو قلنا في صورة يطالب المالك بأكثر من أجرة المثل بمقدار يعدّ ضرراً ، إن قاعدة الضرر يقتضي أن لا يكون للمالك أن يطالب عين ماله ، فيصير بحكم صورة تعذر ردّ العين في أن له بدل الحيلولة .***

ولو ناقشنا على قاعدة الضرر بأن الضرر متعارض وإن كان ذلك موهوناً ،كما يظهر مما ذكرناه في قاعدة الضرر ، فحينئذٍ نتمسك بقاعدة الحرج ، ويتتج أيضاً عدم جواز مطالبة العين .

ولو ناقشنا على أدلة الحرج من أنها لا تشمل ما ليس فيه مشقّة بدنية وإنّما يكون شاقّاً على البعض فقط ، فحينئذٍ يكون المرجع إطلاق أدلة وجوب الرد عند مطالبة المالك للعين ، ما لم يصر

ومنها أن الغاصب الثاني لو أتلف المغصوب ، /٣١٥/ فهنا أيضاً لا إشكال في أن للمالك الرجوع إلى كل واحد من الغاصب الأول والثاني ، إلّا أنه لو رجع إلى الأول ، فيرجع الأوّل إلى الثاني .

ولو كان الثاني جاهلاً في كون المال مغصوباً ، كما لو أودعه المغصوب فأتلفه ، إلا أن يكون الثاني مغروراً في نفس الإتلاف أيضاً ، كما لو أطعمه طعام الغير بعنوان أنه ماله .

وهذه المسألة مذكورة في شرح الإرشاد[1] ، فإن شئت فارجع إليه .

مسألة

في بيع ما لا يملك وما يملك

لو باع ما يقبل التملك للمسلم مع ما لا يقبله ، فهنا يقولون[2] بصحة البيع في الجملة بالنسبة إلى المملوك .

وتفصيل الكلام في المقام : أن هذا الجزء من المبيع الّذي ليس قابلاً لأن يملك ، فإما أن لا يكون قابلاً لأن يملكه أحد ، كما لو كان الضميمة من قبيل الأوساخ وبعض القذارات .

وإما أن يكون له شأنية أن يملكه أحد مع بقاء صورته بواسطة تغيّر بعض حالاته كالحرّ ، فإنّه يكون قابلاً لأن يسترقه مؤمن أو كافر* فيملكه ، ولو بمجرد اعتقاده بمقتضى مذهبه .

وإما أن يكون بالفعل ممّا يقبل التملك للكفار ، وإن لم يكن قابلاً لأن يملكه

الأجرة إلى حد لا يتحمل عادة .

وإذا وصل بهذا الحد نقول بسقوط التكليف بردّ العين إما للإجماع المدعى في المقام ، أو لما قلناه في محله من سقوط الظواهر عن الإعتبار فيما على خلاف المشهور ، أو ما شبهه ، للعلم الإجمالي على خلاف أمثال هذه الظواهر . (منه قدس سره) .

١) أنظر : مجمع الفائدة ٥١٧/١٠ ، حكم تعاقب الأيادي في الغصب .

٢) راجع كتاب المكاسب ٥٣١/٣ ، لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله .

*) ***أقول . (منه قدس سره) .***

المسلم.

وعلى كل واحد من الإحتمالات الثلاثة إما أن تكون الضميمة /٣١٦/ مقصودة عند البيع، أم لا.

وسيوضح المراد من كونها مقصودة ـ إن شاء الله ـ.

ثمّ إن البايع والمشتري إما أن يكونا جاهلين بموضوع الضميمة، أو بحكمها.

وإمّا أن يكونا عالمين، أو يكون أحدهما عالماً دون الآخر.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إن الكلام هنا تارة يقع في صحة البيع المذكور في الجملة. وفي مثل هذا المقام لابدّ من أن يؤخذ صورة يكون قدراً متيقّناً من جميع المحرّمات بحيث لو كان البيع مع الضميمة المذكورة في الجملة صحيحاً، يكون البيع في تلك الصورة صحيحاً.

ثمّ نشرع بعد ذلك في الفروع تكون فيها جهة إشكال غير الإشكال العام الساري في جميع فروضه.

ثمّ نتعرض في كلّ فرع كلّ ما يكون قابلاً لأن يكون منشأً للإشكال فيه ـ إن شاء الله ـ.

أما المقام الأول، فنقول فيه: إن الصورة التي يكون قدراً متيقّناً من جميع الجهات بحيث يكون جميع القائلين بصحة بيع ما يقبل التملك مع ما لا يقبله قائلين بصحة بيع ما يقبل التملك مع ما لا يقبله، قائلين بصحته هو أن يكون البايع والمشتري جاهلين بالضميمة حكماً وموضوعاً، غير قاصدين لها. وكان الضميمة ممّا يقبل التملك بالفعل لغير المسلم كالخمر والخنزير.

وهنا نقول: إن مقتضى كلام المشهور أن البيع هنا صحيح بالنسبة إلى ما يملك وإن صحته يكون على مقتضى القاعدة، يعني أن العمومات تقتضي صحته، /٣١٧/ من دون احتياج إلى دليل خاص بالمقام.

في حال الإجماعات المنقولة من كتب الأصحاب

وعلى هذا، لا فرق بين ما نحن فيه وبين بيع المملوك وغير المملوك الّذي تقدم

الكلام فيه في الفضولي ، ولكن الظاهر من بعض كالشيخ ﷺ في المكاسب[١] أن مقتضي القاعدة هو البطلان ، إلّا أنه خرجنا عن القاعدة للنص والإجماع كما أنه يقول بصحة بيع المملوك مع غير المملوك لذلك .

ولكنّا نقول : إن هذا مسلك المشهور المتصور من أنّ صحة البيع في مثل المقام يكون على طبق القاعدة ، وأنه لا يصح التمسك بالنص والإجماع في المسألة .

أما الأخير ، فنقول : إن الشيخ يتمسك بالإجماع المنقول عن الغنية[٢] وبما نقل عن جامع المقاصد[٣] من أنّه قال : إنه صحيح عندنا .

ونحن نقول : أما الإجماع المنقول عن الغنية فموهون ؛ لأجل أنه يدعي الإجماع في أكثر المسائل ، بل قيل من أنّه ما من مسألة ويدعى الإجماع عليها في الغنية .

وأمّا ما نقل عن جامع المقاصد ، فنقول : محتمل لأن يكون في مقام خلاف العامة كالشافعي . وحاله على هذا يكون كحال ما يذكره الصدوق في الأمالي[٤] في كثير من المسائل أنه من دين الإمامية كذا وكذا ، في أنه يكون المقصود من قوله « عندنا » ومن قول الصدوق[٥] « انه من دين الإمامية » أن العامة /٣١٨/ أو الشافعي مثلاً لا يقول بذلك ، بل هذا الحكم من خصايص الإمامية .

وأما أن الأمامية متّفقون على ذلك أم لا ، فالكلام ساكت عنه ومحتمل لأن يكون ذكر هذا الكلام في مقابل علمائنا ، فينفع حيث يدلّ على اتفاق علماء الإمامية على هذا التقدير .

لكن على ما نقل عن جامع المقاصد يكون المعين هو الإحتمال الأول ؛ لأنّه لم يدع الصحة عندنا على نحو الإطلاق ، بل ذيّله بقوله « وللشافعي فيه قولان

---

١) كتاب المكاسب ٥٣١/٣، لو باع ما قيل التملك وما لايقبله .

٢) غنية النزوع : ٢٠٩ .

٣) جامع المقاصد ٤٣٢/٤، بطلان البيع بالشرط الفاسد . و١١٦/٩، كتاب الوقف، لو اندرس شرط الواقف .

٤) أنظر : الأمالى : ٧٣٨، المجلس السادس والسبعون مثلاً .

٥) أنظر : الإعتقادات في دين الإمامية قال الصدوق رحمه اللّه في مختلف الأبواب (اعتقادنا) .

آخران »[١]، ونقل الإجماع عن الخلاف[٢] وعن العامة أيضاً ومن المتأخرين في العنوانين[٣].

وأورد على الكل بوهن دعوى إجماعاتهم.

نعم، لو كان دعوى الإجماع في مثل كلام الشهيدين والمحقق الثاني، فيكون نافعاً.

في الإجماعات المنقولة من العلماء

أقول: نحن ذكرنا في مسألة حجية الإجماع المنقول باعتبار أنه يعتبر باعتبار المنكشف إذاكان دعوى المدعي للإجماع ناشية من مقدمات قريبة من الإحساس، إلا أن إحراز صغراه لمّا يكون مشكلاً، فلا ينفع ذلك في مورد من الموارد.

نعم، الإجماع المنقول حجة باعتبار الكاشف مطلقاً، إلّا أنا ذكرنا هناك من أنه لمّا رأيناكثيراً دعوى الإجماع من كثير منهم في موارد كانت محل الخلاف، فذلك يصير مانعاً من أن يحمل لفظ الإجماع /٣١٩/ على أنه كان هذه الدعوى لأجل اتفاق الكلّ، كما هو مصطلحهم في لفظ الإجماع، بل إجماعات الشيخ وغيره ممن يدعي الإجماع بقاعدة اللطف[٤]، فلا يدلّ على أزيد من اتّفاق أهل عصر واحد من العلماء على المسألة الّتي ادعي الإجماع عليها، لأنه القدر المتيقن.

وأمّا دعوى الإجماع من غير الشيخ وأتباعه، فمقتضى القاعدة أنه لابدّ من أن يحمل على المعنى الإصطلاحي، فيحمل على اتفاق الكل، إلّا أنك قد عرفت من أنا لما علمنا خلاف ذلك في كثير من الموارد، فعلمنا من ذلك أنهم يدعون الإجماع بواسطة كل اتفاق يحصل لهم منه القطع بقول الإمام، فيسقط جميع الإجماعات المنقول عن درجة الإعتبار.

---

١) المجموع ٣٨١/٩، باب تفريق الصفقة.

٢) الخلاف ١٤٤/٣، إذا باع شيئين صفقة واحدة.

٣) أنظر: العناوين الفقهية ٧١/٢، العنوان ٣١.

٤) أنظر: فرائد الأصول ١٩٢/١، الإجماع المنقول.

والمراد أنه بواسطة العلم الإجمالي الّذي حصل لنا بعدم إرادة المعنى الإصطلاحي في كثير من الموارد وبواسطة عدم تميز الإجماعات المنقولة الّتي تكون من هذا القبيل من غيرها، يسقط الكل عن درجة الإعتبار حيث إن حال الإجماعات المنقولة من هذه الجهة كحال سائر ظواهر الألفاظ.

نعم، كل مورد أحرزنا هناك خروجه عن دائرة العلم / ٣٢٠ / الإجمالي المذكور إما لعدم رؤية وهن في تلك المورد، أو إحراز أن المدعي لا يدعي الإجماع في مورد الخلاف، كالشهيدين[1] والمحقق الثاني وغيرهم من بعض المتأخرين. فنصدق المدعي للإجماع هناك، بمعنى أنه نصدقه في أنه اتفق العلماء في تلك المسألة؛ يعني العلماء الّذين يكون مدعى الإجماع بحسب حاله وبسطه في العلم وغير ذلك قادراً بحسب المتعارف أن يطلع على أقوالهم.

ثمّ إنّه كل مقام أحرزنا الإتفاق من العلماء بمقتضى دعوى مدعي الإجماع، فحينئذٍ لابدّ من أن نفرض الإتفاق المنقول لنا، كالمحقق ونراجع الوجدان في أنه يصير ذلك موجباً للقطع أو الإطمينان بقول الإمام، ولو بانضمام بعض القرائن الخارجية إليه، حتّى ينفعنا في الحكم بثبوت الحكم الشرعي، أم لا.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إن الإجماع المنقول في مسألتنا ليس نافعاً في استكشاف قول الإمام، لأنك أفرض الإتفاق المنقول كالمحقق وأفرض أن غير الأردبيلي الّذي يكون متأملاً في المسألة من صاحب الكتب، فبعض المعتبرين من غيرهم يكونون / ٣٢١ / متّفقين على صحة البيع، إلّا أنه نقول: لمّا يكون الحكم بالصحة على طبق القاعدة، فنحن نحتمل أن يكون هذا مستند كلّهم أو كثير منهم، كما أنهم يستدلّون للصحة بأنه مقتضى القاعدة، كما سيأتي -إن شاء الله-، ومع ذلك لا يحصل لنا القطع ولا الإطمينان بأنهم إنّما اتفقوا على ذلك لاطلاعهم على رأي الإمام عليه السلام في المسألة.

---

١) أنظر: الدروس ١٩٦/٣، كتاب البيع، درس ٢٣٨ شرائط العوضين؛ والروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ٢٤٠/٣، كتاب المتاجر، الفصل الثاني في عقد البيع وآدابه.

في النص الذي تمسك به على صحة البيع

وأمّا النص الّذي يتمسك به الشيخ ﷺ فهو ما تقدم في الأدلة الدالّة على بطلان الفضولي. وفي مسألة بيع ما يملك[١] مع ما لا يملك من صحيحة الصفار[٢]: **كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام في رجل باع قرية وإنّما له فيها قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك وقد اقر له بكلها.**

فوقع عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس بملك. وقد وجب الشراء على ما يملك[٣] بتقريب أن الموصول في قوله عليه السلام «**وقد وجب الشراء على ما يملك**» عام، لأنّ الموصولات من ألفاظ العموم، ودعوى انصرافه إلى صورة كون بعض القرية المذكورة فيها مال الغير، فلا ينفع في مسألتنا، وإنّما ينفع في المسألة المتقدمة وهو أن يبيع ماله مع مال الغير، ممنوعة.

وأورد على ذلك بأن الموصول في مثل المقام الّذي سبقه ما يصلح أن يكون هو المراد منه /٣٢٢/، وهو لفظ القرية، لابدّ من أن يحمل على العهدية، لا على العموم.

ويؤيد ذلك أن أحداً من الشرّاح لم يتمسك بعموم هذه الرواية لمسألتنا.

نعم، نقل عن صاحب العناوين أنه أيضاً تمسك بها؛ لكنّك قد عرفت الإشكال في التمسك بها.

وتمام الكلام في هذا المقام سيأتي ـ إن شاء الله ـ في الفرع الأوّل من الفروع الخلافية.

وأمّا الأول وهو كون الصحة على طبق مقتضى القاعدة، فيتوقف توضيح الحال فيه على بيان الإشكال الّذي ذكروه على صحة البيع في هذا المقام، وهو أن المفروض في المقام أن قصد المتبايعين يكون متعلقاً ببيع مجموع ما يقبل التملك وما لا يقبله

---

١) كتاب المكاسب ٥٣١/٣، بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله و٥١٣/٣.

٢) أنظر: جواهر الكلام ٢٨١/٢٢، في بيع الفضولي.

٣) وسائل الشيعة ٣٣٩/١٧، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع، ٢، باب أن من باع ما يملك وما لا يملك، ح ١/٢٢٧٠٤. قال: «محمد بن الحسن الطوسي بإسناده عن محمد بن الحسن الصفار أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن على العسكرى عليه السلام في رجل باع قطاع أرضين.. وإنما له في هذه القرية قطاع أرضين فهل يصرح للمشترى ذلك وإنما له بعض هذه القرية وقد أقر له بكلها؟ فوقع عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب الشراء من البايع على ما يملك».

بمجموع الثمن. والمفروض أن البيع يبطل بالنسبة إلى مالا يقبل التملك.

ولذا يوزّع الثمن عليه وعلى الجزء الأخير من البيع، ويملك البايع من الثمن بمقدار القسط الّذي يقع منه في مقابل ما يقبل التملك.

وعلى هذا نقول: إنّ ما يقع، لم يقصد وما قصد لم يقع. ومن هنا حكموا بفساد العقد بواسطة فساد شرطه، حيث إن هنا أيضاً إنّما تعلق القصد بوقوع البيع مع الشرط، لا بدونه.

ومن هنا يجيء /٣٢٣/ إشكال على من قال بصحة بيع ما يقبل التملك مع ما لا يقبله، مع أنّه قال: إنّ فساد الشرط يوجب فساد المشروط.

وقد قال المحقق الثاني[١] على ما نقل عنه الشيخ[٢] هنا: إن في الفرق بين فساد الجزء والشرط عسراً.

هذا، ولكنّا نقول: إنّ مقتضى القاعدة صحة البيع في كلا المقامين والوجه في صحتهما يكون مختلفاً أيضاً.

أما الوجه في عدم كون فساد الشرط منشأً لفساد أصل البيع، فهو ما أشار إليه الشيخ عند بيان حكم الشروط الفاسدة[٣].

وفي غير هذا المقام أيضاً من أنّ حال الشرط كحال الأوصاف في كونها منشأً لزيادة مالية العين، فيصير داعياً لبذل الثمن المسمّى في مقابل العين مثلاً، كما أن حسن مشي الفرس يوجب زيادة ماليته، كذلك انضمام اشتراط صياغة بعض ما يحتاج إليه من آلات الذهب والفضة إليه أيضاً يوجب زيادة مالية الفرس، حيث إن الفرس إذا انضمّ إليه هذا الشرط، فيصير الرغبة فيه أكثر، فيبذل بإزائه أكثر مما يبذل بإزاء الخالي عن هذا الشرط.

فالحاصل أن المقصود عند البيع هو بذل الثمن في مقابل نفس العين، ليس إلا.

نعم، الشرط المذكور في /٣٢٤/ ضمن العقد صار داعياً لبذل الثمن المخصوص

---

١) جامع المقاصد ٤٣٢/٤، بطلان البيع بالشرط الفاسد.

٢) كتاب المكاسب ٥٣٢/٣، بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله.

٣) كتاب المكاسب ٩٠/٦، وحكم الشرط الفاسد، الأول.

في مقابل العين.

ومن الواضح أنه لا يفسد البيع لانكشاف عدم تحقق ما صار داعياً لاشتراء البيع بالثمن المخصوص، وإلّا يلزم أن يحكم بفساد أكثر البيوع*.

---

*) ***لا يخفى أن صاحب الجواهر*** [جواهر الكلام ٢١٦/٢٣، في الشروط، الكلام في صحة البيع المشتمل على الشرط الفاسد] ***في باب الشرط في كتاب التجارة يدعي الإتفاق على أنّ فساد الشرط يوجب فساد أصل العقد إذا كان العقد مقيّداً ومعلّقاً على الشرط، سواء كان الرضاء به مقيداً، أو أصل صحته، أو لزومه.***

وعلى أنّ فساد الشرط لا يوجب فساد العقد لو لم يكن في البين تعليق، بل كان مجرد التزام في العقد، وأن محل الكلام في صورة لم يقطع بإحدى الطرفين ولم يكن في اللفظ قرينة على أحدهما.

ونحن نقول: أما البطلان على فرض التعليق على الشرط الفاسد بعد فرض أن التعليق بنفسه غير مضرٍّ، فمن جهة أن كل واحد من إنشاء النقل الّذي هو القصد المعتبر في باب العقود والرضاء به ليسا بموجودين على فرض عدم صحة الشرط؛ لأنّ القصد والرضا كان على الفرض، وهو فرض وجود الشرط.

وفي غير هذا الفرض لم يرض ولم ينشأ ولم يقصد، والمفروض أن الشرط ليس بموجود، فلا قصد ولا رضاء وهما معتبران في الصحة.

وأمّا الصحة على فرض كون الشرط بمعنى الإلتزام بشيء في العقد من دون تعليق العقد عليه، فلأن إنشاء النقل وقصده دفع مطلقاً، فيقتضي ثبوته على كل تقدير، كما هو الحال في كل إنشاء وقع مطلقاً.

وهذا يقتضي كون الرضا به كذلك؛ لأنّ ما يوجده الإنسان وينشأه ويفعله يكون مرضياً عنده ومراداً له، واقتران انشاء العقد بالإلتزام بالشرط لا يقتضي كونه داعياً على الرضاء بالعقد، لا أن يكون الرضاء بالعقد معلقاً عليه.

ثمّ إنّ الشرط في ضمن العقد يكون من هذا القبيل أيضاً، لوضوح أن الشرط في ضمن العقد يكون بمعنى الإلتزام وجعل العقد مقيداً به خارج عن الشرط في ضمن العقد الّذي هو محل الكلام، وظاهر اللفظ يكون حجة على أنّ الظاهر يكون مقصوداً، فثبت أنه لا تعليق في القصد.

وأمّا الرضا، فنقول: لا إشكال في أن الإلتزام بالشرط صار داعياً للرضا بالعقد.

وأمّا كونه معلقاً بالشرط، فخلاف ظاهر اللفظ، لأنك قد عرفت أن الإنشاء كان مطلقاً، وظاهر اللفظ حجة في أن ما يفعله باللفظ يكون مراداً ومرضياً عنده. والمفروض أن ما أنشأه وفعله باللفظ مطلق، وليس في اللفظ تعليق.

ثمّ إنك عرفت أنه في صورة التعليق بالشرط لا قصد ولا رضاء مع فساد الشرط. وأمّا لو صار الإلتزام بالشرط داعياً على العقد والقصد، فحينئذٍ يكون الرضاء الفعلي موجوداً مع فساد الشرط واقعاً.

ولكن الرضاء التقديري ليس بموجود بمعنى أنه لو كان عالماً بفساد الشرط لم يكن راضياً.

فيقع الكلام في أن الرضاء الفعلي يكفي في صحة العقد ولو كان عدم الرضاية التقديرية في البين، أم لا.

ونحن نقول: إنه يكفي في الصحة:

أما أولاً فلأنه لو كان عدم الرضاية التقديرية مضرّاً، فيلزم منه أكثر المعاملات، كما نقلناه في المتن هنا، وذكره الشيخ رحمه الله في أحكام الشرط الفاسد.

وثانياً بعد فرض وجود الرضاء الفعلي يصدق أن له طيب النفس وكون الرضاء التقديري على خلافه غير مضرٍّ بصدق أن له طيب النفس بعد وجود الرضاء الفعلي في البين، كما لا يخفى على المتأمل في نظائره.

وثالثاً لو شككنا في كفاية طيب النفس الفعلي في صورة كان التقدير على خلافه، نتمسك لصحة العقد بالعمومات. ولا يتوهم أن هذا من التمسك بالعمومات في الشبهات المصداقية؛ لأنّ العقد الّذي فيه طيب النفس الفعلي دون التقديري يكون أصل خروجه عن تحت عموم مثل ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة: ١].

ومما ذكرنا في المتن ظهر بطلان كلام من قال: إن للشرط جزء من الثمن، وهذا الجزء غير معلوم والعلم بالثمن شرط؛ لأنّه مع أنّه على الفرض لا يوجب الجهل بالثمن ـ كما سيأتي في فروع تبعّض الصفقة ـ نقول: إن الشروط كالأوصاف والأوصاف لا يقابل بالأعواض، حتّى شرط الصحة.

وذكرنا في مسألة توارد الأيدي على مال المغصوب أن الحكم بالأرش مع تخلف وصف الصحة يكون مخالفاً للقاعدة.

ثمّ إن من العجب أن الشيخ في مسألة حكم الشرط الفاسد [كتاب المكاسب ٢٨١/٦، أحكام القبض، مسألة لو تلف بعض المبيع قبل قبضه] *أجاب عن الإشكال بأن للشرط قسط من الثمن لإثبات فساد أصل العقد للجهالة بما ذكرناه من أنّ الجهل في الشرط لا يوجب جهل الثمن، لأنّ الشرط كالوصف، فلا يقابل بالعوض، مع أنّه في أول المسألة* [كتاب المكاسب ٨٩/٦، في حكم شرط الفاسد] *عدّ من الشرائط الفاسدة الّتي لا إشكال في أن فسادها يوجب فساد العقد، صورة كان الشرط فاسداً لأجل الجهالة، فإنّه يوجب الجهل بأصل الثمن.*

ونحن نقول: لو قلنا: إن الشرط المجهول فاسد في نفسه، فلا وجه لأن يوجب فساد العقد، لأن الشرط لا يقابل بالعوض حتّى يوجب الجهل بالثمن، وإنّما يكون الشرط من قبيل الدواعي لبذل الثمن المسمّى بإزاء العين.

ثمّ إن الشيخ رحمه الله [كتاب المكاسب ٩٥/٦، في حكم الشرط الفاسد] *ينكر وجهاً لإثبات أن فساد الشرط لا يوجب فساد العقد في غير الموارد الّتي تسلّم أن فساد الشرط لا يوجب فساد العقد، لا بأس بنقله حتى نرى أنه راجع إلى ما ذكرناه، أو أنه وجه آخر.*

والحاصل أن الشرط إنّما يوجب زيادة قيد ووصف في المبيع، فيكون حال صورة كان الشرط فاسداً كحال صورة تخلف الوصف في البيع في أنه لا يوجب إلا الخيار*.

وملخص ما يقوله في مقام الحل من أنّ فساد الشرط لا يوجب رفع الرضاء عن أصل العقد: أن القيد المأخوذ في المطلوب [مطلوب]. بانتفائه والشرط في ضمن العقد يكون من قبيل الثاني، فيكون الرضاء بأصل العقد موجوداً، ونحن نقول: لو كان المراد أن مقتضى نفس العقد مرضي فعلاً بدون الشرط بمعنى الرضاء به ولو مع عدم الشرط، فليس الأمر كذلك.

ولو كان المراد أنه من قبيل تعدّد المطلوبي بمعنى أن العقد مع الشرط كان مطلوباً وبدونه كان مطلوباً، ففيه: أن المفروض أن الشرط صار داعياً على العقد والنقل، فليس النقل بدون الشرط مطلوباً إلاّ أن يكون المراد ـ كما ذكرناه سابقاً من أنّ المطلوب هو النقل فعلاً وإن صار الشرط داعياً لكونه مطلوباً فعلاً، فيلزمه عدم الرضاية التقديرية حيث لم يكن الشرط باقياً له لفساده؛ لكن مجرد الرضاء الفعلي كافياً، فيرجع إلى ما ذكرنا سابقاً.

وتمسّكه رحمه الله [أنظر: كتاب المكاسب ٩٥/٦] *بالعرف إنّما هو لإثبات أنه في صورة لم ينتف المطلوب في نظر العرف بانتفاء العقد، يجعلون أهل العرف ذلك الشرط من قبيل الداعي وأن الرضاية الفعلية المجرّدة موجود ـ لا يخفى أن مع تخلف الشرط يكون المطلوب عرفاً موجوداً عند مذهب الشيخ مطلقاً ـ، لكن فهم العرف إنّما ينفع في صورة كان فهم العرف من اللفظ، كما في المقام، فيجرع إلى فهم العرف ـ أوضحنا كلام المصنف؛ في محله؛ فراجع ـ الذي ادّعيناه سابقاً، ولا ينفع في غير باب الألفاظ، فيفهم منه أنه تسلّم أن طيب النفس الفعلي كانت كما يستفاد ذلك من تصريح صاحب الجواهر مما نقلناه عنه.*

ولا يخفى أن الشيخ ليس مفصلاً في باب الشروط، بل يقول بأن فساد الشرط لا يوجب فساد العقد مطلقاً. (منه قدس سره).

*) *لا يخفى أن هذا الوجه محل النظر بهذا البيان المذكور في المتن، لأنّ كون الأسباب الشرعية كالأسباب العقلية تؤثر في محل القابل دون غيره تحتاج إلى دليل، مع أنّه على هذا لا يحتاج بأن يقال بعد ذلك بأنه ينحلّ العقد إلى العقود، فيشمل ﴿أوفوا بالعقود﴾ [المائدة: ١] لكل منها، ولو كان المراد إثبات أن الأسباب الشرعية كالأسباب العقلية بواسطة انحلال العقد إلى العقود، فذلك يوجب الدور؛ لأنّ كون الأسباب الشرعية كالعقلية يتوقف على انحلال العقد إلى العقود والمأخوذ في الإستدلال أيضاً هو إثبات الإنحلال بأن الأسباب الشرعية كالأسباب العقلية.*

هذا، وتحقيق المقام يتوقف على التكلم في المراد من انحلال العقد إلى العقود، وبيان شمول دليل اعتبار العقود لكل واحد من العقود الإنحلالية وبيان وجود طيب النفس المعتبر في العقود في كلّ واحد من العقود الإنحلالية.

أما المقام الأول وهو بيان المراد من انحلال العقد إلى العقود، فنقول: من الواضح أنه ليس

المراد انحلال نفس العقد الّذي هو مركّب من الألفاظ إلى الأجزاء الخارجية والعقلية كانحلال الإنسان إلى اليد والرجل وغيرها، أو إلى الحيوان الناطق، كما أن من الواضح أنه ليس المراد هو الإنحلال بلحاظ ترتيب آثار العقد؛ لأن الآثار بنفسها متعدد، فلا يحتاج إلى الإنحلال حتّى يتعدد، بل المراد من انحلال العقد إلى العقود أن العقد الواحد ينزّل منزلة عقود كثيرة بعدد أجزاء يتصور في العوضين، يعني يجعل العاقد عقده منزلة عقود كثيرة، فكأنه صدر منه عقود كثيرة، نظير انحلال الوجوب المتعلق بالمركب الإعتباري إلى وجوبات عديدة نفسية بعدد أجزاء المركب الإعتباري، فكما أن قوله «صلّ» بمنزلة كبّر واقرأ واركع إلى آخر الأجزاء إذا كان المطلوب هو المركّب، لا الهيئة المجموعية، وإنّما اكتفي عن هذه الأوامر بلفظ واحد للإختصار والسهولة.

وكما أن ﴿يا أيها الناس﴾ بمنزلة يا زيد ويا عمرو إلى آخر. وعبّر عنها بلفظ ﴿يا أيها الناس﴾ [في الآيات المتعددة كـ: البقرة: ٢١] للإختصار، فيكون حال الوجوب المتعلق بالمركب كحال الصفات، مثل السواد، وكحال الأمور الإعتبارية مثل الملكية في أنه إذا تعلق بمركب يتعلق بكلّ جزء منه، فكذلك حال العقد المتعلق بالمركب؛ لأنّه إذا عاهد على نقل مركب، فيكون هذا معاهدة على نقل كل جزء منه، فيكون بمنزلة معاهدات كثيرة بعدد أجزاء يفرض في المركب.

وأمّا المقام الثاني أعني شمول العمومات للعقود الإنحلالية، فنقول بالنسبة إلى قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾، لا يخفى عليك أن متعلق الأمر لابدّ أن يكون هو الفعل الخارجي، كما سيأتي في الفرع الأوّل مفصلاً.

وعلى هذا، لو كان معنى ﴿أوفوا..﴾ طلب إيجاد العقد، فلم يكن معنى لتعلقه بالعقود الإنحلالية، لأنها ليس من الأفعال الخارجية، لكن من الواضح أنه ليس العقد متعلق الطلب، بل العقد من قبل الموضوع مثل «زيد» في «أكرم زيداً» ومتعلق الأمر هو الوفاء بالعقود والوفاء بكلّ من العقود الإنحلالية المشار إليها في المقام الأول بنفسه فعل خارجي لا دخل له بالآخر والعهد الخارجي المتعلق بالمركب أو المتعدد ينسب ذلك العهد إلى كل واحد من أجزاء ذلك المركب وكلّ واحد من ذلك المتعدد.

فمن عاهد على نقل ثوبيه، ثمّ أخذ أحد الثوبين، فيقال: إنه وفى بعهده بالنسبة إلى أحد ثوبيه دون الآخر، بل إذا عاهد على نقل شيئين ولم يكن أمر أحدهما بيده إما لعدم قابلية النقل، أو لكون أمر نقله بيد شخص آخر، فحينئذٍ لو وفى بالنسبة إلى ما كان أمره بيده، فيقال عند العرف: إنه وفى بعهده من دون مسامحة.

ولا نحتاج في شمول ﴿أوفوا بالعقود﴾ له بالنسبة إلى ما كان أمره بيده إلى أزيد من هذا الصدق العرفي للوفاء؛ لأنّه إذا انتقض عهده بالنسبة إليه، فيقال: إنه نقض عهده. فيدلّ قوله تعالى على حرمة النقض عليه ووجوب الوفاء، فيستفاد الصحة، كما في سائر العقود.

وأمّا المقام الثالث وهو وجود الرضاء في كل واحد من العقود الإنحلالية، فلأن المعاهدة لم

وأمّا الوجه في عدم كون بعض أجزاء المبيع ممّا لا يقبل التملك منشأ لفساد البيع، فلما ذكره المشهور كما في الجواهر[١] وشرح الإرشاد[٢] من أنّ مقتضى القاعدة هنا هو صحة البيع من جهة أن الأسباب الشرعية مثل العقود وغيرها كالأسباب العقلية، أعني الأسباب الخارجية، فكما أن النار سبب للإحراق ولكنّها إذا ألقيت في موضع، إنّما يؤثر في كل ما يكون قابلاً للإحراق دون غيره، فكذلك عقد البيع مثلاً يكون سبباً لنقل المال، وإذا وقع على أشياء فإنما يؤثر في نقل ما كان منها قابلاً للنقل، مثل ما كان منها مملوكاً /٣٢٥/ للبايع ومالاً له، دون غيره.

ومما ذكرنا ظهر أن البيع الواحد ينحل إلى بيوع متعددة بحسب أجزاء البيع، فيبطل كل منها يكون فاقداً لشرط الصحة لكون مبيعه غير قابل للتملك ويصح في غيره.

نعم، يكون للمشتري الخيار مع الجهل كما في تخلف الوصف. وتلخيص ما ذكرناه أن ما قاله العلماء من صحة البيع بالنسبة إلى ما يقبل التملك يكون على طبق القاعدة، حيث عرفت أن العقد الواحد ينحلّ إلى عقود متعددة، فيشمل العمومات كلّ واحد منها يكون جامعاً للشرائط.

أقول: سيأتي بعض الكلام المتعلق بهذا المقام في الفرع الأوّل من الفروع الخلافية.

أما المقام الثاني في بيان الفروع الّتي تكون صحتها محل الإشكال لوجود مانع فيها بالخصوص بعد البناء على أنّ بيع ما يقبل التملك [و] ما لا يقبله، يكون صحته على

يتعلق على نقل الهيئة المجموعية من الدار مثلاً، بل على نقل نفس الدار الّذي هو بمنزلة نقل كل جزءٍ منها وليس في اللفظ ما يدلّ على أنّ نقل كلّ جزء معلق بكل نقل الجزء الآخر منها.

غاية الأمر أن الداعي على نقل كل جزء صار هو نقل سائر الاجزاء وتقدم في الحاشية السابقة أن في مثل هذا الفرض الّذي يكون ظاهر اللفظ نقل نفس الشيء من غير تعليق يكون الرضاء الفعلي موجوداً وهو كافٍ، وإن كان التقديري على خلافه.

وسيأتي في الفرع الأوّل أنه لا نهي لنا يقتضي فساد هذا البيع ـ إن شاء الله ـ. (منه قدس سره).

١) جواهر الكلام ٢٢/٣٠٩، في بيع ما يملك وما لا يملك.

٢) كمافي جواهر الكلام ٢٢/٣١٠.

طبق القاعدة، مع قطع النظر عن وجود المانع الّذي يكون في خصوص هذه الموارد.

فيما دلّ على حرمة البيع لوكانا عالمين

ومن جملة الموارد الخلافية الّتي يكون فيها مانع خاص بها، أن يكون البايع والمشتري عالمين بأن جزء المبيع ممّا لا يقبل التملك.

وهنا /٣٢٦/ أورد على المشهور القائلين بصحة البيع بالنسبة إلى ما يقبل التملك وبأن الثمن يقسط عليه، وعلى ما لايقبل التملك بوجوهٍ أربعة تكون مقتضى بعض منها بطلان أصل البيع ومقتضى بعض منها بطلان التقسيط المذكور:

الأول ما نقل عن الشافعي[١] ـ كما في المكاسب[٢] وتبعه العلامة[٣] وصاحب المسالك[٤] ـ وهو يدعي أنه مع علم البايع بالحكم والموضوع يكون مرجع قوله «بعت هذا الخمر والخلّ بألف» إلى أنه بعت هذا الخلّ بما يقابله من الألف إذا وزّعت عليه، وعلى الخمر، فيكون حين البيع جاهلاً بما يكون ثمناً وهذا يوجب فساد البيع ولا ينفعه صيرورة الثمن معلوماً بعد التقسيط.

أقول: ممّا ذكرنا ظهر أن هذا الوجه لا يأتي في صورة كانا عالمين من ابتداء الأمر بما يخص المملوك من الثمن عند التقسيط، لأنّه ليس الثمن مجهولاً في مثل هذا الفرض، لا من بدو الأمر ولا بالمآل، كما أنه ظهر أن هذا الوجه لا يأتي في صورة كانا جاهلين بالحكم أو الموضوع؛ لأنّه من ابتداء الأمر يكون معتقدهما أن /٣٢٧/ الثمن هو المجموع والمفروض أنه معلوم وبالمآل بعد التقسيط أيضاً يصير الثمن الحقيقي معلوماً، فلا جهل في البين أصلاً.

ثمّ لا يخفى أنهم يقولون: إن من شرط صحة الشرط أن لا يكون مجهولاً.

---

١) المجموع ٣٨٢/٩، باب تفريق الصفقة.

٢) كتاب المكاسب ٥٣٢/٣، بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله.

٣) تذكرة الفقهاء ١١/١٢، المقصد الخامس: في تفريق الصفقة، مسألة ٥٥٣.

٤) مسالك الإفهام ١٦٣/٣، بيع الفضولي، بيع ما يملك وما لا يملك.

ثمّ لا يخفى أن هذا الوجه من الإشكال في صورة كانا عالمين، لو تمّ، لاقتضى بطلان أصل البيع.

الثاني ما نقله في المكاسب[١] عن الحواشي المنسوبة إلى الشهيد ﷺ[٢]. وهذا الوجه لو تمّ لاقتضى بطلان التقسيط، لا بطلان أصل البيع، وذلك لأنّه يقول: إنّ هذا الحكم أعني الحكم بصحة البيع وتقسيط /٣٢٨/ الثمن مقيّد بجهل المشتري بعين المبيع وحكمه، وإلّا فإن البذل أي بذل الثمن بإزاء المملوك ضرورة أن القصد إلى الممتنع أعني قصد وقوع الثمن في مقابل ما لا يقبل التملك يكون كلا قصد، فكأنه لم يقصد وقوع الثمن إلّا في مقابل ما يكون مملوكاً، فلا وجه للتقسيط.

الثالث ما نقله في المكاسب[٣] عن جامع المقاصد[٤] والمسالك[٥]. وهذا الوجه لو تمّ، أيضاً يقتضي بطلان خصوص التقسيط. وأيضاً هذا الوجه مبني على أنّ قصد كون الثمن في مقابل ما لا يقبل التملك قصد حقيقة، وذلك لأنّ هذا الوجه هو أن القسط الّذي يقع في مقابل ما لا يقبل التملك يبقى للبايع مجاناً، نظير ثمن المغصوب، مع أنّ مقتضى التقسيط أن يرجع هذا المقدار إلى المشتري.

أقول: نحن ذكرنا في موارد كثيرة الّتي منها مسألة تتبع العقود أن الثمن المغصوب لا يصير ملكاً للبايع وإنما لا يكون مضموناً عليه، لأنّ الدفع إليه مجاناً لا يقتضي أزيد من ذلك.

وعلى هذا، فلو تمّ هذا الوجه، لا ينافي التقسيط لو أراده المشتري في صورة تكون العين موجودة.

الرابع ما ذكره في الجواهر[٦] ناقلاً عن /٣٢٩/ جماعة ـ لعل المراد الأستاد وبعض معاصريه ـ. وهذا الوجه لو تمّ لاقتضى بطلان أصل البيع وهو أن هذه المعاملة تكون

---

١) كتاب المكاسب ٥٣٣/٣، بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله.

٢) حكاه عنه السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٦٦١/١٢ في بيع الفضولي.

٣) كتاب المكاسب ٥٣٣/٣، بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله.

٤) جامع المقاصد ٨٢/٤ - ٨٣، لو ضم إلى المباع ما يحرم بيعه.

٥) مسالك الإفهام ١٦٣/٣، بيع ما يملك وما لا يملك.

٦) جواهر الكلام ٣١٠/٢٢، بيع ما يملك وما لا يملك.

منهية عنها لجزئها والنهي في المعاملات يقتضي الفساد.

بقي الكلام في أن المراد من هذا النهي أي نهي يكون ؟

قد يقال: إن المراد منه ما ورد من أنّ «**ثمن الخمر سحت**» وغير ذلك مما ورد في رواية تحف العقول ممّا يقتضي أن يكون جميع التقلّبات محرماً فيما يكون فيه جهة حرمة.

لكنّه أورد على ذلك بأنه لا يشمل تمام الموارد الّتي يكون هنا محل الكلام، مثل القاذورات.

نعم، لا مانع من التمسك بمثل ما تقدم نقله عند نقل أدلة بطلان الفضولي من قوله ﷺ «**لا بيع إلاّ فيما يملك**»[1]. ولا فرق هنا بين أن يكون قوله «**يملك**» بصيغة المعلوم، أم لا، لأنّه على كل تقدير يدلّ على المطلوب.

ومن قوله عليه السلام في صحيحة صفار «**لا يجوز بيع ما ليس يملك**»[2]. وعدم كون النبوي فيه نهي، غير مضرٍّ، لأنّ النفي يصير حينئذٍ في الفساد الّذي هو المقصود في المقام.

أقول: توضيح الحال في هذا الوجه سيأتي عند التعرض لجوابه هنا.

في الجواب عما استدلّ به لبطلان البيع فيما يقبل التملك وما لا يقبله إذا كانا جاهلين

/ ٣٣٠ / ثمّ إنّ هذا كله في الوجوه الّتي ذكرت لبطلان أصل البيع أو التقسيط في صورة كانا عالمين، وهذه الوجوه كلها فاسدة:

أما الأول فلما ذكره الأكثر من أنّ العلم بالعوضين الّذي هو شرط في صحة البيع إنما مع قطع النظر عن الحكم الشرعي.

وعلى هذا نقول: إنّ العوضين فيما نحن فيه مع قطع النظر عن حكم الشارع

---

١) عوالي اللئالي ٢٤٧/٢، باب المتاجر، ح ١٦، قال: لا بيع إلا فيما تملك، مستدرك الوسائل ٢٣٠/١٣، أبواب عقد البيع وشروطه، باب ١، ح ٣/١٥٢٠٩.

٢) وسائل الشيعة ٣٣٩/١٧، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع وشروطه، باب أن من باع ما يملك وما لا يملك، ح ١/٢٢٧٠٤.

ببطلان البيع بالنسبة إلى ما لا يقبل التملك ، يكون معلوماً ،كما هو واضح* والجهل بلحاظ الحكم الشرعي بالفساد وبالنسبة إلى أحد جزئي المبيع غير مضرٍّ.

ومن هنا ظهر الجواب عن الوجه الثاني أيضاً ؛ لأنّ القصد المأخوذ في البيع إنّما هو مع قطع /٣٣١/ النظر عن حكم الشارع بكونه مؤثراً.

وعلى هذا نقول: إن قصد وقوع جزء الثمن بمقابلة ما لا يقبل التملك ليس كلا قصد ،كما قاله الشهيد[1].

وعلى هذا نقول: إنّ حكم الشارع بفساد هذا القصد يؤثر في بطلان البيع بالنسبة إليه ، فيرجع ما يقابله من الثمن إلى المشتري.

أقول: هذا الوجه المنسوب إلى الشهيد مع غمض العين عن هذا الجواب لا أفهمه ، لأنّ وقوع تمام الثمن في مقابل ما يقبل النهي إنّما هو فرع قصد وقوعه في مقابله ، وليس فرعاً لعدم قصد وقوع جزء من الثمن في مقابل ما لا يقبل التملك.

ونظير ذلك ما أشرنا إليه في دليل الإنسداد من أنّه لو ارتفع الظن عن الدليل المعارض للقياس بواسطة القياس ، فلا يوجب النهي عن القياس لأن يكون الدليل المعارض للقياس حجة ، لو كان الشرط في حجية حصول الظن منه.

وأمّا الوجه الثالث ، فملخص الجواب عنه أن الإشكال كان مبنياً على أن يكون ما ذكره الفقهاء في ثمن المغصوب من صيرورته /٣٣٢/ ملكاً للغاصب ، أو أنه مباح له

---

*) ***والوجه في ذلك أن لحاظ حكم آخر من أحكام الشرع في موضوع هذا الحكم مما لا وجه له ، مع أنّ المفروض أنه مع قطع النظر عن حكم الشارع بفساد ما يقابل الخمر لم يكن الثمن مجهولاً ، لأنّ العلم بالثمن الّذي يكون شرطاً ، ليس هو العلم بما يقابل أجزاء البيع ، وإلّا يكون تمام البيوع باطلاً ، مع أنّه لا يصدق الغرر مع هذا الجهل ، أعني الجهل بما يقابل الأجزاء عرفاً.***

إن قلت: إنّ هذا الجزء بعد بطلان البيع بالنسبة إلى الجزء الآخر صار مستقلاً.

قلت: البطلان بالنسبة إلى الجزء الآخر بلحاظ حكم الشارع بالبطلان ، ولا يلاحظ تلك الحكم في هذا الحكم. ومع قطع النظر عن ذلك يكون ثمن المجموع معلوماً ، ومعه لا يصدق الغرر عرفاً.

وعلى فرض الشك في كون الجهل الكذائي بالثمن مضرّاً ، يصير المرجع العمومات ، مع أن صحيحة الصفّار شاهد على أنّ هذا الجهل غير مضرٍّ. (منه قدس سره).

١) أنظر: مفتاح الكرامة ٦٦١/١٢، في بيع الفضولي.

وليس هو ضامناً له على طبق القاعدة حتّى يقال: إن حال ثمن الخمر أيضاً كثمن المغصوب في عدم كونه مضموناً على البيع، فيبطل إطلاق حكمهم بالتقسيط، فيما نحن فيه.

وأجاب الشيخ[1] عن ذلك بأن ما ذكروه في ثمن المغصوب لا ينطبق مع القواعد وإنّما قلنا به هناك للإجماع، وليس في ثمن الخمر إجماع.

أقول: لو لم يكن على خلافه الإجماع وأجاب الأستاد* بأنه فرق بين ثمن المغصوب وثمن الخمر. ومقتضى القاعدة في الأوّل عدم كونه مضموناً على الغاصب لإقدام المشتري على دفع ماله بإزاء ما لا يأمن من بقائه، وهذا دفع مجاني إليه.

وهذا بخلاف ثمن الخمر، فإن الخمر له مالية عرفية وقد بذل الثمن بإزائه، فليس هناك دفع مجاني حتّى يوجب رفع الضمان.

هذا ولكنّي رجّحت في مسألة تتبع العقود وغيرها ما ذكره الشيخ ﷺ ظاهراً.

وعلى كل حال يكون الإشكال مرتفعاً، بل قد تقدم ظاهراً أن ثبوت الضمان في ثمن المغصوب /٣٣٣/ إجماعي.

وأمّا الجواب عن الرابع، فهو أن النهي إنّما هو بالنسبة إلى ما لا يقبل التملك ونحن ملتزم بالفساد من تلك الجهة، وإنما نقول بالصحة بالنسبة إلى ما يقبل التملك ومن هذه الجهة ليس في البين نهي.

وتوضيحه: أن البيع الواحد بحسب أجزاء المبيع ينحل إلى بيوع متعددة.

وعلى هذا نقول: إنّ النهي إما قلنا ببعض هذه العقود الإنحلالية ونحن نلتزم بفساده، وإنّما نقول بصحة كلّ بيع انحلالي لم يتعلق به نهي. وردّ ذلك بأن متعلق الأمر والنهي لا يجوز أن يكون هو الأفعال الإنحلالية وإنّما هو الأفعال الخارجية.

وعلى هذا نقول: إنّ بيع الخمر والخل معاً فعل خارجي واحد وإذا فرضنا أنه صار متعلقاً للنهي، فلابدّ أن يكون فاسداً بالنسبة إلى كلا جزئيه.

---

١) كتاب المكاسب ٣/٥٣٣، بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله.

*) *أقول. (منه قدس سره).*

ثمّ من هنا نقلنا إشكالاً آخر وهو أن المقتضي للصحة أيضاً ليس موجوداً ؛ بناءً على ذلك في بيع ما يقبل التملك ، مع ما لا يقبل التملك بجميع أنحائه وأقسامه .

وذلك لأنا قلنا سابقاً في جواب من أورد على صحة البيع المذكور بأن ما قصد من بيع المجموع لم يقع وما وقع من بيع جزء المبيع لم يقصد ، بأن /٣٣٤/ البيع الواحد ينحلّ إلى عقود كثيرة ، وكأنه قصد إيقاع كل جزء من البيع بجزء يقابله من الثمن .

ثمّ كل واحد من العقود الإنحلالية يكون جامعة للشرائط ، يشمله العمومات الدالة على صحة العقود ، كقوله تعالى ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾[1] .

وأمّا بناءً على ما ذكرنا هنا ، فلابدّ من أن نقول بعدم شمول الأمر بالوفاء للعقد الإنحلالي الجامع للشرائط .

ومن الواضح أنه لا يشمل العقد الخارجي ، لأنّ مقتضى قوله ﷺ « **لا بيع إلاّ في ما يملك** »[2] أن يكون المبيع مملوكاً .

وإذا فرضنا أنه مركب ممّا يملك ومن غيره ، **فنقول**: إنّ المركب من الداخل والخارج خارج ، فلا يصدق على هذا البيع أنه بيع ما يملك ، فلا يشمله العمومات لعقد الشرط .

هذا ، ولكن الجواب الرافع لكلا الإشكالين في المقام أن يقال : إنّ العمومات كان مقتضاها صحة بيع ما يقبل التملك وما لم يقبله حتّى بالنسبة إلى ما لا يقبل التملك والنواهي المتقدمة يخصّص العمومات ويكون مقتضى النواهي ببطلان بيع ما يقبل التملك مع [ما] لا يقبله ، حتّى بالنسبة إلى ما يقبله .

ثمّ إنه يكون مخصص لهذا المخصص ويكون مقتضى ذلك صحة البيع المذكور بالنسبة إلى ما يقبل /٣٣٥/ التملك وبطلانه بالنسبة إلى ما لا يقبله .

وقوله عليه السلام في صحيحة صفّار « **وقد وجب الشراء فيما يملك** »[3] ، إن قلت : قد تقدم سابقاً في ردّ الشيخ أنه لا عموم في الموصول وأنه لابدّ من أن يكون هنا للعهد ،

---

١) المائدة: ١.

٢) كما مرّ آنفاً.

٣) كما مرّ.

حيث سبقه ما يصلح أن يكون المراد من الموصول أيضاً ذلك.

وعلى هذا، فلا يدلّ هذه الفقرة إلّا على صحة البيع الّذي يكون واقعاً على ملك البايع وغيره بالنسبة إلى ملك البايع، فلا دخل له ببيع ما يقبل التملك مع ما لايقبله.

قلت: فيه:

أولاً إنهم يعدّون الموصولات من ألفاظ العموم.

وثانياً نقول: إنه يثبت بذلك صحة البيع فيما نحن فيه أيضاً بتنقيح المناط.

أقول: لا يخفى عليك أن التمسك ببعض النواهي المتقدمة لبطلان بيع ما لا يقبل التملك مع ما يقبله رأساً، لا وجه له. وذلك كما ورد من أنّ ثمن الخمر سحت[1]؛ لأن الثمن إذا كان للخمر مع غيره، فلا يصدق عليه أنه ثمن الخمر؛ لأنّ المركب من الداخل والخارج خارج.

وكذا ما ورد في أن تقلب المحرم محرم، لأنا إذا قلنا: إن بيع المحرم يصدق عليه تقلب المحرم، نقول: إنّ بيع المحرم مع غير المحرم ليس تقلباً للمحرم؛ لأن المركب من الداخل /٣٣٦/ والخارج خارج.

هذا، مع أنّ مجرد حرمة نفس البيع لا يقتضي الفساد.

وكذا قوله في صحيحة صفّار «**لا يجوز بيع ما لا يملك**».

أما **أولاً**، فلعدم صدق بيع ما لايملك على بيع ما لايملك مع ما يملك، لأنّ المركب من الخارج والداخل خارج.

وثانياً نقول: إنّ المستفاد من هذه الرواية بقرينة قوله عليه السلام بعد ذلك «**وجب الشراء فيما يملك**» أن متعلق الحرمة هو البيع الإنحلالي الّذي منعنا تعلق النهي به، كما أن متعلق اللزوم والوجوب هو الشراء والبيع الإنحلالي*.

---

١) وسائل الشيعة ٩٢/١٧، كتاب التجارة، أبواب ما يكتسب به، باب تحريم أحد الفاجرة وبيع الخمر و...، ح ١ و٢ و٥. لكن بألفاظ مختلفة، والسحت أنواع كثيرة منها: أجور الفواجر وثمن الخمر والنبيذ والمسكر والربا بعد البينة..

*) ***ولا يخفى أن دلالة الرواية مبنية على ظهور لفظ «لا» في نفي الصحة، بتقدير حمله على نفي الذات. ثمّ إنّ هذا الخبر ـ لو تمت دلالته ـ يدلّ على بطلان بعض الصفقة ولو مع جهلهما بالضميمة؛ لأنّه ليس كالنهي ليقال: إنه لا يتعلق بالجاهل، كما تقدم في نهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر.***

نعم ، مقتضى قوله ﷺ « **لا بيع إلاّ فيما يملك** » هو بطلان البيع فيما نحن فيه بتقريب أن يقال : إنّ مفاد هذه الرواية إنحصار البيع الصحيح بالبيع الواقع على المملوك ؛ لأنّه نفي الصحة عن غيره .

وعلى هذا نقول : إنّ البيع الواقع على المملوك وعلى غيره ليس بيعاً على المملوك ؛ لأنّ المركب من الداخل والخارج خارج ، فمقتضى الرواية بطلانه ، **فتلخص** أن العمومات لا تقتضي الصحة من بدو الأمر ، لو قلنا : إن عدم صحة بيع ما لا يقبل التملك كان معلوماً واضحاً .

وعلى فرض اقتضاء العمومات للصحة /٣٣٧/ لابدّ من أن ترفع اليد عنها ، لقوله ﷺ « **لا بيع إلاّ فيما يملك** » .

وعلى هذا ، فالذي يصير منشأً لرفع اليد عن مقتضى القاعدة ، وهو البطلان الثابت بمقتضى الأصل والنبوي ينحصر بقوله عليه السلام في رواية صفّار : « **وقد وجب الشراء فيما يملك** » ومورده بيع ملك البايع مع ملك غيره .

في تبعّض الصفقة

ولكن العلماء يتعدّون من ضميمة ملك الغير إلى ضميمة ما لا يقبل التملك ، كما في مسألتنا ، بل ويتعدّون من البيع إلى غيره من العقود .

[وسائل الشيعة ١٧/٤٤٨، كتاب التجارة، أبواب آداب التجارة، باب جواز مبايعة المضطر والربح عليه على كراهية، ح ٣/٢٢٩٦٥. قال: عن الرضا عليه السلام عن آبائه عن علي عليهم السلام نحوه. وزاد: وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من بيع المضطر وعن بيع الغرر].

ثمّ إنّه على القول بأنه مع العلم بالضميمة يصير البيع باطلاً، قال في الروضة: [الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ٣/٢٤١، كتاب المتاجر، الفصل الثاني في عقد البيع، هكذا نصه: « و يمكن جريان الاشكال في البائع مع علمه بذلك (مع علم البايع بأن أحدهما غير قابل للملك) ولا بعد في بطلانه أي أبيع من طرف أحدهما دون الآخر... »] ***مع علم البايع وجهل المشتري لا يصدق بطلان البيع من طرف البايع وصحته من طرف المشتري.***

ونحن تعرّضنا لهذا الكلام في آخر مسألة النهي في العبادات. (منه قدس سره).

ولذا في كتاب الشرايع في كتاب الرهن[١] عند بيان اشتراط كون الرهن مملوكاً للراهن، يذكر التبعض في الرهن من غير ذكر خلاف فيه.

وصاحب الجواهر[٢] يقول في الشرح من أنّه مبني على تبعّض الصفقة، والإشكال في تبعّض الصفقة هنا كالبيع واضح الضعف[٣].

والحاصل أنه يظهر من العلماء عدم اختصاص تبعّض الصفقة بالبيع.

ثمّ إنا لو عمّمنا الموصول ـ كما ادعاه الشيخ ـ، أيضاً لا يشمل لغير البيع.

وعلى هذا، فعلى كل حال نحتاج إلى دعوى تنقيح المناط إما من جهتين أو من جهة واحدة.

فيما يمكن أن يقال في مسألة تبعّض الصفقة

نعم، لنا طريق لإثبات صحة تبعّض الصفقة /٣٣٨/ بالعمومات. ويظهر في ضمن بيان دلالة العمومات على صحتها عدم دلالة النبوي على البطلان أيضاً.

نعم، على فرض دلالة العمومات على الصحة ودلالة النبوي على البطلان لابدّ من أن يقال بصحة تبعّض الصفقة في جميع العقود إذا كان الضميمة ملك الغير، لقوله عليه السلام «وجب الشراء فيما يملك» الّذي هو مخصص للنبوي، وببطلان تبعّض الصفقة في جميع العقود إذا كان الضميمة ممّا لا يقبل التملك.

أما في البيع، فللنبوي، وأمّا في غيره للإجماع المركب أو القطع بعدم الفرق إلّا أن يقال بصحة تبعّض الصفقة إذا كان الضميمة ممّا لا يقبل التملك في جميع العقود لتنقيح المناط، ودعوى القطع بعدم الفرق بين أن يكون الضميمة ملك الغير أو ممّا لا يقبل التملك.

---

١) شرائع الإسلام ٣٣١/٢، كتاب الرهن، في شرائط الرهن.

٢) جواهر الكلام ١٢٦/٢٥، كتاب الرهن، في شرائط الرهن.

٣) في المصدر: «الدفع».

في أن نتيجة تبعّض الصفقة يكون على مقتضى القاعدة

بقي الكلام فيما وعدناه من بيان شمول العمومات لكل واحد من العقود الإنحلالية الّتي ينحل العقد الخارجي بها وعدم /٣٣٩/ التكليفيات الصرفة وعدم صحة التمسك بالنبوي المتقدم لإثبات بطلان تبعّض الصفقة.

أما الأول، فنقول: إن من الواضح أن ما يكون متعلقاً للأمر والنهي حقيقة، لابدّ أن يكون هو الفعل الخارجي، لا غير، من غير فرق بين أن يجتمع الجهات المحسّنة والمقبحة في الفعل أم لا؛ لأنّ ما يكون قابلاً للترك والإتيان بذاته هو الفعل الخارجي المشتمل على الجهتين والأمر والنهي أيضاً مقتضاهما الإتيان والترك، فلابدّ للمولى أن يلاحظ تمام الجهات.

ثمّ يلاحظ أن الفعل الخارجي مع ذلك كلٌّ يكون الراجح عنده هو فعله، فيأمر به، أو أنّ الراجح تركه، فينهى عنه، أو أنه لا رجحان لأحد الطرفين، فيسكت.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إنّ الأمر بالوفاء بالعقد لو كان عبارة عن إتيان العقد، فكان مقتضاه أن يكون نفس العقد الخارجي مطلوباً.

وعلى هذا، لم يكن وجه لأن يقال: /٣٤٠/ إن العقد الواحد ينحل إلى العقود، إلّا أن من الواضح البديهي أنه ليس الأمر كذلك، بل الأمر متعلق بالوفاء بالعقد وترتيب الآثار عليه.

في كون صحة تبعّض الصفقة على مقتضى القاعدة

وعلى هذا، فنقول: إنّ من الواضح أن كل أثر يراد أن يترتب على العقد يكون بنفسه فعلاً مستقلاً، فلا مانع عقلاً من أن يأمر بترتيب أثر دون آخر، كما هو واضح.

فلا يبقى مجال لأن يقال: إن متعلق الأمر في مثل ﴿ **أوفوابالعقود** ﴾ لابدّ من أن يكون هو العقد الخارجي الّذي هو أخذ من الأفعال الخارجية، فلا معنى لانحلال العقد إلى العقود.

إن قلت: إنّ ما ذكرته كلّه يكون مسلّماً إلّا أن الإشكال هنا في شيء آخر وهو أن الأمر بالوفاء إنّما يكون متعلقاً بحسب فهم العرف إنّما هو بالنسبة إلى العقد الخارجي

الّذي هو أحد من الأفعال الخارجية ، دون العقد الإنحلالي [الّذي] أنت ذكرته .

قلت: أنت توحّشت من لفظ العقود الإنحلالية ، فنحن لا نعبّر بهذا التعبير حتّى ترفع الوحشة عنك ، فنقول : نحن نسلّم /٣٤١/ أن المأمور به هو الوفاء بنفس المعاهدة الخارجية والعهد الخارجي من غير شبهة ولا إشكال في ذلك أصلاً ، إلّا أن الإشكال في أنه هل يصدق الوفاء بنفس العقد الخارجي حقيقة بمقتضى فهم العرف على الوفاء ببعض ما عهد عليه ، أم لا .

وهنا **نقول**: إنا نرى بالوجدان من أنّه إذا عاهد شخص مع شخص آخر بأن يعطي إليه ثوبين ، ثمّ أعطاه أحد الثوبين ، إن أهل العرف [يقولون :] إنه وفىٰ بعهده في هذا الثوب ، دون ذاك ، من غير مسامحة منهم في ذلك .

ونحن لا نحتاج في المقام إلى الأزيد من هذا الصدق العرفي للوفاء بالعقد والعهد في المقام حتّى يصير مشمولاً للآية .

نعم ؛ يقولون : إنه لم يفِ بعهده في الثوب الآخر ، وهو لا يضرّ هنا ؛ إذ هو عين ما ادّعيناه من انحلال العقد إلى العقود .

والسرّ في ذلك كما أشرنا إليه في أول مقدمة الواجب عند بيان معنى الجزء والشرط ، هو أن المعاهدة الواقعة على ذي أجزاء يكون معاهدة بالنسبة إلى كل من أجزائه ، كما أن الأمر المتعلق بالشرط متعلق إلى كل أجزائه . وكما أن الخطاب /٣٤٢/ بالجماعة بـ﴿يا أيها الناس﴾ خطاب إلى كل واحد من أشخاصها .

فقول القائل « عهدت أن أعطيك هذه الدار » في الحقيقة يرجع إلى قوله « عهدت أن أعطيك هذا الجزء ، وذاك إلى آخر الأجزاء » ، على ما حقّقناها في أول مقدمة الواجب .

وإنّما عبّر عن المجموع بلفظ واحد لسهولة التعبير ، أو الإختصار ولبيان أن المجموع متعلق لغرض واحد ، إلى غير ذلك .

ثمّ إنّ هذا الأمر اللبي يكون منظور نظر العرف في مخاطباتهم ، كما ذكرنا الشاهد عليه .

وهذا يصير منشأً لصحة التمسك بالآية لما ذكرناه .

هذا، بل يكون لنا في مسألة تبعّض الصفقة دعوى فوق دعوانا السابق وهو أنه إذا كان متعلق العقد شيئين ولم يكن الوفاء في البين قابلية الوفاء بالعقد في حق الشيئين[1] إلّا بالنسبة إلى أحدهما بالخصوص، وفرضنا أنه وفى به، فهنا يكون من المسلم في نظر أهل العرف أنه وفى بعهده، من غير أن يقيّدون أنه وفى بالنسبة إلى هذا الجزء؛ فافهم.

وأما الثاني، وهو عدم صحة التمسك بقوله ﷺ «**لا بيع إلاّ فيما يملك**» لبطلان تبعّض الصفقة، فمع قطع النظر عما أوردنا عليه عند التمسك به لبطلان الفضولي، يرد عليه في خصوص المقام ما تقدمت الإشارة إليه.

وتوضيحه: أنا لا نحتاج في المقام إلى أن يصدق البيع فيما يملك على بيع ماله ومال غيره عند العرف وهو موجود. ولا يضرّنا أنه يصدق عليه أنه بيع مال الغير أيضاً؛ لأنّ هذا عين مدعانا من أنّ البيع بالنسبة إلى ماله صحيح وبالنسبة إلى مال الغير فاسد.

والحاصل أن ما ذكرته من أنّ البيع الواقع على ماله ومال الغير ليس بيعاً فيما يملك، لأنّ المركب من الداخل والخارج خارج، مبني على مراعات الدقّة العقلية.

ونحن نجيب عن ذلك بمقتضى الدقة العقلية، **فنقول**: إنّ البيع الواحد ينحلّ باعتبار أجزاء البيع إلى عقود متعددة، كما تقدم.

وأمّا لو لم تراع الدقايق العقلية في تقرير الإشكال، بل تقول: إنّ متعلق الأوامر والعواهد وغير ذلك من الأحكام هو الأفعال الخارجية، لا الأفعال الإنحلالية. فحينئذٍ نجيب عن ذلك بأن ما ذكرته إنّما هو مسلم في الأحكام التكليفية، وفيما نحن فيه لا يلزم متعلق حكم تكليفي إلى /٣٤٤/ فعل انحلالي، كما تقدم شرحه. هذا **أولاً**.

وثانياً سلّمنا أن متعلق النفي والإثبات في قوله ﷺ «**لا بيع إلا فيما يملك**» لابدّ أن يكون هو الفعل الخارجي بمقتضى فهم العرف، إلّا أن نجيب عن ذلك بفهم العرف،

---

١) أو نصيبين؟

فنقول: إنّ دلالة هذه الرواية على بطلان تبعّض الصفقة كانت مبنية على عدم صدق البيع فيما يملك على تبعّض الصفقة وهو فاسد ؛ لأنّ عدم الصدق كان بمقتضى الدقة العقلية ، وإلّا فبمقتضى إطلاق اهل العرف ليس كذلك . فإنّه يصدق عليه عرفاً أنه بيع فيما يملك ولم يدلّ دليل على أنّ البيع الصحيح هو البيع فيما يملك ، مجرداً عن شيء آخر .

وعلى هذا نقول: إنه عند العرف بيع فيما يملك وفيما لا يملك ، فيصدق عليه أنه بيع فيما يملك . فاجتماع ما يملك وما لا يملك يوجب صدقهما معاً عند العرف ، لا عدم صدق شيء منهما ، كما هو الداعي ؛ فتدبّر جيّداً .

في فروع تبعّض الصفقة

الثاني من الفروع الخلافية أن لا يكون قاصداً للضميمة . والظاهر أنّ المراد من ذلك أنه متلفظ المبيع بالضميمة ، فيقول : بعت الخلّ والخمر الموجودين بدرهم ، ولكن ليس مقصوده /٣٤٥/ جعل الخمر مبيعاً حتّى يقابله الثمن ، وإنّما يذكر لفظه في وسط الإيجاب هزلاً ، فالمقصود جعل تمام الثمن في مقابل الخلّ .

وعلى هذا ، فينحصر الإشكال في صحة البيع هنا من جهة احتمال كون ذكر لفظ الخمر في وسط الإيجاب مضرّاً بالموالات الّتي هو شرط بين الإيجاب والقبول وأجزاءهما .

ثمّ لا يخفى أن تقدير ما يضرّ بالموالات في العقود وأشباه ذلك يكون بنظر العرف ، حيث إن اشتراطه إنّما هو من جهة إحراز صدق العقد . وأمّا في التعبديات من قبيل الوضوء والصلاة يكون تقدير الموالات بيد الشارع .

أقول: الموارد تختلف ؛ لأنّه إذا أمر الشارع بقراءة الحمد في الصلاة ، فهنا نقول بلزوم الموالاة بين أجزائه ليحقق صدق قراءة الحمد .

ومن الواضح أن تعيين مقدار الموالات يكون بيد العرف . وكذلك لو فرضنا قيام دليل على أنه يجب الموالاة في شيء من العبادات .

نعم ، ربما لا يكون تقدير الموالاة بيد العرف بوجه من الوجوه لعدم رجوع الشك

إلى تعيين مدلول اللفظ ، وذلك كما إذا أمر الشارع /٣٤٦/ بغسل الوجه واليدين ومسح الرأس والرجلين ، وفرضنا أنه يحتمل أن لا يكون الموالات شرطاً بين هذا الأفعال ، كما في أجزاء الغسل .

ثمّ يجيء دليل خاص على تعيين مقدار خاص من الموالات بين الأجزاء المذكورة للوضوء وهو عدم جفاف العضو السابق .

الثالث من الفروع الخلافية أن لا يكون للضميمة شأنية المالية عند أحد لضميمة الأوساخ وبعض القذارات .

نقل في الجواهر[1] عن أستاده أنه قال : إنّ صحة البيع في هذه الصورة متوقفة على الجهل بالضميمة حتّى لا يلزم الجهل بالثمن .

وأورد عليه في الجواهر[2] بأن الصواب بطلان البيع في هذه الصورة ولو مع الجهل بالضميمة إذا كان المقصود قصد مقابلة المجموع بالثمن ، وذلك لعدم حصول العلم بالثمن ولو بالتقسيط ، ضرورة عدم السبيل إلى معرفة ما يخصّها من الثمن .

ونحن نقول : إنّ الحق مع صاحب الجواهر ، وذلك لأنّه إذا لم يقصد جعل شيء من الثمن في مقابل الضميمة ، فهو خارج عن محل كلامنا . وعرفت وجه /٣٤٧/ الإشكال فيه في الفرع السابق .

وأمّا إذا قصد جعل شيء من الثمن في مقابلها بأن يقصد بيع المجموع بالثمن المعين ، فهنا نقول : إنّ الثمن تارة يكون حين البيع مجهولاً ولكنّه يصير معلوماً بعد ذلك ، فهذا قد تقدم الكلام فيه في الفرع الأوّل من الفروع الخلافية ، وتارة لا يصير الثمن معلوماً أبداً لعدم طريق إلى تعيين مانعاً من المملوك من الثمن كما فيما نحن فيه .

فهنا لابدّ من أن نقول ببطلانه ؛ لأن صيرورة الثمن معلوماً بالآخر شرط في البيع للنهي عن الغرر الشامل لهذه الصورة .

أقول: الأولى أن يتمسك بتنقيح المناط أو بشيء آخر ؛ لأنّ النهي لا يشمل صورة

---

١) جواهر الكلام ٣٢٠/٢٢، بيع الفضولي في بيع ما يملك وما لا يملك .

٢) نفس المصدر .

يكون المتابعان غافلين عن كون الثمن في الواقع مجهولاً ؛ فتدبّر* .

ثمّ إنك عرفت أنه على القول بصحة البيع بالنسبة إلى ما يقبل التملك يكون الخيار ثابتاً مع الجهل وأنه في صورة لم يفسخ لابدّ من أن يقسط الثمن على قيمة ما يقبل التملك وعلى قيمة ما لا يقبل التملك ، فيأخذ المشتري من الثمن بمقدار يقابل قيمة ما لا يقبل التملك .

وعلى هذا ، فيأتي البحث في أنه كيف يقوّم ما لايقبل التملك .

ونقول هنا : إن العلماء يقولون في مثل الخمر والخنزير ممّا يكون له مالية عند بعض الكفار يقوّم /٣٤٨/ بقيمته عند من يراه مالاً من الكفار . ولكن في المكاسب[1] : أنه يشكل ذلك فيما إذا باع الخمر مثلاً بعنوان أنه خلّ ، فإن مقتضى القاعدة أن يقوّم الخمر هنا خلاً ؛ يعني يفرض خلاً ، فيقوّم ، وينقل عن بعض أنه جزم بذلك .

وأورد عليه بأنه لاوجه لأن يقوّم بقيمة شأنية كأن يفرض خلاً بعد ما يكون المفروض أن له قيمة فعلية** .

نعم ، لو كان الضميمة مثل الحرّ ، فهنا يقوّم قيمة شأنية بأن يفرض عبداً ويقوّم من جهة أنه ليس له قيمة فعلية ، بخلاف مثل الخمر ، فإن له قيمة فعلية .

ونقل عن كاشف الظلام أنه قال : إنّ من شومية زماننا أنه يباع الحر على حرّيته وذلك لأنّه يباع الأمارد في بعض البلدان .

---

*) *في صورة باع ما لا مالية له من دون ضميمة يكون البيع ، باطلاً لعدم شمول (أوفوا بالعقود) له ، حيث إنه من العقود السفهائية ولا يصدق البيع عليه ، لأنّه مبادلة مال بمال ومع الضميمة لو قصد وقوع شيء من الثمن في مقابله أيضاً نقول كذلك .*

إن قلت : إن العقد ينحل .

قلت : ليس قابلاً للإنحلال بعد ما لا يمكن تعيين ما وقع في مقابل ما لا مالية له ، وهذا الوجه لا يفرق بين صورة العلم والجهل .

وأمّا التمسك بالغرر بعد ما قلنا سابقاً إن العلم الّذي يكون شرطاً هو العلم بالمجموع من غير فرق بين حال العلم والجهل ، فيما لا وجه له . (منه قدس سره) .

١) كتاب المكاسب ٣/٥٣٤ ، بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله .

**) *وفيه أنه لوكان المدار في التقسيط على ما يقصد في البيع كونه مقابلاً ، ففي هذا المثال قصد أن يكون الثمن بمقابل هذا الخمر بمقدار يقابل مقابل الخمر بالنسبة ؛ فتدبّر . (منه قدس سره) .*

ونحن نقول: لو كان ما نقل من بيع الحر على حريته صحيحاً، فحينئذٍ نقول: إنه لا وجه لأن يفرض الحر عبداً، ثمّ يقوّم، بل لابدّ أن يقوّم عند من يرى الخمر مالاً فيبيعه، لأنّ القيمة الفعلية مقدمة على الشأنية.

أقول: ما ذكره الشيخ ﷺ فرع من فروع مسألتنا، وفي ورود ما أورد عليه تأمل.

ثمّ إن هنا كلاماً آخر في اشتراط العدالة والتعدد في المقوّم* سيأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله ـ في خيار العيب عند بيان كيفية أخذ الأرش.

في أولياء عقد البيع ونحوه من المعاملات

٣٤٩/ قال في الشرايع: «والأب والجد للأب يمضى تصرفهما مادام الولد غير رشيد، وتنقطع[1] ولايتهما بثبوت البلوغ والرشد ..»[2] اه.

قال في شرح هذه العبارة في المسالك: «مفهوم صدر العبارة زوال ولايتهما عند ثبوت الرشد وإن لم يبلغ، لأنه جعل هذه الولاية في زمن عدم الرشد، ومفهوم عجزها أن ولايتهما لا تنقطع[3] ما لم يجتمع الوصفان: البلوغ والرشد، والثاني هو الصواب. وأمّا الأوّل، فمفهومه لا يعمل به، على ما حقّق في الأصول»[4].

ونحن نقول: إن مراده من مفهوم العجز هو ما يستفاد من منطوقه**، لأن العجز إنّما يدلّ على عدم انقطاع الولاية ما لم يجتمع الوصفان بالمنطوق.

وأما المراد من مفهوم الصدر هو مفهوم الزمان الّذي دلّ عليه قوله «مادام».

---

*) ***لأن اعتبار التعدد والعدالة مبني على كون قول المقوّم من قبيل الشهادة، لا من باب قول أهل الخبرة، وإلّا فيكفي قول الثقة ولو من غير المذهب، كما في نظائره، إلا أن الظاهر منهم تسلّم اشتراط التعدد والعدالة هنا. (منه قدس سره).***

١) في المخطوطة: ينقطع.

٢) شرائع الإسلام ٢٦٩/٢، كتاب التجارة، في شروط عقد البيع.

٣) في المخطوطة: ينقطع.

٤) مسالك الإفهام ١٦٤/٣، الفصل الثاني: في عقد البيع، بيع الأولياء.

) ***وفيه: أن المنطوق انقطاع الولاية عند اجتماع الوصفين. وأمّا عدم الإنقطاع ما لم يجتمعا، فبمفهوم القيد. (منه قدس سره).*

وإنّما قلنا: إن مراده مفهوم الزمان لأجل أن المحقق الثاني ـ على ما نقل عنه ـ يصرّح بذلك في شرح عبارة القواعد[١]، وعبارة القواعد[٢] مثل عبارة الشرايع والشهيد الثاني لسان الفقهاء. والظاهر أن يكون نظره / ٣٥٠ / في ذلك إلى ما نقلناه عن المحقق الثاني.

وعلى هذا، فنقول: أما ما ادعاه من عدم كون مفهوم الزمان معمولاً به، فهو صحيح، لأنه أضعف المفاهيم.

وأمّا ما ادعاه من كون المفهوم هنا مفهوم الزمان، **ففيه:** أن الأمر ليس كذلك، لأنّ المفهوم إنّما يكون مفهوم الزمان في صورة ذكر الزمان مجرداً غير مضاف إلى شيء.

وأمّا إذا أضيف الزمان إلى شيء آخر كالوصف، بمعنى أن الزمان يذكر لبيان حال ذلك الوصف ـ كما فيما نحن فيه ـ، فحينئذٍ ينقل مفهوم الزمان إلى مفهوم الوصف.

في ولاية الأب والجدّ

أقول: لا يخفى أن عبارة المصنف يكون بصدد تحديد ولاية الأب والجدّ، وجميع المفاهيم حتّى مفهوم اللقب في مثل هذا المقام يكون معتبراً.

فالعذر بأن المفهوم غير معتبر، غير موجّه.

ثمّ إنّه نقل عن الشهيد ﷺ أنه قال في حاشية القواعد في شرح العبارة التي كانت بمثل عبارة المتن من أنّ الأب والجد يمضى تصرفهما مادام الولد غير رشيد، بأنه مطّرد وغير منعكس وأنه لو بدل قوله «غير رشيد» بـ«غير كامل» لانعكس[٣].

ونحن نقول في شرح كلام الشهيد: إنه جعل موضوع البحث في الولد الصغير ومراده من كونه مطّرداً أنه لم يشمل العبارة لغير وليٍّ من الأب / ٣٥١ / والجدّ، ووجهه واضح.

ومراده بأنه غير منعكس أنه يخرج بعض صور ولاية الأب والجد عن تحت

---

١) جامع المقاصد ٨٥/٤، ولاية الأب والجد والحاكم.

٢) قواعد الأحكام ٢٠/٢، كتاب التجارة، الفصل الثاني: في المتعاقدين.

٣) حكاه السيد محمد جواد العاملي في مفتاح الكرامة ٦٦٩/١٢، في أن للأب والجد ولاية التصرف.

العبارة وهو ما لو كان الولد رشيداً ولم يبلغ الحلم.

والمراد من قوله: إنه لو بدّل غير الرشيد بغير الكامل انعكس، أنه على هذا الفرض لم يخرج شيء من صور ولاية الأب والجد عن تحت العبارة؛ لأنّ البلوغ مأخوذ في الكامل.

أقول: أما ما قاله من أنّه جعل موضوع البحث في الولد الصغير لا وجه له بإطلاقه لثبوت ولايتهما بعد البلوغ وقبل الرشد بمقتضى ظاهر العبارة، كما هو معترف بذلك على ما سيأتي -إن شاء الله تعالى-، مع أنّ تصحيح كلام الشهيد أيضاً ليس متوقفاً على ذلك.

فتلخّص ممّا ذكرنا أن الشهيد اعترف بورود الإشكال على العبارة والشهيد الثاني وجّهها بوجه ناقشنا فيه.

ثمّ إنّ صاحب الجواهر[1] يوجّه بأن غير الرشيد أعم من الشأني والفعلي وغير البالغ غير رشيد شأناً.

وبالجملة في عبارة المتن مسامحة.

[المسائل المتعلقة بالمولّى عليه والوليّ والمولّى فيه]

ثمّ إنّ في المقام مسائل متعلقة بالمولّى عليه، أعني الولد، ومسائل متعلقة بالولي وهو الأب والجد، ومسائل متعلقة بالمولّى فيه، وهو العمل الّذي يتصرف فيه الولي.

أما /٣٥٢/ ما يكون متعلقاً بالمقام الأول، فملخّص الكلام فيه أن الولد إما أن يكون غير بالغ، أو بالغ. والبالغ إما أن يكون عاقلاً ورشيداً، أم لا.

أما غير البالغ، فلا إشكال في ولايتهما عليه في الناكح والتصرف في الأموال، كما أنه لا إشكال في عدم ولايتهما ولا ولاية غيرهما على البالغ العاقل الرشيد في غير البالغة الباكرة الرشيدة العاقلة في باب النكاح، فإنّه محل التأمل.

---

١) جواهر الكلام ٣٢٢/٢٢، بيع الفضولي، في الأب والجد يمضى تصرفهما.

فعمدة الإشكال في ثبوت ولايتهما على البالغ المجنون والسفيه.

وهنا نقول: إنّ الجنون والسفاهة إما أن يكون متّصلين إلى حال قبل البلوغ وإما أن يتجدّدان بعد البلوغ والعقل والرشد.

وفي كل واحد من الشقوق الأربعة:

تارة يقع الكلام في ولايتهما عليه في الأموال.

وتارة في ولايتهما عليه في النكاح.

وقبل الشروع في الأدلة لا بأس بأن نتعرض لبيان الخلاف والوفاق في كل واحد من المسائل الثمانية.

في الأقوال في ولاية الأب والجدّ

فنقول: أما السفيه الّذي تكون سفاهته متصلة بالصغر، فيظهر من الجواهر في كتاب /٣٥٢/ البيع[١] في هذا المقام دعوى الشهرة أو الإجماع على بقاء ولايتهما وفي كتاب الحجر يقول في الجواهر[٢]: إنّه صرّح جماعة من المحققين بثبوت الولاية لهما في الفرض. وعن التذكرة[٣] أنّه نفى البأس في آخر كلامه. وعن الشهيد[٤] أنّه حكاه عن ابن المتوّج. بل عن مجمع البرهان[٥] أنه لا خلاف فيه.

وأيضاً سيأتي نفي الخلاف على ثبوت الولاية لهما في هذه الصورة في باب النكاح.

وينقل عن بعض أنه قال: لا فرق في هذا النزاع بين النكاح والمال.

هذا، ولكن مع ذلك كله يقول في الجواهر في كتاب الحجر: إنّ ظاهر المصنف

---

١) جواهر الكلام ٣٢٢/٢٢، بيع الفضولي، في الأب والجد يمضى تصرفهما.

٢) جواهر الكلام ١٠٥/٢٦، كتاب الحجر، الفصل الثاني في أحكام الحجر، المسألة الرابعة.

٣) تذكرة الفقهاء ٢٤٤/١٤، كتاب الحجر، الفصل الرابع: في المتولي لمال الطفل، مسألة ٤٤٢.

٤) كمافي جواهر الكلام ١٠٥/٢٦؛ اللمعة الدمشقية: ١٢١، كتاب الحجر؛ مسالك الإفهام ١٦٢/٤، كتاب الحجر، الولاية على الطفل والمجنون.

٥) مجمع الفائدة والبرهان ٢٣١/٩، في الحجر، في الأحكام.

وغيره ممن أطلق كإطلاقه أن ولايته للحاكم.[١] وعن بعض التصريح بهذا الإطلاق.

بل ربما نسب إلى الأشهر؛ بل قيل: إن وجهه ظاهر[٢].

وأمّا السفيه المتصل سفاهته بحال الصغر في باب النكاح، ففي حجر الجواهر ينقل عن نكاح المفاتيح[٣] أنه لا خلاف في ثبوت الولاية لهما على السفيه والمجنون، مع اتصال السفه والجنون بالصغر[٤].

وقد تقدم دعوى عدم الفرق بين المال والنكاح من هذه الجهة.

/٣٥٣/ وفي الرياض في كتاب النكاح[٥] يدعي الإجماع على ثبوت ولايتهما على المجنون والسفيه إذا كان الجنون والسفاهة متصلين إلى حال الصغر.

وفي الجواهر في كتاب الحجر يورد على الرياض بأنه لا إجماع حتّى في باب النكاح أيضاً.

وفي المسالك في كتاب النكاح[٦] بعد ما يستظهر من المصنف ثبوت الولاية للسفيه للحاكم، دون الأب والجدّ، من غير فرق بين من بلغ سفيهاً أو تجدّد سفهه بعد البلوغ والرشد، يختار بقاء ولايتهما في السفه المتصل بالصغر وأن في غير المتصل يكون الولاية للحاكم.

وأمّا المجنون المتصل جنونه بحال الصغر في الأموال، فظاهر كلام الجواهر[٧] أنه لا إشكال في بقاء ولايتهما عليه عند أحد، حيث إنه في كتاب الحجر لا ينقل الخلاف فيه، وفي شرح الإرشاد في كتاب البيع[٨]: الظاهر أن لا خلاف ولا نزاع في جواز البيع والشراء وسائر التصرفات للأصغار والمجانين والسفهاء المتصل جنونهم

---

١) في الجواهر: (بل).

٢) جواهر الكلام ١٠٤/٢٦.

٣) أنظر: الحدائق الناضرة ٤٠٤/١٨، في بيع الوكيل والولي ونحوهما.

٤) جواهر الكلام ١٠٥/٢٦.

٥) رياض المسائل ٩٤/١٠، كتاب النكاح، الفصل الثاني أولياء العقد.

٦) مسالك الإفهام ١٤٦/٧، كتاب النكاح، الفصل الثالث في أولياء العقد.

٧) جواهر الكلام ١٠١/٢٦، كتاب الحجر، الفصل الثاني في أحكام الحجر، المسألة الرابعة.

٨) مجمع الفائدة والبرهان ١٥٧/٨، كتاب البيع، بيان من له الولاية على الطفل والمجنون.

وسفههم إلى البلوغ من الأب والجدّ للأب .. اه.

وفي الرياض في كتاب الحجر: «والأب والجدّ للأب يليان /٣٥٥/ على الصغير والمجنون بلا خلاف، كما في المسالك[١]، بل إجماعاً، كما عن التذكرة[٢] وفي غيرها»[٣].

وينقل في الجواهر[٤] ذلك، وعن مجمع البرهان إجماع الأمة[٥]، ويقول: لا ريب في الإجماع في الجملة.

وأمّا المجنون الذي اتصل جنونه بحال الصغر في باب النكاح، ففي المسالك في كتاب النكاح[٦] بعد ما يذكر أن ولايتهما على المجنون موضع الوفاق يقول يجب تقييده بما إذا كان الجنون متصلاً بالصغر، فلو طرأ بعد البلوغ والرشد، ففي ثبوت ولايتهما عليه قولان.

وفي نكاح الجواهر «بلا خلاف أجده فيه، بل في ذلك[٧] أنه موضع وفاق، بل في غيرها الإجماع عليه»[٨].

وفي نكاح الرياض: «وتثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله بسفه أو جنون إجماعاً فيما إذا اتصل الفساد بالصغر»[٩].

---

١) مسالك الإفهام ١٦١/٤، كتاب الحجر، الولاية على الطفل والمجنون.

٢) رياض المسائل ٥٦٦/٨، كتاب الحجر، ولاية الأب والجد.

٣) تذكرة الفقهاء ٢٤٣/١٤، كتاب الحجر، الفصل الرابع: في المتولي لمال الطفل والمجنون والسفيه، مسألة ٤٤١. وتذكرة الفقهاء ٥٨٦/٢، كتاب النكاح، كيفية ولاية الأب والجد.

٤) جواهر الكلام ١٠١/٢٦، كتاب الحجر، الفصل الثاني؛ في أحكام الحجر، المسألة الرابعة.

٥) مجمع الفائدة والبرهان ٢٣١/٩، في الحجر، في الأحكام، الولاية في مال الطفل والمجنون.

٦) مسالك الإفهام ١٤٦/٧، كتاب النكاح، الفصل الثالث، في أولياء العقد.

٧) في الجواهر: (المسالك).

٨) جواهر الكلام ١٨٦/٢٩، كتاب النكاح، في أولياء العقد، في تعيين الأولياء.

٩) رياض المسائل ٩٤/١٠، كتاب النكاح، الفصل الثاني، أولياء العقد.

[الخلاف فيمن تجدّد فساد عقله بعد البلوغ والرشد]

بقي الكلام في نقل الوفاق والخلاف فيمن تجدّد فساد عقله بعد البلوغ والرشد بجنون أو سفه ، فنقول : أما السفيه الّذي تجدّد سفهه في الأموال ، ففي حجر الجواهر[١] : أن ولايته للحاكم بلا خلاف فيه ، عدا ما عن /٣٥٦/ الكفاية[٢] والرياض[٣] من إرسال قول فيه بعود ولاية الأب والجد .

ومن الغريب ميل بعض متأخر المتأخرين إليه التفاتاً إلى كونه في التزويج كذلك ، وإلى ما عن التذكرة من الإجماع .

ثمّ إنه ينقل عن بعض أنه حكي عن التذكرة معقد إجماع على خلاف ذلك ، وفي بيع الجواهر[٤] ينقل عن كاشف الغطاء أنه قال : وفي عود الولاية بعود نقص السفه وجهان ، أقواهما العدم .

ويظهر من الجواهر هنا دعوى الشهرة أو الإجماع على عدم عود الولاية .

وأمّا السفيه المتجدّد سفهه في باب النكاح ، فقد تقدّم استظهار صاحب المسالك[٥] من المصنف كون ولايته للحاكم ، واختاره أيضاً . ولكن في نكاح الرياض أن ولاية الأب والجدّ « على قول قوي» كما في التذكرة[٦] ، وظاهره الإجماع عليه .

---

١) جواهر الكلام ١٠٤/٢٦، كتاب الحجر، أحكام الحجر، المسألة الرابعة.

٢) كفاية الأحكام ٥٨٨/١، كتاب الحجر، من له ولاية على المحجورين.

٣) رياض المسائل ٥٦٧/٨، كتاب الحجر، ولاية الأب والجد.

٤) جواهر الكلام ٣٢٣/٢٢، الفصل الثاني: في عقد البيع، في الأب والجد يمضى تصرفهما.

٥) مسالك الإفهام ١٤٧/٧، كتاب النكاح، في أولياء العقد، ولاية الحاكم.

٦) تذكرة الفقهاء ٥٩٢/٢، كتاب النكاح، السبب الرابع: السلطنة، بيان ولاية الإمام العادل. ولكن قال: «إنما تثبت ولايته [الإمام العادل] على من بلغ غير رشيداً ويجدد فساد عقله إذا كان النكاح صلاحا له لأصالة انتفاء الولاية، وأما ثبوت ولايته على من ذكرنا فإنه وليه في ماله إجماعاً فيكون وليه في النكاح ...».

ويقول في آخر الكلام: «وليس للسلطان عندنا ولاية على الكبائر ولا على الصغاير بل على المجنون أو السفيه».

وقال في: ٥٨٦/٢، كتاب النكاح، كيفية ولاية الأب والجد: «الأب تثبت له الولاية للصغيرين الحرين الذكر والأنثى وعلى المجنون كذلك..».

وعن التحرير[١][٢]: وهو ظاهر المتن، كما يأتي لذاتية ولايتهما»[٣].

أقول: فاختلف كتابا[٤] المحقق في مختاره.

وأمّا المجنون الّذي تجدّد جنونه في الأموال، ففي بيع الجواهر[٥] ما يظهر منه دعوى الشهرة أو الإجماع على ثبوت الولاية /٣٥٧/ له للحاكم حيث يرجّح ما دل على ولاية الحاكم للشهرة أو الإجماع.

وفي حجر الجواهر يقول: «جزم بثبوت الولاية للحاكم هنا في المحكي عن جامع المقاصد ومجمع البرهان، بل عن ظاهر الأخير ونكاح المسالك أنه لا خلاف فيه، بل ربما استظهر من بعض مواضع نكاح التذكرة الإجماع عليه وإن كان المحكي عنها فيه عكس ذلك أيضاً، كما أن المحكي عن إيضاح النافع أن المشهور في باب النكاح عدم الفرق بين المتجدّد وغيره، وعن غيره العكس»[٦].

أقول: ما نقل عن المسالك[٧] ينافي مع ما رأيته في المسالك من أنّه يقول: لو طرأ الجنون بعد البلوغ والرشد، ففي ثبوت ولايتهما عليه قولان:

وأمّا المجنون المتجدد جنونه في باب النكاح، فقد ظهر حاله من سابقه؛ إذ أكثر ما نقلناه هناك كان عن باب النكاح.

هذا، مع غمض عما نقلناه سابقاً من دعوى عدم الفرق بين باب التصرف في الأموال وبين النكاح.

أقول: ظهر ممّا ذكرنا وجود الخلاف في غير المجنون الذي اتصل جنونه بحال الصغر. وأمّا فيه، فلم نظفر على من ينكر كون ولايته للأب والجدّ في المال /٣٥٨/ والنكاح.

---

١) في المخطوطة: السرائر.

٢) لم نجده، أنظر: كشف اللثام ٦٠/٧، كتاب النكاح، الفصل الثاني في الأولياء.

٣) رياض المسائل ٩٤/١٠، كتاب النكاح، الفصل الثاني: أولياء العقد، ولاية الأب والجد.

٤) في المخطوطة: كتابي.

٥) جواهر الكلام ٣٢٣/٢٢، كتاب البيع، في عقد البيع، الأب والجد يمضى تصرفهما.

٦) جواهر الكلام ١٠١/٢٦، كتاب الحجر، ولاية المجنون والطفل والسفيه (مع اختلاف يسير).

٧) مسالك الإفهام ١٦٤/٧، كتاب النكاح، ولايتهما على المجنون.

نعم ، نقل عن كاشف الظلام* أنه قال : إن الأكثر على أنّ ولايته للحاكم ، ولكن الإنسان يقطع بالتأمل أنه اشتبه الأمر عليه في هذه النسبة . ونقل عن المستند أنه نقل عن المحقق إنكار كون ولاية المجنون المذكور للأب والجد .

ولكنّك قد عرفت أنه في الشرايع[1] والنافع[2] قال بخلاف ذلك . فلعل هذه النسبة أيضاً يكون عن الإشتباه .

في إثبات الولاية بالأصل

وكيف ، فلنشرع إلى ذكر الأدلة لما هو محل الخلاف في المقام ، ونحن نبيّن هنا كل ما تمسك به في المسائل الثمانية من غير مراعات الترتيب ، ثمّ نتعرض لبيان ما هو نتيجة الجميع .

فنقول: بالنسبة إلى الجنون والسفه المتصلين بحال الصغر ، يكون مدعى كثير منهم أن مقتضى الأصل بقاء الولاية للأب والجد في باب الأموال والنكاح .

وأورد عليهم بأن الموضوع قد تغيّر ، لأنّ الولاية إنّما ثبت من بدو الأمر للصغير ، والمفروض أن الصغير صار بالغاً .

أقول: لا ينبغي الإشكال على هذا الإستصحاب من جهة عدم بقاء الموضوع ، لوضوح أن الموضوع عند العرف هو هذا الشخص الخاص /٣٥٩/ وماله ، وهما باقيان ؛ غاية الأمر أنه تبدّل حال من أحوال هذا الشخص ، وهذا المقدار من التغيّر لابدّ منه في باب الإستصحاب ، بل الموضوع هو مال الطفل والتغيّر بحسب الحالة فيه ، لا في ماله .

نعم ، يجوز المناقشة في هذا الإستصحاب بأنه مع الشك في المقتضي حيث إن

---

*) **شيخ محسن خنفر. (منه قدس سره) .**

هو المتوفى سنة ١٢٧٠ من الهجرة كما في الذريعة ٩٨٩/٩، ش ٦٤٦٧. ومما يشبه ذلك «كشف الظلام» للشيخ محسن الأعصم كما في أعيان الشيعة ١٤٩/٩، ش ٣٢٤. واللازم الرجوع إلى المخطوطات والفهارس.

١) شرائع الإسلام ٣٥٤/٢، كتاب الحجر، أحكام الحجر ٥٠١/٢، كتاب النكاح، في أولياء العقد.

٢) مختصر النافع: ١٤١، كتاب الحجر ١٧٢، كتاب النكاح، في أولياء العقد.

المقتضي لبقاء الولاية بعد البلوغ غير معلوم ، وهذه المناقشة أيضاً إنّما يتمّ على قول من يقول بعدم اعتبار الإستصحاب إذا كان الشك في المقتضي ، لا علينا حيث قلنا بعدم الفرق بين الشك في الرافع والشك في المقتضي .

هذا كلّه في تقرير الأصل وبيان مقتضاه .

في إثبات ولايتهما عليه بالآية إلى الرشد [لابعد تحقق الرشد]

وأمّا الدليل الّذي كان مختصاً بالمجنون والسفيه اللّذين كانا كذلك من ابتداء البلوغ ، فهو منحصر ظاهراً بقوله تعالى ﴿ **فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم** ﴾[1] ، بتقريب أن الخطاب للأولياء الّذين كان أموال الأيتام بأيديهم .

وإذا دلّ على عدم وجوب دفع أموالهم إليهم قبل الرشد ، فتثبت ولايتهم عليهم قبل الرشد ، والرشد لا يتحقق إلّا برفع السفاهة والجنون .

ثمّ من المسلّم أنّ الأب والجدّ من جملة أولياء الصغير ، فلابدّ من أن / ٣٦٠ / يكوا وليّين عليه إلى خصوص الرشد بمقتضى الآية .

وبخبر هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام « **وإن احتلم ولم يونس منه رشداً وكان سفيهاً فليمسك عنه ماله وليّه** »[2] بتقريب أن الولي هو الولي العرفي والقدر المتيقن من الولي العرفي هو الأب والجد .

وعلى فرض كون الولي العرفي ما يشمل غيرهما أيضاً نقول : إنّ غيرهما خارج بالإجماع* ، أو بالتقرب الّذي ذكرته في الجواهر في كتاب الحجر من أنّه لا ريب في ظهور الرواية في إرادة الولي قبل البلوغ ، سواء كان هو الأب ، أو الجدّ ، أو الحاكم ، أو غيرهم . فإنّه المخاطب بإمساك المال وحفظه حتّى يرشد ، والتكلفات لا تنافي

---

١) النساء : ٦ .

٢) وسائل الشيعة ٣٦٠/١٧، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع، باب اشتراط البلوغ والعقل.. ح ٢/٢٢٧٥٢ و٤٠٩/١٨، ح ١/٢٣٩٤٢ و٣٦٣/١٩، ح ٩/٢٤٧٦٨. قال: «عن أبي عبدالله عليه السلام قال: انقطاع يتم اليتيم بالاصلاح وهو أشده وإن احتلم ولم يؤنس منه رشده وكان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه ماله».

*) *أقول . (منه قدس سره) .*

المنساق[١].

ثمّ إنّ الرشد لا يحصل إلّا برفع الجنون والسفاهة أو تقديرية من أول الأمر حتّى يكون له حفظ المال، كما ورد به الرواية أيضاً على ما نقله الجواهر في كتاب الحجر في مقام تفسير الآية[٢].

هذا، ولا يخفى عليك أولاً أنه على فرض تمامية دلالة الآية والروايـة* /٣٦١/ فإنّما يدلّان على ثبوت ولايتهما في الأموال، دون باب النكاح.

وإذا عرفت ذلك، فاعلم أنه أورد على كل واحد من الآية؛ أما على الأوّل فمن وجوه:

الأول أنّ الآية واردة في الأيتام حيث يقول تعالى ﴿**وابتلوا اليتامى**﴾[٣] .. الآيـة، واليتيم عبارة عن من لا أب له وهو دون البلوغ على ما قاله في آخر حجر المسالك[٤].

وعلى هذا، فليس في مورد الآية وليّه الأب حتّى نقول: إنّ الآية تدل على أنّه وليّه بعد البلوغ، من جهة أنه كان وليّه بعد البلوغ.

ولعل هذا الإشكال يكون وارداً على الرواية أيضاً.

والجواب عن ذلك ينحصر بأن يقال بناء على كون الجدّ ولياً على الطفل مع فقد الأب: إنا نثبت ولاية الجدّ بالآية، فيثبت ولاية الأب أيضاً لعدم القول بالفصل.

الثاني أنا لا نسلّم أن يكون الخطاب إلى الأولياء، بل الخطاب إلى كل من يكون عنده مال الطفل.

وعلى هذا، فيكون المقصود أنه قبل الرشد لابدّ له أن يمسك مال الصغير بأن يكون مال الطفل وديعة عنده حتّى يرشد وهذا المقدار لا يفيدنا في المقام، لأنا نريد أن نثبت صحة تصرفات الأب /٣٦٢/ والجدّ في مال الطفل بأن يكـون لهـما البـيع

---

١) جواهر الكلام ١٠٥/٢٦، كتاب الحجر، ولاية المجنون والطفل والسفيه.

٢) جواهر الكلام ٩٥/٢٦، كتاب الحجر، أحكام الحجر.

*) *أقول. (منه قدس سره).*

٣) النساء: ٦.

٤) مسالك الإفهام ١٦٦/٤، كتاب الحجر، أحكام الحجر، الثامنة.

والشراء ، لا مجرد أن لهما إبقاء ماله عند أنفسهما وعدم دفعهما إليه .

الثالث أنه لو سلّمنا أن الخطاب إلى الأولياء في حال الصغر أيضاً ، إلّا أنه نقول : إنّ الآية لا تدل على الأولياء في حال الصغر أيضاً ، إلا أنه نقول : إن الآية لا تدلّ على كون الأولياء في حال الصغر أولياء في حال البلوغ ، وإنما تدل على أن للأولياء أن لا يدفعوا أموال اليتامى إليهم بعد البلوغ وقبل الرشد ، فيجوز أن يكون ذلك من باب أن مال الطفل لابدّ من أن يكون وديعة عندهم .

أقول: وعلى هذا ، فلا تدل الآية على عدم وجوب تفويض أمر أموالهم إلى السلطان بعد البلوغ ، بل يجوز أن يقال : إنّ التفويض أيضاً غير واجب ولكن المال لابدّ من أن يكون وديعة عند الأب وغيره حتّى لو رأى السلطان أن يتصرف فيه ، يتصرف فيه .

وإنا قلنا بذلك بناءً على أنه لابدّ من أن يكون للمجنون والسفيه ولي في تمام الحالات .

وأمّا على الثاني وهو الرواية ، فالإشكال الأخير الّذي أوردناه على الآية يكون وارداً على الرواية .

أقول: الإنصاف أنه لو لم يكن إجماع على أنّ من يكون له الإمساك وعدم الدفع ، يكون هو /٣٦٣/ الولي ، فلا تدلّ الآية بنفسها على أنّ الولي قبل البلوغ يكون ولياً بعده* .

في إثبات ولاية الأب والجد بآية الإيناس

وأمّا الرواية ، فليست خالية عن ظهور في ذلك ، حيث إنه يستفاد من أنّ الولي

---

*) ***بل الآية غاية الأمر أنها تدلّ على عدم وجوب الدفع إلى اليتيم بمقتضى المفهوم ، ولكن لا يدل على عدم وجوب الدفع إلى الحاكم .***

إن قلت: إنّ سياقها يقتضي أنه مع عدم الرشد يكون المال باقياً عند المولى .

قلت: بعد أن أصل عدم وجوب الدفع إلى اليتيم كان لمقتضى المفهوم ، يكون دعوى هذا الظهور فيه مشكلاً . (منه قدس سره) .

قبل البلوغ ولي بعده أيضاً ، لأنّ زمان الإمساك يكون الطفل بالغاً ، مع أنّه أطلق لفظ الولي في تلك الزمان على الأب والجدّ بمقتضى البيان الّذي ذكرناه عند تقريب الإستدلال .

إن قلت: إنّ إطلاق الولي عليه إنّما هو بعلاقة ما كان عليه قبل بلوغ الطفل .

قلت: مع غمض العين من أنّ هذا مجاز لاشتراط التلبس حين النسبة ، أعني النسبة الكلامية، وهو فيما نحن فيه في زمان الإمساك ، كما تعرّضنا لذلك في مسألة أصالة الصحة الّتي كتبته في أواخر الفضولي عند التعرض لبيع كسر المشاع أن هذا في نفسه خلاف الظاهر من الرواية حيث إن الظاهر منها أن الولي في الحالين ولي .

إن قلت: إن المراد من الولي هو الولي العرفي ولا يستفاد من الرواية إمضاء ولايته أيضاً بعد البلوغ ؛ غاية الأمر أنه يستفاد من الرواية كون الولي العرفي مأموراً بإمساك ماله وكون المال وديعة عنده /٣٦٤/ حتّى يصير الولد رشيداً ، ولا تدلّ الرواية على أن للولي العرفي أن يبيع ويشتري والولي العرفي من يتولى حفظ مال اليتيم وجمعه .

ومن الممكن أن يكون مثل هذا الشخص مأذوناً في البيع والشراء وغير ذلك قبل البلوغ ، دون بعده .

قلت: فعلى هذا يصير حال الرواية كحال الآية في الدلالة على أنّ للأب والجدّ بعض التصرفات ،كحفظ ماله وإمساكه ، بل وجمع ماله ليتحقق الولاية العرفية* الّتي علم إمضاؤها من جهة إطلاق الولي عليه مشعراً بإمضاء ولايته .

وعلى هذا ، فإن كان في البين إجماع على عدم التفكيك بين التصرفات ، فيتمّ دلالة الرواية والآية بانضمام الإجماع المذكور ، وإلّا فلا .

هذا كله فيما لو كان فساد العقل متصلاً بحال الصغر ، وأما لو تجدّد بعد البلوغ والرشد ، فاستدل لعود ولاية الأب بوجوه . وقبل الشروع فيها يناسب الإشارة إلى مطلبين :

---

*) ***لو قلنا: إنه ظاهر في إمضاء الولاية العرفية ، فنقول: يثبت تمام المدعى ، لإن الولاية العرفية وإن تحصل بحفظ المال وجمعه ، إلّا أنّ الأولياء العرفية يتصرفون بالبيع والشراء أيضاً . (منه قدس سره).***

أحدهما أنه لو أثبت ولايتهما على من يتجدّد فساد عقله يثبت ببيان ذلك الوجه ولايتهما على من كان فساد عقله متصلاً بحال الصغر أيضاً ؛ غاية /٣٦٥/ الأمر أن بعض الوجوه كان مختصاً بصورة كان فساد العقل متصلاً بحال الصغر ، قد ذكرناه سابقاً .

وثانيهما في تقرير الأصل في المسألة ، قال في نكاح المريض : إن أصالة عدم عود ولاية الأب والجد في جهة من تجدّد جنونه وسفهه بعد البلوغ والرشد معارضة بأصالة عدم ولاية الحاكم عليه ، بعد العلم الإجمالي بأن وليّه إما هو الأب والجد وإمّا هو الحاكم* .

وردّ ذلك بأنّ الشك في ثبوت ولاية الحاكم ناشٍ من الشك في ولاية الأب والجدّ . فإذا أجرينا الأصل في ولاية الأب والجد ، فيثبت ولاية الحاكم ، لأنّ التعارض هنا بين الأصل السببي والمسبّبي ، فلا وجه لأنّ يجعل المعارضة بينهما** .

كما أنه لا وجه لما صنعه في بيع الجواهر[1] من جعل المعارضة بين الإطلاقات الدالة على أنّ ولاية الولد للأب والجد ، وبين ما دل على أنّ ولايته للحاكم ، حيث إن النسبة بينهما عموم من وجه .

وجه الفساد هو أن ما دلّ /٣٦٦/ على ولاية الأب والجد حاكم على ما دلّ على ولاية الحاكم ، وذلك لأنّ ما دلّ على ولاية الحاكم مثل قوله ﷺ «**السلطان ولي من لا ولي له**»[2] إنّما يستفاد منه ثبوت ولاية السلطان لمن ليس له ولي . وبعد ما ثبتنا بإطلاق ما

---

*) ***فيه أنه لو كان إجراء الأصلين موجباً لذهاب تكليف ، فهو في حق أحد الشخصين ، فيكون كواجدي المني في الثوب المشترك . (منه قدس سره) .***

) ***الحاكم ولي من لا ولي له . فالشك في ولايته ناشٍ من الشك في ولاية الأب والجدّ ، فالأصل الجاري في ولايتهما سببي وبأصالة عدم ولايتهما تحرز ولاية الحاكم ، لأنّ كلّ موضوع وجودياً أو عدمياً إذا أحرز ولو بالأصل ، يترتب عليه حكمه .*

وولاية الأب والجدّ ليس موضوعه عدم ولاية الحاكم ، وإن علم الملازمة ، فلا يترتب ولاية الأب والجدّ على أصالة عدم ولاية الحاكم إلاّ بالأصل المثبت . (منه قدس سره) .

١) جواهر الكلام ٣٢٣/٢٢، كتاب البيع ، في الأب والجد يمضي تصرفهما .

٢) مما نقل في مصادر العامة كسنن النسائي ٢٨٥/٣، باب الثيب تجعل أمرها لغير وليّها ، ح ٥٣٩٤، كنز

دلّ على ولاية الأب كونه ولياً على المجنون والسفيه ، فيذهب وقوع ما يكون فيه ولاية السلطان من البين بالمرّة .

في إحراز ولاية الحاكم بأصالة عدم ولاية غيره

أقول: إذا فرضنا أنه لم يستفد من شيء ممّا دلّ على ولاية الحاكم بأزيد من ثبوت ولايته لمن ليس له ولي ، فحينئذٍ لا إشكال في حكومة ما دل على ولاية الأب والجدّ على ما دلّ على ولاية الحاكم .

وأمّا لو فرضنا أن يكون في البين ما يدلّ على ولاية الحاكم على نحو الإطلاق ، فحينئذٍ تقع المعارضة بينه وبين ما دلّ على ولاية الأب .

وعلى هذا ، فما يدل على أن الحاكم وليّ لمن لا وليّ له ، يصير شاهداً للجمع بين المتعارضين بتقديم ما دلّ على ولاية الأب والجدّ .

هذا ، مع أنّ ما دلّ على ولاية الأب والجدّ يكون أخص ممّا دلّ على ولاية /٣٦٧/ الحاكم ، وذلك لأنّ العلم بعدم ولاية الحاكم على الصغير الّذي يكون له أب ، إنما حصل من الخارج ، لا أن لا يكون الدليل بنفسه شاملاً له . والميزان في باب التعادل والتراجيح ملاحظة نفس المتعارضين مع مطلق النظر عما علم من الخارج من دخول بعض الأفراد تحت أحدهما .

ثمّ إن كلّ عام أو مطلق أخذ في مصاديقه أمر عدمي ، فحينئذٍ نقول : يمكن إحراز مصداق ذلك العام أو المطلق بإجراء الأصل في تلك الأمر العدمي ، بل وكذلك لو أخذ شيء وجودي في المصاديق ، يمكن إحرازه بالأصل إذا كان له حالة سابقة .

ووجهه واضح ، حيث إن الحكم الشرعي يكون ثابتاً لموضوع خاص . ونحن نحرز ذلك الموضوع جزءه بالأصل وجزءه الآخر بالوجدان .

وعلى هذا نقول : إذا أحرز من الدليل ثبوت ولاية الحاكم على من لا ولي له ، فحينئذٍ نقول : الأصل أن لا يكون الأب ولياً على المجنون مثلاً ، فيثبت بذلك ولاية

العمال ٣١٣/١٦، أحكام النكاح، ح ٤٤٦٧١.

الحاكم عليه . ولا فرق في إحراز الموضوع بالأصل بين أن يكون /٣٦٨/ الشك من جهة الشبهة الموضوعية أو من جهة الشبهة الحكمية ، كما فيما نحن فيه .

فتلخّص ممّا ذكرناه أن الأصل العملي هو عدم ثبوت الولاية للأب والجدّ ، بل الأصل ثبوتها للحاكم ، وليس لهذا الأصل معارض من الأدلة .

نعم ، لو كان لنا إطلاق يكون مقتضاه ثبوت ولاية الولاية للأب والجدّ يكون نافعاً في المقام ، إلاّ أنه يرد عليه بأنه بعد ما فرضنا في الأدلة بما يكون له إطلاق بحيث يشمل ما نحن فيه وهو ولاية الأب والجدّ على المجنون والسفيه ، **بقي الكلام** في الوجوه الّتي تمسك بها لصحة تصرف الأب والجدّ في أموال المجنون والسفيه وفي إيقاع عقد النكاح لهما :

في صحة طلاق الولي

منها ما أشار إليه في بيع الجواهر[1] من الأخبار الواردة في طلاق الولي عن المجنون ، كصحيحة أبي خالد القماط ، قلت لأبي عبدالله عليه السلام : «**الرجل الأحمق الذاهب العقل ، أيجوز[2] طلاق وليّه عليه ؟ قال : ولم لا يطلق [هو] ؟ قلت : لا يؤمن إن طلق هو أن يقول غداً : لم أطلق ، أو لا يحسن أن يطلق . قال : ما أرى وليه إلّا بمنزلة السلطان**»[3] .

وجه الدلالة ان الولي هو الولي العرفي /٣٦٩/ وهو شامل للأب والجد ولو كان شاملاً لغيرهما أيضاً ، **فنقول** : إنّ الإجماع يخصّصه .

وبالجملة هذا الخبر ونظائره يدلّ على أنّ للسلطان أن يطلق على المجنون . فلو أثبت الولاية العامة للفقيه ، فيكون مقتضاه صحة طلاق الفقيه أيضاً على المجنون .

ثمّ إن هذه الرواية تدل على أنّ الأب والجدّ أيضاً يكون لهما الطلاق على المجنون .

---

١) جواهر الكلام ٣٢/٦ ، كتاب الطلاق ، في المطلق ، الشرط الأول : البلوغ .

٢) في الوسائل : « يجوز » .

٣) وسائل الشيعة ٢٢/٨٣ ، كتاب الطلاق ، أبواب مقدماته ، باب أنه يجوز للولي الطلاق عن المجنون مع المصلحة ، ح ١/٢٨٠٨٤ .

وإذا ثبت صحة طلاقهما على المجنون، فيثبت صحة النكاح له وصحة التصرف في أمواله أيضاً بطريق أولى.

نعم، هنا إشكال على التمسك بهذا الخبر في نفس باب الطلاق، وعلى فرض ورود ذلك الإشكال هناك لا ينفع فيما نحن فيه أيضاً. والإشكال المشار إليه ما ذكره في المسالك من أنّ هذا الخبر دلالته غير واضحة، «فإن السائل وصف الزوج بكونه ذاهب العقل. ثمّ يقول له الإمام: ما له لا يطلق، مع الإجماع على أن المجنون ليس له مباشرة الطلاق ولا أهلية التصرف. ثمّ يعلّل السائل عدم طلاقه بكونه ينكر الطلاق، أو لا يعرف حدوده. ثمّ يجيبه بكون الولي بمنزلة السلطان»[1].

وقال في الجواهر[2]: إن المراد من ذاهب العقل هو السفيه بقرينة سائر الأخبار الّتي ذكر فيها عوضاً عن ذلك لفظ المعتوه وهو بتصريح جمع من اللغويين من لم يبلغ مرتبة الجنون، كما ذكر ذلك في الجواهر مفصلاً.

/ ٣٧٠ / وعلى هذا نقول: إنّ السفيه يصح مباشرته للطلاق مع إذن الولي. وبهذا الوجه نجمع بين هذه النصوص وبين ما دل على صحة مباشرته للطلاق، من غير أن يقيّد بإذن الولي.

ثمّ إنه يقول من أنّه لا عيب في ذلك، غير أني لم أجد مصرّحاً به من الأصحاب.

وعلى كل حال لا إشكال في صحة طلاق الولي لصراحة هذه النصوص في صحته.

ونحن نقول: إن في كلام كلّ واحد من المورد والموجّه نظراً. أما ما ذكره الموجّه ـ أعني صاحب الجواهر ـ، فمن جهة أنه خلاف الإجماع، لأنهم في مقام ذكر شرائط المطلق يذكرون له أربعة شرائط: الإختيار والقصد والعقل والبلوغ. ولم يقل أحد باشتراط أن لا يكون سفيهاً.

نعم، في طلاق الخلع اشترط في الشرايع[3] كمال العقل في الخالع، حتّى يخرج

---

١) مسالك الإفهام ١٣/٩، كتاب الطلاق، شروط المطلق.

٢) جواهر الكلام ٧/٢٣، كتاب الطلاق، في المطلق، البلوغ.

٣) شرائع الإسلام ٦١٧/٣، كتاب الخلع والمباراة، في شرائط الخلع.

السفيه ، من جهة أنه يكون هناك تصرف مالي .

وبالجملة الأخذ بالنصوص في أمثال هذه المسائل يكون موافقاً مع طريقة الأخباريين الّذين يأخذون بمقتضى الأخبار ، وافق كلام الأصحاب ، أم لا .

ولذا يكون مثل هذا الكلام عن صاحب الجواهر عجيباً .

وأمّا ما ذكره في المسالك[١] ، ففيه: أن لذهاب العقل مراتب كثيرة يصل بعضها إلى مرتبة الجنون . ولذا لمّا سئل عن الذاهب العقل الاحمق وطلاق / ٣٧١ / الولي عليه ، فاستفهم الإمام عليه السلام بأنه « لِمَ لا يطلق نفسه » ليستعلم من الراوي أنه وصل بمرتبة الجنون أم لا . فذكر الراوي أموراً فهم الإمام عليه السلام منها ومن بعض القرائن الّتي كانت بينهما أن الزوج مجنون ، فلذا حكم بأنّ الطلاق يكون بيد وليّه وأن وليّه كالسلطان .

ولعله لوضوح فساد الإشكال المذكور في المسالك لم يتعرض في الرياض[٢] له أصلاً .

هذا ، مع أنّ بعض الأخبار لا يكون فيه السؤال والجواب حتّى يرد عليه إشكال صاحب المسالك ، بل من ابتداء الأمر يقول الإمام عليه السلام : « إني أرى وليّه بمنزلة الإمام »[٣] .

أقول: الأخبار المنقولة في هذا الباب أربعة[٤] ، إثنان منها يكونان مشتملين على السؤال والجواب المتقدم ذكرهما .

---

١) كما مرّ .

٢) انظر: رياض المسائل ٤٠/١١، كتاب الطلاق، في المطلق .

٣) وسائل الشيعة ٨٤/٢٢، كتاب الطلاق، أبواب مقدماته، باب أنه يجوز للولي الطلاق عن المجنون مع المصلحة، ح ٣/٢٨٠٨٦.

قال: « عن أبي خالد القماط عن أبي عبدالله عليه السلام في طلاق المعتوه، قال: يطلق عنه وليه فإني أراه بمنزلة الإمام عليه » .

٤) انظر: وسائل الشيعة ٨٤/٢٢ - ٨١، كتاب الطلاق، أبواب مقدماته، باب ٣٤ و٣٥.

الأخبار المنقولة في هذا الباب أكثر من أربعة، ولكن ما روي في هذا الباب عن أبي خالد القماط، ثلاثةٌ (اشتراط صحة الطلاق بكمال العقل ويجوز للولي الطلاق عن المجنون) .

وإثنان منها ليس مشتملين عليهما ، إلّا أنّ السؤال فيها يكون عن المعتوة[١] .

وإذا عرفت ذلك، فاعلم أن إشكال صاحب المسالك يكون في الأولين ، وهنا نقول : لا مانع في الجواب الّذي ذكره الأستاد عن هذا الإشكال ، لأنّ مقتضى الجمع بين صدرهما وذيلهما هو أن يقال : إنّ لذهاب العقل مثلاً مراتب وبعض مراتبه غير مضرٍّ بصحة الطلاق ، ولذا استفهم الإمام أولاً . وبعد جواب الراوي لمّا علم وجود مرتبة خاصة من ذهاب العقل في الزوج ، /٣٧٢/ فحكم بأن يطلق عنه وليّه .

وأما ما ذكره صاحب الجواهر في جواب صاحب المسالك ، فخارج عن مورد كلام صاحب المسالك .

نعم ، ما ذكره صاحب الجواهر ، يكون بنفسه كلاماً مستقلاً لابدّ أن يتكلّم فيه وهو أنه بالنسبة إلى الخبرين الأخيرين اللّذين لم يكن فيهما السؤال والجواب المتقدمان ويكون السؤال فيهما عن المعتوه ، يقول صاحب الجواهر[٢] : إن المعتوه الّتي قال الإمام عليه السلام : إن وليّه كالسلطان ، إما هو ناقص العقل الّذي لم يصل إلى مرتبة الجنون ، أو أعم منه وممن وصل إلى مرتبة الجنون .

وعلى هذا يكون معناه مغايراً مع معنى المجنون ، كما يستفاد من أهل اللغة كالمصباح المنير[٣] والتهذيب[٤] والقاموس[٥] .

ثمّ يقول : إنّ ناقص العقل الّذي لم يصل إلى مرتبة الجنون ، يكون حاله كحال السفيه في المال في توقف صحة معاملاته وعقوده على إذن الولي بمقتضى هذه الأخبار .

ثمّ إنه بذلك يجمع بين ما دلّ من الأخبار على جواز طلاق المعتوه وما دلّ على عدم جواز طلاق المعتوه .

---

١) انظر: وسائل الشيعة ٨١/٢٢، كتاب الطلاق، أبواب مقدماته، باب ٣٤، ح ٤/٢٨٠٧٩، ٥/٢٨٠٨٠ و٨/٢٨٠٨٣.

٢) جواهر الكلام ٧/٣٢، كتاب الطلاق، في المطلق، البلوغ.

٣) تهذيب اللغة ١٣٩/١.

٤) المصباح المنير: ٥٣٦.

٥) القاموس المحيط ٢٨٧/٤، باب الهاء، فصل العين (عنه).

في صحة طلاق ولي المعتوه والمجنون

وأنا أقول: إن الخبرين اللّذين ذكرهما صاحب الجواهر لم يكن فيهما أنه يطلق بإذن وليّه حتّى تقول: إن حاله كحال السفيه في المال /٣٧٣/ وتجمع بذلك بين الطائفتين اللّذين ذكرهما من الأخبار؛ بل المصرّح فيهما أنه يطلق عنه وليّه، فهذين الخبرين يصيرا معاضدين لإحدى الطائفتين من الأخبار المتعارضة، لا شاهداً للجمع بينهما.

ثمّ إن طريق الجمع بين تمام الأخبار أن نقول: إنّ لذهاب العقل ثلاث مراتب والتعبير بذاهب العقل في كل مرتبة يكون عند الناس شايعاً ومتعارفاً:

الأولى أن ينقص عقله قليلاً وهو المعبّر عنه بالأحمق.

الثانية أن ينقص عقله بمقدار لا يلتفت إلى كثير من الأشياء ولا يتذكر لما فعله ويقال له: إنه دهش واضطرب، وهو المعبّر عنه بالمعتوه.

الثالثة أن يذهب عقله رأساً وهو المعبّر عنه بالمجنون.

لا إشكال في صحة الطلاق عن الثالث وعدم صحته عن الأوّل. وأما الوسط فمقتضى الأخبار عدم صحة طلاقه أيضاً.

أما الخبرين الأخيرين المشتملين[1] على السؤال عن المعتوه، فظاهر دلالت هما على هذا المدعى، بل وكذلك الخبرين المشتملين[2] على السؤال والجواب المتقدم ذكرهما؛ فإن السؤال فيهما لمّا كان أولاً عن الأحمق الذاهب العقل، أو عمّن يعرف تارة وينكر أخرى، وهذان العنوانان كانا ظاهرين في المرتبة الأولى من المراتب الثلاثة، فلذا سأل الأمام عليه السلام من أنّه لِم لا يطلق هو؟ ثمّ لمّا ذكر الراوي بعض القرائن الّتي علم أنه داخل في المرتبة الثانية، فحكم الإمام عليه السلام /٣٧٤/ بأنه يطلّق عنه وليّه*.

---

١) كذا، والصحيح: الخبر ان الأخيران المشتملان.

٢) كذا، والصحيح: الخبران المشتملان.

*) ***قد عرفت أن لذهاب العقل ثلاث مراتب وأن المرتبة الوسطى يطلق عليه المعتوه، كما في الجواهر. وعرفت أن الأخبار الدالة على ولاية الأب والجدّ أربعة: إثنان منها كان فيهما السؤال والجواب اللذين صارا منشأً لإشكال صاحب المسالك وأنت قد عرفت أن سرّ السؤال واستفهام الإمام لفهم مراد السائل، حيث يطلق الجنون ومرادفاته على كلّ واحد من المراتب الثلاثة، مع أن المرتبة***

إن قلت: لعلّ الإمام عليه السلام فهم من القرائن دخوله في المرتبة الثالثة، كما قاله الأستاد سابقاً.

قلت: القرائن التي يذكرها الراوي ليست دالّة بأزيد من المرتبة الثانية.

الثالثة يكون أمرها بيدها.

وبعد جواب السائل علم أن المسؤول عنه كان مندرجاً تحت المرتبة الثالثة [في المخطوطة: «الثانية»] ***التي يطلق عليه المجنون عليه حقيقة.***

فإن القرائن التي يذكرها السائل، لا يستفاد منها ذهاب العقل رأساً، فيندرج تحت عنوان المعتوه، فيصير حال هٰذين الخبرين كحال الخبرين الأخيرين اللذين كان مفادهما كون ولاية المعتوه بيد وليّها، لا بيدها.

وما يقوله في الجواهر من كون الخبرين اللذين يشملان على السؤال المذكور، مما دلّ على أن أمر المعتوه بيدها، لا بيد وليّها، مبني على توجيهه الذي ذكره لهما. وأنت قد عرفت فساد كلامه.

وعلى هذا، فهذه الأخبار الأربعة توافق مع الأخبار الكثيرة الّتي دلت على أنّ المعتوه ليس أمره بيده، وأنه لا يجوز طلاقه.

وليس هذه الأخبار الكثيرة معارض إلّا خبر أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام أنه سئل عن المعتوه، أيجوز طلاقه؟ فقال: ما هو؟ [قال] فقلت: الاحمق الذاهب العقل. فقال: نعم. [وسائل الشيعة ٨٣/٢٢، كتاب الطلاق، أبواب مقدماته، باب اشتراط صحة الطلاق بكمال العقل، ح ٨/٢٨٠٨٣].

ونحن نقول أما بناءً على ما في نسخة من الوسائل أنه قال٧: لا ما هواه، فيكون قوله «نعم» تقريراً لعدم الجواز، فلا يعارض سائر الأخبار.

وأما لو لم يكن في البين لفظ «لا»، فحينئذٍ نقول: إنك قد عرفت أن هذه الألفاظ يطلق على المراتب الثلاث، فالجمع العرفي يقتضي حمل لفظ المعتوه في هذا الخبر على المرتبة الثالثة الّتي لا يطلق عليه المجنون إلّا مجازاً.

ولا يمكن حمل لفظ المعتوه في سائر الأخبار على المرتبة الأولى لعدم تعارف استعماله فيها، أو أن نقول: إن المراد أنه يجوز طلاق وليّه عليه، كما نقل في الوسائل [نفس المصدر] ***ذلك عن الشيخ*** [الاستبصار ٣٠٢/٣، باب طلاق المعتوه، ح ٢/١٠٧٠] ***والصدوق*** [من لايحضره الفقيه ٥٠٥/٣، طلاق المعتوه، ح ٤٧٧١].

إن قلت: لم يكن في البين لفظ الولي حتّى يحمل على ذلك.

قلت: نقول: المراد هو السؤال عن أصل طلاق المعتوه، ساكتاً عن المتكفل، والجواب يكون عن ذلك وليس الخبر آبياً عن هذا الإحتمال.

وبالجملة الجمع العرفي بين هذا الخبر وسائر الأخبار يقتضي التصرف في هذا الخبر بأحد الوجهين؛ فتدبّر. ***(منه قدس سره).***

في أن طلاق المجنون بيد الولي

/٣٧٥/ ثمّ إنه لا بأس من أن نشير إلى بعض الإشتباهات السابقة الّتي نقلتها، ليوضح في ضمنه حال ما ادعيته من ثبوت ولاية الأب على المجنون والمعتوه في الطلاق.

فنقول: أما ما أورده الأستاد على صاحب الجواهر من أنّ كون ولاية طلاق السفيه بيد الولي خلاف الاجماع؛ لأنّه ليس فيه تصرف مالي.

[الحكم في الخلع]

نعم، هذا صحيح في الخلع؛ لأنّ فيه تصرف مالي، ولذا اشترط المحقق[1] فيه كمال في العقل، **ففيه ما لا يخفى**.

أما أولاً، فلأنه لم يقل في الخلع أيضاً أحد بكونه بيد الولي. وليس المراد من كمال العقل في عبارة المحقق أيضاً ذلك.

كيف، وهو يصرّح بعد ذلك بأنه «يصح الخلع من المحجور عليه لتبذير أو فلس»[2].

ويقول في الجواهر في شرح العبارة: «بلا خلاف ولا إشكال»[3]، وحكم العقل أيضاً قاضٍ بعدم الفرق بين الطلاق والخلع؛ لأنّه إذا كان للسفيه أن يطلق مجاناً، فله أن يطلق مع العوض.

نعم، يعطى العوض إلى وليّه، كما يصرّحون بذلك. والسرّ في ذلك أن السفيه إنما يكون ممنوعاً من التصرف الّذي يكون له تعلقاً بالأموال الّذي يكون له، دون غيره.

وإذا عرفت اتحاد باب الطلاق والخلع، فحينئذٍ نقول: إنّ اشتراط المحقق كمال في العقل في الخلع يكون شاهداً على ما استظهر صاحب الجواهر من كلامه في

---

١) شرائع الإسلام ٦١٧/٣، كتاب الخلع والمباراة، في شرائط الخلع.

٢) شرائع الإسلام ٦١٨/٣، كتاب الخلع والمباراة، في شرائط الخلع.

٣) جواهر الكلام ٤٧/٣٣، كتاب الخلع والمباراة، في صحة الخلع من المحجور عليه.

الطلاق ، أنه يقول في الطلاق أيضاً باشتراط كمال العقل ، ومستنده لابدّ أن يكون هو النصوص الّتي ذكرناها بعد اتحاد باب الخلع /٣٧٦/ والطلاق ، بل ظني أن من لم يشترط إلّا العقل في الطلاق والخلع ، يكون مراده هو العقل الكامل أيضاً .

ومع غمض العين عن ذلك أيضاً نقول : إنّ المقدار من نقصان الّذي ألحقناه بالجنون بمقتضى الأخبار ، لا شاهد لنا على كونه على خلاف كلام الأصحاب ، ولا دخل لذلك بالسفيه في المال ـ كما توهم ـ ، حتّى يقال : إنه لم يقل أحد بكون طلاق السفيه بيد الولي ، بل الناقص العقل الّذي ألحقناه بالمجنون ربما يكون مماكساً في أمواله كمال المماكسة ، بل لا يبعد عدّه مجنوناً في عرف زماننا ، وإن لم يكن مجنوناً بمقتضى اللغة أو العرف المتقدم على فرضنا أيضاً .

ثمّ لا يخفى أنّ ناقص العقل الّذي ذكرناه يكون حاله كحال المجنون بعينه ، لا أنه يصحّ طلاقه بإذن وليّه ، كما ادّعاه صاحب الجواهر[1] لما عرفت من أنّ ما ادّعاه صاحب الجواهر لا شاهد له من الأخبار ، بل يكون مخالفاً لاتفاق الكلّ أيضاً ، كما لا يخفى على المتأمل فيما ذكرناه* . ثمّ لنرجع إلى ما كنّا فيه .

الثاني من الوجوه الّتي ذكرت لإثبات ولاية الأب والجدّ على من تجدّد جنونه بعد الكمال ما أشار إليه في نكاح الجواهر[2] ، وتقريبه بأن يقال : إنّ الإجماع قد عرفت أنه قائم على ولاية الأب والجدّ في الجنون المتصل بحال الصغر /٣٧٧/ في الأموال[3]

---

١) جواهر الكلام ٩/٢٣، كتاب الطلاق، في المطلق، العقل.

*) ***لا يخفى أنّ مفاد الأخبار ثبوت الولاية على المعتوه وهو المرتبة الثانية من مراتب ذهاب العقل وإلحاق المرتبة الثالثة للأولوية والقطع بعدم الفرق.***

ثمّ إن من الواضح أن هذه الأخبار مقدمة على مثل «الطلاق بيد من أخذ بالساق» [عوالي اللئالي ٢٣٣/١، الفصل التاسع، ح ١٣٧] ***وشبهه ممّا فرض تمامية دلالته على أنّ الطلاق ليس إلّا بيد الزوج.***

ثمّ إن التعدي من ذلك بالأموال والنكاح لو كان لدعوى عدم القول بالفصل، فمشكل.

وكيف، وهذه الأخبار لا يفصل بين الجنون المتصل بالبلوغ وغيره، مع أن هذا التفصيل مشهور في باب النكاح والأموال. (منه قدس سره).

٢) جواهر الكلام ١٩١/٢٩، كتاب النكاح، في أولياء العقد.

٣) جواهر الكلام ٣٢٣/٢٢، كتاب البيع، في الأب والجد يمضي تصرفها.

والنكاح ، كما تقدم[١]*.

ولو قلت: إنّ ثبوت ولايتهما في الأموال كان فيه كلام من بعض.

قلت: لو قلنا بعدم الإجماع فيه نفسه ، فنلحقه بولايتهما عليه في باب النكاح بالأولوية.

وعلى كل حال نقول: إنّ الوجه في ولايتهما على المجنون إذا كان جنونه متصلاً بحال الصغر هو كون الأب شفيقاً ورؤوفاً عليه ، وهذا الوجه يأتي بعينه في صورة كان الجنون متحداً بعد الكمال.

وردّ ذلك:

أوّلاً بأنّ هذه العلة ليست منصوصة في الأخبار ، مع أنّه على فرض ورود النص على علة الحكم يأتي كلام آخر من أن العلة المنصوصة هل هو علة حقيقة أو حكمة.

نعم ، لنا طريق آخر لإثبات ولاية الأب والجدّ على المجنون والسفيه اللّذين تجدّد نقصان عقلهما بالجنون والسفاهة بعد تحقق الكمال في باب الأموال والنكاح معاً ، وذلك لأنا نقول: إن التفاوت بين من تجدّد جنونه وسفهه وبين من اتصل منه

---

١) كما مرّ.

*) *لا يخفى أنّ ما ذكره في الجواهر يسمّى بتخريج المناط وهو أن يعيّن علة الحكم في المورد بإبداء المناسبة بين الحكم الثابت في المورد وبين ما يدعى عليته مما يكون موجوداً في المورد ، كشفقة الوالد على الولد ، فيتعدى إلى غير تلك المورد.*

وما ذكره الأستاذ ـ سلّمه الله ـ يسمى بتنقيح المناط وهو بأن يكفي خصوصية المورد بين الفرع والأصل بإثبات عدم مدخليتها في ثبوت الحكم ، فيبقى ما هو علة الحكم في القدر المشترك بينهما ، وإن لم يعيّن خصوصية ما هو علة.

ونحن نقول: إنّ كليهما من القياس لا ينفع في التعدي ما لم يحصل القطع ، أو أن يستظهر ما هو علة من دليل معتبر حتّى يدخل في منصوص العلة. هذا أولاً.

وثانياً نقول: سلّمنا من أنّه علمنا بأنّ حكم الجنون والسفاهة متحد في المتصل والمتجدّد بعد البلوغ ، إلّا أنه نقول: من المحتمل أن يكون مستند اتفاق الكل على ثبوت الولاية في المتصل هو الإستصحاب ، أو أن يكون مستند بعضهم ممن له مدخلية في تحقق القطع بإجماعهم ، هو الإستصحاب ، مع أنّه على فرض أن يكون الدليل في المتصل هو الإستصحاب ينفع لإثبات حكم المتجدد ؛ لأن الإستصحاب من قبيل التنزيل ومن الممكن تنزيل أحد المتلازمين دون الآخر.

وهذا هو الوجه في عدم حجية أصل المثبت ؛ فتدبّر جيّداً. (منه قدس سره).

ذلك إلى حال الصغر، إنّما هو في جريان الإستصحاب وعدم جريانه، وإلّا فمن جهة الحكم الواقعي ليس بينهما تفاوت أصلاً، وذلك بتنقيح المناط.

فكما أنك تتعدى من الحكم الثابت لزيد في واقعة إلى غيره وإلى غير تلك الواقعة بتنقيح المناط وتقول: إنه لا مدخل للخصوصيات، فكذلك نحن إذا أثبتنا ولاية الأب والجدّ واقعاً، فيمن اتصل جنونه وسفهه إلى حال الصغر، فنقول بثبوت /٣٧٨/ ولايتهما على من جدّد جنونه وسفهه بعد الكمال بتنقيح المناط.

وإذا عرفت هذا، فنقول: إنّ الإجماع قائم على ولايتهما على المجنون الّذي اتصل جنونه بحال الصغر في باب النكاح أو مطلقاً.

وعلى هذا، فنتعدى ممن اتصل جنونه بحال الصغر إلى من تجدّد جنونه بتنقيح المناط، ومن باب النكاح إلى الأموال بالأ[و]لوية، إن لم يكن الإجماع ثابتاً في خصوص الأموال أيضاً.

في ولاية الأب والجدّ على السفيهة في النكاح إذا كانت سفاهتها متصلة بحال الصغر

وأما السفيه، فنقول: إنّ الأخبار وردت في باب النكاح على أنّ ولاية السفيهة يكون للأب والجد مطلقاً، ونحن نتعدى إلى الأموال بالأولوية، كما تقدم.

بقي الكلام في التعرّض للأخبار المشار إليها، فنقول: إنّ العلماء ذكروها في باب النكاح عند التعرض لبيان أن البالغة الرشيدة هل يكون للأب ولاية عليها في باب النكاح، أم لا.

ونحن نقول: إنه يستفاد من بعض تلك الأخبار أن للأب والجد ولاية على السفيهة، وذلك كصحيح الفضلاء أو حسنهم الفضيل بن يسار ومحمد بن مسلم وزرارة عن الباقر عليه السلام، قال: **المرأة الّتي [قد] ملكت نفسها غير السفيهة ولا المولي**[1] **عليها أن تزويجها بغير ولي جائز**[2].

---

١) في المخطوطة: «الولى».

٢) وسائل الشيعة ٢٠/١٠٠، كتاب النكاح، أبواب مقدمات النكاح، باب جواز التزويج بغير الولي، ح

وتقريب الدلالة أن هذه الرواية تدل على أن السفيهة لا يجوز نكاحها بغير وليها والمراد من الولي هو الولي العرفي الشامل للإب والجدّ، كما تقدم*.

وكرواية زرارة عن الباقر عليه السلام / ٣٧٩ / قال: «**إذا كانت المرأة مالكة أمرها تبيع وتشتري وتعتق وتشهد وتعطي من مالها ما شاءت. فإن أمرها جائز، تتزوج[1] إن شاءت بغير إذن وليّها وإن لم تكن كذلك، فلا يجوز تزويجها إلاّ بأمر وليّها**»[2].

تقريب الدلالة أن الرواية بمقتضى منطوق القضية الشرطية تدلّ على أن المرأة**

٢/٢٥١٤٠.

*) *لا يخفى عليك أن هذه الرواية لو تمّ مفهومها، لا يدل على استقلال الولي بأمر نكاح السفيهة، لأنّ مقتضى المنطوق جواز النكاح بغير الولي مع عدم السفاهة والمفهوم عدم الجواز بغير الولي مع السفاهة. فلعل إذنهما شرط كما هو قول في الباكرة.*

وثانياً أن المنطوق كان إيجاباً والمفهوم يكون سلباً، يعني نفي جواز النكاح لها مع السفاهة بغير ولي.

وأما جواز النكاح مع الولي فمفهوم للمفهوم، ولا دليل على اعتباره، بل في المقام قرينة على أنّه ليس المراد جواز النكاح مع الولي على نحو الإطلاق، وذلك لأنّ من عطف الموالي عليها بقوله «ولا الموالَى عليها» على غير السفيهة تستفاد أن السفيهة مغاير مع الموالَى عليها، وذلك يقتضي أن لا يكون للسفيهة ولي. ومع ذلك كيف أن يقال: مفاد الرواية جواز نكاحها مع ولي الموالي مطلقاً.

إن قلت: لا يمكن خلوّها عن الولي.

قلت: لم يتحقق للفظ الولي حقيقة شرعية حقيقة، فيحمل على العرفي، ولا مانع من خلوّ السفيهة من الولي العرفي، مثل الأب والجدّ. (منه قدس سره).

١) في الوسائل: «تزوج».

٢) وسائل الشيعة ٢٨٥/٢٠، كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح، باب أن الولاية في عقد البكر البالغ الرشيدة مشتركة بينها وبين أبيها، ح ٦/٢٥٦٤٢.

**) *لا يخفى [أن] دلالة هذه الرواية مبنية على أن يكون للمستثنى إطلاق حتّى يدلّ على أنّ كل امرأة لم تكن مالكة أمرها في البيع ونحوه، يكون أمر نكاحها بيد وليّها، لأن كون أمر نكاحها في الجملة بيد وليّها غير نافعة في إثبات الولاية في صورة كان الجنون والسفاهة متجدّدين بعد البلوغ؛ إذ يكفي في ثبوت الولاية في الجملة أن تكون ثابتة في صورة كانا متصلين بالبلوغ.*

وعلى هذا نقول: إن القضية الاستثنائية يكون بصدد بيان حكم المستثنى منه والاستثناء عنه في الجملة، وليست بصدد بيان حكم المستثنى حتّى يؤخذ بإطلاقه، فإطلاقه وارد مورد حكم، كما ذكرنا ذلك في مثل ﴿تجارة عن تراضٍ﴾ [النساء: ٢٩] وأمثال ذلك في بيع الفضولي وغيره، كما أن من الواضح عدم الإطلاق في نظائره للمستثنى مثل «لا سخن إلّا للعرب»، فلا يدلّ على أنّ كل عرب

إذا لم تكن مالكة أمرها في البيع والشراء، فلا يجوز نكاحها إلّا بأمر وليّها.

والمراد من الولي هو الولي العرفي الشامل للأب والجد. ومن الواضح أن السفيهة ليس لها أن تبيع من مالها، فلابد من أن يكون أمر تزويجها بيد أبيها وجدّها.

أقول: لا يخفى أنّ هذه الأخبار يكون القدر المتيقّن من إطلاقها الباكرة السفيهة، وحينئذٍ فيجوز أن يجعل مثل هذه الأخبار شاهداً للجمع بين الأخبار الّتي دلت على أنّ الباكرة مطلقاً يكون أمر تزويجها بيدها وبين الأخبار الّتي دلت على أنّ أمرها بيد وليّها مطلقاً.

ولعلّ الوجه في إطلاق كثير من هذه الأخبار أن الباكرة في ابتداء زمان تزويجها لا تكون رشيدة.

وعلى هذا، فلا دخل لهذه الأخبار بما نحن فيه، وإنما تدل على أنّ خصوص السفيهة إذا كان سفاهته متصلة بحال الصغر وكانت باكرة، يكون أمر تزويجها بيد أبيها، لأن ذلك هو القدر المتيقّن من إطلاقها / ٣٨٠ / بملاحظة القرائن الّتي أشرت إليها* ، ولذا لم يتمسك أحد من العلماء لإثبات ولاية الأب على السفيهة، مع أنّهم يذكرون هذه الأخبار بعد التعرض لحكم السفيه ويتكلّمون في لفظ السفيه المذكور في هذه الرواية.

وذلك لأنّ المطلق إذا صار بعض الأفراد قدراً متيقّناً منه بملاحظة بعض القرائن الداخلية والخارجية، فلا يجوز التعدي عن تلك الأفراد إلى غيرها، كما ذكرنا ذلك كراراً.

ثمّ لو تجمّدنا على إطلاق هذه الأخبار، فنقول: أنه لا يثبت بهذه الأخبار إلّا ولاية الأب والجدّ على السفيهة في أمر النكاح، لاحتمال أن يكون للمرأة في أمر النكاح بالخصوص خصوصية وليس بمعلوم أن يكون في البين إجماع على لحوق السفيه

سخي إلى غير ذلك من نظائر هذه القضية.

ولو كان التمسك بمفهوم الشرطية في صدر الخبر، فهو عدم جواز التزويج بدون إذن الولي، فلا يدلّ على الولاية المستقلّة. (منه قدس سره).

*) وسيأتي في المقام الثاني أنه يقول بوهن الإطلاق أقلّ مما ذكرناه بمراتب. (منه قدس سره).

في النكاح بالسفيهة، فلا نتعدى عن السفيهة في باب النكاح إلى السفيهة فضلاً من أن نتعدى من باب النكاح إلى باب التصرف في الأموال.

والأولوية المدعاة في المقام غير معلومة عندنا لعدم معلومية الملاك في الحكم الشرعي لنا.

فتلخّص من جميع ما ذكرناه أن مختار /٣٨١/ الأستاذ ـ سلّمه الله ـ هو أن ولي المجنون والسفيه مطلقاً في النكاح والأموال هو الأب والجدّ.

ونحن قلنا وفاقاً للمحققين كالشهيد الثاني[1] وغيره[2]: إن هذه مسلّم إذا كان الجنون والسفاهة متصلين بحال الصغر في باب النكاح والأموال*.

نعم، في باب الطلاق يكون لهما الولاية على المجنون وما يلحق بالمجنون مطلقاً** من غير فرق بين من تجدّد جنونه بعد الكمال، أم لا.

وفي كل مورد من الموارد الّتي قلنا بعدم ثبوت ولاية الأب والجد هناك، قد تقدم أن الولاية يكون هناك للحاكم لو أثبتنا الولاية العامة له ـ إن شاء الله ـ، كما أنه على فرض ثبوت الولاية العامة للحاكم نقول بثبوت الولاية له في كل مورد كان الولاية للأب والجدّ إذا ماتا ولم يكن لهما وصي، أو انتفى شرط الولاية فيهما وفي وصيّهما، إلّا في صورة واحدة صارت محل النزاع وهو أن ولاية الحاكم هل تكون ثابتة على

---

١) مسالك الإفهام ١٤٤/٧، كتاب النكاح، أولياء العقد، ١٦٢/٤، كتاب الحجر.

٢) جواهر الكلام ١٨٦/٢٩، كتاب النكاح، في أولياء العقد.

*) ***هذا، ولكن سيأتي في مسألة اشتراك الجدّ الأعلى مع الأدنى إثبات ولاية الأب على المجنون والسفيه مطلقاً بقوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك»*** [وسائل الشيعة ٢٦٣/١٧، كتاب المقارية، أبواب ما يكتسب به، باب حكم الأخذ من مال الولد والأب، ح ٢/٢٢٤٨٠ و٨/٢٢٤٨٦]، ***كما أنه يعلم هناك حال آية «أولوا الأرحام»*** [الأنفال: ٧٥، الأحزاب: ٦] ***الّتي تمسك بها في نكاح الجواهر*** [جواهر الكلام ١٨٦/٢٩، كتاب النكاح، في أولياء العقد] ***في المقام.***

وكذلك بعض أدلة أخرى نقله بتوهّم دلالتها على مقامنا. (منه قدس سره).

) ***وإلحاق باب النكاح والأموال بالطلاق مبني على القطع بالأولوية، أو المماثلة، ونحن لا نقطع به. كيف، وقد تقدم دعوى الإجماع على ولاية الحاكم على من تجدّد جنونه بعد البلوغ مع أنّ في مسألة الطلاق يكون المشهور عندهم أن الولاية للأب فيمن تجدّد جنونه بعد البلوغ. (منه قدس سره).*

الصغير في خصوص أمر النكاح إذا لم يكن له أب أو جدّ أو وصي لأحدهما، أو كان له ذلك، لكن انتفى شرط الولاية فيمن كان موجوداً منهم، أم لا.

والأكثر، بل ادعى الإجماع أيضاً على أنّه لا ولاية للحاكم على الصغير في النكاح، كما أن /٣٨٢/ الأصل الأولي أيضاً يقتضي عدم ثبوت الولاية له. وينقل في نكاح الجواهر[1] عن ذلك وكشف اللثام[2] أنهما ناقشا في ذلك، نظراً إلى عموم ما دل على ولاية الحاكم من نحو قوله عليه السلام «**السلطان وليّ من لا وليّ له**»[3] وغيره.

وانتصر للمشهور: **تارة** بمنع ثبوت الولاية العامة للحاكم **وتارة** ـ بعد تسليم ثبوت الولاية للحاكم في الأمور الحسبية ـ بمنع الحسبة في نكاح الصغير، لأنه لا حاجة له إلى النكاح قبل البلوغ.

في ولاية الحاكم على نكاح الصغير

وأما ولاية الأب على النكاح، فلم يكن من جهة الحسبة حتّى ينقض بثبوت ولايتهما عليه في أمر النكاح، بل إنما كان ولايتها عليه من باب القرابة.

وأورد على الأول بأنه خلاف الفرض حيث إنا نتكلم في هذه المسألة بعد ثبوت الولاية العامة للحاكم، مع أنّ الفرض أن العلماء يقولون بثبوت الولاية العامة للحاكم، فلا ينفع هذا التوجيه لهم.

وعلى الثاني بمنع عدم الحسبة حال الصغر، ضرورة عدم انحصار الحاجة إلى النكاح إلى مجرد الوطي ونحوه، حتّى تقول بأنّ الصغير لا يحتاج إليه*.

---

١) جواهر الكلام ١٨٦/٢٩، كتاب النكاح، في أولياء العقد.

٢) كشف اللثام ٦٠/٧، كتاب النكاح، في الأولياء.

٣) الظاهر أن الرواية عامية كما في السنن للنسائي ٢٨٥/٣، كتاب النكاح، باب الثيب تجعل أمرها لغير وليّها، ح ٥٣٩٤.

وقد استدل بها في الحدائق الناضرة ٢٣٨/٢٣، كتاب النكاح، ولاية المولى والحاكم والوصي في النكاح، فراجع.

* ***سيأتي [في] ولاية عدول المؤمنين أن النكاح إذا صار ضرورياً لتوقّف حفظ النفس أو المال أو العرض عن الضرر عليه، لا إشكال في جوازه للمؤمنين، إما ابتداءً أو مع تعذّر الحاكم، قضايا الحاكم***

وعلى هذا، فإذا فرض صورة صار الطفل محتاجاً إلى النكاح لجهة من الجهات، /٣٨٣/ فلابدّ من أن يكون للحاكم أن ينكح له هذا.

ونحن نقول: إنّ ما دل على ثبوت الولاية للحاكم مثل قوله ﷺ «**السلطان وليّ من لا وليّ له**» وغيره ومثل صحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال «**الّذي بيده عقدة النكاح هو ولي أمرها**»، بتقريب أن المراد من ولي الأمر هو من يكون أمر أموالها بيده، ومن الواضح أن أمر أموالها في صورة فقد الأب والجدّ والوصي يكون بيد الحاكم، فلابدّ من أن يكون أمر نكاحها أيضاً بيده بمقتضى هذه الصحيحة، معارض بما دل على أنّ ولي الصغير في النكاح منحصر بالأب*، والنسبة بين المتعارضين عموم من وجه**.

حق الصبي والمجنون وغيرهما. (منه قدس سره).

*) ***في مسألة وقف الوالد على الولد ينقل في الجواهر*** [جواهر الكلام ٨٠/٢٨، كتاب الوقف، وقف على أولاده الأصاغر] ***أخباراً كثيرة دالة على هذا المدعى من انحصار الولاية للأب، لكنّها يمنع من ولاية الحاكم على الصغير في باب الأموال أيضاً، وهو خلاف الإجماع.***

والجواب عنها يجيء - إن شاء الله - من أنّه يكون الحصر بالنسبة إلى زمان حياة الأب.

نعم، يكون هذا الحصر معارضاً لما دلّ على ثبوت الولاية للجد في زمان حياة الأب.

وأيضاً ممّا دل على حصر الولاية في النكاح ما ورد في نكاح الصغيرين في صحيحة محمد بن مسلم: إذا كان أبواهما اللذان زوّجاهما، فنعم [وسائل الشيعة ٢٩٢/٢٠، أبواب عقد النكاح، باب أن الصغير إذا زوجه الأب، ح ١/٢٥٦٥٧]، ***أي يتوارثان.***

ومثله ما عن عبيدالله بن زرارة [وسائل الشيعة ٨٠/٢٢، كتاب الطلاق، أبواب مقدمات، باب أنه يجوز أن يزوج الأب ولد الصغير، ح ٢/٢٨٠٧٥]، ***ومعارضه غير معمول به، فإنه يدلّ بمفهوم الشرط على نفي الولاية عن غير الأب، خرج عنه الجدّ، أو مع الوصي. وخروج الحاكم عنه غير معلوم.***

وليس إطلاق ما دلّ على ولاية الحاكم بأقوى من ذلك من حيث شموله لهذا المورد، والأصل عدم ولايته. (منه قدس سره).

) ***ففي خبر أبي بصير وعلاء كلاهما عن الباقر عليه السلام* [وسائل الشيعة ٢٨٣/٢٠، كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح، باب أنه لا ولاية للوصي في عقد الصغيرة ح ٤/٢٥٦٣٤ و ٥/٢٥٦٣٥، قال: «عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الذي بيده عقدة النكاح؟ قال: هو الأب والأخ والرجل يوصى إليه والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشترى فأي هؤلاء عفا فعفو جائزه في المهر إذا عفا عنه»]، ***بعد أنه قال في بيان من بيده عقدة النكاح هو الأب .. اه، قال: والّذي يجوز أمره في مال المرأة من غير ابنها.***

وفي خبر ابن أبي عمير عن غير واحد عن الصادق ٧: «والّذي توكله المرأة وتوليه أمرها من أخ

مادة الإجتماع التي تعارض فيها المتعارضان هو صورة عدم وجود الأب للصغير ومادة الإفتراق من طرف ما دل على انحصار ولاية الصغير في الأب هو صورة وجود الأب للصغير ، كما أن مادة الإفتراق من الطرف الآخر هو ولاية الحاكم في غير هذا / ٣٨٤ / المورد .

وعلى هذا ، فإذا كان ما دلّ على عموم ولاية الحاكم ، معارضاً مع تلك الأخبار ، فيتساقطان ، فحينئذٍ يصير المرجع هو الأصل .

وقد عرفت أن مقتضى الأصل عدم ثبوت الولاية للحاكم .

ثمّ لا يخفى أن الأخبار الدالّة على انحصار الولاية في النكاح للصغير في الأب

أو قرابة أو غيرهما» [وسائل الشيعة ١٦٨/١٩، كتاب الوكالة، ٧ باب حكم الأب إذا قبض مهر ابنته، ح ١/٢٤٣٧٤].

وفي سائر الأخبار بعد ما تقدم: والرجل يجوز أمره في مال المرأة [الكافي ١٠٦/٦، باب ما للمطلقة التي لم يدخل بها من الصداق، ح ٣، قال: «عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها قال: عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً وان لم يكن فرض لها فليمتعها على نحو ما يمتع مثلها من النساء، قال في قول الله عزوجل أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح، قال: هو الأب والرجل يوصى إليه والرجل يجوز أمره في مال المرأة..].

إن قلت: إنّ ما ذكرته من الزيادة كما يشمل الوكيل، يشمل الحاكم.

قلت: أما الأوليين [كذا] فواضح أنه لا يشمل الحاكم، وأما قوله «والرجل يجوز أمره»، فإنه ليس من المتعارف أن يعبّر عن الإمام ونائبه بالرجل، بل الظاهر منه هو المتعارف من الناس.

إن قلت: إنّ ما ورد في تفسير «من بيده عقدة النكاح»: «أنه ولي أمرها» [وسائل الشيعة ٢٨٢/٢٠، أبواب عقد النكاح، باب أنه لا ولاية للوصى في عقد الصغيرة، ح ٢/٢٥٦٣٢].

قال: «عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: الذى بيده عقدة النكاح هو ولى أمرها»، يشمل الحاكم أيضاً، لأنّ له الولاية على المال بعد فقد سائر الأولياء.

قلت: شمول ذلك للحاكم من باب الإطلاق وليس هذا الإطلاق بأقوى من حصر «من بيد عقدة النكاح» في [الأب] في سائر الأخبار، مضافاً إلى الحصر [في الأب] كان في خبر [ولي] الصغير [انظر: وسائل الشيعة ٢٩٢/٢٠، أبواب العقد النكاح، باب أن الصغير إذا زوّجه الأب أوالجد صح العقد، ح ١/٢٥٦٥٧]. ***قال: عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان؟ فقال: إذاكان أبواهما اللذان زوّجاهما فنعم..]، مع أنّ الأصل عدم ولاية الحاكم. (منه قدس سره).***

بعضها مذكور في أوّل باب الأولياء في نكاح الجواهر[1] ؛ فراجع وتأمل* .

في أن الولاية للجدّ الأبي، لا الأمي

المقام الثاني في المسائل الّتي تكون متعلقة بالأولياء :

الأولى في تعيين الجدّ الّذي يكون ولياً ، ونقول هنا : إنه لا إشكال في أنّ الأجداد من طرف الأم كنفس الأم ، ليست أولياء على أولاد بنتهم للإجماع ، خلافاً

---

١) جواهر الكلام ١٧٢/٢٩، كتاب النكاح، في أولياء العقد.

*) ***لا يخفى أنّ ما يدل على انحصار الولاية بالأب إما في باب النكاح أو مطلقاً مثل ما نقلنا عن كتاب الوقف .***

فالجمع العرفي بينه وبين ما دل على ولاية الحاكم أن يقال بانحصار الولاية بالأب مع حياته .

نعم، ما دل على انحصار ولاية نكاح الصغير بالأب والأخ والوصي، يكون الحمل على انحصار الولاية بهم في حياتهم بعيداً ، فيكون قابلاً للمعارضة . وكون هذا مثل هذا الخبر مشتملاً على الأخ [انظر: وسائل الشيعة ٢٨٢/٢، أبواب عقد النكاح، باب أنه لا ولاية للوصى في عقد الصغيرة ح ٤/٢٥٦٣٤. و ٣١٥/٢١، أبواب المهور، باب أنه يجوز للذي بيده عقدة النكاح أن يعفو عن بعض المهر، ح ١/٢٧١٧٢] ***غير مضرٍّ بحجية ما ليس مضمونه مخالفاً للإجماع .***

هذا مع إمكان إفادة بعض الصور الّتي يكون للأخ ولاية من باب الوكالة أو الوصاية .

ولعلّ ذكر الأخ أولاً من باب أنه وصي عن الأب غالباً .

وبالجملة لا ينبغي الإشكال في عدم كون ذكر الأخ مضرّاً بسائر أجزاء الرواية ، بعد إمكان حمله على محامل لا تنافي بقاء ظهور الرواية في غيره بحاله .

إن قلت: من بيده عقدة النكاح لا اختصاص بولي الصغير . ومنه لم يتعرض في الوافي أخبار هذا العنوان في باب الولايات ، بل في باب من يكون له العفو عن المهر وفي بعض أخبارها يعدّ منها وكيل الزوجة .

قلت: ظاهر الخبر من جهة ذكر الضمير المتصل ظاهر في حصر «من بيده عقد النكاح» في الثلاثة . ولعله بلحاظ أنه في الغالب يكون الأب وكيلاً أم ولياً . وبعد موته إما يكون الأخ وكيلاً عن الزوجة أو وصيّاً عن الأب ، أو أن شخصاً آخر يكون وصياً عن الأب .

وعلى هذا ، خروج وكيل الزوجة في صورة كان غير الأب والأخ عن الحصر لما كان على خلاف الغالب ، لا يوهن الحصر حتّى يسقطه عن الإعتبار ، بل الأخبار مشتملة على وكيل الزوجة أيضاً ، فليس هذا أيضاً تخصيصاً فيها . (منه قدس سره).

للإسكافي[١] كما في نكاح الرياض[٢]، وليس خلافه مضرّاً بالإجماع.

في أن المراد من الجدّ، غيرُ أبِي أمّ الأب

وإنما الإشكال في أنّه بعد ثبوت الولاية للأجداد من طرف الأب، هل يختص ذلك بأب الأب وهكذا، فلا يندرج فيه أب أم الأب أم يعمّ أب أم الأب أيضاً.

والمشهور على عدم التعميم. ولكن نقل عن التذكرة كما في نكاح الجواهر[٣] أنه قال: «الوجه أن جدّ أم الأب لا ولاية له مع جدّ أب الأب، ومع انفراده نظر»[٤].

وأيضاً نقل الإشكال عن كشف اللثام* أيضاً، ونسب إلى النراقي[٥] أنه اختار التعميم.

ومستند المشهور هو انصراف الجدّ الوارد في الأخبار إلى أب الأب وهكذا، فلا يشمل أبي أم الأب**.

ووجه القول الآخر أن أطلاق الجدّ يشمله، /٣٨٥/ بل يشمل الأجداد من طرف الأم أيضاً، إلّا أنّه يقيّد الإطلاق للإجماع القائم على عدم ولاية الأجداد من طرف

---

١) حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة ١٠٧/٧، كتاب النكاح، في العقد، ولاية الأم والجد في النكاح.

٢) رياض المسائل ٨٨/١٠، كتاب النكاح، أولياء العقد.

٣) جواهر الكلام ١٧٢/٢٩، كتاب النكاح، في أولياء العقد.

٤) تذكرة الفقهاء ٥٨٧/٢، كتاب النكاح، كيفية ولاية الأب والجد.

*) ***حيث ذكر كلام العلامة في التذكره ولم يرد. (منه قدس سره).***

انظر: كشف اللثام ٥٩/٧، كتاب النكاح، في الأولياء.

٥) مستند الشيعة ١٢٨/١٦، كتاب النكاح، في النكاح الدائم، المسألة السادسة. قال: «ثم الجد في بعض تلك الأخبار وإن كان مطلقاً شاملاً لأب الأم وأب أم الجد للأب إلا أنه خرج الأول بالإجماع.. وأما الثاني فلا دليل على خروجه، بل عن التذكرة: النظر حقه مع عدم أب الأب بل وكذا معه أيضاً إلا أن الاحتياط يقتضي الاقتصار على الأول».

) ***لا يخفى أنا ذكرنا في باب حجية ظواهر الألفاظ في الأصول أنه إذاكان . على خلاف بعض الظواهر، يسقط الظواهر عن الإعتبار بالنسبة إلى ماكان من طرف المعلوم بالإجمال، والظواهر التي على خلاف المشهور يعلم إجمالاً، بخلاف كثير منها.*

وعلى هذا المبنى يصير أمر هذه المسألة وسابقها أوضح. (منه قدس سره).

الأم ويبقى الباقي من غير فرق بين أبي أب الأب أو أبي الأب.

هذا، ونحن نقول: إن الحق مع المشهور، إلّا أنّه لابدّ لنا من أن نبيّن وجه انصراف الجدّ إلى أب الأب وهكذا، لا أب أم الأب.

فنقول: إنّ الإجماع قائم على عدم ولاية الأم، مع أنها أشفق من كل أحد إلى الولد، بل يكون أشفق من الأب.

إن قلت: إنّ عدم ولاية الأم إنّما هو لنقصان عقلها.

قلت: سلّمنا ذلك، إلّا أنّه نقول: إنّ الإجماع على عدم ولاية أب الأم، مع أنّه ليس نقصان في عقله.

وعلى هذا، فيظنّ من ذلك أن القرابة من طرف الأم لم يعتبرها الشارع في مقام الولاية، من غير فرق بين أن يكون القرابة من طرف أم الولد أم أم أبيه وهكذا.

ثمّ إنه لو سلّمنا أنه لا يصير هذا الوجه منشأً للظن حتّى يوجب الإنصراف، فنقول: لا أقل من أنّه يصير منشأً للوهن في الإطلاق، فلا يجوز التمسك به.

أقول: لا يخفى عليك أن أمثال هذه الإعتبارات الخارجية لا يصير منشأً لعروض الوهن على الإطلاق، أو انصرافه إلى بعض الأفراد.

نعم، تكون الإطلاقات موهونة من جهة أخرى ويكون نظر العلماء إليها. وبيانها يتوقف على ذكر مقدمة وهو أنه لا يخفى عليك /٣٨٦/ أن الأخبار الدالة على ولاية الجدّ كما يذكرونها عند بيان تقدم ما اختاره على ما اختاره الأب يكون على صفتين:

الأوّل ما يكون من قبيل صحيح ابن مسلم عن أحدهما: إذا زوّج الرجل إبنة إبنه، فهو جائز[1].. اه.

ومن الواضح أن أمثال هذه الأخبار لا تشمل أبي أم لأب.

الثاني ما يكون من قبيل موثّق عبيد بن زرارة، **قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوجها من رجل ويريد جدّها أن يزوّجها من رجل آخر، فقال: الجدّ أولى**[2].

---

١) وسائل الشيعة ٢٨٩/٢٠، كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح، باب ثبوت الولاية للجد للأب في حياة الأب خاصة على الصغيرة، ١/٢٥٦٤٩.

٢) وسائل الشيعة ٢٨٩/٢٠، كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح، باب ثبوت الولاية للجد للأب في حياة

وهنا نقول: من المقرّر في محله أن المطلق إذا كان له أفراد غالبة متعارفة بين الناس، فحينئذٍ لا تجري مقدمات الحكمة لإثبات الإطلاق بحيث يشمل الأفراد النادرة الغير المتعارفة أيضاً.

وعلى هذا نقول: إنه ليس من المتعارف بين الناس أن يتصرف أبي أم الأب في أمور ابن ابن بنته، ولا سيما في امر التزويج، ولا سيما مع وجود الأب لهذا الإبن.

وعلى هذا، فلا يشمل المطلق له، بل المتعارف من الجدّ الّذي يتصرف في أمور الإنسان مستقلاً ولا سيما مع وجود الأب له، هو أب الأب*.

نعم، لو كان في الأخبار أن الولاية /٣٨٧/ ثابتة من غير أن يكون مسبوقاً أو ملحوقاً بما يوهن إطلاقه، لأخذنا بإطلاقه وقلنا بثبوت الولاية لجميع الأجداد، إلّا ما خرج بالدليل**.

في عدم اشتراط ولاية الجد على حياة الأب

المسألة الثانية في بيان أنه هل يشترط في ولاية الجدّ بقاء الأب أم لا. ونقول: لا

الأب خاصة على الصغيرة، ح ٣/٢٥٦٥٠.

*) *بل نقول في مثل هذه الأخبار: إنه لو لم ينصرف إلى أب الأب، أيضاً لا إطلاق له، لأنه في مقام بيان حكم آخر وهو أن الجدّ مقدم.*

وأما أن الجدّ أي جدّ، فليس الكلام مسوقاً لبيانه، فلعل الجدّ الّذي كان ولياً، كان مسلّماً عندهم. (منه قدس سره).

**) *لو فرض دليل مطلق على ثبوت الولاية للجدّ، فلا ينبغي الإشكال [في] أن شموله لغير أب الأب من الأجداد يكون بإطلاق ضعيف، فلا يقاوم الخبر المشار إليه في المسألة السابقة الدال على انحصار الولاية في أمر النكاح بالأب والأخ والوصي.*

وقد تقدم عند التمسك بهذا الخبر لمعارضته بما دل على ولاية الحاكم على نكاح الصغير بعمومه أنه على طريق التكافؤ والتساقط يكون المرجع الأصل وهو أصالة عدم ولاية أحد على الآخر.

هذا، مع أنك قد عرفت في التذكرة [تذكرة الفقهاء ٢/٥٨٧، كتاب النكاح، كيفية ولاية الأب والجد] *أن مورد كلامه ولاية أبي أم الأب في صورة فقدان الأب، مع أنّه بالقطع واليقين ليس دليل بوجه على ثبوت هذه الولاية المقيّدة.*

إن قلت: إنّ الدليل دلّ على ولايته مطلقاً؛ لكنّه خرج حال حياة الأب بالإجماع.

قلت: من جهة الإجماع لا فرق بين الأب حياً وميتاً هنا. (منه قدس سره).

يخفى أنه نسب إلى بعض العامة أنهم يقولون باشتراط موت الأب في ولاية الجد.

وأما الخاصة فبينهم قولان:

قول بعدم اشتراط حياة الأب في ولاية الجدّ وثبوت ولايته في حال حياة الأب ومماته، وهو المشهور عند من تأخر عن الشهيد.

وقول باشتراط حياة الأب في ولاية الجدّ وهو المنسوب إلى الصدوق[١] والشيخ[٢] وبني الجنيد[٣] والبرّاج[٤] وزهرة[٥] وأبي الصلاح[٦] وسلّار[٧].

ونسب إلى النراقي[٨] أنه اختار هذا القول.

واستدل للقول الأوّل بوجوه:

منها الأصل، وذلك لأنّ الولاية كانت ثابتة في حال حياة الأب للجدّ وبعد موت الأب نشك في زوال الولاية عنه، **فنقول**: الأصل بقاؤها.

نعم، الأصل لا يقتضي ثبوت الولاية في تمام الموارد، وذلك لأنّ في بعض الموارد لم يثبت ولاية للجدّ من ابتداء الأمر حتّى تستصحب. وذلك كما إذا فرضنا أن الأب بعد انعقاد نطفة الولد مات، فإن هنا نقول: إن من الواضح أن نفس النطفة ليس بشيء يحتاج إلى الولي إذا لم يكن له مال ولو على تقدير بقائه* إلى زمان ولوج الروح فيه.

/٣٨٨/ ففي مثل هذه الصورة لم يعلم ثبوت ولاية للجدّ من شيء من الأزمنة،

---

١) الهداية: ٢٦٠، باب النكاح، الجد أحق بتزويج البكر من الأب في حياته.

٢) النهاية: ٤٦٥، كتاب النكاح، باب من يتولى العقد على النساء والخلاف ٢٦٥/٤، للجد مع الأب مسألة ٢٧ الولاية في النكاح.

٣) حكاه العلامة في مختلف الشيعة ١٠٠/٧، كتاب النكاح، هل يشترط في ولاية الجد حياة الأب؟

٤) المهذب: ١٩٧/٢، كتاب النكاح، باب من يجوز له العقد في النكاح ومن لا يجوز.

٥) غنية النزوع: ٣٤٢، كتاب النكاح.

٦) الكافي للحلبي: ٢٩٢، باب الأحكام، الضرب الأول: النكاح.

٧) المراسم العلوية: ١٥٠، كتاب النكاح، ذكر شرائط الأنكحة.

٨) مستند الشيعة ١٢٨/١٦، كتاب النكاح، في النكاح الدائم: المسألة السادسة.

*) ***أو تولده حيّاً لأنه لا يرث قبله. (منه قدس سره).***

حيث إنه في زمان حياة الأب لم يكن في البين ولد حتّى يحتاج إلى ولي ، وبعد موت الأب أيضاً لا نعلم بثبوت الولاية للجدّ ، لاحتمال اشتراط حياة الأب في ولاية الجدّ .

في أن استصحاب وجود الشيء لا يصير معارضاً باستصحاب عدمه

وكما إذا كان الجدّ في زمان حياة الأب غير مجتمع لشرائط الولاية ، ثمّ اجتمعت الشرائط فيه بعد موت الأب ، وذلك كما إذا كان الجدّ في زمان حياة الأب مجنوناً ، أو رقّاً ، أو كافراً ، ثمّ ارتفع المانع عنه بعد موت الأب ، فإن الإستصحاب هنا أيضاً غير جارٍ لعدم وجود الحالة السابقة .

ثمّ أنه أورد على استصحاب الولاية في المقام من وجوه :

الأول ما نقل عن النراقي من أنّ استصحاب الولاية معارض باستصحاب عدم الولاية الّذي كان ثابتاً في الأزل قبل وجود الإبن .

ونحن نقول : إنّ هذا الإشكال منه مبني على مذهبه في الإستصحاب ونحن أبطلنا أصل مذهبه في باب الإستصحاب .

وتوضيح ذلك: أنه كلّما طرأ أمر وجودي كان مسبوقاً بالعدم ، فذلك الأمر الحادث إن كان من قبيل الأمور الخارجية ، فهنا لا إشكال في جريان الإستصحاب في ذلك الأمر الوجودي عند النراقي .

وأمّا لو كان من قبيل الأحكام الشرعية ، وضعية كان أو تكليفية ، فهنا يقول النراقي[1] كما نقل الشيخ[2] عنه في التنبيه الثاني من التنبيهات الّتي يذكرها /٣٨٩/ في الإستصحاب بأنّ استصحاب وجود ذلك الحادث لو كان ذلك الحادث من الأحكام التكليفية ، معارض باستصحاب البراءة الثابتة قبل تحقق ذلك التكليف في الخارج المسمّى باستصحاب حال العقل ، كما أنه لو كان ذلك الحادث من الأحكام الوضعية ، فيكون استصحاب وجوده معارضاً باستصحاب عدمه الّذي كان ثابتاً قبل طروّ ذلك الحكم الوضعي في الخارج .

---

١) مناهج الأحكام : ٢٣٧ ، على مانقل في هامش فرائد الأصول .

٢) فرائد الأصول : ٢٠٨/٣ ، تنبيهات الاستصحاب ، الأمر الثاني .

ثمّ لا يخفى أنّ تسمية هذا الإستصحاب العدمي باستصحاب حال العقل يظهر من الفصول في أوّل الإستصحاب[١] ، ولكن الظاهر أنه خلاف الإصطلاح ، حيث إن الظاهر من عبارة المحقق[٢] في باب الإستصحاب أن استصحاب حال العقل منحصر باستصحاب البراءة ، فليس إيراد الفصول[٣] وارداً على من اختص استصحاب حال العقل به .

والحاصل أنه يقول : إنّ لنا يقين قبل حدوث الحكم ويقين بعد حدوثه ، وشك بعد هٰذين اليقينين . وإجراء حكم اليقين الثاني في زمان الشك ، دون اليقين الأوّل تحكّم .

هذا تمام الكلام في توضيح إشكال صاحب المستند .

ولكن فيه: أنا ذكرنا بطلان المبنى المذكور في باب الإستصحاب مفصلاً .

في أن خرق الإجماع المركّب بالأصول لا مانع فيه

الثاني من وجوه الإشكال على هذا الإستصحاب أنك قد عرفت إنّما يكون جارياً في بعض الموارد ، / ٣٩٠/ دون بعض الموارد ، وفي كل مورد لا يجري استصحاب الولاية يجري استصحاب عدم الولاية .

وعلى هذا ، يقع التعارض بين الإستصحابين للعلم الإجمالي بانتقاض الحالة السابقة في أحد الأصلين لقيام الإجماع المركّب على أنّ الجدّ إما يكون له الولاية في حال ممات الأب مطلقاً ، وإمّا أن لا يكون له الولاية في هذه الحالة مطلقاً ، فالتفصيل بين الموارد خرق للإجماع المركب .

وأجيب عن هذا الإشكال من وجهين :

الأول أنّ خرق الإجماع المركب بالأصول لا محظور فيه على التحقيق ، لأنّ من شأن الأصول أن يفكك بين اللوازم وبين اللازم والملزوم .

---

١) الفصول الغروية في الأصول الفقهية : ٣٦٦، فصل .. الاستصحاب .

٢) المعتبر ٣٢/١، مقدمة في حجية الاستصحاب .

٣) الفصول الغروية في الأصول الفقهية : ٣٥٢، فصل : ومما دل عليه العقل والنقل أصل البراءة .

وعلى هذا، ففي كل مورد يجري استصحاب الولاية، نبني على عدم الولاية وفي كل مورد يجري استصحاب عدم الولاية، نبني على الولاية.

أقول: التكفيك بين اللوازم لو كان جائزاً، فلا فرق بين أن يكون التفكيك بالأصول أو الأمارات، كما أنه لو لم يكن التفكيك جائزاً، أيضاً لا فرق بينهما.

في أنه لا مانع من التفكيك بين اللوازم في الأصول

والتحقيق: أنه لا يلزم بالنسبة إلى الأصول تفكيك بين اللوازم في أمثال ما نحن فيه، وذلك لأنّه إذا علمنا من الإجماع أو من غيره ثبوت الملازمة بين الحكمين في الواقع، فحينئذٍ لو دلّ دليل على ثبوت أحد الحكمين في الواقع، فهذا بعينه يكون دليلاً على ثبوت ملازمه، فيقع المعارضة بينهما، كما لو تعارض الدليلان في موضوع واحد. /٣٩١/ وذلك لحصول العلم بكذب أحد الدليلين في الواقع في كلا المقامين، وهذا بخلاف ما لو لم يقم دليل على ثبوت أحدهما؛ بل إنّما جعل الشارع حكماً جديداً ظاهرياً عند الشك وعدم التمكن من إحراز الحكم الواقعي.

فإن هنا لابدّ من أن يلاحظ من أنّه لو كان الملازمة في الحكم الّذي جعل على فرض الشك بالحكم الواقعي أيضاً ثابتة، فحينئذٍ لو اقتضى الأصل إثبات أحدهما ونفي الآخر، أيضاً يقع المعارضة للعلم بكذب أحدهما.

وأما لو لم يجعل الملازمة بينهما في الحكم الثانوي الثابت لصورة الشك في الواقع، فحينئذٍ لابدّ من أن يتبع الميزان الّذي جعله لصورة الشك بالواقع، سواء لزم التفكيك بينهما أم لا.

في التفكيك بين اللوازم بالأصول وعدم حجية المثبت

وعلى هذا، فإذا قال: لا تنقض اليقين بالشك، فنقول: لابدّ من أن يلاحظ أن كلّ مقام كان يقين سابق، فنحكم به، وكل مقام لم يكن يقين أو كان اليقين على خلافه، فلا نحكم ببقائه، أو يحكم بعدمه.

ومع ذلك لا يلزم التفكيك بين اللوازم، لأنّه بالنسبة إلى الحكم الثانوي يختلف

الموضوع بلحاظ وجود اليقين السابق والشك اللاحق وعدمهما، نظير الحاضر والمسافر، كما شرحنا ذلك في مسألة استصحاب الشرايع السابقة.

فظهر ممّا ذكرنا وجه عدم جواز خرق الإجماع المركب بالأمارات ووجه جواز خرقه بالأصول، كما أنه من البيان المذكور ظهر /٣٩٢/ في الجملة وجه عدم حجية المثبت في الأصول، دون الأمارات، وإن كان تمام المطلب محتاجاً إلى بيان آخر مذكور في محله.

ثمّ لا يخفى أنه يظهر من الشيخ ﷺ في مسألة استصحاب الشرايع السابقة[1] أن خرق الأجماع المركب بالأصول غير جائز، مع أنّ الشيخ يظهر منه في غير مقام أنه يفكك بين اللوازم بالأصول.

ويمكن أن يوجّه ما ذكره في تلك المسألة بأنه مبني على دعوى آخر منه وهو الإجماع على عدم التفكيك في الحكم الظاهري في خصوص تلك المسألة.

الثاني أن استصحاب الولاية في تمام الموارد يكون جارياً، وذلك لأنّه إذا كان الولاية الفعلية من أول الأمر موجوداً للجدّ، فهو، وإلّا فيكون الولاية الشأنية ثابتة له، فيستصحب الولاية الشأنية، نظير استصحاب الحرمة الشأنية في العصير الزبيبي.

مثلاً في صورة مات الأب بعد انعقاد نطفة الولد، نقول: إنه حين انعقاد النطفة كان في النطفة شأنية أن يصير الجدّ وليّاً له، ونشك أنه بموت الأب يزول الشأنية أم لا، فنستصحب الشأنية.

وأورد على هذا الوجه من جهتين:

الأولى أنه بعد تسليم صحة جريان الإستصحاب التقديري نقول: إنّ بعض الموارد لا يجري استصحاب الولاية، لا فعلاً ولا شأناً* . وذلك كما لو كان الجدّ من بدو الأمر

---

١) انظر: فرائد الأصول ٢٢٥/٣، تنبيهات الاستصحاب، الأمر الخامس.

*) ***إن قلت: في صورة كان الولاية الفعلية ثابتة للجدّ في زمان حياة الأب، يكون استصحاب الولاية تعليقياً بالنسبة إلى الأموال الّتي يوجد للصغير بعد موت الأب، لأن الولاية لم يكن له ثابتة بالنسبة إلى تلك الأموال لتوقف الولاية على صيرورتها ملكاً للصغير.***

قلت: إنّ الموضوع للحكم على فرض بقائه لو يترتب حكم عليه بدون واسطة، فلا مانع من جريان الإستصحاب في الموضوع لترتب ذلك الأثر عليه. وليس الإستصحاب هنا في نفس الحكم

مجنوناً أو رقّاً أو كافراً، ثمّ زال المانع عنه بعد موت الأب*، فإن في هذه الصورة /٣٩٣/ ليس لولاية الجدّ حالة سابقة، حتّى شاناً أيضاً.

أقول: كما أنك تقول بوجود الولاية الشأنية في صورة مات الأب بعد انعقاد النطفة من جهة أن هذه النطفة كان له قابلية أن يصير الجدّ ولياً له بعد ذلك، وتقول: إنّ موت الأب قُبيل ذلك يكون من قبيل تبدّل الأحوال الّتي يكون لابدّ منه في الإستصحاب، فليس مضرّاً بالإستصحاب، فكذلك نحن نقول في صورة كان الجدّ مجنوناً في حال حياة الأب: كان للجدّ شأنية أن يصير ولياً إذا زال الجنون عنه.

وعلى هذا، فإذا زال الجنون عنه، فلابدّ من أن يصير وليّاً، لأنّ موت الأب هنا أيضاً من قبيل تبدّل الحالات الّتي لا تضرّ بالإستصحاب.

والحاصل أن زوال الجنون عن الجدّ هنا بمثل وصول النطفة إلى درجة الإنسانية هناك وموت الأب هنا كموت الأب هناك.

ليكون تعليقياً، بل في الموضوع، فليس بتعليقي، ولا مانع من شمول أخبار الإستصحاب له كاستصحاب ملكية الدار للصبي ليترتب عليه جواز التصرف له بعد بلوغه.

وإذا عرفت هذا، فنقول: إن الولاية الشأنية على الأطفال والضعفاء وغيرهما يكون من قبيل الموضوع لجواز التصرف في الأموال الفعلية والّتي يتجدّد، حيث إن الولاية من الأحكام الوضعية الّتي أثبتنا مجعوليتها وقلنا: إن الأحكام التلكيفية من آثارها، لا منشأ انتزاعها حيث نرى أنه بدون اعتبار الولاية لا ينتزع الولاية من مجرد التكليف الّذي يكفي في كونه أثراً لها في خروج جعل الولاية من اللغوية.

ثمّ إنه لا فرق بين أن يكون استفادة ثبوت الآثار لهذا الموضوع من نفس دليل اعتبار هذا الموضوع، أعني الولاية، أو يستفاد ثبوتها له من دليل آخر.

وعلى هذا، فإذا علمنا في الزمان السابق بثبوت الولاية المطلقة الّتي كان من آثارها جواز التصرف في كل مال فعلي متجدّد بحيث لو علمنا بثبوت أصل الولاية، لم يكن شك في أنّه يكون جواز التصرفات من آثارها، فحينئذٍ إذا شككنا في جواز التصرف في مال متجدّد وكان منشأ الشك بقاء أصل الولاية، فلا مانع من استصحابها لترتب تلك الآثار؛ فافهم. (منه قدس سره).

** سيأتي دعوى الإجماع على ولاية الجدّ على الأموال ولو مع فقد الأب.*

وعليه لا وقع لهذا الإيراد. (منه قدس سره).

في الإستصحاب التعليقي

وعلى هذا، لو كان الإستصحاب التعليقي جارياً، فلابدّ من أن يكون جارياً في المقامين، لأنّ الفرق بينهما منحصر في أنّ الولاية الفعلية في المثال الأوّل يتوقف على حصول شرطها وهو وصول النطفة إلى درجة الإنسانية. وفي المثال الثاني يتوقف تحقق الولاية الفعلية على رفع مانعها وهو /٣٩٤/ الجنون، وهذا الفرق ليس بفارق في مقام استصحاب شأنية الولاية لتحقق الشأنية في كلا المقامين.

وعلى هذا نقول: كما اعترف الأستاد ـ سلّمه الله ـ أن الإستصحاب التعليقي جارٍ في كلا المقامين، بل لو كان الحكم الفعلي متوقفاً على عدة شروط ورفع عدة موانع، أيضاً يجري الإستصحاب التعليقي.

ففيما نحن فيه، لو فرض أن الجدّ كان حين وجود الأب رقّاً ومجنوناً وكان الولد في تلك الزمان مجرّد النطفة أيضاً، ثمّ مات الأب، ثمّ بعد ذلك صار الجدّ حرّاً وزال جنونه وصار النطفة ولداً، أيضاً نقول بجريان الإستصحاب التعليقي، لأنّ الجدّ في زمان وجود الأب كان بحيث لو زال جنونه ورقّيته وصار النطفة ولداً، فكان له ولاية على تلك النطفة الّتي تصير ولداً بعد ذلك.

وعلى هذا، لا وقع للإشكال بأنّ الإستصحاب التعليقي لا يجري في بعض الموارد.

نعم، لنا إشكال في جريان الإستصحاب التعليقي في بعض الموارد من وجه آخر وهو أنه لو كان الولد في زمان حياة الأب مجرد النطفة، سواء جاءت في رحم الأم في زمان حياة الأب أو بعد وفاته لو كان له فرض ممكن، كما قال به الأستاد ـ سلّمه الله تعالى ـ.

فهنا نقول بعدم جريان الإستصحاب التعليقي لعدم بقاء الموضوع أيضاً، /٣٩٥/ وذلك لأنّ ولاية الجدّ بعد ذلك إنّما يتحقق لمن يلج الروح فيه.

وهو مغاير مع ما لم يلج الروح فيه* تغايراً كلياً في الواقع وفي نظر العرف معاً.

---

*) يلد حيّاً. (منه قدس سره).

فيتغير الموضوع بحيث لا ينفعه التسامح العرفي أيضاً ، إلّا أن يقال : إنّ الموضوع الّذي كان سابقاً ولاية الشأنية ثابتة له وهو النطفة ، لم ينقص منه شيء ، لا واقعاً ولا في نظر العرف . وإنما يزاد عليه شيء آخر حتّى يصير إنساناً حيّاً ، فلا وقع للإشكال بأنّ الموضوع غير باقٍ هنا .

والحاصل أن حال ثبوت الولاية على النطفة من حيث كونه شأناً يكون نظير صيرورة النطفة مالكة للأموال شأناً وتصير الملكية فعلية إذا ولد حيّاً مثلاً .

ثمّ إنه بقي في المقام شيء آخر يتوقف صحة الجواب الثاني عليه وهو كون الإستصحاب التعليقي في نفسه صحيحاً . ويوضح ذلك بالتعرض لما أورد عليه ، وهي وجوه :

الأول ما ذكره السيد صاحب المناهل كما نقل الشيخ ﷺ عنه في الرسائل[1] وهو أنه يقول : يشترط في حجية الإستصحاب ثبوت أمر أو حكم وضعي أو تكليفي في زمان من الأزمنة قطعاً ، /٣٩٦/ ثمّ يحصل الشك فيه بسبب من الأسباب ولا يلغى مجرد قابلية الثبوت باعتبار من الإعتبارات ، مثل قابلية ثبوت الحرمة في العصير باعتبار الغليان ؛ يعني ثبوت الحرمة فيه إذا غلى .

وإذا لم يجر استصحاب الحرمة الشأنية في العصير ، فحينئذٍ يجري استصحاب الحكم الفعلي الّذي كان موجوداً في زمان ثبوت الحرمة الشأنية وهو إباحة شرب العصير .

في عدم اعتبار الإستصحاب التعليقي

وقال الأستاد ـ سلّمه الله ـ : إنا نقول : لا مانع من استصحاب الحرمة الشأنية من حيث هو حرمة شأنية ، وبعد جريانه أيضاً يكون مقدماً على استصحاب الحكم الفعلي ، أعني استصحاب الإباحة ؛ لأنّ الشك في بقاء الإباحة يكون ناشياً من الشك في بقاء شأنية الحرمة ، فيكون الإستصحاب التعليقي سببياً بالنسبة إلى استصحاب

---

١) فوائد الأصول ٢٢٢/٣ ، الأمر الثالث ، عدم جريان الاستصحاب في الأحكام العقلية .

الحكم الفعلي المذكور، إلّا أنّه يكون في الإستصحاب التعليقي إشكال آخر وهو أن الإستصحاب التعليقي دائماً يكون مع الشك في المقتضي، وذلك لأنّه لابدّ فيه من تغيّر وصف أو حال، كموت الأب في استصحاب ولاية الجدّ وكصيرورة العنب /٣٩٧/ زبيباً في استصحاب الحرمة الشأنية في العصير.

أقول: لا يخفى أنه بناءً على هذا، فلابدّ من أن لا يقول الشيخ أيضاً بصحة استصحاب التعليقي؛ لأنّه لا يقول بحجية الإستصحاب مع الشك في المقتضي، مع أنّه يصرّح في الرسالة بحجيته[1].

نعم، وجّهنا كلام الشيخ من أن غرضه أن الإستصحاب التعليقي من حيث كونه تعليقياً، لا محظور فيه وإن كان فيه محظور من جهة أخرى؛ لأنّه في تنبيهات الّتي ذكرها الشيخ في الإستصحاب يكون غرضه في كل تنبيه التعرض من جهة خاصة وأنه من حيث خصوصية تلك الجهة كيف يكون الحال، وإن لم يحسن منه مع ذلك أن يقول باعتبار الإستصحاب التعليقي مع كونه دائماً من الإستصحاب مع الشك في المقتضي الّذي لا يقول بحجيته.

هذا، ولنرجع إلى أصل المطلب، فنقول: أما الإشكال الّذي ذكره الأستاد ـ سلّمه الله ـ من أن الإستصحاب التعليقي دائماً يكون مع الشك في المقتضي، **ففيه**: أنا ذكرنا في محله حجية الإستصحاب إذا كان مع الشك في المقتضي أيضاً، كما هو قول المشهور، فلا وقع لهذا الإشكال عندنا.

وإمّا الإشكال الّذي ذكره صاحب المناهل، فأجاب عنه الشيخ ﷺ في الرسالة[2]: **تارة** بأن المستصحب في الإستصحاب التعليقي هو الملازمة الثابتة /٣٩٨/ بين غليان العصير وبين الحرمة، ولها وجود فعلي، لأنّ وجود الشرطية لا يستلزم وجود الطرفين، فالملازمة بين الغليان والحرمة ثابتة فعلاً وإن لم يوجد بعد غليان وحرمة.

نعم، مقتضى بقاء الملازمة في حال يكون زبيباً هو تحقق الحرمة عند تحقق الغليان؛ لأنّ اللازم لا ينفك عن الملزوم.

---

١) انظر: فرائد الأصول: ٢٢١/٣، تنبيهات في الاستصحاب، الأمر الرابع.

٢) انظر: فرائد الأصول ٢٢١/٣، تنبيهات في الاستصحاب، الأمر الرابع.

وتارة بأنّ المستصحب هو اللازم أعني الحرمة ، فإن لها وجود مقيد بكونه على تقدير اللزوم وهذا الوجود التقديري أمر يتحقق في نفسه في مقابل عدمه ؛ لأنّ عدم الملكية يعني العدم الّذي من شأنه الوجود ، فيه شائبة من الوجود .

هذا ، ولنا في كل واحد من الوجهين مناقشة قد ذكرناه في محله وليس لنا هنا مجال البسط .

الثاني من الإشكالات على الإستصحاب التعليقي ما ذكره في الرسالة بمعارضة هذا الإستصحاب مع الإستصحاب الحكم الفعلي الّذي يكون ثابتاً في زمان شأنية الحكم الشأني ، وتقدم الجواب عنه في ضمن الجواب عن صاحب المناهل .

الثالث ما ذكره في الرسالة أيضاً بأنّ الموضوع غير باقٍ[1] . ونحن قلنا في جواب ذلك : إن الموضوع في باب الإستصحاب ما يعدّه أهل العرف موضوعاً .

وعلى هذا ، فلا نسلّم عدم تحقق الموضوع العرفي في كثير من الموارد .

نعم ، لا نضايق بأن نقول بوجود الموضوع العرفي في جميع الموارد ، كما فصّلناه في الإستصحاب التعليقي .

/٣٩٩/ **الرابع** ما تقدم عن الأستاد ـ سلّمه الله ـ من أنّ هذا الإستصحاب يكون مع الشك في المقتضي .

في استصحاب ولاية الجدّ

الثالث من الإشكالات الّتي كانت واردة على استصحاب ولاية الجدّ ، أن هذا الإستصحاب يكون مع الشك في المقتضي .

فتلخّص من جميع ما ذكرناه أن الأستاد يقول بعدم جريان استصحاب ولاية الجدّ في شيء من الموارد ، لكونه مع الشك في المقتضي .

ولكنّا قلنا : إنه في صورة لا يكون استصحاب ولاية الجدّ تعليقياً ، فلا إشكال في جريان الإستصحاب .

---

١) انظر : فرائد الاصول ٢٢٣/٣ ، تنبيهات في الاستصحاب ، الأمر الرابع .

وأما لو كان تعليقياً ، فيبتني على ما تقدم من اعتبار الإستصحاب التعليقي وعدم اعتباره .

الثاني من الوجوه الّتي ذكرت لإثبات ولاية الجدّ في حال عدم بقاء الأب هو إطلاق ما دل على ولاية الجدّ .

ونقل عن النراقي أنه أورد على ذلك بأنه ليس في الأخبار ما يشمل إطلاقه لصورة عدم بقاء الأب ، ونحن نقول : إنا أيضاً بعد ما ظفرنا على ما يشمل إطلاقه لصورة فقد الأب ، * لأنّ الأخبار الدالة على ولاية الجدّ يكون كلها واردة في مقام تعارض الجدّ والأب ، فكيف يمكن أن يؤخذ منها إطلاق يشمل صورة فقد الأب .

الثالث الأخبار الدالة على تقدم ولاية الجدّ على الأب عند التعارض ، فإن المستفاد منها أن ولاية الجدّ أقوى ، فلا يجوز أن يؤثر موت الأضعف فيها . ولاسيّما بعد فرض أن موت الأقوى لا يؤثر في الأضعف .

ونقل عن النراقي[1] بأنه أورد على ذلك بأنه وجه اعتباري لا اعتبار به .

ونحن نقول : أصل الإعتبار / ٤٠٠ / المذكور أيضاً يكون اشتباهاً ، بل الإعتبار يجوز أن يكون بالعكس بلحاظ أن ولاية الأب ذاتي .

ومن الواضح أن ولاية الجدّ تكون بواسطة الأب ، فتكون ولاية الجدّ عرضية .

وعلى هذا نقول : إذا ذهب المعروض ، فلابد من أن يذهب العارض أيضاً من البين .

الرابع صحيحة عبد الله سنان عن الصادق عليه السلام **«الّذي بيده عقدة النكاح هو ولي أمرها»**[2] .

وذكر في المستند[3] على ما نقل لهذه الرواية أربعة معانٍ :

الأول وهو الّذي يكون نظر المشهور في مقام الإستدلال به أن الإمام ما كان بصدد

---

*) ***أقول . (منه قدس سره) .***

١) انظر : مستند الشيعة ١٣٠/١٦ - ١٢٩ . كتاب النكاح ، في العقد ، المسألة السادسة .

٢) تهذيب الأحكام ٣٩٢/٧ ، كتاب النكاح ، باب عقد المرأة على نفسها النكاح وأولياء الصبية ، ح ٤٦/١٥٧٠ ، وسائل الشيعة ٢٨٢/٢٠ ، كتاب النكاح ، أبواب عقد النكاح ، باب أنه لا ولاية للوصي في عقد الصغيرة ، ٢/٢٥٦٣٢ .

٣) مستند الشيعة ١٣٠/١٦ ، كتاب النكاح ، في العقد ، المسألة السادسة .

بيان «من بيده عقدة النكاح»، والمراد من ولي الأمر من يكون له ولاية في سائر أموره، كالتصرف في أمواله.

وعلى هذا، يكون المعنى أن الولي في أمر التزويج هو كل من كان ولياً عليها في أموالها.

وعلى هذا نقول: إنّ الإجماع قائم على أنّ الجدّ له ولاية في أمواله في حال فقد الأب، كحال حياته.

فمقتضى هذه الرواية أن يكون الجدّ ولياً عليها في أمر النكاح أيضاً.

وبوجه آخر نقول: كما تقدم أن المراد من الولي هو الولي العرفي*، ومن الواضح أن الجدّ ولي عرفي في أموال الطفل، فلابدّ من أن يكون ولياً عليه في أمر النكاح. وعلى هذا، فلا يتوقف تمامية الدلالة على الإجماع المتقدم.

في عدم اشتراط حياة الأب

وأورد على هذه الرواية بناءً على هذا المعنى بأنها مخصصة بموثّق فضل عبد الملك وهو /٤٠١/ البقباق عن أبي عبدالله عليه السلام: «**إن الجدّ إذا زوّج ابنة ابنه وكان أبوها حياً وكان الجدّ مرضياً جاز**»[1]. فإنه يدل بالمفهوم على أنّه لو كان الأب ميتاً، فلا ولاية للجدّ.

وعن المسالك[2] أن المفهوم هنا مفهوم الوصف، وهو ليس بمعتبر، ولكن في الجواهر[3] أنه مفهوم الشرط، كما نقل عن الرياض[4] والمستند[5] أيضاً. وهو الحق لما

---

*) ***وهو الأظهر من جميع المعاني بعد الاحتياج إلى الإضمار، مع أنّه لم يثبت الحقيقة الشرعية. (منه قدس سره).***

١) وسائل الشيعة ٢٩٠/٢٠، كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح وأوليائه باب ثبوت الولاية للجد للأب في حياة الأب، ح ٤/٢٥٦٥٢.

٢) مسالك الإفهام ١١٨/٧، كتاب النكاح، متى تثبت الولاية للجد؟

٣) جواهر الكلام ١٧١/٢٩، كتاب النكاح، في أولياء العقد.

٤) رياض المسائل ٩٠/١٠، كتاب النكاح، ولاية الأب والجد.

٥) مستند الشيعة ١٢٩/١٦، كتاب النكاح، الفصل الثالث: في النكاح الدائم، في العقد، المسألة السادسة.

ذكرناه في التنبيهات الّتي ذكرناها في مفهوم الشرط من أنّ القيود المأخوذة في كل واحد من الشرط والجزاء لابدّ وأن يلاحظ في المفهوم.

ثمّ لا يخفى أنّ كون المفهوم مفهوم الشرط غير منافٍ لكونه مفهوم الوصف أيضاً، لأنّه لا مانع من اجتماع المفاهيم في مورد واحد.

وعلى هذا، فلابدّ لنا من أن نجيب عن هذه الرواية بنحوٍ آخر، حيث أثبتنا حجية مفهوم الشرط في محله.

فنقول: إن جوابه منحصر بما في الجواهر.

وتوضيحه: أنا إنّما نقول بحجية مفهوم الشرط فيما إذا لم يذكر القيد، أعني الشرط لبيان شيء آخر غير الإنتفاء عند الإنتفاء.

وفيما نحن فيه يكون القيد مذكوراً لبيان الجواز في حال حياة الأب، فضلاً عن حال مماته، ردّاً على من اعتبر موت الأب في ثبوت ولاية الجدّ[1]، كالشافعي[2].

ثمّ لا يخفى أنّ صاحب المستند يكون ملتفتاً إلى ما ذكرناه من الجواب، ولكن يورد عليه بأنه خلاف ٤٠٢/ الأصل ونحن نقول: نسلّم كون ذلك خلاف الأصل.

أقول: لا إشكال في أنّه من هذه الجهة يكون الحق مع صاحب المستند لما ذكرناه في مفهوم الشرط عند التعرض لكلام صاحب المعالم[3] من أنّ مجرد احتمال أن يكون ذكر الشرط لفائدة أخرى غير بيان الإنتفاء عند الإنتفاء، لا يصير منشأً لرفع اليد عن المفهوم، كما هو الحال في جميع الطلبات وظواهر الألفاظ، فلابد من أن يجاب عن هذه الرواية بنحوٍ آخر، أو أن نلتزم بمقتضاه.

في اشتراط حياة الأب في ولاية الجدّ

هذا، ونحن نقول: إنّ المستفاد من هذه الرواية على القول بمفهوم الشرط هو أن

---

١) جواهر الكلام ١٧١/٢٩، كتاب النكاح، في أولياء العقد.

٢) الخلاف ٢٦٥٤، كتاب النكاح، مسألة ١٧، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٦/٢، كتاب النكاح، الباب الثاني، الركن الأول، الموضع الثاني.

٣) معالم الدين وملاذ المجتهدين: ٧٩، في مفهوم الشرط.

العلة التامة لصحة النكاح هو تزويج الجدّ في صورة كان الجدّ مرضياً وكان الأب حيّاً ، إلّا أنه نقول : إنّ من المحتمل القريب أن يكون التقييد بحياة الأب لا لمدخليته في صحة النكاح ، بل لأجل بيان تأكد الحكم في هذه الصورة ، كما أن سوق الرواية ليس آبياً عن ذلك ، كما لا يخفى على من تأملها حق التأمل ، ولاسيّما إذا لوحظ أن المقام كان مقتضياً للتأكيد ، حتّى يصير ذلك تصريحاً في ردّ ما يقوله الشافعي .

ثمّ إن هذا الإحتمال وإن لا يسقط المفهوم عن الحجية إلّا أنّه يثمر في مقام المعارضة .

وبيان ذلك أن مفهوم هذه الرواية يكون أخص من صحيحة ابن سنان الدالة على ثبوت الولاية للجدّ .

/٤٠٣/ وقد تقدمت الإشارة إلى أن العلماء في باب العام والخاص نازعوا في أنّ المفهوم هل يخصّص العام ، أم لا ؟

ووجه الإشكال أن السرّ في تقديم الخاص على العام أقوائية دلالة الخاص على مورده بالنسبة إلى دلالة العام على مورد الخاص ، ولكن الخاص إذا كان من المفاهيم ، فيكون في دلالته ضعفاً لما تقدم من أنّ دلالة المفهوم من أضعف الدلالات .

ولذا يشكل تقديم المفهوم على العام . ونحن قلنا هنا : إن هذا المطلب ليس بإطلاقه صحيحاً ، بل الموارد مختلفة .

وعلى هذا نقول : إنّ في خصوص المقام لمّا يكون الإحتمال الّذي ذكرناه قريباً ، فذلك يوجب ضعفاً آخر في هذ المفهوم .

ومع ذلك كلّه لا نرى كون المفهوم ولو كان خاصاً أقوى من العام المذكور أن صحيحة ابن سنان لم يكن فيها لفظ العام . وإنما دل على ولاية الجدّ في الصورة المذكورة بالإطلاق .

قلت: نحن قد أثبتنا المفهوم أيضاً بالإطلاق ، ومع ذلك يكون في المفهوم في خصوص المقام جهتا ضعف آخر .

وممّا ذكرنا ظهر أن المرجع في المسألة لابدّ وأن يكون هو الأصول ، وقد تقدم

الكلام فيها.

ولا يخفى أنّ ما ذكرناه إلى الآن كان مبنياً على بطلان الإحتمالات الآتية، أو كان /٤٠٤/ دلالة الرواية على ولاية الجدّ في حال فقد الأب على كل احتمال لم نثبت بطلانه تامّة أيضاً.

ثمّ إنه نقل أن هذه الرواية كانت مصدّرة بالسؤال عمن بيده عقدة النكاح. وعلى فرض صحة هذا النقل ليس وجه لشيء من الإحتمالات الثلاثة الآتية.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: الثاني من الإحتمالات أن نقول: إنّ غرض الإمام عليه السلام بيان ولي أموال الصغيرة، فعرّفه بأنه من بيده عقدة النكاح، لا العكس.

أقول: وذلك بأن يكون قوله عليه السلام «**ولي أمرها**» مبتدأ مؤخراً*، بحيث يصير قوله «**الّذي بيده عقدة النكاح**» مفسراً ومعرفاً لوليّ الأمر، ويكون المراد من ولي الأمر هو الولي على الأموال.

في ولاية الجدّ مع فقد الأب

وعلى هذا الإحتمال قد يقال بانه لا تدل الرواية على ولاية الجدّ في مورد النزاع، وذلك لأنا نسلّم أن ولي الأمر هو من يكون ولياً في النكاح، إلّا أنّه لا ندري أن الجد ولي في النكاح مع فقد الأب، أم لا.

وهذا بخلاف الإحتمال الأوّل في الرواية، فإنه بناءً عليه قلنا: إن الولي في النكاح فسّر بالولي في الأموال.

وعلى هذا، فإذا علمنا من الإجماع أو غيره أن الجدّ ولي في الأموال مع فقد الأب، فيثبت منه كون الجدّ في الصورة المذكورة ولياً في النكاح أيضاً، كما في جميع الموارد، حيث يعنون المعرّف بفتح الراء بالمعرّف بكسر الراء.

إن قلت: إنه بناءً على المعنى الثاني أيضاً يتمّ الدلالة بلحاظ أنه إذا حمل «من بيده عقدة النكاح» على ولي الأمر، فيعلم من ذلك بوجود الملازمة /٤٠٥/ بينهما.

---

*) لأن ما يفرض كون حمله على الآخر مجهولاً، يصير خبراً، كما في «زيد أخوك». (منه قدس سره).

فإذا فرضنا قيام الإجماع على ولاية الجدّ في مورد النزاع مع فقد الأب، فيثبت من ذلك ولايته في أمر النكاح أيضاً.

قلت: ليس مقتضى الحمل وجود الملازمة بينهما، لأنّ مقتضى جعل ولي النكاح مفسرّاً للولي في الأموال أن يكون [لكل من له ولاية النكاح ولاية في الأموال ولا يلزم أن يكون [لكل من له ولاية الأموال ولاية في النكاح أيضاً.

هذا، ولكنّا نقول بتمامية الدلالة بناءً على المعنى الثاني بوجه آخر، وذلك لإنا نقول: إن الظاهر أن الإمام [عليه السلام] كان بصدد بيان كل من له ولاية الأموال.

وعلى هذا، بعد قيام الإجماع على كون الجدّ ولياً في الأموال مع فقد الأب، نقول: لو لم يكن الجدّ ولياً في النكاح مع فقد الأب، فحينئذٍ لابدّ من أن نقول: إن الإمام [عليه السلام] تصدى هنا لبيان بعض أفراد من له ولاية الأموال، وهو خلاف الفرض، حيث إنا قلنا إن الظاهر بمقتضى الإطلاق كون الإمام عليه السلام في صدد بيان كل من له ولاية الأموال، فثبت الملازمة بين الطرفين.

أقول: مع قطع النظر عما تقدم، نقول: هذا المعنى خلاف الظاهر من الرواية لما عرفت من أنّ هذا المعنى يتوقف صحته على الإلتزام بأنّ المبتدأ تقدم على الخبر، ومن الواضح أنه خلاف الأصل وخلاف الظاهر.

الثالث من المعاني للرواية أن نقول: إنّ المراد بولي أمرها من يكون له ولاية النكاح بأن يكون هذا الأمر كناية عن النكاح.

إن قلت: إنّ هذا المعنى فاسد، لأنّ الغرض بيان من يكون له ولاية النكاح، فتفسيره بمن يكون له ولاية النكاح يكون من قبيل تفسير الشيء بنفسه، وهو مستلزم للدور.

قلت: /٤٠٦/ جواب هذا الإشكال يكون نظير الجواب الّذي يذكرونه أهل النحو في رفع الدور عن تعريف المعرف من أنّ الفرق بين المعرف والمعرف من أنّ المراد من الأوّل هو المعنى الإصطلاحي ومن الثاني معناه اللغوي، فارتفع الدور.

ونحن أيضاً نقول فيما نحن فيه: إن المراد بقوله «الّذي بيده عقدة النكاح» من له ولاية في الشرع على أمر النكاح.

والمراد من قوله «هو ولي أمرها» من يكون له ولاية على أمر النكاح عرفاً.

أقول: بناءً على هذا المعنى أيضاً يتم الدلالة، لأنّ الجدّ ولي عرفي في حالة فقد الأب وحياته، مع أنّ أصل هذا المعنى فاسد من جهة أنه لا وجه لاختصاص ولي الأمر بالولي في النكاح فقط، مع أنّ مقتضى إطلاق ولي الأمر أن يكون المراد من يتولى أموره من غير فرق بين النكاح وغيره.

الرابع أن يكون المراد من قوله عليه السلام «الّذي بيده عقدة النكاح» من يكون له ولاية العفو عن بعض المهر.

أقول: وفيه أولاً أنه لا وجه لحمل «من بيده عقدة النكاح» على من يكون له ولاية العفو.

هذا، مع أنّ ذكر «من بيده عقدة النكاح» وإرادة ولي العفو لابدّ أن يكون من باب وجود الملازمة بينهما في الجملة، كما يستفاد من الآية.

وعلى هذا، فيكون ذلك من باب ذكر أحد المتلازمين وإرادة الآخر. وحينئذٍ فالمناسب أن يكون ذلك من قبيل الكناية، لا المجاز.

وعلى هذا نقول: إنا ذكرنا في بعض المقامات أن الأصل في الكناية أن يكون للمعنى الأصلي أيضاً تحقق في الخارج، مثل مقتضى الأصل إن يقال: كثير الرماد في حق من يكون له كثرة رماد.

فعلى هذا أيضاً يتمّ دلالة /٤٠٧/ الرواية*.

---

*) ***وفي الجواهر*** [جواهر الكلام ١٧١/٢٩، كتاب النكاح، الفصل الثالث في أولياء العقد] ***تمسك للمشهور بخبر أبي بصير: «إن الّذي بيده عقدة النكاح هو الأب والاخ والرجل يوصى إليه، والّذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشتري»*** [وسائل الشيعة ٢٨٣/٢٠، كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، باب أنه لا ولاية للوصي في عقد الصغيرة، ح ٤/٢٥٦٣] ***نظراً أنه بالإجماع يكون للجدّ في زمان موت الأب أن يتصرف في مال بنت ابنه.***

ونحن نقول: ما اشتمل من الأخبار الّتي يكون في بيان «من بيده عقدة النكاح» على من يجوز أمره في مال المرأة كثيرة، إلّا أنّها مسبوق بقوله «هو الأب والأخ والموصى إليه». ويحتمل أن يكون ذلك من باب ذكر العام بعد الخاص، وعليه يتم الدلالة.

ويحتمل أن يكون المراد ممن يجوز أمره في مال المرأة، هو وكيل المرأة. وعليه لا يدل على ولاية الجدّ.

في تفصيل اشتراك الأجداد مع الأب في الولاية

المسألة الثانية ممّا يتعلق بأحكام الاولياء في أنّه كما أن الجدّ كان شريكاً مع الأب في الولاية ولم يكن بينهما ترتّب ، فهل يكون أب الجدّ أو جدّ الجدّ شريكاً في الولاية مع الجدّ إذا كان أب الصغير مفقوداً ، أم لا ، بل هنا يكون الترتيب بينهما ، فيكون

ومما يؤيد الإحتمال الثاني أن في بعض الأخبار بعد الموصى إليه «والّذي توكله المرأة» [انظر: وسائل الشيعة ١٦٨/١٩، كتاب الوكالة، باب حكم الأب إذا قبض مهر ابنته ح ١/٢٤٣٧٤.] ***وأيضاً في خبرين أو أزيد «الرجل الّذي يجوز أمره في مال المرأة»*** [انظر: وسائل الشيعة ٢٨٣/٢٠، أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، باب أنه لا ولاية للوصي في عقد الصغيرة ح ٤/٢٥٦٣٤ و ٣١٥/٢١، كتاب النكاح، أبواب المهور، باب أنه يجوز للذي بيده عقدة النكاح أن يعفو، ح ١/٢٧١٧٢] ***وليس من المتعارف أن يعبّر من الجدّ بالرجل، سيّما أن صرّح بالأب والأخ أولاً.***

وأيضاً في جميع الأخبار يكون ذكر «والّذي يجوز أمره بعد الأب والاخ والموصى إليه» مع أنّ الموصى إليه من الأباعد. ولا يناسب ذكر الجدّ بعده، مع أنّه خلاف الترتيب أيضاً، لأنّ ولاية الجدّ مقدمة على الموصى إليه، بل الأخ أيضاً.

إن قلت: على ما ذكرت يلزم عدم ذكر الجدّ، مع أنّه من الأولياء، ولو في حياة الأب.

قلت: لعلّه اكتفي عن الأب منه، لأنّ ولاسيّما في عرض واحد، مع أنّ هذا لو كان إشكالاً، يكون وارداً على بعض الأخبار قطعاً؛ يعني أن الغرض حصر أولياء الأموال بذلك.

فإذا ثبت كون شخص ولياً في الأموال فيكشف من أنّه كان بيده ولاية النكاح، فلو لم يكن الكلام بصدد بيان ذلك، إلّا أنّه علم بدلالة الإشارة، وهذا شاهد على أنّ هذا ليس إشكالاً.

وبالجملة، لا أقل من أنّ ما ذكرنا يصير منشأً لعدم جريان مقدمات الحكمة للتعميم فيمن يجوز أمره ويمكن التمسك للمشهور بخبر رفاعة حيث فسّر «من بيده عقدة النكاح» «الولي الّذي يأخذ بعضاً» ويترك بعضاً، بتقريب أن ولي العرفي والجد ولي عرفي

وفيه: أن ولاية العفو أمر تعبدي محض، ولابدّ أن يثبت الولي له من الشرع وليس بمثل الولاية على الأموال حتّى يكون له ولي عند الفرض.

هذا؛ وقد يتمسك على عدم الولاية للجدّ مع فقد الأب ببعض ما ورد من الأخبار الواردة في الباكرة ممّا دلّ على ولاية الأب، مثل قوله في الجارية «يستأمرها كل أحد ماعدا الأب [وسائل الشيعة ٢٧٣/٢٠، أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، باب أن البكر البالغ الرشيدة التي ليس لها أب أمر بيدها، ح ٣].

وفيه: أن فرض الكلام فيمن هي قابلة للإستيمار على ما نقله من الوافي ليس الخبر مصدّراً بسؤال أو شيء آخر، إلّا أنّ سائر الإحتمالات بين ما يكون فاسداً أو يكون دالاً على ولاية الجدّ في صورة فقد الأب. (منه قدس سره).

الأقرب مقدماً على [غيره]، فيكون الولاية لأب الجدّ في صورة فقد الجدّ، وهكذا كل أقرب مقدم على الأبعد.

وفي المكاسب[١]: أن فيه قولين، وسيأتي الكلام في تعيين القائل لهذين القولين.

وفي بيان اختصاص ما نذكره هنا بصورة فقد الأب أم جريانه في صورة وجود الأب أيضاً في آخر المسألة ـ إن شاء الله تعالى ـ.

وأمّا أصل المسألة المعنونة وهي شريكة جدّ الأدنى مع الأعلى في الولاية في صورة فقد الأب، فاستدل لثبوت الإشتراك فيها بوجوه:

منها الإطلاقات الدالة على ولاية الجدّ، حيث إن مقتضاها ثبوت الولاية للجدّ الأعلى في الصورة المفروضة.

وأورد على ذلك بأنّ الإطلاقات منصرفة إلى الغالب والغالب أن أب الجدّ أو جدّ الجدّ ليسا موجودين للصغير، وكذا الأعلى منهما بطريق أولى.

إن قلت: إنّ مقتضى ما ذكرت عدم ثبوت الولاية لغير الجدّ إلّا رأساً.

قلت: في غير مسألتنا نثبت ولاية الجدّ الأعلى بالإجماع. وأمّا في مسألتنا، فليس إجماع.

في ترجيح الجدّ الأعلى على الأدنى في الولاية واشتراكهما فيها

أقول: قد تقدم أنه ليس للإخبار الدالة على /٤٠٨/ ثبوت الولاية للجدّ إطلاق حتّى نقول: إنّ الإطلاق منصرف إلى الجدّ الأدنى، دون الأعلى، لما عرفت من أن تلك الأخبار كلّها واردة في مقام ترجيح الجدّ على الأب في صورة المعارضة في باب النكاح.

نعم، يكون في بعض تلك الأخبار تعليل يستفاد منه كون الجدّ الأعلى في مقام التعارض مقدماً على الأدنى، كما تمسك بها صاحب الجواهر[٢] لذلك[٣]. ولو تمّت

---

١) كتاب المكاسب ٥٤٢/٣، في ولاية الأب والجد.

٢) جواهر الكلام ٢١١/٢٩، كتاب النكاح، في أولياء العقد.

٣) *وكذلك الشيخ في هذا المقام. (منه قدس سره).*

تلك الأخبار في دلالتها على ترجيح الجدّ الأعلى على الأدنى ، فتتمّ في دلالتها على اشتراكها أيضاً .

ومن تلك الأخبار خبر عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام [من أنّ أولوية الجدّ باعتبار ولايته على الأب الّذي هو ابنه بلا واسطة ، أو بوسائط .

قال : نعم][1] إني لَذات[2] يوم عند زياد بن عبيد الله الحارثي[3] إذ جاء رجل يستعدى[4] على أبيه .

فقال : أصلح الله الأمير[5] ، إن أبي زوّج ابنتي بغير إذني .

فقال زياد لجلسائه الّذين عنده : ما تقولون فيما يقول هذا الرجل ؟.

قالوا : نكاحه باطل .

قال : ثمّ أقبل عليّ فقال : ما تقول يا أبا عبدالله ؟ فلما سألني[6] ؟

فأقبلت[7] على الذين أجابوه ، فقلت لهم : أليس فيما تروون أنتم عن[8] رسول الله ٩ أن رجلاً جاء يستعديه[9] على أبيه في مثل هذا ، فقال له رسول الله ٩ : أنت ومالك لأبيك ؟

قالوا : بلىٰ .

فقلت لهم : كيف يكون هذا وهو ماله[10] لأبيه ولا يجوز نكاحه عليه ؟

قال : / ٤٠٩ / فأخذ بقولهم وترك قولي »[11] .

---

١) لم نجد مابين المعقوفتين إلا في جواهر الكلام .

٢) في المخطوطة : ذات .

٣) في المخطوطة : الحارث .

٤) في المخطوطة : يتعدى .

٥) في المخطوطة : أصلح الأمير .

٦) في المخطوطة : فيما سأله ؟

٧) في المخطوطة : فأقبلت .

٨) في المخطوطة : على .

٩) في المخطوطة : يتعديه .

١٠) في المخطوطة : يكون هو وماله .

١١) الكافي ٣٩٥/٥، كتاب النكاح ، باب الرجل يريد ان يزوج ابنته ويريد أبوه أن يزد بها رجلاً آخر ، ح ٣؛ وسائل الشيعة ٢٩٠/٢٠، أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ، باب ثبوت الولاية للجد للأب في حياة الأب ، ح ٥/٢٥٦٥٣ .

ومنها خبر علي بن جعفر عن أخيه المروي عن قرب الإسناد:

قال: سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته فهوى جدّها أن يزوّج[1] أحدهما وهوى أبوها الآخر، أيهما أحق أن ينكح؟

قال: الّذي هوى الجدّ أحق بالجارية لأنها وأباها للجدّ»[2].

وجه الدلالة أن الخبر الأخير يكون مفاده أن العلة في كون الجدّ مقدماً على الأب هو أن كل واحد من الأب والإبن يكون مال الجدّ.

ومن الواضح أن هذه العلة يتسلسل في سلسلة الأجداد، فيكون الأعلى أقدم على الأدنى عند التعارض.

وأمّا الأول، فلأن المستفاد منه أن علة تقدم الجدّ على الأب أن الجدّ ولي على الأب وحيث إنه ابنه.

ومن الواضح أن هذه العلة يتسلسل في سلسلة الأجداد أيضاً.

في اشتراك الأعلى والأدنى من الأجداد

لا يقال: إن هٰذين الخبرين لا يستفاد منهما بأزيد من اشتراك الأجداد في الولاية على النكاح دون الأموال، لأنا نقول ـ مع غمض العين عن دعوى جريان هذا الحكم في باب الأموال بالأولية: إن الجزء الأخير من الخبر الأوّل يستفاد منه سريان هذا الحكم في الأموال أيضاً حيث إن /٤١٠/ الإمام عليه السلام تمسك بقوله صلى الله عليه وآله **«أنت ومالك لأبيك»**[3] لإثبات الولاية للجدّ. وبكل وجه قرّبنا دلالته على ولاية الجدّ، تثبت به ولاية جدّ الجدّ، إلّا أن يقال: إن محل الكلام هنا فعلاً في اشتراك جدّ الأعلى مع الجدّ الأدنى في صورة فقد الأب، ومورد تمسك الإمام عليه السلام إنّما هو في صورة وجود الأب.

ويمكن تقريب دلالة قوله صلى الله عليه وآله **«أنت ومالك لأبيك»** على نحو لا يجري في صورة فقد

---

١) في قرب الإسناد: فهدى أن يزوج؛ في مسائل علي بن جعفر: ١٠٩، ح ١٩: فهوى للجد أن يزوج.

٢) قرب الإسناد: ٢٨٥، باب ما جاء في الأبوين، ح ١١٢٨.

٣) راجع رقم ١.

الأب ؛ فتأمل* .

نعم ، سيأتي الكلام في دلالة النبوي على المدعى مع قطع النظر عن تمسك الإمام به ـ إن شاء الله ـ.

الثاني ممّا تمسك به لإثبات اشتراك الجدّ الأعلى مع الأدنى في صورة فقد الأب ، قول الصادق «**الّذي بيده عقدة [النكاح] هو ولي أمرها**»[1] .

وردّ ذلك بأنّ ثبوت الولاية للجدّ الأعلى مع جدّ الأدنى في كل واحد من الأموال والنكاح مشكوك ، فلا فائدة في التمسك بهذه الرواية هنا .

أقول: قد تقدم في المسألة السابقة أن المراد بولي أمرها هو من له ولاية في التصرف في أموالها شرعاً أو عرفاً .

أما لو كان المراد هو الولي العرفي ، فلا ينبغي الإشكال في أنّه يستفاد من هذه الرواية إمضاء الولاية العرفية في الشرع .

وعلى هذا نقول: إنّ الجدّ الأعلى بمثل الجدّ الأدنى ولي عرفاً ، فلابدّ أن يكون ولياً شرعاً .

/٤١١/ وأمّا لو كان المراد هو الولي الشرعي في الأموال ، فحينئذٍ نقول : إن المقصود لو كان هو بيان أن ولي النكاح ولي الأموال ، بحيث يكون المقصود تعريف ولي النكاح ، فيستفاد من ذلك حصر ولي النكاح بولي المال ، ومقتضى ذلك أنه لو جهلنا ثبوت ولاية المال لشخص ، ولكن دل دليل على أنّه ولي النكاح ، فيثبت من ذلك كونه ولياً في المال أيضاً .

وعلى هذا، فنقول: قد أثبتنا في الوجه الأوّل ثبوت ولاية الجدّ الأعلى مع الأدنى في باب النكاح ، فيثبت ولايته في الأموال أيضاً .

ولا يخفى أنّ ما ذكرناه ، يكون مبنياً على ما هو ظاهر الكلام بمقتضى الإطلاق من أنّ الإمام عليه السلام بصدد تعريف تمام أفراد من له الولاية في النكاح .

---

*) *ظهر وجه التأمل في آخر المسألة . (منه قدس سره) .*

١) وسائل الشيعه ٢٨٢/٢٠، كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، باب أنه لا ولاية للوصي في عقد الصغيرة، ح ٢/٢٥٦٣٢ .

وأمّا لو كان المقصود بيان أن ولي المال هو ولي النكاح بحيث يكون المقصود تعريف ولي المال ، فيكون الأمر أوضح ؛ لأنّه على هذا يكون ولي النكاح معرّفاً لولي المال ، فإذا حرزنا ولاية النكاح لما ذكرناه لجد الأعلى مع الأدنى في باب النكاح ، فيثبت في باب الأموال أيضاً .

نعم ، على هذا ، يرد في البين إشكال وهو أن ما دل على ولاية الجدّ الأعلى مع الأدنى في باب النكاح ، قد تقدم أنه غير جارٍ* في صورة الأب ، كما هو محل النزاع هنا .

لا يقال: إنا نقول : إنّ الظاهر من قوله عليه السلام «**ولي أمرها**» هو الولي العرفي .

وعلى هذا ، فيدل على اشتراك الجدّ /٤١٢/ الأعلى مع الأدنى في صورة فقد الأب أيضاً ، لأنا نقول : إذا صار المراد الولي العرفي ، فحينئذٍ نقول : إنه إما أن يكون منصرفاً إلى الأفراد الغالبة ، أو لا أقل من أن ندرة بعض الأفراد تصير مانعة عن سريان الإطلاق بحيث يشملها .

وعلى هذا نقول: إنّ الغالب أن الجدّ الأعلى للإنسان غير موجود ، فلا يشمله الإطلاق حتّى يثبت أصل ولايته ، فضلاً من أن يثبت اشتراكه في الولاية مع الجدّ الأدنى .

نعم ، أصل ولاية الجدّ الأعلى لابدّ من أن يثبت بدليل آخر من إجماع ، أو سائر الأخبار ، كما تقدم بيان ذلك في الوجه الأول .

الوجه الثالث ما ورد من الأخبار من أنّ مال الولد لوالده أو أن الولد وماله لوالده .

وعلى هذا ، فلابدّ من أن يكون الولاية الثابتة للجدّ الأدنى ثابتة للجدّ الأعلى ، حيث إن الجد الأعلى أب للجدّ الأدنى .

وأورد على ذلك من وجوه :

الأول أن ما دل على أن مال الولد للوالد ، خلاف الواقع ؛ إذ من الواضح أنه ليس مال الولد مالاً لوالده ، وإنما يكون له أن ياخذ من مال ولده في صورة كان الأب فقيراً

---

*) *سيأتي في آخر المسألة جريانه في صورة فقد الأب أيضاً . (منه قدس سره) .*

مضطرّاً بمقدار قوته ، كما ورد في الخبر* الّذي ينقله في المكاسب[١] هنا .

وأوضح من ذلك ما دل على أنّ نفس الولد لوالده ؛ إذ من الواضح أن الولد ليس رقّاً لوالده ، بل سبيله كسبيل الأحرار .

وعلى هذا ، فلابدّ من أن يكون أمثال هذه التعبيرات لبيان كثرة حقوق الوالد على الولد .

وعلى هذا ، فلا يجوز أن يتمسك بأمثال هذه الأخبار /٤١٣/ لإثبات الأحكام الشرعية ؛ إذ أمثال هذه الأخبار لا يصير مثبتاً للأحكام الشرعية .

ويشهد على ما ذكرنا ما ورد في رواية الحسين بن أبي العلاء ، **قال : قلت لأبي عبد الله : ما يحلّ للرجل من مال ولده؟**

قال : قوته بغير سرف إذا اضطرّ إليه .

قال : فقلت له قول رسول الله صلى الله عليه وآله للرجل الّذي أتاه فقدم أباه ، فقال له : أنت ومالك لأبيك .

فقال عليه السلام : إنّما جاء بأبيه إلى النبي صلى الله عليه وآله ، فقال : يا رسول الله صلى الله عليه وآله هذا أبي ، ظلمني ميراثي من أمي ، فأخبره الأب أنه قد أنفقه عليه وعلى نفسه .

فقال النبي صلى الله عليه وآله : أنت ومالك لأبيك ولم يكن عند الرجل [شيء] أو كان رسول الله صلى الله عليه وآله يجلس الأب للإبن[٢] .

الثاني أن هذه الأخبار مع قطع النظر عما تقدم ، نقول : إنّها لا تدلّ على كون مال الولد أو نفس الولد ملكاً للأب على مقتضى القاعدة أيضاً ، وذلك لوجهين :

الأول أن اللام قد ذكرنا في كتاب الوصية أنه ليس موضوعاً لخصوص الملكية حيث إنه يستعمل في مطلق الإنتفاع والإختصاص إلى غير ذلك .

وإذا عرفت هذا ، فنقول : إنه من الألفاظ الّتي يكون وضعها عاماً والموضوع لها خاصاً ، ونحن قلنا : إنّ الألفاظ الّتي يكون وضعها عاماً /٤١٤/ والموضوع لها خاصاً ،

---

*) ***خبر حسين بن أبي العلاء . (منه قدس سره) .***

١) كتاب المكاسب ٥٣٧/٣ ، في ولاية الأب والجد .

٢) وسائل الشيعة ٢٦٥/١٧ ، كتاب التجارة ، أبواب ما يكتسب به ، باب حكم الأخذ من مال الولد والأب ، ح ٨/٢٢٤٨٦ .

لا يجوز التمسك بإطلاقها ، حيث إنها بمثل الشرط اللفظي في أنه إذا جاء قرينة على تعيين المراد ، وإلّا يصير اللفظ مجملاً . ومن هنا يعدّون ما كان من قبيل الوضع عام والموضوع لها خاص من الأسماء من المبهمات .

الثاني أنّ اللام من الحروف والهيئات والحروف تكون معانيها معان آلية[1] والمعاني الآلية ليس لها إطلاق حتّى يجوز التمسك بإطلاقها* .

الثالث: من الإشكالات على أصل الرواية أنه على فرض تسليم كون اللام للملكية ، أيضاً نقول : لا يثبت بها المدعى ، وذلك لأنّه على هذا ، فغاية الأمر أنه تدلّ الرواية على أنّ مال الولد ملك للوالد ، ولكن لا تدلّ على أن الولاية الثابتة للولد أيضاً تكون ثابتة للوالد ؛ إذ من الواضح أن الولاية ليست من أموال الولد ، بل هو إما أن يكون حكماً شرعياً ثابتاً له ، فليس يقابل للإنتقال ، وإمّا أن يكون من الحقوق . وعلى هذا أيضاً تقول : إنّ الحق ، وإن كان قابلاً للنقل إلّا أنه لا دليل عليه هنا ، لأنّ الدليل لم يدل على أزيد من أنّ مال الولد ملك للوالد .

الرابع أنّ في النبوي خصوصية لا يمكن أن يقال : من أجل أن المراد من المال ما يشمل الولاية أيضاً ؛ لأنّ من الواضح أنه ليس للوالد ولاية على ولد الكبير ، مع أنّ الولد الّذي /٤١٥/ قال له رسول الله صلى الله عليه وآله « **أنت ومالك لأبيك** » كان كبيراً ، كما تقدم في الخبر السابق .

أقول: اللام في قوله « **أنت ومالك لأبيك** » لابدّ وأن يكون للإختصاص ، لا للملكية ، وذلك لأنّ مقتضى إضافة المال إلى كاف الخطاب أن المال مال الإبن ، وإذا كان المال مال الإبن ، فلا يمكن أن يكون مال الأب ، لاستحالة اجتماع مالكين مستقلين على مال واحد .

إن قلت: لا يلزم أن يكون ملكيتهما على نحو الإستقلال حتّى يكون ذلك ممتنعاً ، لأنه لا مانع من أن يكون المال مشتركاً بينهما .

---

١) المطول مع حاشية الميرسيد شريف : ٣٧٢.

* ***ولذا نقول: إنه لا يجوز التمسك بإطلاق « سر من البصرة » لإثبات كفاية أن يتعدى من كل جزء من البصرة، وهذا بخلاف سيره مبتدءً منها . (منه قدس سره) .***

قلت: هذا التعبير ليس تعبيراً لبيان كون المال مشتركاً، بل التعبير عن ذلك هو أن يقال: إن المال لهما، لا أن يقال: إن مال الفلان لفلان*.

---

*) *إن قلت: إنّ الّذي لا يمكن اجتماعه هو المالية العَرْضية. أما الطولية مثل ملكية جميع الأشياء لمالك الملوك، فلا مانع منه.*

قلت: بهذا المعنى لا إجماع على بطلانه أيضاً على نحو الكلية، لأنّ مرجعه إلى أن له التصرف، وهو الملكية التنزيلية الّتي أشرنا إليها في المتن.

ثمّ إنه لا بأس من أنّ نوضح خلاصة ما ذكرناه في المتن. وحاصله أنا تارة نتكلم في دلالة هذا النبوي ﷺ الّذي تمسك الائمة - عليهم السلام - به بمقتضى الأخبار الصحيحة وغيرها لأحكام مختلفة، فنتكلم في دلالته من حيث هو، وتارة في دلالته بضميمة الأخبار الّتي تمسك فيها بهذا الخبر. وتارة في بيان عدم المانع من التمسك بإطلاق المعنى الجزئي.

والكلام في المقامين الأولين بعد تسليم جواز التمسك بإطلاق المعنى الحرفي.

أما المقام الأول، فنقول: قد عرفت أن اللام في قوله «أنت ومالك لأبيك» ليس للملكية في المالية، لأن المال أضيف إلى الإبن وهو أظهر في المالية من اللام. وبقرينة المقابلة واتحاد اللام لا يقتضي كون الإبن رقّاً أيضاً. فبأي معنى يحمل اللام، لابدّ أن يخرج منه ماكان منافياً لكون المال مال الإبن. وما ينافي كون الإبن حرّاً لما تحقق في محله من أنّه ينعقد الظهور للفظ إلّا بعد مراعات تمام القرائن المتصلة.

وعلى هذا، فيناسب المقام ذكر قاعدة يفهم في ضمنها ماكان من التصرفات منافياً لكون المال مال الإبن وينافي مع كون الإبن حرّاً.

ويوضح في ضمنها وجه لعدم جواز كون اللام للملكية أيضاً، فنقول: لا يخفى أن المالية الّتي يدعى كونها معنى اللام من الأحكام الوضعية. ونحن ذكرنا عند التعرض للأحكام الوضعية في أوائل الإستصحاب وفي مسألة توارد الأيادي في كتاب البيع من أنّ معنى مجعولية الحكم كون حقيقته بنفس الجعل والإنشاء والإعتبار، لا سائر المعاني الّتي نقلناه قبل الشروع في الأدلة في مسألة النهي في العبادات.

ومن هنا قلنا في الموضعين الأولين من أنا لو أنكرنا الإنشاء في الأحكام التلكيفية أيضاً، كما يقوله الأستاد وقلنا: إن فيها أيضاً ليس إلّا الإرادة وإن اللفظ كاشف عنه، فنقول: إنّ مرجع ذلك إلى إنكار مجعولية الأحكام التكليفية أيضاً.

ولكن إذا اعترفنا هناك بالإنشاء وقلنا: إن ما ينشؤه هو الحكم، مثل الوجوب الّذي يعبّر عنه بـ«خواهش كردن» وهو يغاير الإرادة الّتي بمعنى «خواهش داشتن»، فحينئذٍ حقيقة حكم التكليفي يحصل بنفس الإنشاء، فحينئذٍ يقع الكلام في أنّ الأحكام الوضعية أيضاً حقيقتها بنفس الإعتبار حتّى يكون مجعولاً، أم لا.

ونحن فصّلنا في الموضعين المشار إليهما ومن الأحكام الوضعية الّتي أنكرنا المجعولية فيها

الجزئية، نظراً إلى أنه ما لم يعرض جهة وحدة على أمور يكون اعتبار الجزئية لكل واحد من تلك الأمور لغواً وبمنزلة الغلط والكذب وبعد إيجاد منشأ الإعتبار أو وجوده بعروض جهة وحدة على تلك الأمور، يتنزع بالجزئية لكلّ واحد من تلك الأمور.

فاعتبار الجزئية بعد ذلك لغو، فلم يكن حقيقة الجزئية بنفس الإعتبار الّتي يكون معنى الجعل.

ومن الموارد الّتي قلنا بكون الحكم الوضعي هناك مجعول المالية، فإن حقيقتها بنفس الإعتبار والأحكام التكليفية من آثارها، لأن الأحكام الوضعية من الموضوع للأحكام التكليفية وليس الأحكام التكليفية منشأ انتزاع للمالية كما كان كذلك في الجزئية. ولا ينافي ما ذكرناه مع كون اعتبار المالية بدون ترتب الأحكام التكليفية عليها لغواً، لأن لغوية الإعتبار هنا ليس لأجل كونه بلا مدرك وبمنزلة الغلط والكذب من جهة عدم تحقيق حقيقتها بنفس الإعتبار، بل لغوية الإعتبار هنا لأجل عدم ترتب فائدة وثمرة على الإعتبار المذكور.

ويشهد على ما ذكرنا مضافاً إلى وضوحه عند الوجدان السليم أنه في صورة يكون بعض الآثار أو تمام الآثار ربما يعتبر المالية وربما لا يعتبر مثلاً في المعاطات ونظائرها مع وجود تمام الآثار لا يعتبرون المالية على قول.

وفي ولد يتولد ويموت من وقته يعتبرون المالية.

نعم، اعتبار المالية من العرف أو الشرع لابدّ أن يكون من ملاك يكون بمنزلة الحكمة في جعل الأحكام التلكيفية. وهذا الملاك تختلف بأنظار أهل العرف، كما أن الملاك عند الشرع، كثيراً ما يغاير الملاك عند العرف.

وإذا عرفت حقيقة المالية والملكية إجمالاً وأنّها بالإعتبار، فنقول: إنه لا يعتبر العرف وغيره لمال واحد مالكان مستقلان. ومن هنا قلنا في الرواية: إنه بعد إضافة المال إلى الإبن، لا يجوز كون اللام للملكية.

وعرفت أنه لو كان المال مشتركاً، فكان المناسب أن يقول: إنّ المال لهما. ومن هنا قلنا: إن اللام لابدّ أن يكون لغير الملكية، كالمالية الطولية الّتي مرجعها إلى جواز التصرف أو الملكية التنزيلية الّتي مرجعها إلى جواز التصرف أيضاً، أو الإختصاص. وبعد الأخذ بإطلاقه وعدم تخصيص الإختصاص من جهة دون أخرى، يثبت جواز التصرف المطلق. فيندرج الولاية في هذه الثلاثة أو الإنتفاع، والمراد من الإنتفاع لو كان كل ما يكون له، فيشمل مطلق جواز التصرف، فيشمل الولاية.

ولو كان المراد الإنتفاع الخاص بأن يصل نفع إلى الأب، فشموله للولاية مبني على دعوى أن إيصال النفع اللاحق يقع للأب، لأنّ الإبن أهله، وإلّا لا يشمل الولاية، لكن الّذي يسهل الأمر أن الإنتفاع بهذا المعنى لو ثبت استعمال اللام فيه بهذه الخصوصية، فلا ينبغي في أنّه أبعد المجازات للام، فلا يحمل اللفظ عليه مع إمكان حمله على غيره من الثلاثة السابقة؛ بل نحن ذكرنا في باب تعارض الأحوال أن التنزيل مقدم على المجاز، بل نحن ذكرنا في كتاب الوصية أن اللام ليس له إلّا

معنى واحد وهو الإختصاص وهو الّذي يعبّر عنه بالفارسية بقولك «از براى» وحمله على الملكية حتّى يتوهم كونها حقيقة فيه ليس لوضع اللام، وإنما هو للأخذ با[لإ]طلاق، حيث إن الإختصاص التام من جميع الجهات متحد مع الملكية، كما أن حمله على الإختصاص أو غيره إنّما هو لقيام القرينة على عدم إرادة تمام الإختصاص، كعدم قابلية المحل، مثل الجلّ للفرس، إلى غير ذلك.

ففي المقام أيضاً لابدّ أن يؤخذ بكل اختصاص إلّا ما ينفيه القرينة، كما أن ما ينفيه القرينة المتصلة خارج على سائر الإحتمالات أيضاً. والمراد من القرينة المتصلة ما تقدم الإشارة إليها وهو إضافة المال إلى الإبن.

فإن ذلك قرينة على عدم إرادة كل تصرف ينافي كون المال ملكاً للإبن وكل تصرف ينافي كون الإبن حرّاً.

أما ما لا ينافي من التصرفات لكون المال ملكاً للإبن، فكأخذ حقه من ماله كنفقته إذا كان فقيراً، وكصرف المال فيما يحتاج إليه الإبن من نفقة الإبن، أو أداء ديونه وكالإقتراض من ماله؛ كل ذلك مع كون الإبن ضعيفاً لصغر أو جنون وغيرهما.

وأمّا إذا كان الإبن بالغاً عاقلاً، فجواز التصرف في مال الإبن في غير أخذ الأب لحقه على الإبن، فالظاهر أنه يكون منافياً مع كون المال مال الإبن في نظر العرف، فلا يشمله إطلاق اللفظ بعد فرض خروج ما ينافي مالية الإبن عن ما يثبت للأب.

ومما ذكرنا أن عدم ثبوت الولاية لمورد الرواية حيث كان الإبن كبيراً عاقلاً على ما يستفاد من خبر حسين بن أبي العلاء، غير موجب للتخصيص بالمورد على فرض دلالة الرواية على ولاية الأب على الإبن.

وذلك لأنّه على ما ذكرنا يكون مفاد الرواية هو ولاية الأب على الإبن إذا كان الإبن صغيراً أو مجنوناً وشبهها. فعدم ثبوت الولاية في مورد الرواية لكون الإبن عاقلاً بالغاً، غير منافٍ مع مفاد الرواية، حتّى يكون ذلك تخصيصاً عليه.

ثمّ إنّ كون الإبن للأب بعد فرض عدم دلالته على رقّيته ولزوم خروج ما ينافي حرّيته، لعل المراد وجوب إطاعته على ما يستفاد من سائر الأدلة من الآيات وغيرها.

ثمّ إنّ النبوي ممّا ذكرنا ظهر أنه بنفسه يدلّ على ولاية الأب. وأمّا الجدّ فلا، لأنّ ابن الإبن ليس إبناً، ولم يدل الرواية على أنّ مال الإبن مال الأب ـ كما تقدم ـ حتّى يدل على أنّه مال الجدّ لكونه مال ابنه.

نعم، لو كان الرواية معناها أن كلما يكون للإبن يكون للأب، يجوز أن يقال: إن الولاية للإب وهو ابن الجدّ، فيثبت للجد أيضاً؛ إذ كون الرواية «أنت ومالك لأبيك» بفتح لام «مالك» غير ثابت.

أما المقام الثاني وهو دلالة النبوي بمقتضى الأخبار الّتي تمسك في تلك الأخبار بالنبوي، فنقول: خبر حسين بن أبي العلاء فقد تقدم أنه لا يدل على عدم الولاية للأب وسائر الأخبار شاهد

على المعنى الّذي ذكرناه من أنّ للأب أن يأخذ من ماله للحقوق المتعلقة بمال الإبن، دون غيرها، كما لا يخفى على المراجع إلى الأخبار في المكاسب [كتاب المكاسب ٥٣٧/٣، في ولاية الأب والجد] في هذا المقام وكتاب زكاة الجواهر [جواهر الكلام ١٨/١٥، كتاب الزكاة، استحباب إخراج زكاة مال الطفل على المتجر إذا اتجر لنفسه] عند تعرض اقتراض الولي عن مال الصغير.

نعم، مقتضى خبر عبيد بن زرارة وعلي بن جعفر أن النبوي يدل على ولاية الجد أيضاً. وتمسك فيهما بهذا النبوي، مع أنّ دلالة النبوي لو تمّ، فلا يجوز انطباقه إلّا على معنى يشمل ولاية الجدّ الأعلى أيضاً، من غير فرق بين أن يكون الأب حيّاً أم لا، وبين كون الولد صغيراً أو مجنوناً، وإن كان هذه الجهة من التعميم موجوداً في النبوي بمقتضى ظاهره أيضاً.

ورواية عبيد وإن كان في سنده سهل بن زياد، لكن الظاهر أنه لا مانع من الأخذ به بعد اعتبار عدّة الكليني.

ورواية علي بن جعفر في سنده عبدالله بن الحسن وهو مشترك بين من علم المدح فيه وغيره.

المقام الثالث في بيان أنه لا مانع من التمسك بالإطلاق في المعاني الحرفية. وما ذكره الأستاد لعدم جواز التمسك بإطلاق المعنى الحرفي مع منافاته لكلامه في غير هذا المقام ـ كما أشرنا إليه في المتن ـ، غير وجيه.

أما ما ذكره من أن المعاني الحرفية وهو الجزئيات، فيصير بمثل المشترك اللفظي، فلا إطلاق لها، ففيه: أن نظر المستشكل لو كان إلى نظير ما نقلناه في الرسالة الحرفية من الإشكال في استعمال صيغة «إفعل» في الطلب القدر المشترك بين الوجوب والندب، نظراً إلى أن الإستعمال في القدر المشترك ينافي كون معناه جزئياً بالنسبة إلى الهيئة، بأن يقال بعد منع كون اللام حقيقة في الملكية بأنّ هنا معنى يعمّ الملكية وغيرها ومعانٍ أخر، وأنه لا يجوز إرادة المعنى العام الشامل للملكية، لأنه ينافي مع كون معنى الهيئة جزئياً.

ففيه: أنا أجبنا عن هذا الإشكال هناك بأنّ مطلق الطلب أيضاً كلي، كنفس الوجوب والندب، ولا مانع من أن يلاحظ الواضع الطلب القدر المشترك ويضع الهيئة لجزئياته.

فمثل ذلك نقول فيما نحن فيه، مع أنّ هذا الوجه للإشكال على تماميته لا ينتج مرام المستشكل وإن كان المراد أن لفظ اللام وضع للجزئيات الشخصية للإختصاص مثلاً، فلا يثبت مطلق الإختصاص بعد عدم جواز التمسك بالإطلاق نظير الإشكال الّذي ذكروه ونقلناه على القول بثبوت المفهوم للفظية الشرطية إذا كانت إنشائية وهو أن قولك «إن جاءك زيد فأكرمه» من أنّ الوجوب المنشأ بـ«أكرم» يكون جزئياً، فلا يمكن ثبوته في غير هذا المورد، ونفيه عن غير مورد الشرط غير مناف لأن يثبت في غير مورد الشرط وجوب بإنشاء آخر؛ لأنّ كل إنشاء إيجاد لوجوب شخصي مغاير لغيره.

ففيه: أنه إذا كان المفروض أن معنى اللام هو الإختصاص والموضوع له الإختصاصات الشخصية،

فحينئذٍ نسأل منك أن الإختصاص الثابت في المقام أي اختصاص؛ إذ من الواضح أنه لا قرينة على اختصاص خاص.

إن قلت: إنا نقول: لا إطلاق حتّى يعمّ الإختصاصات ولا معيّن، بل اللفظ مجمل، وأنه كالمشترك.

قلت: على هذا يلزم إجمال المعاني الربطية للحروف بأسرها وهو بيّن الفساد.

وما ذكره في تقريب الإستدلال من التنظير بالمبهمات، فهو كماترى؛ إذ المعيّن للمراد في كل من المبهمات يكون موجوداً. فإن المعيّن للمراد في أسماء الإشارة هو الإشارة، وفي الموصولات الصلة.

ثمّ إنه ناسب المقام أن نتعرض لما هو المراد من كون المعنى الحرفي جزئياً في مثل اللام وغيره ممّا يكون معناه ربطياً، فنقول: ماكان من المعاني الحرفية من قبيل الروابط، فمعنى جزئيته أنه للربط بين شيئين مخصوصين واستعمال ما يفيد معنى الإسمي منا من باب استعمال اللفظ في واحد من مصاديقه، أريد الخصوصية من اللفظ ليكون مجازاً أم لا.

وأمّا ما يفيد المعنى الحرفي، فالربط الخاص عين معناه. ولا ينافي ذلك كون المعنى الحرفي كلياً من جهة أخرى، لأنّ المعنى الربطي في الكلية والجزئية تابع لطرفي الربط.

فمثل الضارب يدل على ذات ما والحدث أعني الضرب وعلى نسبة الحدث إلى الذات وهو معنى حرفي. ولما يكون طرفي النسبة كلياً، فيكون النسبة أيضاً كذلك.

ومن هنا يقولون: إن الموضوع له في المشتق عام كوضعه بحيث لو استعمل في فرد بقيد الخصوصية يكون مجازاً، كاستعمال لفظ «إنسان» في الفرد. ومن هنا يقول في الحاشية عند التعرض لماكان وضعه عاماً والموضوع له خاصاً بأنّ الموضوع له الخاص بأن يكون جزئيات حقيقية أو أضافية، لأنّه لو لم يعمّ بالإضافي، فلا يشمل ما عدّ من مصاديقه من الحروف في مثل «كُن على السطح وكن في البلد»، لإن الإستعلاء والظرفية المتعينين بمتعلقاتهما في المثالين استعمل فيهما لفظة «على» و«في»، مع أنهما صادقان على أفراد كثيرة.

هذا، ولكنّا نقول: إنه لا يلزم أن يعمّم كون الموضوع له خاصاً بالجزء الإضافي. وذلك لأن مراد من يقول بكون الموضوع له خاصاً، كما تقدم أن الإرتباطات الشخصية الّتي شخصيتها بتعيين طرفي الربط هو عين الموضوع له، مثلاً كون الموضوع له خاصاً في مثل هذا المال لزيد بناءً على كون اللام للإختصاص، هو أن الموضوع هو الإختصاص الّتي خصوصية بكونه عين هذا المال وزيد، لا مال آخر ولا غير زيد.

وكونه خاصاً من هذه الجهة لا ينافي عموميته من سائر الجهات، ككون الإختصاص من جميع الجهات. والسرّ في ذلك أن القدماء كان بناؤهم على أنّ الموضوع له في الحروف يكون عاماً والمتأخرين قالوا بكون الموضوع له خاصاً.

وعمدة الوجه في رجوع ما رأوا من أنّ الحروف لا يستعمل إلّا في الموارد الخاصة مع أنّ الموضوع له لو كان عاماً، فيلزم عدم استعمال اللفظ في الموضوع له.

ومن الواضح أن هذا الوجه لا يقتضي بأزيد [من] أن يكون الربط الموجود في كل من الموارد عين الموضوع له. وهذا لا يضرّ مع عموم المعنى الربطي، مع قطع النظر عن اختصاصه بطرفيه.

وأمّا ما قيل[من] أنه في مثل «سر من البصرة» نقول بجواز الإبتداء بالسير بكلّ جزء من أجزاء البصرة من جهة إطلاق لفظ البصرة.

ففيه: أن إطلاق لفظ البصرة إنّما ينفع في صيرورة طرفي الربط عاماً، حتّى يعمّ نفس المعنى الربطي، وإلّا فمجرّد إطلاق لفظ البصرة غير نافع في إثبات جواز الإبتداء بكل جزء، وذلك لأنّ نفس لفظ البصرة لا دلالة له على الإبتداء بوجه حتّى يتمسك بإطلاقه لتمام الإبتداءات.

وإمّا ما ذكره من أنّ المعنى الحرفي غير مستقل بالمفهومية وغير مستقل باللحاظ وأن ما يكون كذلك لا يجوز التمسك بإطلاقه، فيحتاج الجواب عنه إلى تصور غير استقلالية المعنى الحرفي.

فنقول ـ كما نقوله في الحاشية في الجواب عن الوجه الخامس الذي ينقله عن من يقول بعدم جواز كون المعنى الحرفي كلّياً ـ بأنّ المراد من كون المعنى الحرفي غير مستقل بالمفهومية، هو أن الملحوظ في المعنى الإسمي ذات المفهوم بنفسه كمفهوم الإبتداء، وفي الحرفي يكون آلة لملاحظة الغير، فالملحوظ بذاته هو ذلك الغير، فيكون المعنى الحرفي في مقام اللحاظ نظير الأعراض في وجودها الخارجية [انظر: نهاية الأفكار ٤٢/١، حول مختار الكفاية في المعاني الحروفية] حيث لا يمكن وجود الأعراض في الخارج، لا في الموضوع.

مثلاً في «سر من البصرة» معنى كون الإبتداء غير مستقل بالمفهومية أن اللحاظ الإستقلالي تعلق بنفس السير؛ غاية أن السير يمكن أن يلاحظ بأنحاء لوحظ بنحو خاص وهو كون طرف ابتدائه من البصرة، فلوحظ هذا في ضمن لحاظ السير، ولم يكن بنفسه ملحوظاً بحيث ربما ينقل لذلك عن كونه ملحوظاً، فهذا اللحاظ الغير الإستقلالي هو المعنى الحرفي.

وإذا عرفت ذلك، فنقول: لا يمنع غير استقلالية المعنى الحرفي عن ثبوت الإطلاق له. مثلاً إذا أمكن ملاحظة المعنى الإسمي مستقلاً في حال ثبوت بعض الإختصاصات، يمكن لحاظه في حال ثبوت تمام الإختصاصات له.

إن قلت: إنّ الإطلاق إنّما يكون للمتكلم نظراً إلى تمام الحالات أو الأفراد. وهذا لا يجمع مع عدم كون المعنى الحرفي مستقلاً باللحاظ.

قلت: أصل الإنتقال من اللفظ إلى المعنى أيضاً يحتاج إلى النظر الإستقلالي إلى المعنى. وبأي وجه صححت هذا نصحّح الإطلاق.

نعم، قلنا في محله: إن الحروف بنفسها لا تدلّ على المعنى، وإنما يكون من قبيل القرينة على أنّ المعنى الإسمي ملحوظ على نحوٍ خاص.

وممّا ذكرنا ظهر أنه لا دلالة لقوله ﷺ « **أنت ومالك لأبيك** » على أن الولد رقٌّ لوالده أيضاً ، وذلك لأنّ اللام لفظ واحد لا يستعمل في معنيين ، فتعين أن يكون اللام للإختصاص الغير الملكي .

ثمّ إن مقتضى الأخبار المتقدمة أنه ليس المراد من الإختصاص تعلق حق ندبي من الأب على الإبن وماله ، كما هو ظاهر نفس هذه العبارة ، أعني قوله ﷺ « **أنت ومالك لأبيك** » .

كيف ، وقد عرفت من الإيراد الأوّل الّذي نقلناه أن المورد فهم من هذه العبارة الإختصاص التام .

/٤١٦/ ولذا أورد عليه ، فكيف يكون له مع ذلك أن يمنع ظهور مثل هذه العبارة في الإختصاص الملزم لشيء في البين .

وأيضاً قد عرفت أن الإمام عليه السلام تمسك بهذه الرواية لإثبات الولاية .

لا يقال : إنه لا يمكن أن يكون المراد من كون الولد وماله لوالده هو ولايته عليهما في النبوي لما تقدم في كلام المورد من أنّ النبي ﷺ إنّما قال بهذه العبارة في من كان كبيراً ، ومن المسلّم أنه لا ولاية للأب على ما دار الكبير بالبيع والشراء ولا على نفس الولد الكبير بأن ينكح له مثلاً ، لأنا نقول : إن النبوي يكون مشتملاً على معنى جامع يكون مقتضى تلك المعنى الجامع ثبوت الولاية في صورة تحقق نقصان في الولد ، وليس أراد منه نفس الولاية حتى نقول : إنه لم يكن للأب ولاية في مورد الرواية .

بقي الكلام في بيان تلك المعنى الجامع ، فنقول : قد تقدم أنه ليس المراد من النبوي كون الولد وماله ملكين للوالد ، بل يكون المراد اختصاصهما به من غير جهة الملكية كأن يكون للأب الولاية على الإبن في صورة يكون في الولد نقصان من جهة الصغر أو غير ذلك ، بأن يتصرف في مال الولد ونفسه . وكأن يكون إطاعة الأب واجباً في غير حال يكون في الولد نقصان .

ومن جميع ما ذكرناه ظهر أن الحروف من جهة يكون كالمشترك ، مثل الربط بين كل ما يكون بينهما ربط وضع له الحرف ، فمن تلك الجهة تحتاج إلى المعيّن بحكم الوضع ، نظير أسماء الإشارة . ومن غير تلك الجهة يكون حاله كحال الأسماء في جواز التمسك بالإطلاق . (منه قدس سره) .

وكأن يكون للأب أن ياخذ من مال ولده في حال فقر الأب بمقدار يصير مضطرّاً إليه .

ثمّ لا يخفى عليك من أنا نقدر على تعيين مقدار اختصاص الولد وماله بوالده مع قطع النظر عن تعيين ذلك في الشرع .

نعم ، ربما يصير بعض الإختصاصات قدراً متيقناً ، فنأخذ به ونثبته بالرواية ، كما أنه لو رأينا أنه تمسك الإمام بهذه الرواية لإثبات الإختصاص في مورد ، فنحن نتعدى عن تلك المورد إلى غيره ولا نوهن ما ورد في تفسير النبوي لكون النبوي في نفسه مجملاً ، أو أن المراد منه غير ذلك لو لم نقل بكون اللام في النبوي ظاهراً في الإختصاص التام ، أعني الملكية وأن ذلك يكون من باب التنزيل .

وعلى هذا ، فلابدّ أن يؤخذ بعموم المنزلة في غير ما أخرجه الدليل .

وعلى هذا ، فناسب المقام أن نتكلم في الأخبار الّتي تعرض فيها للنبوي ، حتى نرى أنه أي شيء يستفاد منها ، فنقول : أما رواية الحسين أبي العلا ، فلا يستفاد منها بأزيد من أنّه ليس المراد من النبوي ، كون مال الولد مال والده . وهذا واضح ، حتّى أنه في صورة يكون للوالد أن يأخذ من مال ولده ، لا نقول بأنّ المأخوذ يصير ماله .

وأمّا خبرين عبيد بن زرارة وعلي بن جعفر عليهما السلام ، فيستفاد منهما أن للأب ولاية على ولده ، صغيراً كان الولد أوكبيراً ، من غير فرق بين أن يكون الولد بلا واسطة ، أو مع الواسطة .

ومن هنا يكون الجدّ مقدماً على الأب عند التعارض ، حيث إن للجد ولايتين وللأب ولاية واحدة .

وأيضاً يستفاد من هاتين الروايتين أن العلة لكون الأب ولياً على الولد هو أن الولد وماله لأبيه .

إن قلت: إنّ الأب ليس ولياً على الولد الكبير مسلماً .

قلت: لابدّ من أن يوجّه بأنّ المراد ثبوت الولاية له عليه شأناً بلحاظ أنه لو جنّ أو سفه ، يكون الوالد وليّه ، أو أن المراد هو الولاية في حال الصغر بالنسبة إلى الكبير ، وإن كان الأظهر هو الأوّل ، ولذا يجوز أن يتمسك بهذه الرواية لإثبات ولاية الأب

والجد على المجنون والسفيه مطلقاً ، إلّا أنّه مع ذلك كلّه لابدّ لي من تأمل جديد في هذه الرواية ـ إنشاء الله ـ لإثبات هذه الأمور .

في جواز التمسك بالإطلاق في الحروف وما ضاهاها

نعم ، ما كنا بصدد إثباته /٤١٩/ من اشتراك الجدّ الأدنى مع الأعلى ، يفهم من هذين الخبرين ، كما تقدم في الوجه الأوّل ، إلّا أنّه لولا هذان الخبران نحن لا نفهم من النبوي كون الولاية ثابتة للجدّ ، فضلاً من أن نفهم منه اشتراك الجدّ الأدنى مع الأعلى .

وأمّا ما ذكره المورد من أنّ اللام يكون معناه آلياً أو أنه من قبيل الوضع عام والموضوع له خاص وأن ما كان من هذا القبيل لا إطلاق له حتّى يجوز التمسك بإطلاقها ، **ففيه:**

أوّلاً أن الطلب الّذي يكون معنى للهيئة أيضاً يكون كذلك ، مع أنّ الأستاد ـ كما نقلنا عنه في التنبيه الثالث الّذي ذكرناه في مفهوم الشرط وفي غير تلك المورد ـ يتمسك بالإطلاق لإثبات كون الطلب نفسياً تعينياً ومطلقاً .

وثانياً نقول : إن كون معنى الحروف وغير ذلك جزئياً حقيقياً ، إنّما هو بلحاظ متعلقه .

وتوضيحه: أن كلّ واحد من لفظ الطلب أو الإختصاص أو الإبتداء يكون موضوعاً للمطلق بمعنى عدم اختصاصه بشيء خاص منها . وهذا بخلاف معاني الحروف ؛ فإن اللام مثلاً يكون موضوعاً للإختصاصات الخاصة كاختصاص الجلّ بالفرس واختصاص الدار بزيد إلى غير ذلك من الأفراد الشخصية للإختصاص .

وعلى هذا نقول : ليس مراد من يتمسك بإطلاق الإختصاص إثبات كون جميع أفراد الإختصاص بهذا المعنى مراداً ، لوضوح كون جميع /٤٢٠/ الأفراد بهذا المعنى غير مراد في مثل قولك « هذا المال لزيد » ، كما أن قولك « هذا المال مختص بزيد » أيضاً يكون كذلك من أنّ جميع الأفراد بهذا المعنى ليس بمراد ، وإنما مراد من يتمسك بالإطلاق إثبات كون جميع مراتب الإختصاص مراداً ، أو أن الإختصاص

يكون دائماً موجوداً، كما أن التمسك بإطلاق الأمر في مثل قولك «إفعل إن جاء زيد» **تارة** يكون لإثبات المرتبة العليا من الطلب وهو الطلب الوجوبي، **وتارة** يكون لإثبات كون الطلب عند مجيء زيد ثابتاً على كل حال، من دون أن يكون مقيداً بحال دون حال.

في أنه لا فرق بين الحروف وغيرها من حيث التمسك بالإطلاق

ومن هذه الجهة لا فرق بين المعنى الإسمي والحرفي في أصل الوضع، كيف والأستاد كغيره على ما نقلناه عند بيان الإنصرافات في باب الأوامر وفي غير هذا المقام يتمسك بإطلاق اللام لإثبات الملك الطلق وبإطلاق الطلب لإثبات الوجوب أو غير ذلك.

وعلى هذا، لا مانع من التمسك بإطلاق اللام لإثبات الإختصاص التام من جميع الجهات.

نعم، ما ذكره الأستاد من عدم جواز التمسك بإطلاق «مِن» لاثبات جواز الإبتداء من كلّ جزء من البصرة في قولك «سر من البصرة»، فصحيح لما عرفت من أن المعنى الحرفي بلحاظ طرفيه، /٤٢١/ أعني المرتبط والمرتبط به، يكون جزئياً حقيقياً. فلفظ[ـين] يكون موضوعاً لكل واحد من ابتداء البصرة ومن الإبتداء بأجزاءها صغاراً وكباراً، بحيث يكون استعماله في كل واحد استعمالاً له في معناه الحقيقي، إلّا أنّ الجواب عن ذلك كما هو معترف به أيضاً أنا لا نتمسك هنا بإطلاق لفظ «مِن»، وإنما نتمسك بإطلاق لفظ البصرة حيث لم يقيد بشيء.

والمفروض أن الإبتداء بكل جزء من أجزاء البصرة كان أحد معاني كلمة «من»، كما أن الإبتداء بكل جزء كبير أو صغير أيضاً يكون من معانيه.

فتلخّص ممّا ذكرنا أنه لا يبقى إجمال في معاني الحروف أصلاً، كما هو واضح بداهة من المراجع المتأمل في المخاطبات بين الناس أيضاً، حيث إنه من الجهة الّتي يكون معناها مشتركاً من تلك الجهة، يكون المعيّن للمراد بمقتضى أصل الوضع موجوداً بحيث لو لم يذكر المعيّن، يصير أصل الإستعمال غلطاً، كما إذا ذكر حرف

الجر بغير المجرور أو بغير المتعلق.

وأمّا من سائر الجهات، فقد عرفت أن حالها كحال الأسماء في جواز التمسك بإطلاقها.

وإذا عرفت ما تقدم، فنقول: إنّ التمسك بالإطلاق في مثل قوله ﷺ «**أنت ومالك لأبيك**» إنّما هو من الجهة الّتي يكون حال الحروف والأسماء متحداً من /٤٢٢/ تلك الجهة من حيث جواز التمسك بالإطلاق، حيث إن المقصود إثبات الإختصاص التام ومن جميع الجهات.

في جواز التمسك بالنبوي لإثبات ولاية المطلقة للأب

وعلى هذا نقول: إنك قد عرفت من أنّه يكون في نفس الرواية قرينة على أنّه ليس المراد هو الملكية الحقيقة.

وعلى هذا، فيصير معنى الرواية بملاحظة الإطلاق وعدم تخصيص الإختصاص بجهة دون جهة وبملاحظة أنه ليس المراد الإختصاص التام المعبّر عنه بالملك دائراً بين أحد الشيئين:

الأول أن يكون المراد الإختصاص التام الملكي، فيتعين أن يكون المراد هو التنزيل، وحينئذٍ فلا مانع من التمسك بعموم المنزلة لإثبات الولاية.

الثاني أن يكون المراد الإختصاص الغير الملكي، وحينئذٍ أيضاً يجوز التمسك بإطلاق الإختصاص لإثبات الولاية.

وقد تقدم أن ورود النبوي في حق الولد الكبير غير مانع من إثبات الولاية به، وتمسك الإمام عليه السلام لإثبات الولاية للأب والجدّ بهذه الرواية شاهد على ما ادّعيناه.

هذا كلّه في إثبات ولاية الأب من النبوي.

وأما إثبات ولاية الجدّ به محل الإشكال والتأمل لولا الخبران السابقان اللذان يستفاد منهما أن علة تقدم الجدّ على الأب هو كون كل من الإبن والأب مال الجدّ، كما تقدّم.

تنبيه

في اشتراك الجدّ الأعلى مع الأدنى

إعلم أنه ممّا ذكرنا ظهر أنه يجوز التمسك بالنبوي لإثبات ولاية الأب على السفيه والمجنون /٤٢٣/ مطلقاً.

هذا، كله فيما استدل به لإثبات اشتراك الجدّ الأعلى مع الجدّ الأدنى في الولاية في زمان فقد الأب. وقد عرفت أن الأستاد رجّح عدم تمامية شيء من الأدلة لإثبات الإشتراك أصلاً، ولكنّا قلنا: إنه يستفاد من الوجه الأوّل مع الوجه الثاني اشتراك الجدّ الأعلى مع الجدّ الأدنى في باب الأموال والنكاح في صورة كان الأب موجوداً.

وفي صورة فقد الأب ـ كما هو محل كلامنا ـ فبعد لم يذكر وجهاً معتبراً لإثبات الإشتراك هنا.

وأمّا المستند لمن يقول بعدم اشتراك الجدّ الأعلى مع الأدنى في الولاية في صورة فقد الأب، فوجهان:

أحدهما الأصل، لأنّ مقتضى الأصل عدم الولاية للجد الأعلى في الصورة المذكورة.

أقول: نحن أثبتنا الولاية للجدّ الأعلى في صورة كان الأب موجوداً.

وعلى هذا، فيستصحب ولايته بعد فوت الأب أيضاً. نعم، قد تقدم عند بناء عدم اشتراط حياة الأب في ولاية الجدّ أن استصحاب الولاية في مثل المقام يصير في بعض الصور تعليقياً، ونحن قلنا في محله بعدم حجية الإستصحاب التعليقي.

هذا؛ وسيأتي في آخر المسألة ثبوت الولاية له في حال فقد الأب مطلقاً أيضاً بالدال.

في معنى آية ﴿أولوا الأرحام﴾

وثانيهما ما ذكره في المكاسب[1]، وهو قوله تعالى ﴿**وأولوا الأرحام بعضهم أولى**

---

١) كتاب المكاسب ٥٤٢/٣، في ولاية الأب والجد.

ببعض ﴾[١]، حيث يدلّ على تقدم من كان أقرب رحماً على غيره في جميع أمور رحمه الّتي منها الولاية.

/٤٢٤/ ومن الواضح أن الجدّ الأدنى يكون اقرب رحماً إلى الولد من الجد الأعلى، فلابدّ أن يكون مقدماً.

وأورد على ذلك من وجوه:

الأول ما أشار إليه في المكاسب من أنّ الآية لا تنفي ولاية الأبعد[٢]، بل غاية الأمر أنها تدلّ على أولوية الأقرب على الأبعد، فلا ينفي الإشتراك في الولاية، بل يثبته للزوم اشتراك المفضّل والمفضّل عليه في أصل المبدأ.

وأجاب في المكاسب عن ذلك بانه «ليس المراد من لفظ الأولى التفصيل مع الإشتراك في المبدأ، بل هو نظير قولك «هو أحق بالآخر من فلان»»[٣].

أقول: لا يخفى أنّ الظاهر عرفاً أيضاً ذلك، كما أنه لا خلاف في ذلك بين العلماء والمفسّرين أيضاً ظاهراً.

الثاني: ما ذكره الأستاد ـ سلّمه الله ـ وهو أنه في كل مقام يكون الأمر دائراً بين أن يكون هذا مقدماً أو ذاك مثلاً، فهنا يجوز التمسك بالآية لتقدم من هو أقرب رحماً. وهذا بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه ليس الأمر مردّداً بين أن يكون الولاية للجدّ الأعلى أو الأدنى حتّى تقول: إنّ الآية تدل على تقدم الأدنى على الأعلى، وذلك من المحتمل أن يكون الولاية مشتركاً بينهما، فلم يكن الأمر مردداً بين تقدم الأقرب أو الأبعد /٤٢٥/ حتّى تعين تقدم الأقرب بالآية.

أقول: هذا الإيراد لا نتعقله من أنّه إيراد على أي شيء، وذلك لأنّه لو سلّمنا أن الآية تدلّ على أنّ الأقرب رحماً في جميع الأمور يكون مقدماً على غيره، فيدلّ على تقدم الجدّ الأدنى على الأعلى على كل حال؛ لأنّه على هذا، كما أن الآية يثبت تقدم الأقرب على الأبعد، كذلك ينفي الإشتراك بينهما.

---

١) الأنفال: ٧٥، الأحزاب: ٦.

٢) هكذا قال الشيخ في المكاسب: «فنفى ولاية البعيد خرج منه الجد مع الأب وبقي الباقي».

٣) كتاب المكاسب ٥٤٢/٣، في ولاية الأب والجد.

هذا، مع أنّه في جميع الموارد لو كان احتمال تقدم الأبعد على الأقرب موجوداً، فكذلك يكون احتمال الإشتراك بينهما أيضاً موجوداً، ومقتضى ذلك أن لا نتمسك بهذه الآية في شيء من الموارد.

الثالث: وهو الخطب الأعظم وهو أن الآية لا تدلّ على تقدم من كان أقرب رحماً على غيره، وإنما تدل على أنّ مطلق الأرحام بعضهم أولى ببعض آخر من الأجانب كالمؤمنين والمهاجرين على ما يقوله المفسّرون[١].

وأمّا أن بعض الأرحام مقدم على بعض آخر منهم، فالآية ساكتة عنه.

والجواب عن ذلك ما ينقل في الجواهر في مسألة التعصيب في الإرث من أن المراد من قوله تعالى ﴿ **وأولوا الأرحام** ﴾ الأقرب فالأقرب [بلا] خلاف، بل العامة أيضاً يقولون /٤٢٦/ * بذلك، مع أنّه ينقل عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال في قول الله ـ عزّ وجلّ ـ ﴿ **وأولوا الأرحام بعضهم أولى** ﴾ إلى آخرها أن بعضهم أولى بالميراث من بعضهم لأنّ أقربهم رحماً أولى به.

ثمّ قال: أيهم أولى بالميت وأقربهم إليه؟ أمه أو أخوه؟ أليس الأم أقرب إلى الميت من إخوته وأخواته[٢][٣].

وأيضاً ينقل في البرهان القاطع في أحكام الموتى[٤] صحيحة يزيد الكناسي الواردة في بيان الأوّل من ذوي الأرحام الّذي في الآية بقوله «**إبنك أولى [بك] من إبن إبيك**»[٥] الحديث.

وأيضاً** ينقل هناك أخباراً متفرقة بعضهم واردة في أحكام الموتى[٦] وبعضها

---

١) مجمع البيان ١٢١/٨، سورة الأحزاب.

*) ***أقول. (منه قدس سره).***

٢) جواهر الكلام ١٠٠/٣٩، كتاب الفرائض، الأدلة على بطلان التعصيب.

٣) وسائل الشيعة ٨٩/٢٦، أبواب موجبات الإرث، باب بطلان التعصيب، ج ١١/٣٢٥٥٣.

٤) جواهر الكلام ٤١/٤، في أحكام الأموات، إن أولى الناس بالميت أولاهم بميراثه.

٥) وسائل الشيعة ٦٣/٢٦، أبواب موجبات الإرث، باب أن الميراث يثبت بالنسب والسبب، ح ٢/٣٢٤٩٥.

) ***لا يخفى أنّ هذه الصحيحة بنفسها تدل على المدعى، حيث دلّ على أولوية من كان أقرب رحماً ولم يبين أن الأولوية في أي شيء وحذف المتعلق يوجب التعميم، كما أن العلماء أيضاً تمسكوا بها في*

واردة في قضاء الصلوات عن الميت[٧] بهذا المضمون من أنّه «**يقضي عنه أولى الناس به**»[٨]، وأشباه ذلك.

وهذه الأخبار أيضاً يؤيد عدم تخصيص الآية بباب الإرث، كما أن إطلاق الآية أيضاً يقتضي لذلك، بل قال الأستاد: إنا نأخذ بذلك.

ما دلّ على الأخبار من أنّ المراد من الآية أولوية بعض ذوي الأرحام على الآخر في الميراث[٩]، فنعيّن /٣٢٧/ من ذلك أن المراد في الآية أولوية بعض ذوي الأرحام على بعض.

ثمّ نأخذ بإطلاق الآية ونجري الحكم في غير باب الإرث.

الرابع من الإشكالات على الآية ما ينقله في البرهان القاطع عن الأردبيلي ﷺ من أنّ الأولى بالميت من ذوي الأرحام غير متبيّن.

وينقل عن المدارك[١٠]: يحتمل إرادة كل من هو أشدّ علاقة واهتماماً بأموره.

هذا، وينافي ذلك الخبر الأوّل الّذي نقلته من أنّ الأولى به أقربهم إليه رحماً.

أقول: يستفاد من الأخبار بطريق الإجمال أن المراد من الآية أولوية الأقرب على الأبعد والأقربية هو الأقربية العرفية، كما هو مقتضى القاعدة والمستفاد من الأخبار أيضاً، إلّا أنّه يكون بين باب الميراث وغيره فرقاً، وذلك لأنّ الصغرية والكبرية ليس بينهما فرق في باب الميراث.

باب غسل الميت وفي كتاب الإرث، كما أن في الوسائل ذكرها في كتاب الإرث.

نعم، لم يعلم كونها بصدد بيان أنه اولوا الأرحام، كما أنه فيما كتبه في مسألة أولياء الميت ذكرنا وجهاً لدلالة نفس الآية على أن المراد هو أولوية أقرب رحماً، كما أنه تعرضنا هناك لتوجيه الوجوه. (منه قدس سره).

٦) كما مرّ.

٧) جواهر الكلام ١٦/١٢، في الصلاة على الأموات، ٤٠/١٧، في وجوب القضاء عن الميت من الصوم.

٨) وسائل الشيعة ٢٨١/٨، أبواب قضاء الصلوات، باب استحباب التطوع بالصلاة والصوم، ح ١٨/١٠٦٦٤و وسائل الشيعة ٣٣١/١٠، أبواب أحكام شهر رمضان، باب أنه يجب أن يقضي أكبر الأولاد ح ٦/١٣٥٣١.

٩) انظر: وسائل الشيعة ٨٩/٢٦، أبواب موجبات الإرث، باب بطلان التعصيب، ح ١١/٣٢٥٥٣.

١٠) مدارك الأحكام ١٥٦/٤، بيان الأولى بالصلاة على الميت.

وأيضاً لا مانع هناك من خصوص الأولوية لأشخاص متعدده ، فيرثون جميعاً . فلذلك يكون المنشأ هناك هو مجرد الأقربية من جهة الرحم ، كما تقدم في الخبر الأوّل . وأمّا في غير باب الميراث كالتكفل لأمور الميت ، أو غير ذلك ، لمّا لا يحتاج إلّا إلى شخص واحد ، فلذا جعل الولاية فيها لشخص واحد من الأشخاص الّذي هم أقرب إليه . وروعي /٤٢٨/ في تعيين هذا الشخص من هو أشدّ علاقة واهتماماً بأموره ، كما تقدم عن المدارك ، وتوقف تعيين بعض الخصوصيات إلى ورود نص من الشارع غير مضرٍّ بالمقدار الّذي يستفاد من الآية بانضمام الأخبار إليه من كون الأقرب رحماً مقدماً على غيره .

وممّا ذكرنا ظهر أنه لا مانع من التمسك بإطلاق الآية لعدم اشتراك الجدّ الأعلىٰ مع الأدنى في الولاية ، إلّا أنك قد عرفت أنا قد أثبتنا اشتراك الجدّ الأعلىٰ مع الأدنىٰ في الولاية في صورة وجود الأب بالأدلة الخاصة ، فنخصّص الآية بها .

نعم ، قد أثبتنا الإشتراك في بعض صور فقدان الأب بالأصل والآية بعد تمامية دلالتها يكون رافعاً للأصل ، إلّا أن يقال : إنه بعد ما أثبتنا الإشتراك في صورة وجود الأب ، فيقطع الإنسان من أنه لا فرق في ذلك بين وجود الأب وفقدانه ، بل لنا أن نقول : إنه بنفس الأدلة الّتي أثبتنا الإشتراك في صورة وجود الأب ، نثبت الإشتراك في صورة فقد الأب أيضاً ، وذلك لأنّه في خبر علي بن جعفر يعلّل تقدم الجدّ على الأب بأن كلّ واحد من الإبن والأب للجد ، فكون الإبن للجدّ علة لثبوت ولايته عليه ، وكون الأب للجدّ /٤٢٩/ علة لتقدم الجدّ على الأب ، كما يستفاد قريب من ذلك من رواية عبيد بن زرارة أيضاً .

وعلى هذا نقول : إذا كان الإبن مستقلاً للجدّ ، كما يستفاد من خبر علي بن جعفر ويكون ذلك منشأً للولاية ، كما يستفاد من الخبرين ، فحينئذٍ نقول : إنه لا فرق في ذلك بين وجود الأب وفقده ؛ إذ من الواضح أنه لا وجه لأن يقال : إنّ كون الإبن للجدّ إنّما هو في صورة وجود الأب .

بقي الكلام في بيان بعض ما وعدنا ذكره في آخر المسألة ، **فنقول :**

منها في بيان القائل للقولين اللّذين ذكرهما الشيخ في المسألة وهو اشتراك الجدّ

الأعلى مع الأدنى في الولاية.

فنقول: أما القول بثبوت الإشتراك فمستفاد من الجواهر في باب النكاح[١]، حيث يرجّح تقدم الجدّ الأعلى على الأدنى في صورة المشاع، ومقتضاه ثبوت الإشتراك في الولاية أيضاً بينهما.

وأمّا القول بعدم الإشتراك فمن المسالك في كتاب الوصية حيث يقول: إعلم أن الأمور المفتقرة إلى الولاية إما أن يكون أطفالاً، أو وصايا، أو حقوقاً، أو ديوناً، فإن كان الأول، فالولاية فيهم لأبيه، ثمّ لجدّه لأبيه، ثمّ لمن يليه من الأجداد على ترتيب[٢]، الولاية الأقرب[٣] منهم من الميت فالأقرب[٤]؛ إنتهى.

في اشتراك الأب مع جميع الأجداد

/٤٣٠/ ولا يخفى أنّ المراد من الأب أب الميت، لا أب الأولاد، لأنّه ميت*، والشيخ[٥] هنا ينسب هذا القول إلى جامع المقاصد[٦] والكفاية[٧] أيضاً، إلّا أنه نقل أن الأول كالعلامة يقول: فيه نظر[٨].

ومنها أنه قال الأستاد: لا وجه لتخصيص عنوان المسألة بصورة فقد الأب، لأنّه لافرق بين فقد الأب ووجوده.

---

١) جواهر الكلام، ١٧٢/٢٩، كتاب النكاح، في أولياء العقد.

٢) في المخطوطة: الترتيب.

٣) في المخطوطة: للأقرب.

٤) مسالك الإفهام ٢٦٤/٦، كتاب الوصية، لو مات انسان ولا وصي له.

*) ***بقرينة قوله «الولاية فيهم لأبيه». (منه قدس سره).***

٥) كتاب المكاسب ٥٤٣/٣، في ولاية الأب والجد.

٦) جامع المقاصد ١٨٧/٥، في الحجر، أولياء الطفل. قال: «والظاهر أن لكل منهما أن يتصرف بالاستقلال لثبوت الولاية، والأصل عدم اشتراط الانضمام. وهل يكون للجد الأعلى مع وجود الأدنى ولاية؟ فيه نظر. قال في التذكرة: حكم الجد أولى لو عارضه الأب»، انظر: تذكرة الفقهاء ٢٤٤/١٤.

٧) كفاية الأحكام ٩٣/٢، أولياء العقد.

٨) نفس المصدر.

أقول: قد شرحت أن صاحب المسالك[1] كان فرض كلامه في صورة فقد الأب ونفي الإشتراك هناك.

وأيضاً قد عرفت أن الأخبار السابقة أثبت الإشتراك في صورة وجود الأب. ومع ذلك كلّه لا مانع من فرض النزاع في صورة فقد الأب بملاحظة أنه في صورة وجود الأب، لا ينبغي الإشكال في اشتراك الولاية.

نعم، نحن أثبتنا الإشتراك في الولاية في صورة فقد الأب بالخبرين الناشي، كما تقدم وهذا غير مضرٍّ في شيء.

ومنها أنه قال الأستاد: إن مقتضى كلمات العلماء حيث يقولون: إن الجدّ ـ وإن علی ـ يشارك الأب في الولاية، أن الولاية ثابتة لجميع الأجداد في صورة وجود الأب، مع أنّ الحق أن يقال: إن الجدّ الأدنى يشاركه، فإن فقد، فأب الجدّ، وإن فقد أب الجدّ، فجدّ الجدّ، وهكذا.

أقول: هذا الإشكال أيضاً لا وقع فيه، /٤٣١/ لما تقدم من أنّ مقتضى خبرين عبيد بن زرارة وعلي بن جعفر ثبوت الولاية لجميع الأجداد في صورة وجود الأب.

هذا كلّه في بيان اشتراك الجدّ الأعلى مع الأدنى في الولاية.

في ترجيح الجدّ الأعلىٰ على الأدنىٰ

بقي الكلام في بيان أنه على فرض ثبوت الإشتراك، هل يكون الجدّ الأعلىٰ مقدماً في تمام التشاح على الجدّ الأدنى، أم لا.

فنقول: قد دل الأخبار على أنّ الجدّ مقدم على الأب في صورة التشاح في باب النكاح.

وعلى هذا، **فتارة** يقع الكلام في أنّ هذا الحكم يسري في الأموال أيضاً، أم لا. **وتارة** يقع الكلام في أنّه يسري هذا الحكم في الجدّ الأعلى مع جدّ الأدنى بحيث يكون الأدنى مقدماً في باب الأموال والنكاح، أو في خصوص النكاح، أم لا.

---

١) أنظر: مسالك الإفهام ١١٧/٧، كتاب النكاح، أولياء العقد.

أما الأول، أعني سريان هذا الحكم في باب الأموال، ففيه أقوال أو احتمالات:

الأول عدم الترجيح لقوله تعالى ﴿ **وأولوا الأرحام** ﴾[1] حيث إن الأدنى يكون أقرب من الجدّ.

أقول: دلالة الآية لو تمّ، فإنّما يقتضي أن يكون الأب مقدماً في أصل الولاية أو في خصوص مقام التشاحّ، مع أنّ المفروض في هذا المقام أن الأب ليس مقدماً على الجدّ.

في ترجيح الجدّ على الأب في باب الأموال

فمن العجب أن الأستاد رجّح عدم تقدم الجدّ على الأب /٤٣٢/ في الولاية في باب الأموال عند التشاح بهذه الآية.

الثاني تقدم الجدّ عند التشاح في باب الأموال لفحوى ما دل على تقدمه في باب النكاح.

لا مانع من التمسك بالتعليل الّذي يكون في الخبرين الواردين في النكاح.

الثالث هو التوقف لضعف مستند الطرفين، فيكون المرجّح هو الأصول.

وأمّا سريان هذا الحكم إلى الجدّ الأعلى مع الأدنى، ففيه احتمالات وأقوال أيضاً:

الأول القول بعدم ترجيح الجدّ الأعلى على الأدنى لقوله تعالى ﴿ **وأولوا الأرحام بعضهم** ﴾ .. اه.

أقول: وفيه ما مرّ لأنّه ليس المقصود ترجيح الجدّ الأدنى حتّى يتمسك بالآية.

إن قلت: إذا دلّ الآية على ترجيح الجدّ الأدنى، فيدلّ على عدم ترجيح الجدّ الأعلى أيضاً.

قلت: يكون المفروض أن الدلالة المطابقية غير مراد، فكيف يثبت الدلالة الإلتزامية مع ذلك*.

---

١) الأنفال: ٧٥، الأحزاب، ٦.

*) ***مقتضى ما ذكرنا سابقاً أن مفاد الآية أنه لا ولاية للأعلى مع الأدنى، وليس هذا بمراد بعد ثبوت***

الثاني: القول بترجيح الجدّ الأعلى ، كما نقلته سابقاً عن نكاح الجواهر[1] لقوله ﷺ **«أنت ومالك لأبيك»** .

الثالث: القول بالتوقف لعدم تمامية شيء من أدلة الطرفين ، لكن الأقوى عدم ترجيح الجدّ الأعلى على الأدنى لقوله تعالى **﴿وأولوا الأرحام﴾** .. الآية .

في عدم ترجيح الجدّ الأعلىٰ على الأدنىٰ ولا الجدّ على الأب في الأموال

/٤٣٣ / أقول: قد عرفت في المطلب السابق ـ وهو اشتراك الجدّ الأعلى مع الأدنى ـ أنا رجّحنا الإشتراك مطلقاً ، ولكن في مسألة ترجيح الجدّ الأعلى على الأدنى نقول : أما في باب النكاح فلا ينبغي الإشكال في ترجيح الجدّ الأعلى على الأدنى لخبرين عبيد بن زرارة وعلي بن جعفر المتقدمين .

وأمّا في باب الأموال ، فلا دلالة في تلك الخبرين على تقدم الجدّ الأعلى* .

وأمّا قوله **«من بيده عقدة النكاح هو ولي أمرها»** فليس متصدياً لبيان كيفية الولاية وإنما يكون متصدياً لبيان أصل الأولية ، والنزاع في ما نحن فيه في كيفية الولاية بعد ثبوت أصل الولاية .

وأمّا سائر الوجوه المذكورة قد عرفت وهن ما لم يكن وهنه واضحاً .

وعلى هذا ، فلابدّ أن يرجع إلى الأصول الّذي نقولها ـ إن شاء الله ـ .

وأمّا تقدم الجدّ على الأب في باب الأموال ، فلم نظفر له على دليل غير قوله عليه السلام **«من بيده عقدة النكاح هو ولي أمرها»** .

وقد عرفت أنه ليس متصدياً لبيان كيفية الولاية .

فتلخّص أن ترجيح الأعلى على الأدنى ثابتة في النكاح مطلقاً ، وفي الأموال غير

الإشتراك ، كما تقدم بالخبرين السابقين لأخصيتهما من آية ﴿أولوا الأرحام﴾ . (منه قدس سره) .

١) جواهر الكلام ٢١١/٢٩ ، كتاب النكاح ، صحة عقد الجد دون الأب لو أوفقاه في حالة واحدة .

*) ***من التعليل الموجود فيها يستفاد تقدم الأعلى مطلقاً عند التشاحّ . (منه قدس سره) .***

ثابت أصلاً، فلابدّ أن يرجع في باب الأموال إلى ما يقتضيه الأصل*.

بقي الكلام في بيان الدليل، /٤٣٤/ **فنقول**: لو كان معنى ترجيح الجدّ أن عقد الجدّ في صورة اقترانه بعقد الأب يكون مقدماً، وأمّا لو كان عقد الأب مقدماً، فيكون صحيحاً، ولو مع نهي الجدّ، فحينئذٍ نقول: إن مقتضى الأصل عدم ترتب الأثر على شيء من عقدهما في صورة الإقتران، فيكون الأصل موافقاً مع القول بعدم الترجيح.

وأمّا لو قلنا: إن معنى ترجيح الجدّ أن عقد الأب فاسد مع نهي الجدّ، كما أنه في صورة الإقتران يكون عقد الجدّ مقدماً، فحينئذٍ نقول في صورة نهي الجدّ عن العقد، ومع ذلك باع الأب مثلاً، نقول: إنّ استصحاب الولاية يقتضي صحة عقد الأب.

إن قلت: إنّ الشك يكون في المقتضي.

قلت: نحن قد أثبتنا في محلّه أن الإستصحاب مع الشك في المقتضي يكون حجة.

هذا كلّه في المسائل المتعلقة بالمولّى عليه والمسائل المتعلقة بالأولياء.

في أن الإسلام شرط في الولي أم لا

بقي الكلام في ما يتعلق بصفات الأولياء وفي المسائل المتعلقة بالفعل المتولي فيه، **فنقول**: أما **صفات الأولياء**:

فمنها الإسلام. وهذا في صورة كان الولد بحكم الإسلام لإسلام أحد أبويه أو جدّه أو لغير ذلك، فمما لا إشكال فيه، كما فصّله في الجواهر[1]، لأن الله تعالى لن يجعل /٤٣٥/ للكافرين على المسلمين سبيلاً[2]، ولأن الإسلام يعلو ولا يعلىٰ عليه.

وأمّا لو كان الولد بحكم الكافر، فحينئذٍ لو كان حربياً، فلا فائدة في ثبوت الولاية وعدم ثبوتها بعد ما يكون أموالهم فيئاً للمسلمين.

---

*) *قد عرفت ما فيه بما أشير إليه في الحاشية. (منه قدس سره).*

١) جواهر الكلام ٢٩/٢٠٦، كتاب النكاح، في أولياء العقد.

٢) النساء: ١٤١. ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾.

وإنما الإشكال في ولد الذمي ، * وكذا المعاهد من أنّ الولاية للأب الكافر مثلاً ثابتة هناك ، أم لا .

واستدلّ في نكاح الجواهر[١] لإثبات الولاية للكافر في صورة كان ولي ولد الكافر منحصراً بالكافر بقوله تعالى ﴿والّذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾[٢] وبإطلاق ما دلّ على ولاية الأب والجد[٣].

وأورد على الأوّل بأنّ المراد من الأولياء هو الأحبّاء ، والإطلاقات منصرفة إلى ولي المسلم بلحاظ أن كلّ واحد من السائل والمسؤول عنه كان مسلماً .

ثمّ لا يخفى أنّ نظير هذا الإنصراف الّذي ادّعيناه في هذه الأخبار غير جارٍ في إطلاقات كلمات العلماء ؛ لأنّه ليس هنا سؤال وجواب ، بل العلماء يتصدون للكيات الجارية في جميع الموارد كما هو عادة أهل العلوم .

وعلى هذا نقول: إنّ ما ذكره في الشرايع من أنّه إذا كان الولي كافراً لا ولاية له[٤] ، يشمل جميع الصور ، فلا وجه لتقييده كما في الجواهر[٥] بصورة كان الولد محكوماً بالإسلام .

/ ٤٣٦ /

في أن الكفر مانع من الولاية مطلقاً

ثمّ إنك إذا عرفت عدم دليل على ثبوت الولاية للكافر على ولده ، فحينئذٍ نقول : إنّ مقتضى الأصل والإعتبار أيضاً عدم ثبوت الولاية له .

أما الأصل فواضح ؛ وأمّا الإعتبار فلأن جعل الولاية للأب إما أن يكون للإرفاق على الأب أو للإشفاق على الولد والكافر ليس أهلاً للإرفاق والإشفاق .

---

*) *أقول . (منه قدس سره) .*

١) جواهر الكلام ٢٠٧/٢٩ ، كتاب النكاح ، في أولياء العقد .

٢) الأنفال : ٧٣ .

٣) انظر : وسائل الشيعة ٢٦١/٢٠ ، أبواب عقد النكاح ، باب ثبوت الولاية الأب والجد .

٤) شرائع الإسلام ٥٠٤/٢ ، في مسائل أولياء العقد .

٥) جواهر الكلام ٢٠٦/٢٩ . قال : لو كان كافراً فإنه لا ولاية له أيضاً إجماعاً على ولده المسلم بإسلام أمه أو جده أو بوصفه الإسلام قبل البلوغ . .

ثمّ إن صاحب الجواهر[1] أورد على الشيخ حيث قال: إن الولاية تكون للكافر على ولده في صورة كان للولد وليان جداً وأباً أحدهما مسلم وكان الكافر أقرب للآية، بأنه ضعيف وأن الولاية إنّما يكون للكافر في صورة لم يكن في البين ولي مسلم.

ونحن نقول: إنّ الإيراد الّذي ذكره على الشيخ، وارد على نفسه، لأنّ ما دل على الولاية لو كان شاملاً للكافر ـ كما يدعيه صاحب الجواهر ـ فمقتضاها ذلك.

في ثبوت ولاية الحاكم على ولد الكافر

ثمّ إنه بناءً على ما ذكرنا يكون الولاية على أولاد الكفار للحاكم على فرض ثبوت عموم الولاية.

أقول: لا يخفى أن العلماء بناؤهم في باب /٤٣٧/ الميراث والولاية وغير ذلك على ثبوت الأحكام الثابتة في حقّنا في حق الكفار أيضاً# **، مع أنّه لو بنينا على

---

١) جواهر الكلام ٢٠٧/٢٩.

*) ***لحكم المسلمين في حق الكفار طرق ثلاثة:***

منها التمسك بما دل على الحكم في حقهم بالحق والقسط وما أنزل إليه، ومقتضاها أن يحكم في حقهم بمثل ما يحكم في حق المسلمين من الأحكام الثابتة في شرعنا في غير ما ثبت خروجه بالدليل.

ومنها التمسك بإطلاق أدلة نفس الأحكام وهذا يكون اقتضاؤه كسابقه.

نعم، بعض أدلة الأحكام ليس فيها مقام الإطلاق. فلو أغمض عن الوجه السابق الّذي كان اقتضاؤه عاماً، يصير المرجع في مورد عدم الإطلاق هو الأصول لو صار شكياً.

ومنها ما دل على «أنّ من يدّين [في المخطوطة: تدين] ***بدين قوم لزمته أحكامهم*** [وسائل الشيعة ٧٤/٢٢، كتاب الطلاق، باب أن المخالف إذاكان معتقد وقوع الثلاث في مجلس جاز إلزامه بمعتقده، ح ١٠/٢٨٠٦١] ***من الأخبار. ومقتضى ذلك أن يحكم في حقهم بمقتضى مذهبهم في غير مورد ثبت خلافه بدليل خاص.***

ثمّ إن هذا المضمون ورد في أخبار متعددة:

ففي نكاح الوافي نقل عين هذا المضمون عن الفقيه [من لايحضره الفقيه ٤٠٧/٣، تزويج المطلقات ثلاثاً في مجلس واحد، ح ٤٤٢١] ***مرسلاً.***

وفي آخر إرث الوسائل [وسائل الشيعة ٣١٨/٢٦، أبواب ميراث المجوس، باب أنهم يرثون

بالسبب والنسب ح ٣/٣٣٠٧٤ «قال عليه السلام: إن كل قوم دانوا شيئاً يلزمهم حكمه». و١٥٩/٢٦، أبواب ميراث الإخوة والأجداد، باب أنه يجوز للمومن أن يأخذ بالعول والتعصيب ح ٥/٣٢٧١٢] **ينقل خبرين آخرين.**

وعلى طبق هذا المضمون صدر أخبار كثيرة في مورد شخصه وإن كان بعضها محمولاً على التقية.

ثمّ إن هذا الخبر يتمسكون به من غير مناقشة سندية، كما في مسألة إرث المجوسي حيث تمسك به في الروضة [الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ٢٢٢/٨، في ميراث المجوس] **والرياض** [رياض المسائل ٦٦٥/١٢، ميراث المجوس] **والجواهر** [جواهر الكلام ٣٢١/٣٩، ميراث المجوس النسب والسبب] **والمختلف** [مختلف الشيعة ٩٤/٩، ميراث المجوس]، **وعن التهذيبين** [تهذيب الأحكام ٣٦٥/٩، باب ميراث المجوس]، **كما نقله في الوافي.**

ولكن في المختلف عن ابن إدريس [السرائر ٢٩٢/٣، في ميراث المجوس، مناقشة المصنف للشيخ]**عكس ذلك؛ قال: فإذا حكم الحاكم بما لا يجوز في شرع الإسلام، فقد حكم بغير حق وقسط وبغير ما أنزل الله، ولأنه لا يجوز للحاكم أن يحكم بمذهب أهل الخلاف.**

أقول: ما ذكره من أنّه لا يجوز الحكم بمذهب أهل الخلاف موافق لما نرى من الفقهاء في المسائل حيث لا يقولان بخلافه إلّا نادراً.

كيف، ولو كان العمل على مضمون هذه الدليل والأخبار، فلا يخفى أن هذا الدليل بمنزلة الحاكم والشارح لما دل على إجراء أحكام المسلمين عليهم من الآيات.

وإطلاق أنه له الأحكام، كما في الرياض إشارة إليه، فحينئذٍ يحتاج إلى أن الفحص عن أحكام كلّ ملة يريد أن يحكم في حقهم والسؤال عنهم والتوقف عند الشك.

ونحن نقطع أنه ليس الأمر كذلك وليس بناء المشهور على الأخذ بإطلاق هذه الأخبار، وهذا يسقط الظاهر عن الإعتبار، كما قلنا في محله.

نعم، في مورد كان المخالف في مذهبه حكماً يكون نافعاً لأهل الحق وكان طرق مقابله أهل الحق، يقولون بإلزام المخالف على حكم مذهبه كما لو طلق العامي في مجلس واحد ثلاثاً، ثمّ رجع، يكون للشيعي أن ينكح تلك الزوجة، كما قاله في الجواهر في إرث المجوسي [جواهر الكلام ٣٢٤/٣٩، إرث المجوسي حكم ما لو تزوجوا بالسبب الفاسد عندهم الصحيح عندنا] **وكما يكون للشيعي أن يأخذ الإرث بالتعصيب من السني، كما ذكره في الجواهر في التعصيب** [جواهر الكلام ١٠٥/٣٩، في بطلان التعصيب].

نعم، من يتمسك بهذا الخبر في إرث المجوسي على طبق مذهبه كلامه مطلق.

فعلى ما قلنا، ففي باب الموالاة أيضاً يجري في حق الكافر ما قلنا في حق المسلم وعدم ثبوت الإطلاق لأدلة ولاية الأب والجدّ غير مضرٍّ، بعد أنه إذا ثبت ذلك في حق المسلمين يجري في حقهم

بمقتضى الآيات، بل الكافر إذا كان له وليان وكان الأبعد مسلماً والأقرب كافراً، يكون الولاية للكافر بمقتضى ما ذكرنا.

وما ذكره الجواهر من التعليل لم نظفر به. (منه قدس سره).

**) *قوله تعالى ﴿وأن احكم بينهم﴾* [المائدة: ٤٩] *ما أشرت إليه في ميراث الروضة* [الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ٢٢٢/٨، في ميراث المجوس].

﴿وإن جاءوك فاحكم بينهم﴾ [المائدة: ٤٢] *ميراث الرياض* [رياض المسائل ٤٤٢/٧٣، الكافر يرثه المسلم ولا يرثه الكافر].

في ميراث الروضة قوله عليه السلام: إن كل قوم دانوا بشيء يلزمهم حكمه [كما مرّ].

في الوسائل في طلاق في باب يتعرض لجواز إلزام المخالف على معتقده إذا طلق ثلاثاً في مجلس واحد، ففي بعض الأخبار يعلّل هذا الحكم بأنّ «ذلك دينه، فحرمت عليه» [وسائل الشيعة ٧٢/٢٢، كتاب الطلاق، باب أن المخالف إذا كان يعتقد وقوع الثلاث في مجلس جاز إلزامه بمعتقده، ح ٢/٢٨٠٥٣].

وفي بعض هذه الروايات: «لا تترك بغير زوج» [وسائل الشيعة ٧٣/٢٢، ح ٣/٢٨٠٥٤ و٤/٢٨٠٥٥]، *وفي اثنين «ألزموهم من ذلك ما ألزموه أنفسهم»* [وسائل الشيعة ٧٣/٢٢، ح ٥/٢٨٠٥٦ و٦/٢٨٠٥٧].

وفي بعضها وهو مرسلة: من كان يدين بدين قوم لزمته أحكامهم [وسائل الشيعة ٧٤/٢٢، ح ١٠/٢٨٠٦١].

وفي بعض: أنه من دان بدين قوم لزمته أحكامهم» [وسائل الشيعة ٧٥/٢٢، ح ١١/٢٨٠٦٢].

والمتيقّن من هذه التعليلات الّتي يكون معمولاً به بين الأصحاب أيضاً أن كل ما كان لأهل الخلاف من العامة أو الكفار أو غيرهما من مال أو زوجة أو حق أو غيرها ممّا كان لهم، إذا حلّ لنا من طريق مذهبهم، يحلّ لنا، وإن يحرم علينا لمذهبنا، كتزويج المطلقة ثلاثاً في مجلس من العامة، دون غيرهم.

وبهذا الذي قلنا يكون الأخبار معمولاً به أو لا يعلم خلافه من الإعراض.

نعم، لو كان مفادها هذا الذي قلنا، فلا يجوز التمسك بها لإثبات أن المجوس يرث من السبب الباطل من مذهبنا ومقتضى بعض الأخبار وإن كان ذلك من أن يحكم في حق المخالفين على مقتضى مذهبهم، لكن هذا غير معمول به على ما تقدم في الحاشية والعمل به في خصوص المجوسي، أو الإرث، لا وجه له؛ فتدبّر جيّداً.

نعم، ما ذكرنا يبطل تمسكهم بهذه الأخبار لإثبات إرث المجوسي من السبب الباطل عندنا ولا يقتضي فساد أصل هذا القول، لأن له أدلة أخرى من الأخبار العامة والخاصة.

نعم، دلالة الآية ينفع في مورد كان الدليل تاماً في ثبوت شيء للعبد، كما في القضاء، فلا مانع

المنع ، فحينئذٍ لقائل أن يمنع ثبوت الولاية العامة للحاكم أيضاً في حقهم بنفس الوجه الّذي ذكر ، لمنع ولاية الأب والجد هناك .

ثمّ لا يخفى أنه يمكن أن يقال بجواز أن يشتري المسلم من الكافر مال ولد الكافر من أبيه لو كان للأب ولاية في مذهبهم بقاعدة الإلزام .

ثمّ إن تنقيح ما أشرت إليه يحتاج إلى تأمل ليس لي مجاله .

ولا يخفى عليك أن صاحب الجواهر يقول هنا : إنه علل لتقدم المسلم على الكافر في الإرث بمثل قوله « **الإسلام يعلو ولا يعلى عليه** »[١] .

ونحن نقول : لو كان التعليل المذكور وارداً في الأخبار ، فلا يكون الإيراد الأخير وارداً عليه ، إلّا أنّه لم نظفر على مثل هذا الخبر في كتاب الإرث .

في نفي الولاية للأب والجدّ إذا كانا رقّين

ومنها الحرية بلا خلاف ولا إشكال ، كما في نكاح الجواهر[٢] .

ودليله بعد الأصل قوله تعالى ﴿ **عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء** ﴾[٣] .

من القول بثبوت القضاء بإذن المولى لو قلنا : إن الآية لا تدلّ بأزيد من تصرف لم يكن بإذن الولي .

لا يخفى أن ما تمسك به لولاية المؤمنين من الأمر بالبرّ والإحسان وغير ذلك يدل على ثبوت ولاية كلٍّ من الناس من المؤمن والكافر عليه ، بل وكذا ما دل على ولاية الحاكم .

نعم ، ما دلّ على الحكم بالقسط والعدل وبما أنزل الله في حقهم بعد ظهور هذه العناوين في الأحكام الثابتة في حق المسلمين يكون مقدماً على ما تقدم ، ويثبت بذلك ثبوت تمام مراتب الولاية الثابتة في حق المسلمين في حق الكفار أيضاً .

نعم ، لو صحّ سند مثل ما ذكره في الروضة من أنّ « كل قوم دانوا بشيء يلزمهم حكمه » ، فيكون مقدماً على تمام ما تقدم ، لأنّه لا مانع من أن يقال : إنّ الحكم بالقسط وغيره في حق كل طائفة إلزامهم بما دانوا . (منه قدس سره) .

١) وسائل الشيعة ١٤/٢٦، أبواب موانع الإرث، باب أن الكافر لايرث المسلم والمسلم يرثه، ح ١١/٣٢٣٨٣. و١٢٤/٢٦، أبواب ميراث الأبوين والأولاد، باب أن الأخ الكافر لايحجب الأم، ح ٢/٣٢٦٤٩.

٢) جواهر الكلام ١٨٧/٢٢.

٣) النحل : ٧٥.

ثمّ إنه ينقل في نكاح الجواهر عن المصنف أنه قال بعدم اعتبار الحرية في صحة القضاء، فيصح قضاؤه بإذن مولاه، وتتبعه الولاية[١].

ويجيب عن ذلك بوجود الفرق بين ما نحن فيه وما ذكره المصنف في القضاء باعتبار أن القضاء بإذن المولى يكون داخلاً في القسط والعدل ونحوهما ممّا أمرنا باتباعه، بخلاف الولاية من حيث الأبوة لا شمول في دليلها لمثل الأب المزبور[٢].

ونحن نقول: لو لا شبهة الإجماع على اشتراط الحرية، لقلنا بعدم اشتراطها للإطلاقات الدالة على ولاية الأب والجدّ /٤٣٨/ الشاملة لصورة كانا رقّين، وبذلك يرفع الأصل من البين والآية لا تدلّ على نفي الولاية عن العبد، وإنما تدل على عدم تأثير الإنقياد الصادرة عنه، بل البيع والنكاح الصادرين عنه.

هذا، مع أنّه لا فرق بين ولاية العبد على الجملة ـ كما نقل عن المحقق ـ وبين ولايته على ابنه أو ابن ابنه.

أقول: ومن العجب أن الأستاد ـ سلّمه الله ـ ادعى انصراف أدلة ولاية الأب والجدّ إلى صورة لم يكونا كافرين في المسألة السابقة. وهنا يتمسك بالإطلاقات لإثبات الولاية للعبد، والإنصاف عدم جواز التمسك بالإطلاقات لما تقدم في المسألة السابقة، بلحاظ أنه إذا كان المطلق محفوفاً بقرائن توجب لأن يصير إرادة بعض الأفراد قدراً متيقّناً منه، فحينئذٍ لا تجري مقدمات الحكمة لاثبات الإطلاق بحيث تشمل غير تلك الأفراد.

وعلى هذا، فيكون المرجع هو الأصل، ومقتضاه عدم ثبوت الولاية.

وبعد ما ذكرنا لا يحتاج إلى أن نثبت دلالة الآية أو غيرها على عدم ثبوت الولاية. وأمّا أصل تمامية دلالة الآية على المدعى وعدم دلالتها يظهر ممّا ذكرناه في شرائط المتعاقدين في كتاب البيع.

نعم، رجّحنا هناك عدم ولاية الآية بل وغيرها على عدم صحة الإنقياد من العبد إذا كان بإذن السيد. ولا فرق بين الولاية والإنقياد. وما ذكره الأستاد لا نفهمه.

---

١) جواهر الكلام ٢٠٦/٢٩، في اللواحق، المسألة الخامسة.

٢) جواهر الكلام ٢٠٦/٢٩، في اللواحق، المسألة الخامسة.

ومما ذكرنا ظهر أن تمسك صاحب الجواهر لنفي الولاية بعد الإذن بالعبد لا يجمع مع ما ذكره في كتاب البيع. كيف، والأستاد عكس والحق التساقط، كما عرفت.

الثالث والرابع والخامس من الموانع: الجنون والإغماء والسفاهة مما ذكرها في نكاح الجواهر[١]، ولسنا هنا بصدد التكلم فيها.

في اشتراط العدالة في الولي

السادس: الفسق، وهو محل /٤٣٩/ الخلاف. والمشهور ـ كما في المكاسب ـ على «عدم اعتبار العدالة، للأصل والإطلاقات وفحوى الإجماع المحكي عن[٢] التذكرة[٣] على ولاية الفاسق في التزويج[٤]، خلافاً للمحكي عن الوسيلة والإيضاح»[٥].

ولا يخفى أنّ الدليل العمدة على عدم اشتراط العدالة هو إطلاق الأخبار الدالة على ثبوت الولاية للأب والجدّ من غير التقييد بكونهما عادلين. وفي مقابل الإطلاقات تمسك في محكي الأيضاح[٦] بوجه اعتباري بأنها ولاية على من لا يدفع عن نفسه ويصرف عن ماله ويستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً يقبل إقراراته عن غيره وإخباراته عن غيره مع نصّ القرآن على خلافه.

وحكي عن جامع المقاصد[٧] من أنّه تصدى «لدفع المحذور المذكور بأنّ الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال حال الطفل، عزله ومنعه من التصرف في ماله وإثبات اليد عليه وإن لم يظهر خلافه، فولايته عليه ثابتة، وإن لم يعلم، استعلم حاله

---

١) جواهر الكلام ٢٠٧/٢٩، في اللواحق، المسألة الخامسة.

٢) كتاب المكاسب ٥٣٥/٣، في ولاية الأب والجد.

٣) في المخطوطة: الرياض.

٤) تذكرة الفقهاء ٥٩٩/٢، أسباب انتفاء الولاية.

٥) إيضاح الفوائد ٦٢٨/٢، أحكام الوصية.

٦) نفس المصدر.

٧) جامع المقاصد ٢٧٦/١١، الوصي وشروط ستة، العدالة.

بالإجتهاد وتتبّع سلوكه وشواهد أحواله » ؛ إنتهىٰ .

في عدم اشتراط العدالة في الولي

وأورد على ذلك بأنه لو كان لنا دليل على أنّ الحاكم لابدّ له من أن ينصب من يكون مصيطراً على هذا الولي الفاسق ، لكان ما ذكره جامع المقاصد وجيهاً ، إلّا أنّه لا دليل على ذلك ، بل الدليل على خلافه . وذلك لأنّ التجسس عن أحوال الناس حرام لقوله تعالى / ٤٤٠ / ﴿ ولا تجسّسوا ﴾[1] ، مع أنّ مقتضى قاعدة أصالة صحة فعل المسلم هو أن يحمل فعله على الصحيح .

ومن المقرّر أن إجراء الأصل في الشبهات الموضوعية غير متوقف على الفحص . وأيضاً لا يخفى أنه على فرض اشتراط العدالة يحرز صحة الفعل بواسطة العدالة . وبناءً على عدم اشتراطها يحرز بأصالة الصحة .

وأي فرق بين أن يحرز صحة الفعل بأصالة الصحة أو بالعدالة .

نعم ، يكون الثاني أقوى ولكنه لا يؤثر شيئاً . وعلى هذا فنحن نجيب عن كلام الإيضاح بوجه آخر ، وهو أنا نقول : إنّ الكلام تارة يقع في معاملات الفاسق وتارة في قبول إخباراته :

أما الأول، فنقول: نحن في المقام الثالث إما أن نبني على أنّ تصرف الولي في مال الطفل لابدّ من أن يكون فيه مصلحة له ، وإمّا أن لا نشترط ذلك .

وعلى الأول لو كان التصرف فيه مصلحة للطفل ، فيكون صحيحاً ، من غير فرق بين أن يكون الولي فاسقاً أو عادلاً .

ولو لم يكن في التصرف مصلحة للطفل ، فيكون باطلاً من غير فرق بين أن يكون الولي فاسقاً أو عادلاً .

وعلى الثاني يكون التصرف صحيحاً على كل حال ، سواء كان فيه مصلحة أم لا .

وعلى هذا ، فلا معنى لأن يكون العدالة شرطاً في الولاية ، إلّا بأن يقال : إنه شرط

---

١) الحجرات : ١٢ .

تعبدي محض ، /٤٤١/ نظير اشتراط العدالة في إمام الجماعة .

ولكن فيه:

أولاً: أنه لا دليل على اشتراط العدالة في الولي تعبداً .

وثانياً: كونه شرطاً تعبدياً منافٍ لكلام الإيضاح .

وأمّا الثاني، فنقول: إنّ وجوب تصديق الفاسق غير عزيز كما لو أودع عنده شيء إلى غير ذلك . فيكون ما نحن فيه بمثل سائر الموارد الّتي يقبل خبر الفاسق فيها .

أقول: لنا نظر في كل جزئي نقلناه . أما الأخير ، فلأنا نقول : فرق بين مسألة الودعي وما نحن فيه ، لأنّ في مسألة الودعي لما يكون صاحب المال عاقلاً كاملاً ، فيودع ماله باختياره عند من يعتقده أميناً ، فلا مانع من أن يكون قول هذا الأمين مقبولاً في حقه .

وهذا بخلاف ما نحن فيه ، حيث إن المفروض أن صاحب المال يكون صغيراً ضعيفاً ويكون المدعى ثبوت الولاية القهرية لهذا الفاسق من غير فرق بين أن يكون فيه أمانة أم لا ؛ لأنّه لا دليل على التفصيل .

فيتوجّه كلام صاحب الإيضاح من أنّه مخالف لحكمة الصانع .

وأمّا ما قاله من أنّ اشتراط العدالة لا معنى له ، لأنا إما أن نشترط المصلحة له ، **ففيه**: أن هذا لا ربط له بكلام صاحب الإيضاح ؛ لأنّ هذا الإيراد يكون مبنياً على فرض أن يكون الولاية ثابتة للعادل والفاسق معاً حتى نقول : إنّ تصرفهما إما أن يكون مع الغبطة إلى آخر ما ذكره .

ولكن هذا المبنى فاسد ؛ لأن مدعى صاحب الإيضاح أن تصرف الفاسق يكون فاسداً ، سواء قلنا باشتراط المصلحة في التصرف ، أم لا ، وسواء كان في تصرفه مصلحة أم لا ؛ لأنّ حكمة الصانع لا يقتضي أن يجعل /٤٤٢/ الفاسق الغير المتحرز عن أموال الناس أميناً على أموال الناس ، فليس للفاسق ولاية حيث إن جعل الولاية له منافٍ للحكمة ، فليس شيء من تصرفاته صحيحاً .

في أن الفسق ليس مانعاً

وممّا ذكرنا ظهر عدم ورود ما أورده على جامع المقاصد ، وذلك لأنّ المحقق

الثاني كأنه سلّم استحالة أن يجعل الشارع الفاسق أميناً على نحو إطلاقه للمحذور المذكور في الإيضاح، إلّا أنّه قال: إن رفع المحذور ليس منحصراً بأن نقول: إن الفاسق ليس ولياً، لأنّه يمكن رفع المحذور بوجهٍ آخر من تتبّع سلوكه وعزله عند ظهور الإفساد على يده.

وعلى هذا، فتمسك بإطلاق ما دل على ولاية الأب والجد. وبذلك نرفع من البين كل أصل عدمي يكون على خلافه مثل أصل عدم وجوب تتبّع سلوكه وأشباه ذلك من الأصول العدمية، كما هو المقرّر في محله من أنّ الأصل اللفظي يرفع من البين كل أصل عدمي يكون على خلافه، كما أشرنا إلى هذه القاعدة عند بيان جريان الفضولي في غير البيع من سائر العقود.

نعم، يرد على جامع المقاصد أن عدم وجوب تتبّع سلوكه ليس دليله منحصراً بالأصل، بل الدليل الإجتهادي قائم على خلافه وهو قوله تعالى ﴿ولاتجسّسوا﴾.

ثمّ إنه لا يخفى عليك من أنّه لا دليل لنا على أنّه لابدّ من أن يحرز الحاكم أو غيره صحة أفعال الولي حتّى تقول: إنه يحرز صحة أفعاله بكلّ واحد /٤٤٣/ من العدالة وأصالة الصحة مع أنّ مجرد العدالة لا يحرز بالصحة ما لم يجر بأنه فعل الفعل.

والحاصل أن هذه الكلمات لا دخل لها بما هو محل الكلام أصلاً، وذلك لما عرفت من أنّ مراد صاحب الإيضاح بيان عدم إمكان أن يجعل الشارع الفاسق ولياً لوجود الفاسخ فيه حيث يتلف مال الطفل إذا وضع المال عنده.

والمحقق الثاني يقول: نأخذ بإطلاق الأدلة؛ غايه الأمر أنه نلتزم في صورة كان فاسقاً بلزوم الفحص عن حاله حتّى يرتفع المحذور المذكور.

ونحن نقول: إنّ تقييد الإطلاقات بصورة كان الولي عادلاً، فمع قطع النظر من أنّ التقييد خلاف الأصل، باطل من جهة أنه لو كانت العدالة شرطاً لبعد أن لا يشار إليها في شئ من النصوص، بل يقولون بلفظ مطلق شامل لصورة كان الولي فاسقاً، مع أنّ من الواضح أن أكثر الناس يكون فسقهم معلوماً، كما أن ما ذكره جامع المقاصد أيضاً لا دليل عليه، بل الدليل على عدمه، كما تقدّم.

وعلى هذا، فنقول: الحق عدم اشتراط العدالة وعدم وجوب التتبّع عن حال الولي

إذا كان فاسقاً.

نعم، لو التفت التباين إلى أنه يفيد، فلابدّ لهم من أن ينهونه. ولعل أن يكون عزل الحاكم له في هذه الصورة أيضاً على طبق القاعدة.

ثمّ لا يخفى* أنّ ما ذكرناه ليس مخالفاً لحكم العقل أيضاً بعد ما يكون الحكمة في جعل الولاية للأب والجدّ هو الإرفاق على الأب، كما هو مقتضى الأخبار المتقدمة الّتي به تعلّل ولاية الأب بأنّ الإبن له**.

المقام الثالث في المولّى فيه، أعني /٤٤٤/ التصرف الّذي يرتكبه الولي. والبحث هنا في أنّه يلزم أن يكون في التصرف مصلحة وغبطة للصغير، كما هو مقتضى المحكي عن المبسوط[١] والسرائر[٢] ونسب إلى المحقق[٣] والعلامة[٤] والشهيدين[٥] والمحقق الثاني[٦] وغيرهم، بل عن مفتاح الكرامة[٧] أنه استظهر الإجماع عليه، تبعاً لشيخه في شرح القواعد[٨].

---

*) ***ولا يخفى أنّ النهي عن الركون إلى الظالم لا ينافي جعل الولاية من الله للفاسق، كما أن المنع عن قبول خبر الفاسق غير منافٍ له.***

وأمّا من يريد أن يعامل مع الولي الفاسق، فلو أحرز شرط الصحة في معاملته، فلا إشكال، وإلّا يحرزه بأصالة الصحة.

ولا دخل لذلك الركون إلى الظالم، كما أن الحمل على الصحة ليس من باب قبول خبره. (منه قدس سره).

) ***مع أن الأب مع فسقه، يكون أشفق من غيره نوعاً. (منه قدس سره).*

١) المبسوط: ٢٠٠/٢، كتاب الرهن.

٢) السرائر ٤٤١/١، كتاب الزكاة.

٣) شرائع الإسلام ٣٣٣/٢ كتاب الرهن، و٤٠٨/٢ كتاب العارية.

٤) قواعد الأحكام ٢١/٢، كتاب التجارة ١١٢/٢.

٥) اللمعة الدمشقية ١١٨، كتاب الرهن؛ الدروس ٣١٨/٣ درس ٢٦٤ في القرض؛ مسالك الإفهام ١٦٦/٣، كتاب التجارة.

٦) جامع المقاصد ٧٣/٤، كتاب المتاجر، المتعاقدان.

٧) مفتاح الكرامة ٦٨١/١٢، كتاب المتاجر، في جواز بيع الولي مال المولى عليه.

٨) نقل في هامش المكاسب من حاشية القواعد: ٧١.

وعنه أنه استظهر من عبارة التذكرة*[١] في باب الحجر نفي الخلاف في ذلك بين المسلمين.

وعن شرح الروضة للفاضل الهندي أن المتقدمين عمّموا الحكم باعتبار المصلحة من غير استثناء[٢]، أم يكفي عدم المفسدة، كما اختاره الشيخ ﷺ في المكاسب[٣]، تبعاً للأساطين الّذين عاصرهم، أم يصحّ ولو مع المفسدة، كما احتمله العلامة على ما حكي عن الشهيد في حواشي القواعد أن قطب الدين ﷺ نقل عن العلامة أنه «لو باع الولي بدون ثمن المثل، لمَ لا ينزل منزلة الإتلاف بالإقتراض، لأنا قائلون بجواز اقتراض ماله وهو يستلزم جواز إتلافه.

قال: وتوقف زاعماً أنه لا يقدر على مخالفة الأصحاب»[٤].

ثمّ لا يخفى أنّ البحث في اشتراط الغبطة للصغير في تصرف الأب والجدّ في ماله إنّما هو بعد تسليم اشتراط الغبطة في تصرف مطلق الولي، غير الأب والجد. وإلّا فمن يقول بعدم اشتراط الغبطة في تصرف سائر الأولياء، فلا يقول بها في تصرف الأب والجد بطريق أولى.

ثمّ إن المراد من الغبطة هل هو الأخذ بما هو أصلح بحال الصغير، أم أن اختيار الأصلح غير لازم، بل يكفي مجرد وجود صلاح فيه له، أم غير ذلك، سيأتي الكلام فيه عند التعرض لبيان اشتراط الغبطة في /٤٤٥/ تصرف غير الأب والجدّ من الأولياء.

في اشتراط الغبطة في تصرف الأب والجدّ

وإذا عرفت ذلك، فنقول: إنّ الدليل على اشتراط الغبطة في تصرف الأب والجد هو

---

* ***غير عبارة الفاضل الهندي محتمل لأن يكون في غير الأب والجد. (منه قدس سره).***

١) تذكرة الفقهاء ٢٤٥/١٤، في كيفية التصرف، اعتبار الغبطة في تصرف المتولي.

٢) راجع كتاب الزكاة للشيخ الأنصاري: ٢٦.

٣) كتاب المكاسب ٥٣٩/٣.

٤) نقل صاحب مفتاح الكرامة ٦٨١/١٢، في جواز بيع الولي مال المولى عليه مع المصلحة.

ما دلّ على اشتراط الغبطة في تصرف الأولياء على نحو الإطلاق كالأصل ، حيث إن مقتضى الأصل عدم ترتب الأثر على المعاملة الّتي لا مصلحة فيها للصغير .

أقول: ما دل من العمومات على صحة مطلق العقود والمعاملات كما تشمل لكلّ معاملة كان فيها غبطة للصغير ، كذلك تشمل لما ليس فيه غبطة أيضاً .

وكالآية مثل قوله تعالى ﴿ **ولا تقربوا مال اليتيم إلّا بالتي هي أحسن** ﴾[1] ، لأنّ الأب وإن لم يشمله الأب إلّا أنّه ملحق بالجدّ ، لعدم القول بالفصل .

أقول: في المكاسب[2] يمنع عدم القول بالفصل ويستشهد بما يحكي عن بعض من الفصل بينهما في الإقتراض مع عدم اليسر .

وكخبر الكابلي ، وسيأتي الكلام في ذلك كلّه ـ إن شاء الله تعالى ـ .

وإذا عرفت ذلك، فلنذكر ما استدل به على عدم اشتراط الغبطة ، حتّى نرى من أنّه هل يتمّ شيء منها حتّى يخصّص به ما دلّ على اشتراط الغبطة في تصرف مطلق الأولياء ، **فنقول:**

منها ما دل على أنّ الولد وماله لأبيه . وردّ ذلك بأنه قد تقدم أن هذه الأخبار لا تدل على ولاية الأب حتّى يتمسك بها لعدم اشتراط الغبطة .

ثمّ لا يخفى أنّ الشيخ ﷺ في المكاسب تمسك برواية حسين بن أبي علا[3] وصحيحة أبي حمزة الثمالي[4] الدالّتين على عدم جواز أخذ الزائد من الحاجة من مال /٤٤٦/ الإبن لإثبات أن للأب أن يتصرف الأب في مال ولده ، سواء كان في التصرف غبطة للصغير أو مفسدة له ، أو لم يكن شيء منهما ، لكن لا مطلقاً ، بل يشترط أن يكون الأب محتاجاً إلى تلك التصرف* .

وأورد عليه بأنّ لنا مقامين :

---

١) الأنعام: ١٥٢، الاسراء: ٣٤.

٢) كتاب المكاسب ٥٤٢/٣، في ولاية الأب والجد.

٣) وسائل الشيعة ٢٦٥/١٧، أبواب ما يكتسب به، باب حكم الأخذ من مال الولد والأب.

٤) وسائل الشيعة ٢٦٣/١٧، أبواب ما يكتسب به، باب حكم الأخذ من مال الولد والأب ح ٢٢/٤٨٠.

*) ***كالإقتراض مع الإعسار لو قلنا إنه منه . ودليل الضرر مقدم على كلّ دليل ثبت الضرر بإطلاقه، لا بنصوصه . (منه قدس سره) .***

الأول أنه يكون للأب أن يأكلَ من مال الولد بقدر الحاجة إذا كان الأب فقيراً.

الثاني أنه يكون للأب أن يتصرف في مال ولده بالبيع والشراء وغير ذلك من المعاملات للصغير.

ومحل الكلام في لزوم مراعات الغبطة أو عدم المفسدة أو غير ذلك هو المقام الثاني ومورد الخبرين المشار إليهما هو المقام الأول. فهذان الخبران خارجان عن محل كلامنا.

أقول: قد تقدم أنا رجّحنا دلالة قوله «**أنت ومالك لأبيك**» على ولاية الأب ولو بإعانة ما ورد من أنّ علة كون الأب ولياً هو أن الإبن وماله للأب، كما تقدم.

وعلى هذا، فعلينا أن نتصور أن هذه الأخبار كما تدل على ولاية الأب، تدلّ على عدم كون المصلحة شرطاً في تصرفاته، أم لا.

فنقول: قد تقدم أنا بيّنّا دلالته على ثبوت الولاية للأب بأحد الوجهين:

الأول: أن يكون اللام للملكية ويكون المراد تنزيل الإبن وماله منزلة الملك للأب.

وعلى هذا، فيدل على أنّ للأب أن يترتب الأب على مال الإبن آثار الملكية؛ غاية الأمر أنه خرج ما خرج وبقي الباقي*.

وعلى هذا، فيدل على أنّه لا يلزم أن يكون في تصرف الأب مصلحة للإبن.

الثاني: أن يكون اللام للإختصاص.

وعلى هذا، فلا يدل الرواية على أنّ للأب أن يتصرف كلّ تصرف.

نعم، لو احتيج إلى أن يتصرف احد في مال الصغير ودار الأمر بين أن يكون المتصرف هو الأب أو غيره، فتدل هذه الرواية على أنّ المتصرف /٤٤٧/ لابدّ وأن يكون هو الأب، دون غيره؛ لأنّه لو كان الولاية لغير الأب فيخرج مال الإبن عن كونه مختصاً للأب.

وعلى هذا، فإذا كان معنى الرواية مردداً بين احتمالين وكانت الدلالة على أن

---

*) ***مقتضى ما تقدم أن الرواية على اختصاص مال الإبن بالأب من جميع الجهات، فيشمل ما فيه المفسدة. نعم، يستثنى كل تصرف ينافي مالكية الإبن ...***

فيؤخذ بالعمومات في غير ما علم خروجه كما في الفضولي قلنا بمثل ذلك. (منه قدس سره).

للأب أن يتصرف كل تصرف ، ولو كان فيه المصلحة أم لا ، متوقفة على تعين أحدهما بالخصوص ، ولم يكن في البين ما يعيّنه . فتصير الرواية من هذه الجهة مجملة .

وعلى هذا ، فلا يتمّ دلالة الرواية على أنّ للأب أن يتصرف في مال الإبن ولو لم يكن في التصرف مصلحة للصغير .

يظهر من الجواهر في البيع[١] ، بل في النكاح[٢] أيضاً ، ومن العناوين[٣] والدر التحفة أن اعتبار عدم المفسدة مسلم .

ولعلّ نظرهم إلى قاعدة الضرر ، فإنه لا مانع من التمسك بها في غير مورد قام دليل خاص على تصرف ضراري .

بقي الكلام في أنّه لو اعترفنا بدلالة قوله ﷺ « **أنت ومالك لأبيك** »[٤] مع أن للأب أن يتصرف أي تصرف كان ، فهل يجوز أن يتمسك بصحيحة أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : قال رسول الله ﷺ : **أنت ومالك لأبيك** .

ثمّ قال : **لا نحبّ أن يأخذ من مال ابنه إلّا ما يحتاج إليه مما لابدّ منه ، إن الله لا يحبّ الفساد** » . . الخبر . لأجل ان تقييد ذلك بصورة عدم المفسدة بلحاظ أن مورد الخبر في بيان ما يجوز أن يأكل الأب من مال ابنه ، لا في بيان حال التصرفات الّتي يتولها للصغير ولاية ، إلّا أنّه نقول : إن تمسك الإمام عليه السلام بالآية كما يكون شاهداً على أنّ المراد من عدم الحب هو الحرمة ، كما قاله في المكاسب[٥] ، كذلك يكون شاهداً على أنّ ما يعدّ فساداً غير جائز مطلقاً ، لأنّ ذكر الآية بمنزلة بيان علة الحكم .

والحاصل أنه يستفاد من اقتران ذكر الآية بكلامه السابق أن مفاد الآية علة لما ذكره أولاً ؛ إذ لولا ذلك ، لبعد الإقتران .

إن قلت : هذا مسلّم ، إلّا أنه لا نسلّم صدق الإفساد على تصرف كان فيه ضرر على

---

١) جواهر الكلام ٣٣٢/٢٢، في أن للوصي أن يتولى طرفي العقد .

٢) جواهر الكلام ٦٣/٣١، في التفويض، المسألة الخامسة، و١٩٨/٢٩ في اللواحق، المسألة الثانية، و١٩١/٢٩ .

٣) العناوين الفقهية ٥٥٦/٢، عنوان ٧٣ في ذكر الأولياء والمولى عليهم .

٤) كما مرّ .

٥) كتاب المكاسب ٥٣٨/٣، في ولاية الأب والجد .

الصغير إذا وصل إليه نفع إلى الأب.

قلت: /٤٤٨/ المراد من الفساد الضرر على الولد ومنه نمنع من الأكل بأزيد من الضرورة التي حقه، وإلا فكلّ ما يأكل الأب يكون فيه نفع للأب.

إن قلت: لعلّ حق الأب البيع بأقل من ثمن المثل.

قلت: خصّ الأكل في الرواية بقدر الضرورة. ومن الواضح أن البيع بأقلّ من ثمن المثل لا ضرورة فيه، فيعدّ فساداً، كما أن صدق الفساد عرفاً أيضاً لا إشكال فيه.

الثاني أن المصلحة للصغير ليس شرطاً في تصرف الأب في باب النكاح، فلابدّ أن لا يكون شرطاً في باب الأموال بطريق أولى.

وردّ ذلك بأنا وإن لم نمنع في عدم اشتراط المصلحة في باب النكاح، ولذا نقول بصحة النكاح على الصغيرة من الأب لحصول المحرمية بعد اجتماع سائر الشرائط وإن لم يكن فيه مصلحة للصغيرة، إلّا أنّه نمنع أولوية ذلك في باب الأموال.

أقول: منع الأولوية ليس فيه إشكال، إلّا أنّ المورد قد تقدم منه عند بيان إثبات أصل الولاية للأب على المجنون أنه تمسك بمثل هذه الأولوية هناك.

بقي الكلام في بيان أن عدم اشتراط المصحلة في النكاح يكون مسلّماً، أو أنه يكون عليه دليل، أم لا؟

فنقول: لا يخفى أنّ ذلك ليس مسلّماً كما لا يخفى على من راجع المسألة الثامنة الّتي ذكرها في نكاح الجواهر في باب الأولياء*[1].

ولا يخفى أنه لو كان المراد من الغبطة للصغير هنا الأخذ بما هو الأصلح بحاله، فلا ينبغي الإشكال في أنّ الإطلاقات على ولاية الأب والجدّ بعناوين مختلفة يرفع هذا الإحتمال.

نعم، بناءً على الطريقة الّتي يحق عليها، نمشي في باب الإطلاقات من الإقتصار على الأفراد المتعارفة، لعدم /٤٤٩/ جريان مقدمات الحكمة لإثبات الإطلاق بأزيد

---

*) *والمحقق الثاني يصرّح باعتبار المصلحة. ومنه يقول ببطلان النكاح لمجرد المحرمية كما نقله في درة النخبة (شرح النخبة للسيد الجزايري). (منه قدس سره).*

١) جواهر الكلام ٢١٦/٢٩، أولياء العقد في اللواحق، المسألة الثانية.

منها ليشكل صحة النكاح في الموارد، مثل صورة لم يكن الزوج قادراً على النفقة، أو لم يكن المقصود الأصلي هو النكاح، بل كان المقصود مجرد إجراء عقد المتعة لحصول المحرمية، إلّا أن يقال: نحن نتمسك لصحة ذلك كلّه بقوله عليه السلام في مجلس بعض الأمراء: «**كيف يكون هو ومال لأبيه ولا يجوز نكاحه عليه**»[1]؟

إن قلت: إنه بناءً على ذلك لابدّ من أن تقول بمضي تصرفه في الأموال، ولو مع المفسدة أيضاً.

قلت: أما مع وجود المفسدة، فقد تقدم دلالة صحيحة أبي حمزة الثمالي على بطلانه.

وأمّا مع عدم المفسدة، فلا نضايق من أن نقول بصحته.

هذا، والإنصاف عدم دلالة الرواية على ما ذكرنا في باب النكاح ولا في باب الأموال. وذلك لما عرفت من أنّ أصل النبوي لا يجوز التمسك به لإثبات عدم اشتراط الغبطة، لتردده بين احتمالين، لا يتم الدلالة إلّا على أحدهما وليس له معين*.

وعلى هذا، فنقول: إنّ تمسك الإمام عليه السلام لو صار متوقفاً على كون المراد من اللام هو الملكية وأن المقصود هو التنزيل، فيتم الدلالة في المقامين، إلّا أنه ليس الأمر كذلك، لصحة التمسك به فيما تمسك الإمام به على فرض أن يكون اللام للتخصيص أيضاً.

وذلك لأنّ المورد الّتي تمسك الإمام عليه السلام بهذه الرواية هو النكاح الّتي لم يكن فيه شيء من المحذورات. ونحن ذكرنا عند بيان معنى آية النبأ أنه في مقام التعليل يتعدى عن مورد العلة إلى كل مورد كان العلة فيه موجوداً بمقدار يكون في المورد موجوداً.

فلو قال: لا تأكل الرمان لأنّه حامض، فنتعدى عن الرمان إلى كل شيء يكون

---

١) وسائل الشيعة ٢٠/٢٩٠، أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، باب ثبوت الولاية للجد للأب في نيابه الأب خاصة، ح ٥/٢٥٦٥٣.

*) **وفيه ما تقدم. (منه قدس سره).**

الحموضة فيه بمقدار يكون في الرمان.

نعم، لا يلاحظ وصفاً آخر غير الحموضة.

وعلى هذا نقول: إنّ المستفاد من هذه الرواية أن المراد من الأب ما يعمّ الأب /٤٥٠/ بالواسطة أيضاً وهو الجدّ، حيث إن مورد الرواية نكاح الجدّ.

وعلى هذا، فنقول: إنّ مجرد اختصاص أمورات الإبن بالأب يقتضي صحة نكاح الأب وليس في الرواية* ما يجوز أن يتمسك به لإثبات اختصاص أمر النكاح أو غيره من جميع الجهات بالأب كما يفهم لو كان اللام للملكية. فيقتضي ذلك، إلّا أنّه لا شاهد عليه.

الثالث: ما دلّ على أنّ للأب أن يقترض من مال ولده الصغير وأن يقوّم جاريته ويأخذها.

وردّ ذلك:

أولاً: بأنّ هذا مقيّد بصورة كان للولد مصلحة في ذلك**.

أقول: وفيه أن التقييد لا يصار إليه بلا جهة.

وثانياً: نقول: إنّ العلماء يذكرون في أوّل كتاب الزكاة[1] أن لمطلق الولي أن يقترض من مال الطفل ويتّجر لنفسه، كما هو مقتضى الأخبار[2] أيضاً.

نعم، في غير الأب والجدّ يكون جواز الإقتراض متوقفاً على أن يكون الولي ملياً، وعلى هذا نقول: لو كان جواز الإقتراض دالاً على عدم اشتراط أن يكون في تصرف الولي مصلحة للمولّى عليه، فلابدّ من أن يقولوا بذلك في مطلق الأولياء، مع أنهم لا

---

*) ***تقدم أنا رفعنا الإشكال عن التمسك بالنبوي في المقام، إلّا أن اعتبار عدم المفسدة يظهر من الدرة النجفية نسلّم اعتباره ولم نرَ من أنكره.***

وتقدم أنه يجوز التمسك له بقاعدة الضرر. (منه قدس سره).

) ***لو كان التقييد من جهة ما دلّ على اعتبار المصلحة، ففيه أن هذا الإشكال وارد على الوجوه السابقة أيضاً، لكن الكلام هنا مع قطع النظر عن تلك الأدلة، والأكل دليل.*

ثمّ هنا لابدّ أن يلاحظ حال معارضة تلك الأدلة معه. (منه قدس سره).

١) انظر: شرائع الإسلام ١٠٥/١، كتاب الزكاة؛ جواهر الكلام ١٨/١٥، كتاب الزكاة.

٢) انظر: تهذيب الأحكام ٣٤١/٦، كتاب المكاسب، باب المكاسب، ح ٧٦/٩٥٥.

يقولون بذلك.

وثالثاً: سلّمنا ذلك كلّه إلّا أنه نقول: لابدّ من أن يقتصر على مورد كلمات العلماء ومورد الأخبار من جواز الإقتراض وتقويم الجارية للأب ولو لم يكن فيهما مصلحة للطفل.

وأمّا سائر التصرفات، فلا يصح إلّا أن يكون فيها الغبطة للصغير.

وعلى هذا نقول: كما هو المختار من أنّ غير الأب والجدّ من الأولياء لا يجوز له الإقتراض، إلّا أن يكون فيه مصلحة للصغير ويكون الولي ملياً أو يكون بحكم الملي* كأن يكون وجيهاً عند الناس يعطونه الناس عند إرادة الأداء. وأما الأب والجدّ فيجوز لهما / ٤٥١ / الإقتراض وتقويم الجارية، سواء كان في ذلك مصلحة للصغير أو لا، وسواء كانا مليين، أو لا.

وهذا بخلاف سائر التصرفات، فإن صحتها منوطة بأن يكون فيها مصلحة للصغير.

والوجه في عدم التعدي من الإقتراض إلى غير ذلك من التصرفات أن القرض من أهمّ ما يحتاج إليه الإنسان. ومن الممكن تجويز ذلك للأب على نحو الإطلاق إرفاقاً للأب، وهذا بخلاف سائر التصرفات فإنه لا تصير محتاجاً إليها بهذا المقدار.

أقول: أما تقويم جارية الإبن** بمعنى شراءها نسية، ففي نكاح الرياض في أحكام المصاهرة[1] أن جماعة لم يشترطوا فيه المصلحة، خلافاً لآخرين. وإطلاق النصوص المذكورة هناك أيضاً يقتضي عدم اشتراط المصلحة.

وصاحب الجواهر[2] يتعرض لحال اشتراط الملاءة والمصلحة في الأب وغيره هنا في البيع عند بيان ولاية الوصي.

---

*) ***لا أرى وجهاً لهذا التعميم، لأنّ الملاءة يوجب لعدم إتلاف المال حتّى موت المقترض أيضاً حيث يؤخذ من ماله، بخلاف من كان فقيراً في أصله.***

والمفروض أن الأخبار تقيّد بالملاءة. (منه قدس سره).

) ***أقول. (منه قدس سره).*

١) رياض المسائل ١٠/١٧١ - ١٧٢، في المصاهرة.

٢) جواهر الكلام ٢٢/٣٣٢، كتاب التجارة، في أن للوصي أن يتولى طرفي العقد.

وأمّا الإقتراض ، فيذكرون في أوّل كتاب الزكاة[1] أخباراً تدل على أنّ للولي الإقتراض إذا كان ملياً . وظاهرها في غير الأب والجدّ ، إلّا أنه إذا كان لغيرهما الإقتراض ، فيجوز لهما أيضاً قطعاً بطريق أولى .

وإنما الكلام في أنّه يشترط الملاءة والمصلحة فيهما لو قلنا باشتراطهما في غيرهما أم لا .

فنقول: لا إشكال في أنّه لو أردنا إثبات جواز الإقتراض لهما بهذه الأخبار ، فلابدّ من أن نلتزم باشتراطهما فيهما . ومن يقول بعدم اشتراطهما فيها ، فإنّما يقول بذلك لقوله ﷺ « **أنت ومالك لأبيك** » .

وأنت قد عرفت أن الأستاد ـ سلّمه الله ـ ادعى عدم دلالة هذا الخبر على ولاية الأب ، ومع ذلك كيف ينبغي له التمسك بهذا الخبر لإثبات ما يعتبر في تصرف الولي .

ونحن ، وإن قلنا بدلالة هذه الرواية على ولاية الأب ، إلّا أنك قد عرفت أنّها لا تدل على عدم اشتراط المصلحة ، /٤٥٢/ فلا تدلّ على عدم اشتراط الملاءة أيضاً .

ثمّ لا يخفى أنه لو بنينا على تقييد ما دل على جواز الإقتراض للولي بصورة كان فيه غبطة للصغير للآية ، على ما سيأتي الكلام فيه ـ إن شاء الله ـ ، فحينئذٍ يكون مقتضى صرف الأدلة اشتراط الملاءة والمصلحة في باب القرض مطلقاً .

وأمّا لو لم نقيدها بلحاظ أن التصدي لاشتراط الملاءة في النصوص الموجبة لرفع المفسدة كاشف من عدم اشتراط شيء ويكون هذا الظهور أقوى من دلالة الآية على اشتراط المصلحة ، **فحينئذٍ نقول**:

أما الإقتراض ، فمجرد الملاءة كافٍ في صحته لمطلق الولي . وفي تقويم الجارية خصوصية للأب من أنّه لا يشترط فيه الملاءة ولا المصلحة ، بخلاف سائر الأولياء .

وأمّا سائر التصرفات فلسنا نفرّق بين الأب وغيره بالآية والإطلاقات . وتمام الكلام في هذا المقام سيأتي ـ إن شاء الله ـ ، فانتظر ، فإنه لم يكن المقصود هنا إلّا بيان

---

١) انظر: جواهر الكلام ١٥/١٦، كتاب الزكاة، استحباب إخراج زكاة مال الطفل على مال التجارة لنفسه وكان ملياً.

المطلب إشارة ، وسيأتي التحقيق بُعيد ذلك ـ إن شاء الله ـ.

حكي عن الوسائل أنه « روى علي بن جعفر عليه السلام :[، عن أبي ابراهيم][1] سألته عن الرجل يأكل من مال ولده ؟ قال : **لا ، إلّا أن يضطرّ إليه ، فيأكل منه بالمعروف [...][2] أو يستقرض منه حتّى يعطيه إذا أيسر** »[3].

إن قلت: لعل المراد من الولد هو الولد الكبير ، فلا يكون شاهداً لما نحن فيه .

قلت: ترك الإستفصال يكون قرينة على أنّه لا فرق في هذا الحكم بين الولد الكبير والصغير ، إلّا أن يقال : إن في هذا الخبر يكون بعض القرائن على أن المراد هو الولد الكبير ، وذلك لأن الإستقراض عبارة عن طلب القرض وهو لا يصح إلّا أن يكون الولد كبيراً ، وإلّا فلابد أن يقول : أو يقترض .

وكذا قوله عليه السلام « حتّى يعطيه » لأن ذلك شاهد على أنّ الولد قابل لأن يعطى إليه والصغير ليس كذلك .

قال في الشرايع: « فيجوز لهما أي للأب والجدّ أن يتوليا طرفي العقد ، فيجوز أن يبيع كلّ عن ولده وعن نفسه من ولده وعن ولده من نفسه[4].

أقول: لا يكون إشكال في أن للولي الإجباري أن يتولى طرفي العقد لما في الجواهر من أنه : « لا خلاف محقق أو معتدّ به فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه »[5] ، فلذا لا ينبغي بسط الكلام في هذا المقام .

أقول: بل ما دلّ من الأخبار على تقويم جارية الإبن عليه والإستقراض من ماله ،

---

١) الزيادة من الوسائل .

٢) هنا مزج بين روايتين ، بل الأصح أنه سقط هنا عن المحكي . وتتمة الرواية من قوله : «فيأكل منه بالمعروف» هكذا : «ولايصلح للولد أن يأخذ من مال والده شيئاً إلّا بإذن والده». ثم قال : «ورواه الحميري في قرب الإسناد عن عبدالله بن الحسن ، عن جده علي بن جعفر إلّا أنه قال : لا إلّا بإذنه أو يضطر فيأكل بالمعروف أو يستقرض منه حتى يعطيه إذا أيسر».

٣) وسائل الشيعة ٢٦٤/١٧ ، كتاب التجارة ، أبواب مايكتسب به ، باب حكم الأخذ من مال الولد والأب ، ح ٦/٢٢٤٨٤.

٤) شرائع الإسلام ٢٦٩/٢ ، كتاب التجارة ، في شروط عقد البيع .

٥) جواهر الكلام ٣٢٤/٢٢ ، كتاب البيع ، في الأب والجد يمضى تصرفهما .

أيضاً يدلّ على ذلك ، لأنه الفرد /٤٥٣/ المتعارف من مثل هذه الإطلاق . وفي مثله لا يسمع إلى دعوى أن الإطلاق وارد مورد حكم آخر ، فلا يكون بصدد بيان كيفية إجراء العقد ، فمن الجائز أن يكون الصحة موقوفة على أن يوكّل الأب شخص آخر .

هذا ، مع أنّ دعوى أن الإطلاق وارد مورد حكم آخر ؛ أعني أصل صحة التقويم ، لا في مقام بيان كيفية إجراء العقد موهون من جهة أخرى قد تقدم بيانه في بعض فروع الإجازة في مسألة الفضولي عند التعرض لبيان قوله عليه السلام « **إن شاء أخذ وإن شاء ترك** »[1] وهو أنه ليس مقام آخر لبيان كيفية إجراء العقد حتّى يسكت عنه في هذا المقام إيكالاً إلى بيانها في تلك المقام ؛ فتأمل جيّداً .

هذا كلّه ، مع أنّه سيأتي ـ إن شاء الله ـ عند التعرض لبيان قول الوكيل لطرفي العقد إبطال ما يتخيل كونه منشأً لعدم صحة المتولي لطرفي العقد .

قوله رحمه الله : « **وأمّا الوكيل فيمضي تصرفه على الموكّل ، مادام الموكّل حيّاً جائز التصرف** »[2] .

أقول: يرتفع جواز التصرف عن الموكّل بكلّ واحد من الجنون والإغماء والسكر . والعلماء يكون بناؤهم على أن يعاملوا مع كل واحد من هذه الثلاثة في تمام أبواب العبادات معاملة الموت ، فلذا يحكمون ببطلان الصوم ، بمجرد عروض إغماء في الجملة ، مع أنّهم لا يقولون ببطلان الصوم بالنوم في تمام اليوم .

في بطلان الوكالة بكلّ واحد من الجنون والإغماء والسكر

والسرّ في ذلك أن إنسانية الإنسان إنّما هو بعقله ، فإذا زال العقل فكأنه مات الإنسان ، وإذا عاد العقل ، فكأنه صار الميت حيّاً . فكما أن الوكالة تبطل بموت الموكّل ، كذلك تبطل بفساد العقل ، وإن كان بطلان الوكالة بالموت أوضح من جهة أن المال ينتقل إلى الورثة ، فلا ينفع إذن /٤٥٤/ الموكّل في شيء* . ولذا لا إشكال

---

١) وسائل الشيعة ٤٧/١٨، كتاب التجارة، أبواب أحكام العقود، أنه يجوز أن يبيع ما ليس عنده مالاً إذا كان يوجد، ح ٣/٢٣١٠٨.

٢) شرائع الإسلام ٢٦٩/٢، كتاب التجارة، في شروط عقد البيع.

*) *في رواية جابر بن يزيد ومعاوية بن وهب عن أبي عبدالله (ع) قال: « من وكل رجلاً على إمضاء أمر*

في بطلان الوكالة بكلّ من الأمور المذكورة، كما ينقل في الجواهر عن المسالك أن « بطلانها بذلك من كل واحد منهما موضع وفاق؛ بل فيها أيضاً أنه لا فرق عندنا بين طول زمان الإغماء وقصره ولا بين الجنون المطبق والأدوار. وكذا لا فرق بين أن يعلم الموكّل بعروض المبطل وعدمه.

وعن التذكرة الإجماع على ذلك »[١].

وبعد وضوح المسألة لا يحتاج إلى بسط الكلام.

في الجواهر: « مضافاً إلى وضوح الوجه فيه بالنسبة إلى الوكالة وما شابهها من العقود الجائزة الّتي من المعلوم أنّ المقتضي لصحة ما يترتب عليها من الآثار، [حصول] الإذن الّذي يصدق كون المتصرف مصاحباً لها مع فرض عدم مثل هذه الموانع. وأمّا معه، فلا ريب في عدم الإذن المعتبر »[٢].

هذا، مع أنّه في كتاب الوكالة[٣] يكون له الإشكال في كون البطلان في موت الموكّل على طبق القاعدة، فضلاً عن عروض سائر الموانع، حيث ينقل وجه البطلان بموت الموكّل بما تقدم من أنّه بموته ينتقل جميع ماله لوارثه، فينتفي موضوع الوكالة.

من الأمور، فالوكالة ثابتة أبداً حتّى يعمله بالخروج منها، كما أعلمه بالدخول فيها.

في شرح الإرشاد [وسائل الشيعة ١٦١/١٩، كتاب الوكالة، باب أنها عقد جائز، ح ١/٢٤٣٦٧] ***في كتاب الوكالة*** [مجمع الفائدة والبرهان ٥٤٦/٩٧، في أحكام الوكالة] ***أنّ الرواية في الفقيه*** [من لايحضره الفقيه ٨٣/٣، باب الوكالة، ح ٣٣٨١] ***منقولة عن كل من جابر ومعاوية وأنّها صحيحة من طريق معاوية بن وهب، كما في الروضة.***

ثمّ يقول: صحة طريقه إليه موقوفة على توثيق محمد بن علي ماجيلويه وهو غير واضح [نفس المصدر].

ونحن نقول: يظهر وثاقة محمد بن علي ماجيلويه مما ينقل أبو علي في منتهى المقال؛ فراجع. هذا؛ نقول: سيأتي قبل التعرض لولاية عدول المؤمنين في مسألة أمين الحاكم رفع المناقشات عن دلالة هذا الخبر على أنّ الأصل في كل شيء أن يجري الوكالة فيه؛ فراجع قدس سره).

١) جواهر الكلام ٣٢٥/٢٢، كتاب التجارة، في الأب والجد يمضى تصرفهما.

٢) جواهر الكلام ٣٢٥/٢٢، في بيع الفضولي.

٣) جواهر الكلام ٣٦٠/٢٧، كتاب الوكالة، في العزل والانعزال.

ثمّ يورد عليه بأنّ العمدة الإجماع ، وإلّا يمكن بقاء مال من تركته على حكم ملكه كثلثه ، وإن كان هذا الإيراد منه فاسداً ، لأنّ صيرورة الثلث بحكم مال الميت هو على فرض أن يوصي بالثلث ، وإلّا ينتقل جميع ماله إلى وارثه .

وعلى هذا نقول: لو أوصى بثلث ماله ، فلا يبطل الوصية بالموت ، وإلّا لا مال له بعد الموت .

والحاصل أنّه اختلف الكلمات في وجه بطلان الوكالة لعروض بعض الموانع للموكل من قبيل الجنون والإغماء . وبكل وجه يختلف الحكم مع الوجه الآخر في تعيين المانع الّذي يوجب البطلان عن غيره ، بل الكلمات في وجه ذلك متناقضة ، والّذي يكون من الموانع مسلماً أنه يوجب بطلان الوكالة هو موت الموكل وجنونه واغماؤه بأي وجه كانا .

وأمّا سائر الموانع :

بعض منها يكون من المسلم أنه لا يوجب بطلان الوكالة ، مثل نوم الموكّل وسهوه .

وبعض منها محل الخلاف ، مثلاً جعل الأستاد من المسلم بطلانه بعروض السكر للموكل .

وصاحب الجواهر في كتاب البيع وإن يجعل ذلك مسلّماً ، إلّا أنّه اختار أن السكر بمثل الجنون والإغماء[١] ، مع أنّه ينقل في كتاب الوكالة[٢] عن التذكرة وغيرها عدم بطلان الوكالة بالسكر إلّا إذا اقتضى فسقاً وكان العدالة شرطاً في الوكيل .

وهذا وإن كان في عروض المانع للوكيل دون الموكّل ، إلّا أنّ صاحب الجواهر يصرّح في كتاب البيع بأنه لا فرق بين عروض السكر للموكل أو الوكيل .

وأيضاً في الشرايع في كتاب الوكالة أن الوكالة « تبطل بالحجر على الموكّل فيما يمنع الحجر من التصرف فيه »[٣] .

---

١) جواهر الكلام ٣٢٥/٢٢، في بيع الفضولي .

٢) جواهر الكلام ٣٦٣/٢٧، كتاب الوكالة ، موارد بطلان الوكالة .

٣) شرائع الإسلام ٤٢٦/٢، كتاب الوكالة .

وصاحب الجواهر[١] يقول في شرحه بمنع بطلان الوكالة بذلك لو لم يكن إجماعاً على البطلان. وفي كتاب البيع[٢] أيضاً يقول بذلك.

هذا كلّه في بيان الخلاف في بعض الموانع من أنّه يوجب البطلان. ونشير إلى بعض آخر في ضمن التعرض لاختلاف كلماتهم في سرّ بطلان الوكالة بعروض بعض الموانع والميزان فيه وبعض التناقضات في كلماتهم.

[نقل بعض التناقضات في كلمات الفقهاء]

فنقول: قد تقدم أن الأستاد جعل الميزان في بطلان الوكالة بعروض ما يزول به عقل الموكّل وبين وجهه، وإن كان هو كماترى.

وصاحب الجواهر جعل ميزاناً لبطلان مطلق العقود الجائزة، وهو أن المقتضي لصحة ما يترتب على العقود الجائزة هو الإذن الّذي لابدّ أن يكون التصرف مصاحباً له، والإذن المعتبر ليس مع عروض بعض الموانع مثل الجنون للموكل حتّى أنه قد تقدم أنه على هذا يشكل الأمر في عدم بطلان الوكالة بنوم الموكل، فوجه ذلك بما تقدم.

ثمّ إن صاحب الجواهر في كتاب البيع يعدّ هذا الوجه والميزان من الواضحات، مع أنّه في كتاب الوكالة[٣] ينقض عليه ويقول: إن العمدة ما في المسالك من أنّ البطلان بالإغماء والجنون موضع وفاق، وإلّا فدعوى كون ذلك من أحكام العقد الجائز يدفعها عدم القول به في مثل الهبة والرهن من قبل المرتهن، فانه من قبله يكون جائزاً.

أقول: لو جعل البطلان بهما من أحكام العقود الإذنية، لا مطلق العقود الجائزة كان أقلّ إشكالاً من ذلك، كما أن الميزان الّذي نقلنا عنه من كتاب البيع كان لو خصّصه بالعقود الإذينة، كان إشكاله أقلّ.

---

١) جواهر الكلام ٣٦٣/٢٧، كتاب الوكالة، موارد بطلان الوكالة.

٢) جواهر الكلام ٣٢٦/٢٢، في بيع الفضولي.

٣) جواهر الكلام ٣٦٢/٢٧.

إن قلت: لو خصّص الميزان بالعقود الإذنية ، فأي إشكال يبقى عليه .

قلت: **أولاً**: إن جعله من الواضحات ليس عليه برهان .

وثانياً: تميز صغرويات هذا الميزان في كمال الإشكال ، لأنك من أين تقول بعروض إغماء في آنٍ واحد .

يقال: إن التصرف ليس مصاحباً للإذن وهو زمان طويل ، يقال: إن التصرف مصاحب للإذن ، وكذلك مع حجر الموكّل ، **يقال**: إن التصرف مصاحب للإذن إلى غير ذلك .

والمحقق الأردبيلي في كتاب الوكالة من شرح الإرشاد[١] يفهم منه ميزان آخر وهو أن بقاء الوكالة منوط بجواز التصرف للوكيل ، لأن الوكيل فرع الموكّل ، فكيف يجوز التصرف للوكيل ، مع أنّه لا يجوز للموكل .

ثمّ إنه يقول: الفرق بين النوم والإغماء وبين عروض المانع للموكّل فيه كالطلاق في حال الحيض وفي طهر المواقعة وبين توكيل المحرم في النكاح والصيد يحتاج إلى التأمل ، والفارق الإجماع ، وهو العمدة .

وينقل الإجماع على بطلان الوكالة بعروض الجنون والإغماء للموكّل عن شرح الشرايع أيضاً .

ويظهر من الشرايع[٢] أيضاً أن الميزان على جواز التصرف للموكّل لقوله « مادام حياً جائز التصرف » .

[توضيح المقام]

وعلى كل حال توضيح المقام يتوقف على أمور:

منها أنه نقل في الجواهر في كتاب البيع في صورة قلنا ببطلان الوكالة كما في المجنون وغيره أن يكون للوكيل .

نعم ، رفع المانع عن الموكل جواز التصرف بالإذن العام أولاً ، وذلك لأنّه إذا بطل

---

١) مجمع الفائدة والبرهان ٥٥٥/٩، في أحكام الوكالة جائزة من الطرفين.

٢) شرائع الإسلام ٢٦٩/٢، كتاب التجارة.

الوكالة ، فإنّما يرفع الأحكام الخاصة للوكالة كصحة تصرف الوكيل بعد عزل الموكل إياه ، إذا لم يعلم الوكيل بعزله إياه ، وإلّا فنفس التصرف لا مانع من صحته بمجرد الإذن والرضاء الّذي كان له كاشف ، كما يقولون بذلك في صورة بطل الوكالة للتعليق على ما في شرح الإرشاد وغيره .

وأيضاً ينقل في الجواهر قول بعود نفس الوكالة بعد رفع المانع من الجنون وغيره .

وسيأتي الكلام فيهما عند التعرض لعروض المانع من الجنون وغيره للوكيل ـ إن شاء الله ـ ، فإنهما مشتركان من هذه الجهة وإن يدعى الفرق بينهما .

ومنها أنه لو كان الشك من جهة شمول إطلاق الوكالة لصورة وجود المانع ، نظير ما يقولون من أنّه لو أذن لصرف المال المعين في الفقراء ، فلا يشمل لنفس الوكيل ولو كان فقيراً .

فهذا أيضاً خارج عن محل الكلام ، لأنّ الشك هنا في تحقق أصل الوكالة في حال المانع ، ومحل الكلام في أنّه إذا تحقق الوكالة بالإطلاق أو الصراحة مطلقاً ، فهل ينعزل بالجنون مثلاً بحيث يكون الجنون رافعاً لها ، أم لا .

فدعوى أن إطلاق الوكالة لا يشمل لما بعد الموت مثلاً ، خارج عن محل الكلام .

ومنها أن تعيين صورة يبطل الوكالة بعروض المانع عن غيرها في غير صورة قام الإجماع على بطلان الوكالة كما في الجنون والإغماء يحتاج إلى التكلم في مقامين :

الأول: في بيان ما يحكم العقل مع قطع النظر عن الأصول والقواعد .

فنقول: لا مانع عقلاً أن يوكّل في حال عدم عروض المانع ، مثل كمال عقله لأن يتصرف في حال عروض المانع ، مثل حال الجنون ؛ لأنّه لو كان هذا ممتنعاً ، فلابدّ أن يكون الوصية ممتنعاً ؛ بل الظاهر أن الوكالة اللازمة كما لو كانت في ضمن العقد اللازم ، يكون من هذا القبيل ، لأنّ الظاهر أن الإجماع على بطلان الوكالة بالجنون والإغماء إنّما لو كانت الوكالة جائزة . وأمّا بعد عروض المانع لو كان المانع موجباً لأن لا يكون للموكّل سلطنة التوكيل ، فأمره واضح .

وأمّا لو كان عن مباشرة الموكّل للعمل ، كما لو قلنا : إن الصيد للمحرم يكون من هذا القبيل ، فحينئذٍ لا مانع من أن يوكّل في حال عروض المانع لأن يصيد شخص

آخر في هذا الزمان وما بعده.

وأمّا لو كان المانع للموكّل فيه كالطلاق في حال الحيض، فحينئذٍ لا مانع من أن يوكّل لأن يطلق بعد زوال المانع.

الثاني: في بيان ما هو مقتضى الأدلة، وهنا نقول: قد عرفت أنه لا مانع عقلاً من أن يوكّل في حال وجود العقل والكمال من أن يوكّل لحال وجود النقص، فضلاً عما بعده.

نعم، قد يقال من أنه ليس لأدلة الوكالة إطلاق حتّى يشمل هذه الصورة.

وفيه: أن ما يمكن أن يمنع فيه الإطلاق إنّما هو بالنسبة إلى أفراد ما يوكّل فيه كصحة الوكالة في القضاء بين الناس والحلف وأشباه ذلك.

وأمّا ما هو محل الكلام من بقاء الوكالة بعد تحققه أولاً، فثبوت الإطلاق له في الأدلة مسلّم، كما في صحيحة ابن سالم، بل صحيحة معاوية بن وهب وغيرهما.

وثانياً: قبل عروض المانع كان الوكالة ثابتة، ولذا كان العمل صحيحاً لو دفع قبله، فيستصحب.

نعم، فيما علم بالإجماع أنه يوجب العزل حال وجود المانع، فيستصحب عدم عود الوكالة فيه بعد زوال المانع لو لم نقل بثبوت العموم الأزماني لأدلة الوكالة بحيث يكون كل زمان فرداً للعام.

وثالثاً: إذا كان الموكّل فيه بمثل العقود بما دل العموم على صحته، نقول: إذا وقع في الحالة الّتي يشك في كونها مانعة عن الوكالة، إن خروج هذا العقد عن تحت العمومات غير معلوم.

إن قلت: إنّ العموم خصّ بقوله «**لا يحلّ مال امرئٍ**[1] [مسلم] **إلّا بطيب [من] نفسه**».

قلت: الإذن السابق كافٍ في صدق وجود طيب النفس، بل العقد ناشٍ منه، ولا

---

١) عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، في الأحاديث الفقهية، ش ٩٨. وفي دعائم الإسلام ٢٤٦/٢، كتاب النكاح، ح ٩٣١، قال ما نصّه: «.. لايحل لرجل من مال ولده شيء إلا بطيب نفسه: إلا أن يضطر إليه..». وفي وسائل الشيعة ٥٤١///٩، أبواب الأنفال، باب وجوب إيصال حصة الإمام، ح ٦/١٢٦٧٠ لايحل لأحد لأن يتصرف في مال غيره بغير إذنه.

يشترط تقارنه بالعقد ، كما إذا نام الموكل أو سهى عن التوكيل . وكالتوكيل في ضمن عقد لازم ، وكما إذا لم يبلغ خبر العزل إلى الوكيل ، كما تمسك المحقق الأردبيلي بالعمومات في الصورة الأخيرة . ولو شككنا في اشتراط تقارن الرضا ، **فنقول:** مخصص العمومات مردّد بين الأقل والأكثر .

نعم ، لو علم بطلان الوكالة حال المانع ، يستصحب عدم الوكالة بعد ذلك ، مع قطع النظر عن الدعويين اللذين أشرنا في الأمر الأول أنه يأتي بيانهما في موانع الوكيل . وتلخص أن الدليل على بطلان الوكالة بطروّ الموانع للموكل هو الإجماع ، فيقتصر على مورد ثبوته .

وفي مورد كان الكلام في شمول لفظ الموكّل خارج عن محل الكلام .

أقول: لا إشكال عند العلماء في عدم جواز التصرف للمجنون والمغمى عليه والسكران ، لأنّ جواز التصرف منوط بالعقل وإذا لم يجز لهم التصرف ، فلا يجوز لهم الإذن في التصرف .

وعلى هذا نقول: إنّ صحة تصرف الوكيل إنّما هو لحصول الإذن الّذي يصدق كون التصرف مصاحباً له . ولذا لو رجع عن الإذن في زمان من الأزمنة ، يبطل الوكالة . والسرّ في بطلان الوكالة إنّما هو عدم وجود الإذن .

ومن الواضح أنه في صورة يسقط عن قابلية أن يأذن أيضاً فلا إذن ، فيكون العمل فاسداً ، لأنّ الوكالة ارتفعت .

إن قلت: أي مانع في أن يأذن في حال شعوره لأن يفعل له شيئاً في حال إغمائه .

قلت: في حال الإغماء لم يكن له التصرف ، فلا يكون له أن يقيم شخصاً آخر ليفعل له شيئاً في زمان لم يكن له بنفسه أن يفعل ذلك الشيء في تلك الزمان .

إن قلت: عدم صحة التصرف له إنّما هو لعدم وجود العقل له في تلك الزمان والمفروض أن التوكيل يكون في زمان كان له العقل ، فلا ملازمة بين عدم جواز التصرف لنفسه وبين بطلان الوكالة .

قلت: هذا مسلّم من أنّه لا دليل عقلاً على بطلان هذه الوكالة إلّا أنّه يستفاد من الفقهاء /٤٥٥/ أن جواز التصرف في كل زمان منوط بأن يكون التصرف جائزاً للموكّل

في نفس تلك الزمان بحيث يستند التصرف إلى إذنه في نفس تلك الزمان ، إلّا أن المسلم من ذلك هو ما لو ارتفع جواز التصرف عن الموكل بالجنون والإغماء .

وأمّا لو ارتفع عنه جواز التصرف للفلس أو السفاهة ، بل للسكر أيضاً ، فلم نفهم منهم كون عدم جواز التصرف هنا للوكيل مسلماً . ولكنّا لو قلنا ـ كما هو كذلك ظاهراً ـ من أنّه ليس لأدلة الوكالة إطلاق حتّى يتمسك بها في مورد الشك ، **فنقول**: لا دليل على صحة الوكالة بعد عروض هذه الموانع إلّا أن يتمسك بالإستصحاب والإستصحاب مع الشك في المقتضي حجة على التحقيق .

وعلى هذا نلتزم بالبطلان في كل صورة قام الإجماع عليه .

نعم ، لو أحرزنا بطلان الوكالة في شيء من الأزمنة ، يكون مقتضى الإستصحاب بقاؤهم بعد ارتفاع المانع أيضاً .

هذا كلّه فيما لو عرض المانع عن جواز التصرف في الموكّل .

وأمّا لو عرض ذلك للوكيل ، أما لو مات الوكيل فلا إشكال في عدم قيام وارثه مقامه ، وأمّا لو عرض مانع آخر كالجنون والإغماء والسكر ، فلا إشكال في بطلان الوكالة حال وجود المانع ، وإنما الإشكال في جواز التصرف بعد زوال المانع « بالإذن العام » ، كما احتمله في المسالك[1] ، لشمول الإذن أولاً للزمان الّذي يرفع المانع فيه ، بل يحتمل عود نفس الوكالة ، كما نقل في الجواهر[2] عن كاشف الغطاء : « أن فيه وجهين مبنيين على أنّ العقود هل فيها عموم للأزمان ، فيستثنى منها ما علم إخراجه ويبقى الباقي [أوهى] متعلقة بزمان الوقوع وينجرّ الحكم بالإستصحاب ، فإذا انقطع استصحب انقطاعه حتّى يقوم الدليل على عوده ، ظاهرهم اختيار الأخير » .

وفي الجواهر أن كاشف الغطاء / ٤٥٦ / « نقل الإجماع على الأخير ، ولولاه أشكل الحكم حيث إنهم حكموا بعود الوكالة* بعد انقضاء الإحرام المانع من[3] مضيّها في

---

١) مسالك الإفهام ٢٤٧/٥ ، كتاب الوكالة ، موارد بطلان الوكالة .

٢) جواهر الكلام ٣٢٦/٢٢ ، في بيع الفضولي .

*) ***الوكيل في إجراء عقد النكاح أو البيع إذا صار محرماً أو معتكفاً ، لا نسلّم بطلان وكالته حين الإحرام والإعتكاف أيضاً ، لأنّ المانع إنما يكون مانعاً عن العمل كالوكيل في الطلاق إذا صار المرأة حائضاً .***

وفي كتاب الوكالة في شرح الإرشاد يسلّم عدم بطلان الوكالة هنا رأساً.

ثمّ لو فرضنا بطلان الشك في الوكالة حال الإحرام والإعتكاف وقلنا بعدم جواز التمسك بإطلاق لفظ الموكل ـ كما يوهمه العبارة المنقولة عن كاشف الغطاء ـ، فتتمسك باستصحاب بقاء الوكالة إلى بعد الخروج من المانع بالبيان الّذي ذكرنا في المتن بُعيد ذلك، مع أنّه لا مانع من التمسك بالعمومات لإثبات صحة عقد النكاح والبيع اللذين يصدران من الوكيل بعد زوال المانع، بالبيان الّذي تقدم في الحاشية السابقة الطويلة.

وأمّا في صورة خصّ العزل بوقت معين، فهو بنفسه يدلّ على الإذن في الموكّل فيه بعد ذلك الوقت. فلو لم نشترط في عقد الوكالة لفظاً خاصاً، فالعزل الموقت توكيل لما بعده، وإلّا فأذن في الموكّل فيه بعد ذلك الوقت، فلا مانع من صحة الموكّل فيه إذا صدر من الوكيل، كما أنه في سائر الأمثلة نقول: كل صورة يستفاد للإذن أو الوكالة من الموكل الّذي كان مالكاً وكان له قابلية أن يأذن لما بعد ارتفاع المانع، فحينئذٍ يصح العمل من الوكيل بعد رفع المانع، كما هو واضح.

وأمّا لو كان الشك في أن الموكل قابل لأنّ يوكل على نحو العموم، كما نقل في وكالة الجواهر ذلك عن بعض في صورة عرض الجنون والإغماء للموكل، فحينئذٍ نقول بصحة العقد الصادر عن الوكيل بعد رفع المانع للشك في خروج عقده عن تحت العمومات. وطيب نفس المالك يكون المفروض أنه موجود لعموم إذنه. إنما الشك في أن الشارع جعل إذنه بعد طروّ المانع كإذن الصبي أم لا، كما أنه لو علمنا أن المانع مانع عن جواز التصرف وشككنا في كونه رافعاً لنفس الإذن، يجوز التمسك باستصحاب الإذن ومجرد وجود الأثر للإذن بعد رفع المانع يكفي في صحة جريان الأصل فيه ولو لم يكن له أثر حين عروض المانع واستصحاب عدم جواز التصرف مسببي.

نعم، لو علم ارتفاع الإذن حين عروض المانع، فحينئذٍ نقول: لو كان ارتفاعه بتعبّد الشارع، وإلّا كان الإذن من المالك موجوداً.

فحينئذٍ لو شككنا في عود الإذن بعد رفع المانع وإن كان مقتضى الأصل عدم عود الوكالة والإذن، إلّا أنّه لا مانع من التمسك بالعمومات لصحة كل عقد يصدر من الوكيل بعد رفع المانع؛ بل في هذا الفرض لو كان الموكّل في غير العقود مما له عموم يقتضي الصحة، أيضاً نقول بصحته للقطع بعدم الفرق.

وأمّا لو كان ارتفاع الإذن والوكالة من باب عدم شمول لفظ الموكّل للإذن في حال المانع، فمن الواضح أن العمومات لا يقتضي صحة عقد الوكيل بعد رفع الإذن؛ لأنّ طيب نفس المالك غير موجود، بل لو شككنا في عموم إذنه، أيضاً لا يجوز التمسك بالعمومات، لأنّه من قبيل الشك في مصداق المخصص.

نعم، لو احتملنا ثبوت الإذن ولو حين عروض المانع بأن يكون المانع مانعاً عن مجرد التصرف، فلا مانع من استصحاب الوكالة أو الإذن أيضاً.

النكاح».

وقال: «يجري مثله في الإعتكاف المانع من البيع، وفيما إذا خصّ العزل بوقت معيّن وفي الخيانة والتفريط من غير الولي القهري يقوى عدم العود بالتوبة. ومثله ما وكّل في بيع مصحف أو مسلم، فارتدّ عن ملة وتاب أو أذن لزوجته أو عبده أو شريكه، فزالت الصفة، ثمّ عادت. وكذا لو انتقل عن المالك بعقد لازم أو جائز في عين أو منفعة، ثمّ عاد إليه أو زوّجت نفسها، ثمّ عادت خلية، أو كان وصياً لأحد الأبوين يمضي تصرفه لنقص الآخر، ثمّ كمُل، ثمّ نقص. وفي الجميع بحث،

فانحصر موارد بطلان عمل الوكيل بعد رفع المانع بصور:

منها أن يكون الإجماع عليه، كما يتوهم الإجماع في صورة عروض الجنون والإغماء للموكّل، أو لم يكن الإذن من المالك مثل ما تقدم من توكيل زوجته .. اه.

ومثل ذلك ما لو عزل الوكيل الغير القهري للتفريط أو الخيانة، ثمّ تاب أو رضي الأب إذا عزل برفع جنون الجدّ، ثمّ عاد الجنون، ولو شك في إذن المالك.

لكن في صورة لم يجر استصحاب الإذن، كما إذا علم عدم ثبوت نفس الوكالة والإذن حين عروض المانع أو شك في تحقق أصل الإذن على فرض عروض المانع من بدو الأمر، كما قيل، إنه لا ينعقد الوكالة على هذا الفرض.

ومما ذكرنا ظهر عدم تمامية ما نقل عن المسالك في تمام الأمثلة، لأنّ عموم الإذن في الكل غير معلوم؛ بل في توكيل مثل الزوجة .. اه، معلوم العدم، مع أنّ في بعض الموارد يكون الشك في قابلية المالك للإذن.

وأمّا ما نقل عن كاشف الغطاء، فنقول: إن العقود ليست على نسق واحد؛ لأنّه في غير العقود الإذنية يوجد متعلقها من الملكية والزوجية في زمان وقوع العقد، ثمّ يبقى مقتضى العقد بحكم الإستصحاب العقلي والنقلي.

وأمّا فيها فتابعة لعموم الإذن أو اختصاصها بزمان معين، والتوكيل من قبيل الثاني. فيرد عليه ما يرد على المسالك.

وأمّا ما ذكره الأستاد من كون زوال العقل كزوال الحياة، فمع أنه قياس، أن حكم المقيس عليه أيضاً غير معلوم.

وأمّا عود الممنوع يتمّ بعد إحراز المقتضي والعلم بانحصار المانع؛ فتدبّر جيّداً. (منه قدس سره).

٣) في المخطوطة: عن.

والإحتياط يقتضي بالعدم[١].

وقال الأستاذ ـ سلّمه الله ـ إنه بالنسبة إلى الجنون والسكر والإغماء لما تزول العقل، وأنت قد عرفت أنّ إنسانية الإنسان يكون بعقله، فإذا زال العقل، فكأنه مات، وإذا عاد العقل فكأنه صار الميت حياً، فكما أنه لا إشكال في عدم عود الوكالة إذا صار الميت حياً، فكذلك لا ينبغي الإشكال في أنه إذا عاد العقل، لم تعد الوكالة.

وأمّا سائر الموانع عن الوكالة كالإحرام والإعتكاف، فإنما تكون مانعاً عن الوكالة في زمان من الأزمنة. وإذا ارتفع المانع، يعود الممنوع، بخلاف مثل الجنون، فإنه بمنزلة ارتفاع نفس الوكيل من البين.

[الخلاف في عود الوكالة وعدمه]

ثمّ لا يخفى أنه يظهر من صاحب الجواهر أن الخلاف في عود الوكالة، كما يكون في صورة عاد العقل للوكيل بعد زواله، كذلك يكون الخلاف في صورة عاد العقل للموكّل بعد زواله، إلّا أنك قد عرفت أنه لا خلاف في عدم عود الوكالة في صورة عاد العقل للموكّل بعد /٤٥٧/ زواله.

أقول: قد تقدم أنا منعنا كون زوال العقل بمثل الموت.

نعم، الظاهر أن الإتفاق موجود على زوال الإذن والوكالة حين عروض الجنون والإغماء والسكر.

وعلى هذا، فنستصحب عدم الوكالة بعد عود العقل، لأنّه لم يحرز بعد أن يكون للعقود عموم للأزمان، كما ذكره كاشف الغطاء، مع أنّه على فرض تسليم ذلك، العموم موجود في عقد الوكالة ـ كما في الحاشية ـ، قد عرفت أنه لم نظفر على إطلاق على صحة الوكالة* على الإطلاق حتى نقول: إن للموكّل أن يوكّل من بدو الأمر لما بعد زمان يعود فيه العقل للوكيل.

وتمام الكلام في هذا المقام في محله.

---

١) جواهر الكلام ٣٢٦/٢٢.

*) *مع أن الإطلاق موجود بردّ أن عموم الإذن كافٍ. (منه قدس سره).*

وأمّا سائر الموانع الّذي يقوى في النظر فيها هو ما ذكره* في الجواهر من أنّ الوكالة لا تبطل بها من بدو الأمر، لأنّ الموانع المذكورة مانعة عن صرف العمل على طبق الوكالة حيث إن قابلية الإذن لم يرتفع فيها عن الوكيل.

وعلى هذا، فإذا كان باقياً وتمكن بعد زوال المانع من أن يعمل، فلا يبقى إشكال في أن لا يعمل على طبق الإذن، ولا يتوقف على إذن جديد.

إن قلت: إنك قلت من أنّه ليس لأدلة الوكالة إطلاق حتّى يتمسك به في مورد الشك.

قلت: بعد فرض أنه ليس لأدلة الوكالة إطلاق نقول: إن الإطلاق بحيث يشمل هذه الأفراد تكون موجودة فيها. ومع /٤٥٨/ غمض العين عن ذلك أيضاً يقول: إنه لا إشكال في أن الإذن كان موجوداً قبل عروض المانع، وبعد عروض المانع أيضاً قد عرفت أنّ المانع ليس مانعاً عن نفس بقاء الإذن، وإنما يكون مانعاً عن العمل.

وعلى هذا، فنستصحب بقاء الإذن إلى ما بعد زوال المانع والإذن، وإن لم يكن له أثر حين عروض المانع، إلّا أنّه لما يترتب عليه الأثر بعد زوال المانع، فلا مانع من استصحابه لما ذكرنا وجهه في أول حجية الظن عند بيان استصحاب عدم الحجية من أن يترتب الأثر الشرعي على بقاء الشيء مصحح لإجراء الإستصحاب فيه، وإن لم يكن له أثر قبل ذلك.

ومن الواضح أن الإذن على النحو الّذي كان موجوداً قبل عروض المانع لو كان باقياً بعده أيضاً، فيجوز للوكيل أن يتصرف، وكان تصرفه صحيحاً.

إن قلت: إن صحة العمل ليس أثراً لبقاء الإذن.

قلت: حال استصحاب الإذن ليترتب عليه صحة العقد كحال استصحاب الوضوء ليترتب عليه صحة الصلاة، كما ذكرناه في الأمر الثامن المذكور في باب الإستصحاب.

نعم، هذا الإستصحاب يكون مع الشك في المقتضي، ولذا أنكر الأستاد جريان

---

*) *هذا الإطلاق ممنوع، كما في الحاشية أشرنا إليه. (منه قدس سره).*

الإستصحاب في الإذن على ما نقلنا عنه في مقدمة الواجب وغيرها ، إلّا /٤٥٩/ أن هذا الإشكال أيضاً موهون عندنا ، حيث أثبتنا في محله حجية الإستصحاب ، ولو كان الشك في المقتضي .

قال في الشرايع : « فهل يجوز له أي للوكيل أن يتولى طرفي العقد ؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، وقيل : إن علم الموكّل جاز ، وهو [الـ]ـأشبه . فإن أوقع قبل إعلامه ، وقف على الإجازة »[1] .

أقول: تارة يقع الكلام في أن إطلاق الوكالة يشمل لنفس الوكيل أيضاً بحيث إذا وكله في شراء ثوب فيشتري من نفسه للموكل أم لا ؟

وتارة يقع الكلام في أنه إذا قلنا بشمول الإطلاق لنفس الوكيل ، أو قلنا بعدم شموله له في صورة الإطلاق ، إلّا أنّه صرّح بذلك من بدو الأمر بحيث قال : إشتَر لي من نفسك ثوباً ، أو لم يصرّح بذلك ولكنّه أعلمه بذلك بعد جريان عقد الوكالة ، فهل يجوز للوكيل أن يتولى طرفي العقد ، أم لا ؟

[إطلاق الوكالة لا يشمل لنفس الوكيل]

أما المقام الأوّل ، فنقول : إن إطلاق الوكالة لا يشمل لنفس الوكيل وحصول العلم من عقد الوكالة بكون الموكّل راضياً من أن يشتريه من نفسه أيضاً غير نافع في إخراج الشراء من نفسه للموكّل من كونه عقداً فضولياً ، لما تقدم في أول مسألة الفضولي من أنّ مجرد رضاء المالك واقعاً وحصول العلم به للعاقد غير مثمر في إخراج العقد عن الفضولية ، وإن تقدم المناقشة عليه .

فالحق في هذه الصورة عدم جواز التولي لطرفي العقد للوكيل ، خلافاً لأبي الصلاح والفاضل في جملة من كتبه وولده في الإيضاح[2] والشهيد[3] في الحواشي

---

١) شرائع الإسلام ٢٦٩/٢، فيما يحرم التكسب به .

٢) إيضاح الفوائد ٤٢٣/١، كتاب المتاجر، الآداب .

٣) الدروس ١٩٤/٣، درس ٢٣٧، بيع الفضولي وأحكامه .

واللمعة[١] على ما في الجواهر[٢].

في تولي الوكيل لطرفي العقد

وأمّا المقام الثاني، فالمشهور على صحة أن يتولى الوكيل لطرفي العقد، ولم ينقل فيه خلاف إلّا عن أبي علي والشيخ في النهاية والخلاف وموضع من المبسوط وابن إدريس في السرائر على ما في الجواهر[٣].

ونسب إلى النراقي[٤] أيضاً أنه اختار* عدم الجواز لوجوه:

منها أن العقد غير صادق على العقد الذي يتولى طرفيه /٤٦٠/ شخص واحد لأجل أن المراد من العقد هنا هو المعاهدة، وهو يحتاج إلى اثنين والتعدد الإعتباري غير كافٍ في تحقق عنوان المعاهدة.

ومنها أنه سلّمنا صدق العقد، إلّا أنّه نقول: إن الأدلة على صحة العقود والمعاملات يكون منصرفة عن مثل هذا العقد.

ومنها أنه سلّمنا عدم انصراف الإطلاقات عن مثل هذه العقود، إلّا أنّه ورد أخبار خاصة على بطلان العقد الّذي يتولى طرفيه شخص واحد، كموثقة إسحاق بن عمّار: «**سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يبعث إلى الرجل، يقول له: ابتع لي ثوباً، فيطلب له في السوق، فيكون عنده ما يجد له في السوق، فيعطيه من عنده، فقال: لاتقربنّ هذا ولا يدنس نفسه، إن الله - عزّ وجلّ - يقول: ﴿إنا عرضنا الأمانة على السمٰوات والأرض والجبال، فأبين أن يحملنَها وأشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوماً جهولاً﴾**[٥]. **وإن كان ما عنده خير مما يجد له في السوق، فلا يعطه من**

---

١) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ٢٤٣/٣، كتاب المتاجر، في عقد البيع وآدابه.

٢) جواهر الكلام ٣٢٧/٢٢، في أن للوكيل أن يتولى طرفي العقد.

٣) جواهر الكلام ٣٢٧/٢٢.

٤) مستند الشيعة ٣٠٣/١٤، في شرائط المتعاقدين.

*) *في أواخر كتاب وكالة الجواهر «أنه حكى هذا القول عن جماعة، بل عن غاية المرام نسبته إلى كثير من أصحابنا». (منه قدس سره).*

لاحظ: جواهر الكلام ٤٢٩/٢٧.

٥) الأحزاب: ٧٢.

عنده»[١].

وكالرضوي: «وإذا سألك رجل شراء ثوب[٢]، فلا تعطه من عندك، [فإنه خيانة] ولو كان الّذي عندك أجود مما عند غيرك»[٣].

في بيع الجواهر[٤] ينقل خبر[اً] آخر يدل على هذا المدعى[٥]؛ يقول: إنه حسن أو صحيح، كما أنه في كتاب الوكالة قبل الشروع في باب التنازع[٦] ينقل بقريب من هذا المضمون أخباراً أخر، أحدهما من ابن حكم[٧] وأخرى من القلانسي[٨] وأخرى من ابن حمزة[٩].

ونحن نقول: لا يخفى عليك أن مقتضى الوجهين الأولين بعد فرض صحتهما عدم جواز أن يتولى شخص واحد لطرفي العقد.

وعلى هذا، فلا مانع من أن يوكل الوكيل شخصاً آخر في بيع باعه، ثمّ يشتري منه.

ولكن مقتضى الأخبار بطلان ذلك، كما أن الوجه الثالث وهو الأخبار لا يدل على بطلان عقد صدر من إنسان كان وكيلاً عن كل واحد من البايع والمشتري، بخلاف الوجهين الأولين.

---

١) وسائل الشيعة ٣٨٩/١٧، أبواب آداب التجارة، باب أن من أمر الغير أن يشترى له لم يجز له أن يعطيه من عنده، ح ٢/٢٢٨١٥.

٢) في المخطوطة: ثوبه.

٣) فقه الرضا - عليه السلام -: ٢٥١، باب التجارات والبيوع والمكاسب.

٤) جواهر الكلام ٣٢٧/١٢.

٥) انظر: وسائل الشيعة ٣٨٩/١٧، أبواب آداب التجارة، باب أن من أمر الغير أن يشتري له لم يجز له أن يعطيه من عنده، ح ١/٢٢٨١١٤. (خبر ابن حكم).

٦) جواهر الكلام ٤٣٠/٢٧، كتاب الوكالة، الفصل السادس، المسألة السابعة.

٧) كما مرّ آنفاً.

٨) وسائل الشيعة ٣٩١/١٧ أبواب آداب التجارة، باب أن من أمر الغير أن يبيع له لم يجز له أن يشتري لنفسه، ح ١/٢٢٨١٨.

٩) وسائل الشيعة ٣٩١/١٧، ح ٢/٢٢٨١٩.

[بيان صحة الوجوه المذكورة وسقمها]

وإذا عرفت ذلك، فلنتعرض لبيان صحة الوجوه المذكورة وسقمها، **فنقول**:

أما الأول، وهو عدم صدق العقد، فممنوع أشدّ المنع* . والمغايرة الإعتبارية كافية في تحقق التضايف المعتبر في المقام، حيث إن /٤٦١/ هذا الشخص من حيث إنه وكيل، بايع، ومن حيث إنه مالك للثمن، مشترٍ مثلاً.

أقول: مع غمض العين من أنّه لا وجه من منع صدق البيع والإجارة إلى غير ذلك عن العقد الّذي تولى طرفيه شخص واحد، نقول: لا إشكال في أنه إذا باع ماله من ماله من موكّله، فيصدق في حقه أنه عهد على أن يكون ماله بإزاء مال الموكل، فيشمله ما دل على وجوب الوفاء بالعهود والعقود.

وإذا وجب عليه الوفاء، فيجب على الآخر أيضاً، كما أشرنا إلى نظير هذا المطلب في أوائل مسألة الفضولي.

هذا، مع أنك قد عرفت من أنّه لا وجه لمنع صدق العقود عليه جنساً ونوعاً، بل يصدق عليه العقد والبيع، بل هو من أفرادها الشايعة الّتي جرت عادة الناس عليها، كما في الجواهر.

هذا، مضافاً إلى ما عرفت من أنّه لا إشكال في جواز أن يتولى الولي الإجباري لطرفي العقد، مع أنّ هذا الإشكال على فرض صحته مشترك الورود بين تلك الصورة وما نحن فيه.

وأيضاً ينقل في وصية الرياض[١] خبراً يكون ضعفه منجبراً بهذا المضمون من أنه «هل للوصي[٢] أن يشتري من مال الميت إذا بيع فيمن زاد، يزيد[٣] ويأخذ لنفسه؟ فقال: يجوز إذا اشترى صحيحاً»[٤].

---

*) *أقول. (منه قدس سره).*

١) رياض المسائل ٥٠٠/٩، كتاب الوصايا.

٢) في المخطوطة: للموصى.

٣) في المخطوطة: فيزيد، وأيضاً في الكافي ٥٩/٧، باب النوادر، ح ١٠.

٤) وسائل الشيعة ٤٢٣/١٩، كتاب الوصايا، باب جواز شراء الوصي من مال الميت، ح ١/٢٤٨٨١.

في كتاب الوكالة قبل باب التنازع في الجواهر[١] ينقل خبراً من إسحاق بن عمار[٢] يكون فيه الدلالة على هذا المقصود.

وأمّا الثاني، وهو دعوى انصراف ما دل على صحة المعاملات والعقود عن مثل هذا العقد، فهو أيضاً ممنوع بأشدّ المنع، مع أنّ هذه الدعوى لو تم، فيقتضي بطلان العقد الّذي تولى طرفيه الولي الإجباري، مع أنك قد عرفت أنّ الإجماع ثابت على الصحة هناك.

هذا، مع أنّه لو أغمضنا عن جميع ذلك، فنقول: إن دعوى الإنصراف إنما يصح في المطلقات مثل ﴿ **أحل الله البيع** ﴾[٣].

وأمّا دعوى الإنصراف في العمومات مثل ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾[٤] فغير متوجّه.

أقول: قد نقلنا عن الأستاد وحكي عن القوانين أيضاً أن دعوى الإنصراف في العمومات يصح بالنسبة إلى المادة.

مثلاً لفظ العقد قد يدعى عدم صدقه على العقد الّذي تولى طرفيه شخص واحد وهو متعلق بالوجه الأوّل. وقد يدعى من أنّ /٤٦٢/ لفظ العقد وإن يشمل هذا العقد، إلّا أنّه عند الإطلاق يكون منصرفاً عنه. والجمع المحلّى باللام إنما يشمل كلّ عقد لم يكن لفظ العقد عند الإطلاق منصرفاً عنه.

نعم، أصل الدعوى المذكورة موهونة في نفسه، لما نرى بالوجدان ظهوراً في ألفاظ العمومات بأكثر مما نثبت إرادته من الأفراد في المطلقات، مع أنّه على فرض صحة الدعوى المذكورة، لا يبقى فرق بينهما*.

---

١) جواهر الكلام ٢٧/٤٣٠، كتاب الوكالة، في اللواحق، المسألة السابعة.

٢) كما مرّ آنفاً.

٣) البقرة: ٢٧٥.

٤) المائدة: ١.

*) ***لا يخفى أنّ عدم جواز التمسك بالإطلاق تارة من جهة انصراف المطلق عن الفرد وهذا في صورة صار المطلق بحيث لا يحمل عند العرف عليه بحيث كأنه حصل له حقيقة عرفية في غير معناه الأصلي، ففي هذه الصورة لا فرق بين العموم والإطلاق.***

وتارة من جهة مجرد أن الفرد من الأفراد النادرة، أو أن غلبة الإستعمال في غيره، أو لضرورة

ثمّ إنه مع غمض العين عن ذلك كلّه، نثبت شمول الأدلة بمثل هذا العقد بما ذكرناه في الوجه الأوّل.

[الجواب عن الأخبار الواردة في المقام]

بقي الكلام في الجواب عن الوجه الثالث وهو الأخبار، فنقول: إن مورد الأخبار في ما إذا كانت الوكالة مطلقة.

وعلى هذا، فالنهي عن الشراء عن نفسه إنما هو لأجل عدم شمول الوكالة لأن يشتري عن نفسه.

ولو سلّمنا أن النهي في الأخبار عن الشراء في نفسه إنما هو بعد فرض شمول الوكالة ولو بواسطة القرابة لأن يشتري عن نفسه، فحينئذٍ نقول: إن في الأخبار قرينة على أنّ النهي للكراهة وهو قوله عليه السلام «**لا تدنس نفسك**»[1].

هذا، مع أنا نقول: نحن وإن قلنا بدلالة النهي على التحريم، بل الفساد، إلّا أنّه نقول: إن الأخذ بهذا الظهور كسائر الظواهر مقيّد بصورة لم يكن في البين خصوصيات توجب لإسقاط تلك الظواهر. وذلك كاستبعاد أن يكون للشارع حكم تعبدي صرف في المعاملات، مع أنّ المشهور يقولون بصحة البيع مع أنّه يستشمّ رائحة الكراهة من الأخبار.

وهذا كلّه يصير معيناً لأن تحمل النهي في هذه الأخبار /٤٦٣/ على الكراهة.

هذا، ولا يخفى عليك أنه ورد في خصوص باب النكاح رواية تدل على عدم جواز أن يتولى الوكيل لطرفي العقد مع تصريح الموكّل بأن ينكح الوكيل لنفسه وهو موثقة عمار الساباطي: «**سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة**[2] **تكون في أهل بيت وتكره أن يعلم بها**

غيره متيقناً من الكلام، وأشباه ذلك.

فهنا لا يجوز التمسك بالإطلاق للفرد النادر وشبهه في الجملة، لعدم جريان مقدمات الحكمة لإثبات العموم. وهذا بخلاف اللفظ الّذي وضع للعموم، فإنه يتمسك به هنا على نحو الإطلاق.

ففيما نحن فيه لا مانع من جواز التمسك بالعموم أصلاً. (منه قدس سره).

١) النوادر: ٨٧، باب نكاح المتعة وشروطها، ح ١٩٨.

٢) في المخطوطة: المرأة، حيث أخذ المصنف من الجواهر ٣٣٠/٢٢.

أهل بيتها، أيحلّ لها أن توكّل رجلاً يريد أن يتزوجها، تقول له: وكّلتك فاشهد على تزويجي؟.

قال: لا.

قلت: جعلت فداك! وإن كانت أيّماً* **؟

قال: وإن كانت أيّماً.

قلت له: فإن وكلت غيره، يتزوّجها [منه][1]؟

قال: نعم»[2].

ونحن نقول: أما سند الرواية، فلا إشكال فيه حيث إن الساباطي وإن كان على ما نقل فطحياً، إلّا أنّه موثق، بل نحن نقول بحجية جميع الأخبار الّتي في كتب الفقهاء بعد ما انسدّ باب العلم علينا.

نعم، يشترط في حجية الرواية أن لا تكون معرضاً عنها عند الفقهاء.

وعلى هذا نقول: إن هذ الخبر يكون مما أعرض الأصحاب عنها، لما عرفت من ندرة القائل ببطلان عقد الوكيل إذا صرّح الموكل به في عقد الوكالة.

أقول: في أواخر وصية الرياض[3] عند قول المصنف «وأن يقوّم مال اليتيم على نفسه»[4] «وقد ادعى الطوسي[5] على كفاية التغاير الإعتباري إجماعنا»؛ إنتهى.

فتعين القول بصحة أن يتولى الوكيل لطرفي العقد في الجملة، بل نحن لا نحتاط من جهة كفاية التغاير الإعتباري.

نعم، نحتاط في صورة كان العاقد واحداً وكان الأمر على طريق الخفية، لأنّ فتح

---

*) *في نسخة الجواهر: آيساً، وهو أنسب. (منه قدس سره).*

**) *هذه النسخة حكي عن المختلف ولفظ «أيّم» جمعه أيامى ومعناه على ما نقل عن بعض كتب اللغة هو المشتاقة إلى البعل. فيستعمل فيمن لا زوج له. (منه قدس سره).*

لاحظ: مجمع البحرين ١٤٠/١، باب الألف، (أ ى م).

١) في المخطوطة: «يروّجها» بناءً على ما في الجواهر ٣٣٠/٢٢. نعم في نسخة من الوسائل: فيزوجها.

٢) وسائل الشيعة ٢٨٨/٢٠، أبواب عقد النكاح، باب ثبوت الولاية للوكيل ...، ح ٤/٢٥٦٤٨.

٣) رياض المسائل ٥٠٠/٩، كتاب الوصايا.

٤) المختصر النافع: ١٦٥، كتاب الوصايا.

٥) الخلاف ٢٨٤/٤، مسألة ٤٨.

باب صحة مثل هذا العقد ، مع أنّ شيوع أن أرحام المسلمين من النساء يدخلن بيوت غيرهم دائماً ويكونون راغبين على النكاح لو كان الأمر على /٤٦٤/ نحو الخفية ، يوجب لبعض المفاسد في الأعراض .

ولا يخفى أنه ليس في الرواية ما يدل على أنّ النهي عن النكاح في صورة كان الوكيل هو الزوج يكون لأجل اشتراط تعدد الموجب والقابل ، لا لأجل هذه الجهة الّتي نحن ذكرناه ، فيكون القدر المتيقن هو الصورة الّتي اجتمع الجهتان فيها .

وفي مثل هذه الصورة نقول : وإن اعترفنا بعدم حجية الرواية ، إلّا أنّه مع ذلك لا نرفع اليد عن الإحتياط في مثل هذه الصورة .

أقول: أما في صورة صرّح الموكل بأن يشتري الوكيل أو ينكح عن نفسه ، فليس إشكال في صحة كل واحد من البيع والنكاح عن نفسه .

أما في غير النكاح ، فلما تقدم من صدق العقد وشمول الأدلة لصحته على تفصيل تقدم ، والأخبار الناهية عن البيع عن نفسه على فرض أن نقول : يكون النهي فيها تحريمياً ودالاً على الفساد ، أيضاً لا دخل لها بهذه الصورة ؛ لأنّ موردها إنما هو في صورة كانت الوكالة مطلقة .

بل لو قلنا بأن إطلاق الوكالة يقتضي الإذن في أن يشتري الموكّل عن نفسه أيضاً وقلنا بكون النهي للتحريم والفساد ، أيضاً نقول بعدم جواز التمسك بتلك الأخبار للفساد في صورة صرح الموكل بذلك حتّى بالمناط ، لاحتمال أن يكون الوجه في النهي عن الشراء عن نفسه في صورة إطلاق الوكالة هو تدنيس النفس وجعلها محلاً للإتهام . وشيء من ذلك لا يجيء في صورة صرّح الموكل بذلك ، بل لو حملنا النهي على الكراهة أيضاً لا نلتزم بالكراهة في صورة التصريح .

وأمّا في النكاح ، فلأنه ليس في البين ما يخرجه عن القاعدة إلّا موثقة عمار الساباطي .

وأنت قد /٤٦٥/ عرفت أولاً أنها لا تدل على النهي من أن يتولى شخص واحد لطرفي العقد ، لاحتمال أن يكون الغرض من النهي شيء آخر ، كما تقدم .

في صحة أن يتولى الشخص للإيجاب والقبول

نعم، في صورة اجتمع الجهات، كما لو كان الزوج هو المتولي للإيجاب والقبول ولم يكن غير الزوج والزوجة حاضراً في المجلس ولا مطّلعاً على العقد، فهنا يدل الرواية بمقتضى ظاهر حرف النفي على الفساد.

إلّا أنّك قد عرفت أنّ هذه الرواية مع وثاقتها ليست معمولاً بها، وهذا يوهنها ويسقطها* عن الحجية، بل الظاهر أنه لم يعمل أحد على هذه الرواية حتّى أن من

---

*) لنا في أصل دلالة هذه الرواية تأمل، وذلك لأنّ قوله عليه السلام «لا» في جواب قول السائل أيحل لها .. اه، معناه أنه لا يحل للمرأة أن يوكل من يريد أن يزوجها في الحضور على تزويجها بأن يزوجها لنفسه، لتوكيل المرأة إياه.

وعلى هذا نقول: لوكان منع المرأة عن توكيل أعم من أن يوكّل الزوج شخصاً من قبل نفسه في إجراء العقد، فلا يدلّ على أنّ المنع لأجل تولي شخص واحد لطرفي العقد.

نعم، يجوز دعوى ظهور الرواية في صورة لم يوكّل الزوج شخصاً آخر من قبل نفسه، بل يتولى طرفي العقد بنفسه إلّا أن هذا الظهور ناشٍ من ظهور الرواية في أن المقصود إجراء العقد خفية بحيث لم يطلع عليه أحد كما يلوح من لفظ «إشهد على تزويجي» ومن قوله «تكره أن يعلم بها أهل بيتها».

وأمّا قوله «نعم» في جواب «فإن وكلت غيره» أعمّ من أن يوكّل الزوج أيضاً ذلك الوكيل فيتولى الوكيل لطرفي العقد، فيدل على جواز تولي الوكيل لطرفي العقد. فينحصر المنع بصورة يقول الزوج لطرفي العقد خفية من دون أن يطلع عليه أحد.

ثمّ إنه في خصوص هذه الصورة أيضاً ليس المنع عن النكاح، بل عن التوكيل، فلا يدل على بطلان النكاح إلّا من باب بطلان الوكالة لو قلنا ببطلان الوكالة والإذن، فلا ينافي مع إجازة نفس هذا العقد بعد ذلك.

بقي الكلام في أن الرواية تدل على بطلان الوكالة، أم لا.

فنقول: إنه لم يتعلق النهي بالتوكيل ليكون ظاهراً في فساده كسائر النواهي المتعلقة بالمعاملات، بل إنما تعلق عدم الحلية بالتوكيل، ونحن منعنا ظهور لفظ «يحرم ولا يحلّ» وأشباه ذلك في الفساد في مسألة النهي في العبادات.

نعم، يمكن أن يقال بدلالة «لا يحلّ» على بطلان الوكالة من وجوه:

منها أن يدعى أن الظاهر من قوله «لا يحلّ» أنه لا يصح، وفيه المنع.

ومنها أن «لا يحل» يكون متعلقاً بالتوكيل بقصد ترتب الأثر، يعني بنفس ترتب الأثر وحرمة ذلك على الفساد.

قلت: ذكرنا في أواخر النهي في العبادات أنه لا مانع من أن يكون المعاملة الصحيحة الّتي يترتب عليه الأثر، إذا وقع على نحو خاص كوقوعه خفية ـ كما فيما نحن فيه ـ يكون حراماً. فتعلق الحرمة

يقول بالفساد، إنما يقول لوجه آخر يشمل سائر العقود أيضاً.

وأمّا في صورة لم يصرح الموكّل بأن يشتري الوكيل عن نفسه، فنقول: لو قلنا بعدم شمول الإطلاق لنفس الوكيل، فلا إشكال في الأخبار، لأنها أيضاً يكون مقتضاها ذلك.

لا يقال: إن قوله عليه السلام «**ولا يدنس نفسه**»[1] يكون الظاهر منه أن جهة النهي هو الأمور الخارجية، لا عدم شمول قوله «إشتر» للإشتراء عن الوكيل، بتقريب قد تقدم في كلام الأستاد ـ سلّمه الله ـ، لأنا نقول: ليس الأمر كذلك وذلك لأنّ تدنيس النفس إنما هو لتخلف الأمانة، كما يستفاد من تمسكه عليه السلام بالآية.

ومقتضى ذلك أن لا يكون مأذوناً في الشراء عن نفسه حتى يكون الشراء عن نفسه تخلفاً عن الأمانة، حيث إن الموكل أمِنها في أن يشتري من غيره، فاشترى من

بمثله غير منافٍ للصحة.

ومنها أن الحرمة ملازم للفساد للأخبار، مثل قوله «إنما عصى سيده».

وفيه: أنا ذكرنا في محله أن الأخبار لا تدل بأزيد من أنّ المعاملة إذا صارت حراماً، لا لأمر خارج، يكون فاسداً.

وفيما نحن [فيه] يحتمل أن يكون حرمة التوكيل لأجل كونه خفية مع النكاح الواقع بعده، بل تقدم أن الرواية ظاهرة في ذلك.

ثمّ لو سلّمنا أن الخبر يدل على بطلان التوكيل، أيضاً نقول: إن ذلك لا يدل على بطلان النكاح في صورة أمد بالنكاح، أو أذن فيه، بل في صورة أجري عقد الوكالة أيضاً نقول: إذا بطل الوكالة يبقى الإذن؛ لأنه الرضاء الّذي يكون له كاشف لفظي مثله، وعنوان إنشاء التوكيل كان أحد مشخصاته. فإذا بطل، لم يذهب الإذن من البين، وليس عنوان الوكالة من قبيل الفصل للإذن، نظير الرضاء بالتصرف الّذي يكون في تمليك المال للغير، كما اعترف به في كتاب الوكالة من الجواهر [جواهر الكلام ٣٥٢/٢٧، كتاب الوكالة] *أيضاً في مسألة الوكالة المعلقة، مع أنك قد عرفت أنّ رفع الوكالة والإذن غير مانع من أن يجيز نفس هذا العقد بعد ذلك.*

فتلخّص أن مفاد الخبر حرمة أن يوكّل الزوجة الزوج في تولية نكاحها خفية بحيث لا يطلع عليه أحد.

يعني أن مقايسة الرضاء هنا بالرضاء في التصرف الذي في التمليك في غير محله. (منه قدس سره).

١) كما مرّ آنفاً.

نفسه ، فتخلف الأمانة .

إن قلت: يجوز أن يكون تخلف الأمانة من جهة أنه إذا شرى من نفسه ، فلا يماكس في قيمته أو يعطيه مطاعاً أدون من السوق .

قلت*: مع قطع / ٤٦٦ / النظر عن بعد هذا الإحتمال في نفسه ، يكون في الرواية ما ينافي هذا الإحتمال وهو قوله عليه السلام « **وإن كان ما عنده خير مما يجد له في [السوق] ، فلا يعطه من عنده** »[1] .

مع أنا نزيد على ما ذكره الأستاد بأن النهي كان للتحريم وحمله على الفساد للقرينة وهو تعلقه بالأسباب المقابلة للصحة والفساد ولغير ذلك . وهنا مع قطع النظر عن عدم تعلقه بعنوان المعاملة ، مع أنّ قرينة الحمل على الفساد تقول : إنه اقترن بقوله « **لا يدنس** » وهو مانع من صرف النهي عن ظاهره وهو التحريم وحمله على الفساد لأنّه قوله « **لا يدنس** » يناسب الكراهة أو الحرمة ، لا الفساد .

وأمّا لو قلنا بشمول الوكالة لنفسه ، فحينئذٍ لابدّ من أن نتصدى للجواب عن الأخبار أو نلتزم بمضمونها .

[الكلام بمقتضى القاعدة]

فنقول: نحن نتكلم هنا تارة فيما هو مقتضى القاعدة ، وتارة فيما هو مقتضى الأخبار .

أما المقام الأوّل ، فنقول : لا يخفى عليك أنه لو قطع الوكيل بأن الموكّل راضٍ من أن يشتريه من نفسه وكان في الواقع أيضاً راضياً ، ولكن قلنا بعدم شمول إطلاق الوكالة له ؛ فحينئذٍ لو اشترى الوكيل من نفسه ، ففي صورة هذا العقد فضولياً وعدمه إشكال قد تقدم الكلام فيه في أول الفضولي . وأنا رجّحت هناك كفاية الرضا المجرد في إخراج العقد عن الفضولية ، والكلام في استكشاف رضا المالك هنا من اللفظ بحيث

---

*) *مجرد التجويز غير مضرٍّ فيما هو محل الكلام من احتمال كون النهي من هذه الجهة . (منه قدس سره)* .

١) كما مرّ .

كان اللفظ شاملاً له بإطلاقه .

فنقول: إن حال هذا المطلق كسائر المطلقات .

وعلى هذا ، فلو قلنا : إنه لا فرق في إرادة المتكلم بمثل « إشتر لي ثوباً » بين أن يشتريه من نفسه أو غيره .

فهنا نقول بشمول الوكالة لأن يشتريه من نفسه . وكذا لو قلنا بأنه وإن ينسبق إلى الذهن أنه أراد غير نفس الوكيل ، إلّا أن هذا الإنسباق يكون بدوياً بحيث بعد التأمل يصير حال إرادة غير الوكيل أو نفس الوكيل على نسق واحد .

وأمّا لو قلنا بأن إرادة الشراء من غير نفس الوكيل يكون معلوماً على جميع التقادير وأن معلومية هذا المقدار إنما نشأ من نفس اللفظ منضمّاً إلى القرائن المحتفية بالكلام لا بواسطة الخارج من اللفظ والقرائن المحتفية به في مقام الإستعمال* . وإذا /٤٦٧/ عرفت ذلك ، فاعلم أن صاحب الجواهر يدعي أن انسباق غير نفس الوكيل إلى الذهن يكون بدوياً ، فلا يمنع من شمول الإذن له . ولكنّا نقول : إن عبارة الموكل لو كان مثل «إشتر لي ثوباً » ، فالظاهر أن انسباق غير المتكلم ليس انسباقاً بدوياً ، بل لأنّ إرادة غير نفس الوكيل يكون قدراً متيقناً من هذا المطلق بنفسه ، لا من الخارج .

هذا ، مع أنّ الشك في ذلك أيضاً يكفي لعدم شمول الإذن للشراء عن نفس الوكيل ، لأنّ مقدمات الحكمة بعد الشك في ذلك أيضاً غير جارية حتّى يعمّم الإذن بعد ما كان مقداراً من الإقرار متيقناً في إرادة المتكلم .

نعم ، نحن لم نجعل كل مورد يكون في البين للمطلق أفراد علم إرادتها ولو من نفس اللفظ مانعاً عن جريان مقدمات الحكم لإثبات الإطلاق ، إلّا أنّه نقول : لا أقل من أن ما نحن فيه يكون مشكوكاً من أنّه منها . ومع ذلك لا يجري مقدمات الحكمة حتّى يثبت الإطلاق .

وأمّا لو كان عبارة الموكل أنك وكيل في شراء ثوب لي ، فقد يخطر بالبال من أنّه لا إشكال في شموله لنفس الوكيل . وفيه أيضاً تأمل .

---

*) *فنسلّم عدم جريان مقدمات الحكمة للتعميم إلى نفس الوكيل في هذا الفرض . (منه قدس سره) .*

[الكلام بمقتضى الأخبار]

وأمّا الأخبار، فنقول:

منها ما هو وارد في باب الوكالة في البيع والشراء. وفي الجواهر ذكر بعض تلك الأخبار هنا وبعضها في كتاب الوكالة.

ومنها ما هو وارد في باب الوكالة في إعطاء الزكوات وغيرها إلى أهلها. وقد ذكرها في المكاسب قبل مسألة الخيارات[1] والأخبار /٤٦٨/ في المقامين متعارضة.

وعلى هذا نقول:

أما الطائفة الأولى* ، فبعد ما قلنا من أن إطلاق الوكالة لا يشمل الشراء من نفس

---

١) انظر: كتاب المكاسب ٣٦/٤، مسألة إذا رفع الانسان إلى غيره مالاً يصرفه في قبيل يكون المدفوع إليه منهم.

*) ***بعد ما تقدم من أنّ العقد وغيره من عناوين المعاملات كانت صادقة على عقد يتولى طرفيه شخص وأن العمومات غير منصرفة عنه، فحينئذٍ نقول: الخبر الواردة لماكان صريحاً في توكيل نفس الوكيل ولم يكن له معارض في باب النكاح، فكان الجواب عنه منحصراً بمنع دلالته على الفساد أو عدم حجيته، كما تقدم الكلام.***

وأمّا الأخبار الواردة في النكاح بدلالتها على شمول التوكيل لنفس الوكيل بالإطلاق مع أن لها معارض، فيوجد هنا جوابان آخران مع اقتضاء إطلاق الوكالة لشموله للوكيل أو التصرف في الأخبار الدالة لأجل الجمع بين المتعارضين.

وكل من الطرق الثلاثة للجواب مستفاد من أطراف ما ذكرناه في المتن. ومنع شمول الإطلاق من الوكيل ـ كما ذكره في المتن ـ غير متوقف على مقدمة خارجية.

وأمّا الأخيران متوقفان على اعتبار سند المعارض، أو ما يكون شاهد الجمع أنّ مع شمول إطلاق الوكالة لنفس الوكيل.

فإن الأخبار يكون التوكيل منها بمثل «إشتر لي ثوباً» وشبهه الّذي منعنا شموله لنفس الوكيل في آخر المسألة، وذكرنا أن مثل «لا يدنس نفسه» في خبر إسحاق لا يدل على شمول الوكالة لنفس الوكيل، بعد أنه يتمسك بالآية، مع أنّ تخلف الأمانة لا وجه صحيح له بالمجهول إلّا بعدم شمول الوكالة لنفس الوكيل.

والتعليل في خبر القلانسي وابن حمزة ملخصه أن تلك النحو من المماكسة الّتي يتفق لوكان الشراء من غير الوكيل، لا يتحقق في حق نفسه. وهذا التعليل لا مانع من أن يكون لعدم شمول الوكالة لنفس الوكيل.

وأمّا على تسليم شمول الوكالة للوكيل، نقول: قوله في خبر إسحاق «لا يدنس نفسه» ظاهر في

الوكيل ، ولكنّه إذا قطع بأنه راضٍ بالشراء من نفسه ، فيجوز له أن يشتري من نفسه ، فيجوز أن يقال : من أن ما دل على عدم جواز الشراء من نفسه ، فمحمول على صورة لم يقطع الوكيل بأنه راضٍ بالشراء من نفسه ، وأن ما دل على جواز الشراء من نفسه ، فمحمول على صورة قطع بأنه راضٍ بالشراء من نفسه .

ويشهد على هذا الجمع ما ذكره في الجواهر في كتاب الوكالة[١] من خبر ميسر قال : «**قلت له : يجيئني الرجل ، فيقول : تشتري[٢] لي ويكون ما عندي خيراً من متاع السوق**»[٣] .

قال : إن أمنت ان لا يتهمك ، فاعطه من عندك ، وإن خفت أن يتهمك ، فاشتر له من السوق .

وذلك لأنّ الأمن من الاتهام إنما يحصل في صورة يقطع بإنه لا فرق في نظر الموكل بين أن يشتريه من نفسه أو من غيره .

ثمّ لا يخفى أنّ الظاهر أن هذا الجمع بين هذه الأخبار يكون متعيناً من وجهين :

الأوّل من جهة أن من المستبعد أن يكون الأخبار بصدد بيان حكم تعبدي صرف غير منطبق على القواعد ، كما اعترف به الشيخ قبل مسألة الإحتكار[٤] وهكذا غيره .

وعلى هذا ، فنقول : إنه لا جمع أقرب مما ذكرناه ، مما لا يخرج عن القواعد ، مع أنّ شاهد الجمع الّذي ذكرناه أيضاً قوي ، كما لا يخفى على المتأمل الغير المشوّش ذهنه .

الثاني من جهة كون هذا الجمع أقرب في نفسه ولو مع غمض العين من /٤٦٩/ أن

الكراهة ، فيدل على الصحة ، فيوجب التصرف في غيره ، أو لا أقل من عدم ترجيح العكس ، كما أنه بعد تسليم ظهور الكل في فساد عقد الوكيل لنفسه نقول : إن الأخبار معارض بما في خبر آخر من إسحاق من قوله «أعطه أرخص ما تجد له» .

ولا مانع من جعل خبر ميسر شاهد جميع من التفصيل بين صورة يحتمل الإتهام وغيره وأنه للقطع بالرضاء في الثاني دون الأوّل ؛ فتدبّر ، فإنه تلخيص لما فيه التفصيل . (منه قدس سره) .

١) جواهر الكلام ٤٣١/٢٧ ، كتاب الوكالة .

٢) في المخطوطة بناء على الجواهر : تشتر .

٣) وسائل الشيعة ٣٩٠/١٧ ، أبواب آداب التجارة ، باب أن من أمر الغير أن يشتري له لم يجز له أن يعطيه من عنده .. ح ٤/٢٢٨١٧ .

٤) كما مرّ .

الأخبار لابدّ من أن ينطق على القواعد . وذلك لما عرفت فيما تقدم أن موثقة إسحاق بن عمار ظاهر في أن عدم الجواز إنما هو لعدم شمول الإذن له . وهذا الخبر المتقدم ذكره يدل على أنه مع القطع بأن الموكل لا يناقش عليه وراضٍ بفعله ، لا مانع من أن يشتري من نفسه .

ومن الواضح أن هذا كلّه يصير شاهداً للجمع الّذي ذكرناه عند العرف .

ولا يخفى عليك أنه لا يجوز مع ذلك كلّه أن يعدّ هذه الأخبار في عداد ما دل على كفاية مجرد رضاء المالك في خروج العقد عن الفضولية ، لأنّ القطع برضائه هنا يحصل من اللفظ ، وإن لم يكن نفس اللفظ شاملاً له ؛ فتدبّر .

وأمّا الطائفة الثانية ، فيجري الجمع السابق فيها أيضاً ، ولكن يكون الأحسن أن يجمع فيها بوجه آخر ، وذلك بأن نقول : إن ما منعنا من عدم شمول الوكالة لنفس الوكيل إنما في صورة لم ينضمّ إلى الإطلاق ما يكشف عن رضاء الموكل بالنسبة إلى الوكيل أيضاً .

وعلى هذا، فنقول: إن ما دل على عدم الجواز ـ كما ورد في مسألة دفع المال لشخص ليصرفه في محاويج وكان منهم ـ فمحمول على صورة لم ينضمّ إلى الإطلاق خصوصية يكشف عن رضاء الموكل بالنسبة إلى نفس الوكيل . وذلك بشاهد أنه يذكر السائل في تلك الخبر بأنه لا يعلم الموكل بأن المدفوع إليه المال من حمله المستحقين ، وما دل على جواز أن ياخذ الوكيل أيضاً من المال بقسطه فمحمول على صورة حصل العلم من اللفظ بواسطة القرائن بأن المتكلم أراد الأعم . وذلك بشاهد أن تلك / ٤٧٠ / الأخبار تدل على جواز أن يأخذ من يعطىٰ مال الزكاة إليه ليصرفه في محله بمقدار يعطىٰ إلى غيره ، وهذه الأخبار ظاهرة في أن الموكل كان ملتفتاً إلى أن الوكيل من تلك الطائفة الّتي لابدّ من أن يصرف المال بينهم .

في أنه لو أعطي مال إلى فقير ليصرفه بين الفقراء

ومن الواضح أن إعطاء شخص مالاً مثل مال الزكاة إلى فقير ليصرفه بين الفقراء مع علمه بفقر الوكيل ، يصير قرينة على أنّ مراده من الفقراء الّذين أمره بأن يصرف المال

بينهم ، ما يشمل نفس الوكيل ، كما هو يتفق في زماننا من أنّ بعضاً من الناس يعطون مالاً إلى بعض الطلاب ليصرفه بينهم .

فحينئذٍ لو لم يعين لنفس الوكيل شيئاً خاصاً ، فلا إشكال في أنه يفهم من عبارته أنه يريد في عقد الوكالة أن يأخذ الوكيل بمقدار يعطى إلى واحد منهم ، كما هو مضمون الأخبار .

بل نحن بمقتضى إطلاق الأخبار نقول بجواز أن يأخذ الوكيل لنفسه بمقدار واحد منهم في صورة كان الموكل عالماً بدخول الوكيل تحت ذلك العنوان مطلقاً ، إلّا أن يظهر من القرائن أن المتكلم أراد غير نفس الوكيل ، بل هو منطبق على القواعد أيضاً .

وذلك لأنّ القرينة العامة موجودة في مثل هذه الموارد على أنّ مراد الموكل ما يعمّ الوكيل أيضاً . والفرق الواضح موجود بين ما نحن فيه وبين التوكيل في البيع وغيره من العقود ، وذلك لأنّ المقصود في العقود غالباً هو المماكسه وهو لا يتحقق من الوكيل في حق نفسه ، فلذا ربما لا يريده الموكّل .

وأيضاً في الغالب ليس عند الوكيل ما صار وكيلاً فيه ، أو لا يكون الموكّل ملتفتاً إلى ذلك ، بل لو كان ملتفتاً إلى ذلك ويريد الشراء من نفسه فيأخذ منه من دون أن يوكّله في أن يشتري من غيره .

وهذا كله يصير قرينة على عدم إرادة الشراء من نفس الوكيل .

وهذا بخلاف ما نحن فيه ؛ فإن المفروض هنا أن الموكل يكون غرضه صرف المال في العنوان الخاص وهو ملتفت أن الوكيل منهم . ومع ذلك كلّه كيف يجوز أن يقال : إن نظره في عقد الوكالة إلى غير الوكيل ، مع أنّه أولى من السائرين في صورة لم يعين له مالاً على حدة .

وعلى هذا ، فلا مانع من إجراء مقدمات الحكمة لإثبات شمول الإطلاق لنفسه ، بل الخبر الّذي يدل على عدم جواز أن ياخذ الوكيل بمقدار واحد منهم ، مع أنّه كان وارداً في صورة كان الموكل غير عالم بأن الوكيل داخل في عنوان الفقراء ، يجوز أن يقال فيه : إن مورد الخبر في صورة كان الموكّل عالماً بأن الوكيل غني ، ولذا قصد

المال لغيره ؛ فافهم* **.

---

*) بل مثل هذا التعبير كناية من أنّه يعلم الغني. وعلى هذا نقول: نحن ذكرنا في اوائل بيع الفضولي وغيره أن الرضاء الفعلي من المالك مع الإعتقاد بأن المال ماله يكفي في جواز التصرف وفي خروج العقد عن الفضولية.

وكذا الرضاية الشأنية الحاصلة في حال عدم الإلتفات كالإيمان الشأني الحاصل في حال النوم يكفي في الحكم التكليفي والوضعي، لكن بشرط أن لا يكون عدم الرضاية الفعلية على خلافه.

وعلى هذا، لما كان فقيراً واقعاً، فيكون الرضاية الشأنية في حقه موجوداً؛ لكنّه لا ينفع لوجود عدم الرضاية الفعلية على خلافه، حيث إن الموكل اعتقد كونه غنياً. وهذا بخلاف صورة كان عالماً بفقر الوكيل، كما هو ظاهر الأخبار. فإن ذلك يوجب الظهور بإرادته من اللفظ، فضلاً عن كونه راضياً. (منه قدس سره).

**) فيه: أن ما ذكرناه في أوائل منع الفضولي يتمّ في جواز التصرف في مال الغير أو العقود الّتي يكون مقتضى الصحة فيها موجوداً.

وأمّا مثل صرف المال في الفقراء وشبه ذلك لو كان المراد أن يصير الفقير مالكاً بالدفع إليه أو أن المالك برء ذمّته بالدفع إلى الفقير، فهذا له مبنىً آخر من أنّ هذا الفعل مما يقبل النيابة وهو يثبت ببعض عمومات أدلة الوكالة وأن كل ما يجري الوكالة، يكفي فيه الوكالة المعاطاتية والإذن والإعلام، ولو بالسيرة وشبه ذلك.

ففي المقام نحتاج إلى إثبات الإذن وشبهه من المالك واستفادة الإذن من التعبيرات ليس على نهج واحد، كما تقدم في الأمر بالبيع والشراء.

وعلى هذا، إذا يدفع مال إلى الفقراء، قيل: إن الجمود بصرف اللغة يقتضي أن يكون المأمور الدافع غير المدفوع عليهم.

وقيل: إن العنوان صادق على الدافع، والمفروض الأمر بصرفه في تلك العنوان.

وعلى كل حال لو كان في البين ظهور عرفي، فهو مقدم، كما أنه لو حدث من القرائن الخاصة ظهور، فهو مقدم على الكل.

وعلى هذا نقول في صورة دفع مالاً إلى فقير ليصرفه إلى الفقير: فالظاهر منه عند العرف أن الدافع كأحد من الفقراء من دون زيادة عليهم.

نعم، لو عيّن للدافع شيئاً معيناً، فيظهر منه أن المراد صرف أصل المال في غير الدافع.

وأوضح من ذلك في شموله لنفس الدافع لو قال للدافع: ضَع هذا المال في مواضعها من الفقراء أو الطلاب أو غيرهم.

فما ورد في حسنة ابن هاشم [وسائل الشيعة ٢٨٨/٩، أبواب المستحقين باب أن من دفع إليه مال يفرقه في قوم وكان منهم، ح ٢/١٢٠٤٠، والوسائل ٣٩٠/١٧، أبواب آداب التجارة، باب أن من امر الغير أن يشتري له لم يجز له أن يعطيه من عنده .. ح ٤/٢٢٨١٧] الّتي من قبيل المثال الأوّل، وما ورد في

في مجهول المالك إذا كان المالك ذمّياً

/ ٤٧١ / **مسألة**: في أنه إذا كان لذمي على مسلم مال، أو كان له عند مسلم مال، يعني كان عين من أعيان مال الذمي عند المسلم، ولكن الذمي الّذي يكون صاحب المال يكون مجهولاً بحيث يصير المال مجهول المالك، فأي شيء لازم من أن يفعل هذا المسلم؟

وبحكمه لو كان صاحب المال معلوماً، ولكن يكون على نحو لا يمكن إيصال المال إليه إلى الأبد، فإن الحق أن مثل ذلك يكون بحكم مجهول المالك.

هذا، ونحن نفرض خصوص صورة كان المالك مجهولاً وكان المال عيناً ونبيّن حكمه حتّى يظهر منها حال غيرها.

فنقول: قد يقال: إنه يجوز لذلك المسلم أن يتصرف فيه كل تصرف ليس صحته متوقفة على الملكية، نظير الثمن والمثمن في المعاملات. وقد يقال: إن له أن

صحيحة ابن الحجّاج [وسائل الشيعة ٢٨٨/١٧، أبواب ما يكتسب به، باب أن من دفع إليه مال يفرقه في المحاويج وكان منهم، ح ٢/٢٢٥١٣ و ٣/٢٢٥١٤] ***الّتي من قبيل المثال الثاني وذكرهما المكاسب*** [كتاب المكاسب ٣٦٠/٤] ***قبل مسألة الإحتكار على طبق القاعدة.***

نعم، لو كان معتقد المالك أن الدافع خارج عن عنوان المدفوع إليهم، كما لو قال: إصرفه في الفقراء، وكان معتقداً لغنى الدافع، فحينئذٍ من المواضع أن نظره من الفقراء غير الدافع.

فحينئذٍ لو كان عنوان الفقير في كلام المالك داعياً لصرف المال في غير الدافع، فلا يشمل الإذن للدافع. وأمّا لو أخذ عنوان الفقير في كلامه على الموضوعية، فالتخيل الجاري من أنّ الدافع غني. وكون نظره إلى غيره غير مانع عن شمول الإذن له.

وعلى هذا نقول: في مصححة ابن حجاج الّذي حكم بأن الدافع كالدلّال لم يأخذ منه شيئاً، يقول: إن المالك لا يعلمه أي الدافع في أنه مسكين. وظاهره أنه يعلم غناه.

وعلى هذا نقول: إن عنوان المساكين في كلام المالك لو كان داعياً لصرف المال إلى غير الدافع، فهذا الخبر أيضاً ينطبق على القاعدة، وإلّا خارج عن القاعدة.

ولو تمّ سنده وعدم الإعراض وقلنا بظهوره في الموضوعية، يجوز التمسك به لعدم كفاية هذا القسم من الإذن الّتي يستخرج من غرض المالك، بعد أن نظره ليس إلى الدافع.

وأمّا سائر الأخبار من ما أشرنا إليه وغيره بما ذكره الجواهر [جواهر الكلام ١٤٩/٢٢، المسألة الثالثة في جواز أخذ ما دفع إليه..] ***قبل مسألة الولاية عن الجائر، يدلّ على أنّ للدافع أن يأخذ منها، وعرفت أنها على طبق القاعدة. (منه قدس سره).***

يتملكه كالمباحات الّتي يكون له أن يتملكه .

وقد يقال بوجود التصدق عليه ، كما يقولون بذلك في المجهول المالك الّـذي يكون مالكه مسلماً .

وقد يقال : إنه لا يتصرف فيه ، بل يضعه حتّى يصير ضايعاً وفاسداً .

أما الأوّل وهو إباحة التصرف له ، فاستدل له بالعقل والنقل .

أما العقل ، فلما أثبتنا في محله من أن الأصل في الأشياء بحكم العقل هو الإباحة .

وما يقال من أنّ الأصل في الأموال هو حرمة التصرف حتّى يثبت الجواز ، **ففيه**: أنا قد ذكرنا في محله أن الأصل في مال الغير هو حرمة التصرف إذا كان التصرف موجباً لإضرار المالك /٤٧٢/ قطعاً ، أو كان الإضرار بالمالك محتملاً في التصرف ، أو إذا كان في البين منع اقتراحي من المالك ، إما قطعاً أو احـتمالاً ، وشـيء مـن هٰـذين المحظورين ليس موجوداً في مفروض البحث .

أما الأوّل: فلأنه لما يكون المفروض أن المال لا يمكن إيصاله إلى المالك ، فـلذا يكون الضرر وارداً على المالك ، فـليس فـي التـصرف إضـرار عـليه ، ولا احـتمال الإضرار .

وأمّا الثاني: فلأن حرمة التصرف لأجل المنع الإقتراحي إنما هو لأجـل الإحـترام واحترام الذمي عرضي لقوله عليه السلام: «**من أذى أهل ذمتي فقد آذاني**»[1] .

وعلى هذا، فنقول: إنه لما لا يكون الذمي ملتفتاً إلى التصرف ، فليس في التصرف أذية عليه .

وأمّا النقل ، فلأن هذا مال يكون بمنزلة المال المعرَض عنه والفقهاء إن اختلفوا في كون الإعراض مخرجاً للمال عن الملكية بحيث يصير بمثل المباحات ، فيجوز

---

١) لم نجد النصّ في كتب الشيعة الحديثية ، وقد ذكره ابن الجوزي في الموضوعات ٢٣٦/٢ ، باب اسمه : المنع من أذى اهل الذمة، وروى عن الجابر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من آذى ذمياً فأنا خصمه، ومن كنت خصمه خصمته يوم القيامة» .

وفي الكامل لعبد الله بن عدي ٢٢٦/٣ : روي عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: «احفظوني في أهل ذمتي» .

لكلّ أحد أن يتملكه ، إلّا أنهم يتّفقون على أنّ الإعراض يوجب إباحة التصرف لكل بعد كما يقولون لذلك في حشيش المسافر وغيره* على ما يضمر ذلك من الجواهر[١] في أواسط كتاب القضاء بعد الفراغ من مسألة التقاص** في مسألة ما لو انكسرت سفينة في البحر .. اه .

وأمّا الثاني: وهو أن يكون له أن يتملكه يعني يأخذه بقصد الملكية ، فلوجهين :

الأوّل: أن ما نحن /٤٧٣/ فيه نظير المسألة المشار إليها من كتاب القضاء فيما لو انكسرت سفينة في البحر وهناك رواية[٢] تدل على أنّ ما يخرجه البحر ، فهو لأهله ، وما يخرج بالغوص ، فهو لمخرِجه .

الثاني: الخبر التي يذكرونها في كتاب اللقطة عند التعرض لحكم الضالة الدال على أنّ الإمام عليه السلام أذن في أخذه الشاة الضايعة في الفلاة معلّلاً بأنها **لك أو لأخيك أو للذئب**[٣] .

في المجهول المالك الذمي

إن قلت: لو أمكن التمسك بهذا الخبر فيما نحن فيه ، فحينئذٍ يجوز أن يقال : إنه يصير المال ملكاً بدون قصد التملك .

قلت: اتفقوا الفقهاء على أنّ الملك القهري لا يحصل للإنسان إلّا في الإرث .

وأمّا الثالث: وهو التصدق فلمقايسة*** مجهول المالك الّذي يكون مالكه ذمياً بالمجهول المالك الّذي يكون مالكه مسلماً .

إن قلت: لا وجه للمقايسة وذلك لأنّه في صورة يكون المالك مسلماً يقولون : إنه بعد حصول العجز عن إيصال نفس المال إلى مالكه ، لابدّ أن يوصل عوضه وهو

---

*) ***أقول . (منه قدس سره) .***

١) جواهر الكلام ٤٠١/٤ الفصل الثاني في التوصل إلى الحق ، المسألة الثانية .

) ***وقد تعرّضنا لهذه المسألة في مسألة ما لو لم يجز المالك للعقد الفضولي ، فهل يرجع المشتري إلى البايع العالم بكون العقد فضولياً بأن ياخذ منه الثمن ، أم لا . (منه قدس سره) .*

٢) انظر : وسائل الشيعة ٤٥٥/٢٥ ، كتاب اللقطة ، باب حكم ما لوفرغت السفينة ... ، ح ٢/٣٢٣٤٣ .

٣) انظر : وسائل الشيعة ٤٥٧/٢٥ ، كتاب اللقطة ، باب حكم التقاط الشاة والدابة والبعير ، ح ١/٣٢٣٤٧ .

) ***القياس ليس بحجة والقطع بعدم الفرق غير حاصل لنا . (منه قدس سره) .

ثواب التصدق إليه والذمي ليس بقابل لأن يصل إليه ثواب.

قلت: هذا الوجه حكمه لوجوب التصدق، لا أن يكون علة له. ولذا يقولون من أنّه لو ظهر المالك ولم يقبل الصدقة، فيكون على المتصدق أن يعطي عوضه إليه، فيصير الثواب للمتصدق، لأنّ هنا صار الصدقة صحيحة، مع أنّه لم يصل إلى المالك /٤٧٤/ ثواب.

وأمّا الرابع: وهو أن يضع المال هناك حتى يفسد، ودليله أن الوجوه السابقة كانت كلها قابلة للمناقشة. وعلى فرض ورود المناقشة عليها يتعين أن يضع المال حتّى يفسد.

إن قلت: أي مانع في أن يعطى المال إلى الحاكم.

قلت: الإشكال السابق يجري في الحاكم أيضاً؛ لأنّ تكليف الحاكم مع هذا المال أيضاً غير معلوم.

في حديث «حرمة أموالكم كحرمة دمائكم»

هذا، إلّا أن هذا الوجه الرابع فاسد؛ لأنّ حفظ المال واجب وتضييع المال حرام* لقوله صلى الله عليه وآله في الأخبار الكثيرة «**حرمة أموالكم كحرمة دمائكم**»[1].

لا يقال: إن المراد أموال المسلمين حيث أضاف الأموال إلى المخاطبين وهم المسلمون.

قلت: ليس المراد من هذه الإضافة أن يخصص الأموال بأموال المسلمين.

هذا كلّه، لو كان مال الذمي عيناً خارجياً.

وأمّا لو كان في الذمة، فلا إشكال في أنه يبرأ ذمّته في الصورة، وليس عليه شيء،

---

*) ***تعرّضنا لحكم وجوب حفظ مال الغير في قاعدة الضرر. (منه قدس سره).***

١) لم نجد هذا النصّ، لكن في كتاب من لا يحضره الفقيه ٣٧٧/٤، ح ٥٧٨١، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «سباب المؤمن فسوق، قتال المؤمن كفر، أكل لحمه من معصية الله عزوجل، حرمة ماله كحرمة دمه».

وفي العوالي اللئالي ٤٧٣/٣، باب الغصب، ح ٤، روى ابن مسعود عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال: «حرمة مال المسلم كحرمة دمه».

ووجهه واضح مما تقدم.

أقول: الإشكالات الواردة على الكلام الّذي نقلناه كثيرة، ونحن نتعرض لبعض منها في المقام.

وقبل الشروع فيها يناسب الإشارة إلى حكم مجهول المالك إذا كان المالك مسلماً.

في حكم مجهول المالك

فنقول: إن المجهول المالك في صورة يكون ديناً في الذمة، يتعرض في الجواهر لحكمه /٤٧٥/ في آخر كتاب البيع في بحث القرض[١]، كما أن العلماء يذكرونه في كتاب الدين والقرض.

وفي صورة يكون عيناً خارجياً يتعرّضون لحكمه في كتاب الوديعة في مسألة من أودعه لصّ[٢].. اه.

وفي كتاب الجواهر يذكر نفس هذه المسألة في كتاب اللقطة[٣] أيضاً، ويتعرض هناك لحكم مجهول المالك، كما نقلنا كلامه في مسألة ولاية الحاكم على التصرف في سهم الإمام.

وأيضاً يذكرون هذه المسألة في كتاب الخمس[٤] أيضاً.

ويظهر من صاحب الجواهر في بحث القرض[٥] أن اتفاق النص والفتوى على أن مجهول المالك بكلا قسميه يكون حكمه وجوب التصدق، إلّا أنّه ينقل هناك عن

---

١) جواهر الكلام ٤٤/٢٥، في القرض، إذا لم يقدر على صاحب المال يجب عليه أن يوصي به ويعزله من ماله.

٢) لم نجد هذه المسألة في كتاب الوديعة، وهي موجودة في كتاب اللقطة، نعم حكم مجهول المالك جاء في كتاب الوديعة كما في مسالك الإفهام ٩٩/٥.

٣) جواهر الكلام ٣٣٤/٣٨، كتاب اللقطة، مسائل خمس، المسألة الثانية.

٤) انظر: جواهر الكلام ٣٠/١٦، كتاب الخمس. وص ٧، ٧٢، ٧٧، ١٧٧.

٥) جواهر الكلام ٤٤/٢٥ في القرض، المسألة الثالثة.

السرائر[١] وجوب تسليمه إلى الحاكم.

ويقول في الجواهر في كتاب اللقطة[٢]: إن ذلك أحوط.

ولا يخفى أنّه ورد في حكم مجهول المالك إذا كان عيناً، أخبار:

منها ما ذكره في الجواهر[٣] في كتاب اللقطة فيمن أودعه لصّ. وهذا الخبر[٤] يدل على أنه يعرف سنة، ثمّ يأمر بالتصدق بعده. ولما كان التقييد بتعريف السنة من أحكام اللقطة، فلذا يذكره في الشرايع[٥] في كتاب اللقطة.

نعم، من أحكام اللقطة أن للملتقط أن يتملك العين بعد ذلك، وليس مثل هذا الحكم موجوداً هنا، وإن نسب إلى الشرايع[٦] أنه يقول بذلك هنا أيضاً، كما أنه احتمل أن يكون الأمر بتعريف السنة من جهة حصول اليأس من المالك حتّى يدخل في عنوان مجهول المالك أيضاً.

/ ٤٧٦ / **ومنها** ما ذكره في الجواهر[٧] هناك أيضاً وليس في تلك الخبر تقييد بتعريف السنة، وإنما يأمر فيه بتقسيم تلك المال بين إخوانه الوارثين بعد ما يحلف الإمام بأن تلك المال ماله[٨]، أي مال الإمام.

ولا يخفى أنّ عنوان الخبر عام وليس فيه اختصاص بمورد خاص.

ومنها الخبران اللذان ذكرهما في الجواهر في كتاب اللقطة عند التعرض لتعريف اللقطة بالمعنى الأخص، ويقول هناك: «إنه قد عقد لبعض أخبار هذا الباب في

---

١) السرائر ٣٧/٢ و باب وجوب قضاء الدين.

٢) جواهر الكلام ٣٣٦/٣٨، كتاب اللقطة، مسائل خمس، المسألة الثانية.

٣) انظر: جواهر الكلام ٣٣٤/٣٨، كتاب اللقطة، المسألة الثانية، من أودعه لص.

٤) انظر: وسائل الشيعة ٤٦٦/٢٥ كتاب اللقطة، باب أن ما يؤخذ من اللصوص يجب رده على صاحبه.. ح ١/٣٢٣٦١.

٥) شرائع الإسلام ٨٠٦/٤، في اللقطة.

٦) انظر: شرائع الإسلام ٨٠٦/٤. قال: «ويجب تعريفها حولاً فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها أو استبقاها أمانة وليس له تملكها ولو تصدق بها بعد الحول فكره المالك فيه قولان..».

٧) جواهر الكلام ٣٣٦/٣٨.

٨) انظر: وسائل الشيعة ٤٥٠/٢٥، كتاب اللقطة، باب جواز الصدقة باللقطة بعد التعريف، ح ١/٣٢٣٣١.

الوافي* باباً متصلاً بباب اللقطة ، عنوانه باب المال المفقود صاحبه »[١] .

والظاهر استعمال تمام الأخبار المشار إليها على أنه يتصدق بـه مـثل الخـبرين اللذين ينقلهما في الجواهر .

وقد عرفت أنّ مذهب المشهور أيضاً ذلك ، ومع ذلك يبقى سؤال أنه ما الوجه في التأمل في وجوب صدقة مجهول المالك .

والّذي ظفرنا به لوجه التأمل أمران :

الأوّل: ما ذكره في قرض كتاب الجواهر[٢] في آخر كتاب البيع في بعض شـقوق المسألة وهو ما إذا كان للمال مالك ، ثمّ حصل القطع بموته لطول الزمان وشككنا في أنه يكون له وارث أم لا .

فهنا يقول ـ على فرض عدم الوارث ـ: يكون المال مال الإمام وذلك لو أثبتنا عدم الوارث له بالأصل** .

الثاني: أن الخبر الثاني الّذي نقلناه ، دل على أنّ مجهول المالك يكون مال الإمام ، فهذا يصير شاهداً على أنّ الأمر بالتصدق في سائر الأخبار إنما هو من باب الإذن حيث إن الإمام عليه السلام كان مالكاً له /٤٧٧/ وليس من باب بيان أن الحكم الشرعي في مثله هو التصدق .

هذا ، مع أنّ سائر الأخبار بنفسها أيضاً لا يدل على أنّ الحكم الشرعي في أمثال ذلك هو التصدق ، لأنّ الإمام عليه السلام في تلك الأخبار غاية الأمر أنه يأمر بتصدق مـال مجهول المالك ، ولكن الأمر بالتصدق يكون محتملاً بنفسه لأن يكون المراد منه بيان أن حكم مجهول المالك في الشرع يكون كذلك ، ولأن يكون الأمر بالتصدق من باب الإذن في التصرف الخاص فيه من باب أن الإمام عليه السلام كان مالكه .

---

*) ***شيخنا المرتضى رحمه الله في كتاب يشير إلى الأخبار ظاهراً . (منه قدس سره).***

١) جواهر الكلام ٣٨/٢٧١ - ٢٧٢ تعريف اللقطة .

٢) جواهر الكلام ٢٥/٤٦، في القرض ، إذا لم يقدر على صاحب المال يجب عليه أن يوصي به و يعزله من ماله .

) ***لكن صاحب الجواهر ـ في كتاب الخمس ـ والمحقق القمي ـ بعد أوراق من المجلد الثاني في كتاب البيع ـ قائلان بأن العلم بعدم الوارث جزء الموضوع . (منه قدس سره) .*

هذا؛ ونحن نقول: أما الأمر الأوّل، فلا مجال له مع قطع النظر من احتمال عدم وارث له بالمرّة من الفروض النادرة؛ لأنّ إطلاق أخبار مجهول المالك يشمل هذه الصورة أيضاً.

ولعله لذا ادعى في الجواهر أن العلم هنا يكون جزء الموضوع، فالإمام إنما يكون وارثاً لمن علم أنه ليس له وارث.

وأمّا الثاني، فمع قطع النظر مما ذكرناه في ولاية الحاكم على سهم الإمام من الخمس من أنّه إذا دار الأمر بين أن يكون الأمر الصادر من الإمام لبيان الحكم الشرعي أو لبيان الإذن، لابدّ من أن يحمل على الأوّل، دون الثاني، نقول: في بعض الأخبار ليس الأمر بالتصدق، وإنما يقول فيه «**يتصدق به**»، ولا إشكال في ظهور مثل هذه العبارة لبيان الحكم الشرعي، بل لو كان بصيغة المجهول، فليس فيه احتمال غير ذلك؛ فافهم.

/٤٧٨/ هذا؛ مع أن الأمر بالتصدق في تمام الموارد مع كون المال مال الإمام بعيد.

هذا، إلّا أن شيئاً من هذا لا يقاوم ما اشتمل عليه بعض أخبار هذا الباب، كما تقدم من أن الإمام يحلف بأن المال المذكور ماله، أي مال الإمام عليه السلام.

ولا يخفى أنّ هذا هو الوجه في التأمل في تصدق هذا المال واحتمال وجوب تسليم إلى الحاكم.

ونحن نقول: غاية الأمر أن يصير الواقع علينا مشكوكاً، فحينئذٍ نقول: أما دعوى القطع بأن التسليم إلى الحاكم مما لا إشكال فيه، فممنوع؛ لأنّه كثيراً ما يصرفه صاحب اليد في المصارف الّتي يكون أحسن مما يصرفه الحاكم فيها.

وعلى هذا، فنقول: الظاهر أنه لا إشكال في أن لصاحب اليد أن يتصدق بتلك المال وذلك لأنّ عهدته لا يخرج عن تلك المال على فرض ظهور المالك على كل حال، كما قال الأستاد به في آخر كلامه.

وعلى هذا، يبقى الإشكال في تصرفه الفعلي في تلك المال، **فنقول**: لو كان حكم الشرعي في مثل هذا المال في وجوب التصدق، فلا إشكال في التصدق به. ولذا لو

فرض أنه يكون مال الإمام ولكن الإمام عليه السلام أذن لكل من يكون مثل هذا المال موجوداً عنده، أن يتصدق به، كما هو أحد احتمالات أخبار الباب.

وأمّا لو كان في الواقع مال الإمام عليه السلام ونقول: إن الإذن في التصدق كان لتلك الأشخاص الخاصة الّتي سألوا عن حكم مجهول المالك عن الإمام، فحينئذٍ لو كان عموم النيابة ثابتة للحاكم، لكان المتعين تسليمه إلى الحاكم، إلّا أنا أنكرنا* ثبوت عموم النيابة وقلنا: إن الحوادث الواقعة[1] في التوقيع يكون محتملاً لأن يكون المراد

---

*) ***يجوز التمسك بما دلّ من الأخبار .. في حكم الأنفال حيث إنها تدل بتحليل الائمة عليهم السلام ما كان لهم لشيعتهم.***

فإنها بعمومها يشمل المقام بعد فرض أنه مال الإمام عليه السلام، كما تعرّضنا لذلك عند التعرض للأصل عند الشك في أن الارض تكون خراجية، كما أنه ذكرنا هناك من أنّه مع قطع النظر مما دل على التصدق إذناً أو حكماً، أو لأجل أنه كان محلّلاً ومع قطع النظر من أنّه مال الإمام وصار محلّلاً للشيعة [انظر: وسائل الشيعة ٥٤٣/٩، أبواب الأنفال، باب إباحة حصة الإمام عليه السلام من الخمس للشيعة مع التعذر إيصالها إليه. ح ١، ٢، ٣، ٤،/ و..] ***ويعين لكلّ أحد بقاعدة «من سبق» .. اه، نقول: إنه بحسب القاعدة لا دليل على حرمة التصرف في مثل هذا المال لكلّ أحد لأدلة البراءة، بعد عدم شمول مثل قوله «لا يحل مال امرئٍ إلّا بطيب نفسه»*** [عوالي اللئالي ٢٢٢/١، الفصل التاسع، في الأحاديث الفقهية، ح ٩٨] ***لوضوح أن المتيقن منه صورة كان الوصول من المالك إلى ماله ممكناً بحسب العادة.***

وإذا لم يكن مانعاً من التصرف، فيكون التصدق به عن المالك إحساناً إليه، فيشمله قوله تعالى ﴿ أحسنوا ﴾ [.. ما على المحسنين من سبيل ..] ***وشبه ذلك، فيدل على صحة التصدق، كما أن بمثل ذلك نصحح التصرف في مال الصغير والغائب.***

ثمّ إنه على فرض التصدق، مقتضى قاعدة نفي السبيل على المحسن [النجم: ٣١ «.. ويجزى الذين آمنوا بالحسنى] ***عدم الضمان أيضاً.***

وعلى هذا، فيمكن أن يقال: إن الأمر بالتصدق لأجل رفع الضمان، وإن كان مقتضى القاعدة جواز التصرف لنفس التصدق أيضاً.

نعم، بالنسبة إلى التصدق لو تصرف بنفسه ابتداءً، فليس في البين إلّا جواز التصرف له.

وأمّا لو تصدقه عن المالك، فيصير ملكاً لمن تصدق عليه، كما سبق وجهه. وهذا سرٌّ آخر للأمر بالتصدق؛ فافهم. (منه قدس سره).

١) وسائل الشيعة ١٤٠/٢٧، كتاب القضاء، باب وجوب الرجوع في القضاء، والفتوى إلى رواة الحديث من الشيعة، ح ٩/٣٣٤٢٤.

الرجوع إلى الرواة عن حكمها، فليس للحاكم ولاية هنا. واحتمال ثبوت النيابة له غير نافع في . .

إن قلت: إنه يعمّم إجمالاً بوجوب أحد الأمرين عليه: إما وجوب التصدق وإما تسليمه إلى الحاكم.

قلت: ليس مثل هذا العلم الإجمالي موجوداً له؛ لأنّه لو كان مال الإمام عليه السلام، يحتمل أن يكون الإمام راضياً بأن يتصرف هو فيه بنفسه.

إن قلت: إن التصرف في مال الغير حرام.

قلت: لو كان عالماً بإذن شاهد الحال بأن الإمام يكون راضياً بأن يتصدق، فلا إشكال في البين، كما ذكرناه في مسألة ولاية الحاكم على سهم الإمام.

وأمّا لو لم يكن عالماً بذلك، فحينئذٍ نقول: إن هذا المال يكون مردداً بين أن يكون باقياً على ملك مالكه.

وعلى هذا الفرض يكون صاحب اليد مأموراً بأن يتصدق به وبين أن يكون مال الإمام عليه السلام وكان الإذن في التصدق بتلك المال مشكوكاً، ومثل هذا المال لا دليل على حرمة التصرف فيه.

هذا، ولكن مقتضى الإحتياط أن يأذن من الفقيه ويتصدق به.

في جواز أن يتولى الوصي لطرفي العقد مطلقاً

/ ٤٧٩ / **قوله:** «والوصي، لا يمضى[1] تصرفه إلّا بعد الوفا، والتردد في توليه[2] لطرفي[3] العقد كالوكيل، **قيل:** يجوز أن يقوم على نفسه وأن يقترض إذا كان ملياً»[4].

أقول: أما توقف مضي تصرفه على ما في الموت فواضح؛ لأنّه مقتضى أصل الوصاية، وإلّا فيدخل في عنوان الوكالة.

---

١) في المخطوطة: فلا يمضى. وما في المتن بناءً على ما في الجواهر ٣٣١/٢٢.

٢) في المخطوطة: توليته. والمندرج بناءً على ما في الجواهر ٣٣١/٢٢.

٣) في المخطوطة: طرفي.

٤) شرائع الإسلام ٢٦٩/٢، كتاب التجارة، في شروط عقد البيع.

وأمّا توليه طرفي العقد :

فتارة يقع الكلام / ٤٨٠ / فيه في صورة صرّح الموصي به . وحينئذٍ لا إشكال فيه كما تقدم في الوكيل ، بل الوصية في الحقيقة وكالة بعد الموت .

وتارة يقع الكلام فيه إذا أطلق الموصي ولم يصرّح بأن يتولى الوصي لطرفي العقد .

وهنا قد تقدم أنا منعنا في الوكيل أن يكون له التولي لطرفي العقد بأن يشتري من نفسه ، لعدم شمول إطلاق الوكالة لنفسه .

ولكن هنا نمنع عدم الشمول ، وذلك لما ذكرناه في مسألة التوكيل في صرف الصدقات إلى أهلها من أن الإطلاق لا يشمل نفس الوكيل ، لعدم جريان مقدمات الحكمة .

وأمّا لو قام في البين قرائن نوعية على أنه لا فرق بين الوكيل وغيره ، فحينئذٍ نقول بشمول الإطلاق له .

في أن للوصي أن يشتري لنفسه من مال المولّى عليه

وإذا عرفت ذلك، فنقول: من راجع الوجدان يجد من نفسه أنه لا فرق في نظر الموصي بين أن يبيع الوصي مال الصغير بنفسه أو بغيره .

هذا ، مع أنك قد عرفت أنّ الأخبار دلت على عدم قول الوكيل لطرفي العقد مع إطلاق الوكالة ، وهذا بخلاف الوصي ، فإن الأخبار قد ورد على جواز تولّيه لطرفي العقد ، كما دل على جواز تقويم الوصي مال الصغير على نفسه ، وما دل على جواز الإقتراض له من ماله ، كما سيتلى عليك ـ إن شاء الله ـ .

وأمّا تقويم الوصي مال الصغير على نفسه ، فظاهر كلام المحقق هنا أن القول بجوازه ضعيف .

ولكن في مختصر النافع[1] في كتاب الوصية يختار الجواز .

---

١) المختصر النافع : ١٦٥ ، كتاب الوصايا .

ويعدّ في الرياض[١] في شرح عبارة /٤٨١/ المحقق من الموافقين له الشيخ في النهايه[٢] والقاضي[٣] والفاضلين[٤] والشهيدين[٥] والمفلح الصيمري[٦] وغيرهم من المتأخرين.

ويستدلّ له بالخبر المنجبر قصور سنده بعمل الأكثر، وفيه: «**هل للوصي أن يشتري من مال الميت إذا بيع فيمن زاد، فيزيد* ويأخذ لنفسه؟ فقال: يجوز إذا اشترى صحيحاً**»[٧].

ثمّ لا يخفى من أنّه لو قلنا باشتراط المصلحة في فعل الأولياء، **فنقول** به هنا أيضاً، ولا دلالة للخبر المذكور على عدم اشتراط المصلحة.

نعم، للأب أن يقوّم جارية الإبن الصغير على نفسه مع عدم مصلحة فيه للصغير، كما تقدم.

وأقول: الإشكال في جواز تقويم مال الصغير على نفسه إن كان من جهة الإشكال في جواز التولي لطرفي العقد لشخص واحد، فقد عرفت الجواز عن ذلك في الوكيل، مع أنّ كلّ ما دلّ من الأخبار على جواز الإقتراض للولي وجواز تقويم الأب مال ابنه لنفسه يدلّ على بطلان هذا الإحتمال.

وإن كان من جهة الإشكال في شمول إطلاق عبارة الموصي لهذا التصرف، فهذا الإحتمال موهون مع قطع النظر عن جميع ما ذكرناه سابقاً بما دلّ من الأخبار الكثيرة على اقتراض الوصي من مال الطفل. بل لو كان مثل الإقتراض مشمولاً لعبارة الموصي، فيكون غيره أولى منه في كونه مشمولاً لها.

---

١) رياض المسائل ٤٩٩/٩، كتاب الوصايا.

٢) النهاية: ٦٠٨، كتاب الوصايا، باب الأوصياء.

٣) المهذب ١١٨/٢، كتاب الوصايا، باب الأوصياء.

٤) مختلف الشيعة ٤٠٠/٦، الفصل الخامس في الوصايا؛ شرائع الإسلام ٤٨٣/٢، الأوصياء.

٥) مسالك الإفهام ٢٦٢/٦، كتاب الوصايا.

٦) غاية المرام: ١٠٦، س ١٥. على مانقل في هامش الرياض.

*) *أي الوصي. (منه قدس سره).*

٧) وسائل الشيعة ٤٢٣/١٩، كتاب الوصايا، باب جواز شراء الوصي من مال الميت، إذا بيع فيمن زاد، ح ١/٢٤٨٨١.

وإن كان من جهة عدم المصلحة في التقويم والتصرف في مال الطفل مشروطاً بالمصلحة ، **ففيه:** أنا لو اشترطنا في صحة تصرف الولي في مال الطفل أن يكون فيه مصلحة للطفل ، فلانقول بجواز التقويم للوصي إلّا في هذه الصورة ؛ إذ قد عرفت من أنّه ليس لنا دليل يدل على عدم اشتراط المصلحة هنا ؛ فافهم .

في أنه لا إشكال في جواز اقتراض مال الصغير مع المصلحة

/٤٨٢/ وأمّا اقتراض الوصي من مال المولّى عليه ، فتوضيح الحال فيه يحتاج إلى بسط في المقام في اقتراضه واقتراض سائر الأولياء من مال الطفل .

فنقول: لا يخفى عليك أوّلاً أن حكم إقراض الولي مال الصغير إلى الغير يكون حاله كحال سائر التصرفات في مال الطفل في أنه يجوز بشرط المصلحة لو اعتبرنا المصلحة في تصرف الولي حتّى أنه يجوز إقراض مال الصغير إلى المفلس لو كان فيه مصلحة ، كما لو كان مال الطفل في محل يتلف لو لم يقرض إلى المفلس .

وإنما الكلام في اقتراض الولي لنفسه ، ونقول هنا : إن الولي إما أن يقترض للتجارة أو للحاجة .

أما الأوّل ، فلا ينبغي الإشكال في جوازه إذا كان الولي ملّياً للخبر المنجبر ضعفه بالعمل [عن منصور الصيقال قال سألت أبا عبدالله عليه السلام] «**عن مال اليتيم يعمل به [قال:] فقال: إن كان عندك مال وضمنته فلك الربح وأنت ضامن للمال . وإن كان لا مال لك وعملت به ، فالربح للغلام وأنت ضامن للمال**»[1] .

وللصحيح في « **رجل عنده مال اليتيم . فقال: إن كان محتاجاً [و]ليس له مال ، فلا يمسّ ماله ، وإن هو اتجد فالربح لليتيم [وهو ضامن]**[2] » ، إلى غير ذلك من الأخبار الّتي سيتلى عليك ـ إن شاء الله ـ.

---

١) وسائل الشيعة ٨٩/٩، أبواب من تجب عليه الزكاة، باب أن من اتجر بمال الطفل وكان ولياً له استحب له تزكيته، ح ٧/١١٥٩٣.

٢) وسائل الشيعة ٢٥٧/١٧، أبواب ما يكتسب به، باب جواز التجارة بمال اليتيم مع كون التاجر ولياً ملياً، ح ٣/٢٢٤٦٨.

هذا ، وبقي البحث هنا في مقامات :

الأوّل: في أنه هل يشترط أن يكون في الإقتراض مصلحة للمولّى عليه . وهنا نقول : إنه لا خصوصية للإقتراض ، بل حاله يكون كحال سائر التصرفات .

فإن اخترنا /٤٨٣/ هناك توقف الجواز على المصلحة ، فنقول بها هنا أيضاً .

في جواز الإقتراض للتجارة بشرط الملاءة والمصلحة

نعم ، على التحقيق من اشتراط المصلحة في تصرف الولي لا يبقى وجه لاشتراط الملاءة ، لأنّه إذا كان المصلحة لليتيم في اقتراض ماله ولو كان المقترض فقيراً ، كما لو كان المال معرضاً للتلف ، فلا إشكال في جوازه ظاهراً ، لأن حال الإقتراض كحال سائر التصرفات يفعلها الولي مع المصلحة .

الثاني: أن ينقل هنا في بيع الجواهر عن بعض اشتراط الرهن والإشهاد مع الملاءة*. ولكن فيه : أنه مع الرهن يحصل الإستيثاق وكذا مع الملاءة ، فلا يحتاج إلى الجمع بينهما ، مع أنّ النصوص خالٍ عن اشتراط غير الملاءة ، بل ظاهر كلام الجواهر هنا أنه يقوم مقام ملاءة الولي ضمان الوفي الملي للمال ؛ بل الأستاد ـ سلّمه الله ـ تعدى عن ذلك وفاقاً للشيخ الأستاد له في كتاب الزكاة بأن الوجيه كالملي أيضاً .

بل الشيخ ﷺ يستدل في كتاب الزكاة[1] لذلك بالخبر أيضاً ، حيث يقول بعد نقل رواية أسباط : « **إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف أو أصابه شيء غرمه له وإلّا فلا يتعرض لمال اليتيم** »[2] .

وفيها دلالة على أنّ الغرض من اعتبار المال المحيط هو تعجيل الغرامة له عند التلف ، وإلّا فأصل الغرامة يجب على المعسر أيضاً عند الإيسار . وحينئذٍ فيمكن القول بالإكتفاء /٤٨٤/ في الملاءة بمجرد الإطمينان بتحقق الغرامة عند التلف ولو بسبب كونه وجيهاً بقرضه الناس ، أو يرهنون عند من يقرضه ، أو يطمئن بحصول

---

*) *أقول . (منه قدس سره) .*

١) كتاب الزكاة : ١٧ ، معنى الملاءة .

٢) وسائل الشيعة ٢٥٨/١٧ ، باب جواز التجارة بمال اليتيم مع كون التاجر ولياً ملياً ، ح ٤/٢٢٤٦٩ .

الهدايا، إلى أن يقول: ولعل إليه يرجع ما عن المبسوط[١] والنهاية[٢] من أنّ المراد بالملاءة أن يكون متمكناً في الحال من ضمانه.

هذا؛ ولكن ينقل عن جماعة اعتبار أن يكون له مال بقدر مال الطفل[٣] وزاد في المسالك[٤] «كونه فاضلاً عن المستثنيات في الدين. ثمّ يقول: والأولى التقييد بقابلية المال لوجوب الغرامة منه ليخرج الممنوع من التصرف منه شرعاً أو عقلاً»[٥].

في جواز الإقتراض للتجارة للأب والجدّ

الثالث في أنه هل يجوز الإقتراض للتجارة للأب والجد، أم لا؟

وهنا نقول بعد ما منعنا دلالة قوله «**أنت ومالك لأبيك**» على ثبوت الولاية للأب، فحينئذٍ نقول: إنه لا دليل على جواز الإقتراض للأب والجد في الأخبار. والفقهاء إنما يتمسّكون لإثباته بهذه الرواية إلّا أنّه مع ذلك نقول بثبوت الولاية على الإقتراض للتجارة لهما لفحوى ما دل على جواز الإقتراض للوصي والحاكم مؤيداً بفحوى ما دلّ على أنّ للوالد أن يأكل من مال ابنه مع الإحتياج للفقر.

وما دل على أنّ للودعي أن يأخذ من الوديعة المحمول على بعض الصور الّتي لا يلزم فيها خلاف الإجماع وما دلّ على أن للأب أن يقوّم جارية الإبن على نفسه، كما تقدم الكلام فيه، دلّ على أنّ للأب أن يأخذ من مال ولده ليحج عنه المحمول على صورة لم يكن فيها خلاف الإجماع؛ مضافاً إلى ما يستشمّ من قوله ﷺ «**أنت ومالك لأبيك**» إلى غير ذلك.

وهل يشترط /٤٨٥/ الملاءة في الأب والجد أم لا، فيه وجهان، والأقوى الإشتراط، لعدم ما يدل على جواز الإقتراض لهما بدون ذلك؛ إذ قد عرفت أنّ قوله

---

١) المبسوط: ٢٣٤/١، كتاب الزكاة، حكم مال الأطفال والمجانين.

٢) النهاية: ١٧٥، كتاب الزكاة، باب وجوب الزكاة ومعرفة من تجب عليه.

٣) مفتاح الكرامة ٢٩/١١، كتاب الزكاة.

٤) مسالك الإفهام ٣٥٦/١، كتاب الزكاة، زكاة أموال الطفل.

٥) كتاب الزكاة للشيخ الأنصاري: ١٧.

«**أنت ومالك لأبيك**» لا يدل على أصل الولاية، فضلاً من أنّ يدل على خصوصياتها. وليس في البين شيء آخر يدل على عدم اشتراط الملاءة فيها.

وعلى هذا، فلا نبالي من اشتراط الملاءة فيهما، وإن ادعى في شرح الإرشاد[١] احتمال أن لا يكون خلاف في عدم اشتراط ملاءتها، بل قد تأمل صاحب الرياض[٢] أيضاً في عدم اشتراط الملاءة فيهما في كتاب الزكاة.

وأمّا من حيث اشتراط المصلحة فيكون حال الأب والجد كغيرهما.

هذا كلّه في الإقتراض للتجارة.

[الإقتراض للحاجة لغير الأب والجدّ من الأولياء]

وأما الإقتراض للحاجة لغير الأب والجد من الأولياء:

فتارة يقع الكلام في أصل جوازه.

وتارة في اشتراط الملاءة والمصلحة فيه.

أما الأوّل، فنقول: يدل على جوازه ما ورد من الأخبار المستفيضة الّتي بعضها صحيح وبعضها يكون من أصحاب الإجماع وبعضها ضعيف منجبر على ما في وصية الرياض[٣]: «في رجل ولّى مال اليتيم، أيستقرض منه. فقال: عليه السلام إن علي عليه السلام بن الحسين عليه السلام «**قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره، فلا بأس بذلك**»[٤].

نعم، في وصية الرياض[٥] أن في غير الصحيح من هذه الأخبار ليس التفريع بنفي البأس مذكوراً فيها.

وتقريب الإستدلال أن مجرد فعل علي بن الحسين وإن لم يصر دليلاً على الجواز لعدم معلومية وجهه، إلّا أن تمسك الإمام عليه السلام به لإثبات جواز الإقتراض للوصي،

---

١) مجمع الفائدة ١٤/٤، كتاب الزكاة، شرائط وجوب الزكاة.

٢) رياض المسائل ٣٦/٥ - ٣٧، كتاب الزكاة، أركان الزكاة.

٣) رياض المسائل ٥٠١/٩، كتاب الوصايا، هل للوصي أن يقترض من مال اليتيم.

٤) وسائل الشيعة: ٢٥٨/١٧، أبواب ما يكتسب به، باب جواز القرض من مال اليتيم بنيته.

٥) كما مرّ.

كما هو /٤٨٦/ ظاهر الخبر يكشف من أنّ الوجه في فعل علي بن الحسين عليه السلام هو جواز الإقتراض للولي.

ثمّ إنه لما كان من الواضح أن اقتراض علي بن الحسين - عليهما السلام - كان للحاجة، لا للتجارة، فلذا يصير هذه الرواية دليلاً على جواز الإقتراض للحاجة.

ثمّ إنه لما لم يشترط الملاءة، فيدل إطلاقه على عدم اشتراط الملاءة، كما أن إطلاقه يدلّ على عدم اشتراط المصلحة، بل يكون ظاهراً في الجواز حتّى مع المفسدة أيضاً بمقتضى الإطلاق لو لم يكن صريحاً فيه، حيث إن الإقتراض لا يخلو عن المفسدة غالباً.

في جواز الإقتراض ولو مع عدم المصلحة والملاءة
إذا كان الإقتراض للحاجة لكلّ من الحاكم والوصي

بقي الكلام في الجواب عما يعارض هذه الأخبار، إما في أصل جواز الإقتراض مع الحاجة وعدم الملاءة وإما في جوازه مع عدم المصلحة.

فنقول: أما المقام الأوّل، فنقول: لا يخفى عليك أولاً أن ما ذكره العلماء من اشتراط الملاءة في الإقتراض من مال اليتيم للولي لا يدل على أنهم يقولون باشتراط الملاءة في محل كلامنا، لأنّ كلامهم في الإقتراض للتجارة، لا للحاجة، كما أن النصوص الدالة على اشتراط الملاءة واردة في الإقتراض للتجارة.

نعم، بعض الأخبار يدل على اشتراط الملاءة بإطلاقه في الإقتراض للحاجة أيضاً، كالخبر القريب من الصحيح، كما في وصية الرياض[1]، بل الصحيح كما قيل: **«في رجل عنده مال اليتيم، فقال: إن كان محتاجاً [و] ليس له مال، فلا يمسّ وإن هو اتّجر به فالربح لليتيم وهو ضامن»**[2].

---

١) رياض المسائل ٣٦/٥، كتاب الزكاة، أركان الزكاة، و٥٠٢/٩، كتاب الوصايا، هل للوصي أن يقترض من مال اليتيم.

٢) وسائل الشيعة ٢٥٧/١٧، أبواب ما يكتسب به، باب جواز التجارة بمال اليتيم مع كون التاجر ولياً ملياً، ح ٣/٢٢٤٦٨.

وعلى هذا، فتقع المعارضة بين هذا الخبر مع الأخبار السابقة، فنقول في مقام الجمع بينهما: إنك قد عرفت أنّ الأخبار السابقة كانت مختصة بالإقتراض للحاجة.

وعلى هذا، فنقول: لو كان المراد بقوله في هذا الخبر /٤٨٧/ «**إن كان محتاجاً**» أنه يكون محتاجاً إلى الإقتراض، فحينئذٍ يكون النسبة بينهما التباين، فيتساقطان، فيكون المرجع هو الآية ﴿**ولا تقربوا مال اليتيم ..**﴾[1]. ومقتضاها عدم جواز الإقتراض، كما أنه لو قلنا باختصاص هذا الخبر بالإقتراض للتجارة بقرينة قوله عليه السلام «**وإن [هو] اتّجر به**»، فحينئذٍ يرتفع التعارض، لأنّه يصير حال هذا الخبر كحال سائر الأخبار الدالة على اشتراط الملاءة في الإقتراض للتجارة.

هذا؛ ولكن الحق أن هذا الخبر يكون أعم من الإقتراض للتجارة ولغيرها وأن المراد من قوله «**إن كان محتاجاً**» هو أن يكون فقيراً.

وعلى هذا، فنقول: إن تلك الأخبار تكون أخص من هذا الخبر، لاختصاصها بالإقتراض للحاجة، فلابدّ أن نخصّص هذا الخبر بتلك الأخبار.

فنقول باختصاص هذا الخبر بالإقتراض للتجارة، مع أنّ فيه بعض الشواهد على أنّ المراد هو الإقتراض للتجارة، كما تقدم.

المقام الثاني: في أنه بعد ما أحرزنا جواز الإقتراض للحاجة للولي مع فقره، فهل نقول باشتراط المصلحة أم لا؟

فنقول: قد عرفت أنّ الأخبار الدالة على جواز الإقتراض للحاجة تدل على عدم اشتراط المصلحة إلّا أنّها معارضة بقوله تعالى ﴿**ولا تقربوا مال اليتيم**﴾[2].

وعلى هذا، فنقول: إن الآية أعم من الإقتراض وغيره، كما أن الأخبار الدالة على جواز الإقتراض للحاجة أعم من أن يكون في الإقتراض مصلحة لليتيم، فيكون النسبة بينهما عموم من وجه.

ومع ذلك نقول نحن بلزوم الأخذ بمفاد الأخبار. وتخصيص الآية بها من وجوه:

الأوّل من جهة أنا ندعي أن الأخبار أخص /٤٨٨/ لكونها نصاً في جواز الاقتراض

---

١) الأنعام: ١٥٢، الاسراء: ٣٤.

٢) كما مرّ.

مع عدم المصلحة. وذلك لأنّ الإقتراض للحاجة ليس فيه مصلحة إلّا نادراً، بحيث لا يجوز إخراج ما ليس فيه المصلحة من تحت الأخبار الدالة على جواز الإقتراض للحاجة.

وعلى هذا، فيصير هذه الأخبار نصاً في جواز الإقتراض في صورة لم يكن فيه مصلحة للصغير.

الثاني: أنه سلّمنا أن الأخبار لا تصير أخص من الآية، إلّا أنّه نقول: إنه إشكال في أن إطلاق الأخبار يكون أفراده أقل بكثير من الأفراد الّتي تشملها الآية.

وعلى هذا، فنخصص الأخبار بالآية يوجب تخصيصاً كثيراً، بخلاف العكس. وهذا يوجب لترجيح تخصيص الآية بالأخبار.

في أن للأب أيضاً جواز الإقتراض للحاجة من دون مصلحة ولا ملاءة

الثالث: أنه سلّمنا ذلك أيضاً، إلّا أنه نقول: إن الأخبار لما وردت في مقام الإرفاق على الأولياء، فتكون أقوى دلالة على جواز الإقتراض، مع عدم المصلحة من دلالة الآية على عدم جواز خصوص الإقتراض، مع عدم المصلحة.

فتلخّص من جميع ما ذكرناه أن للوصي والحاكم أن يقترضان من مال اليتيم ولو مع عدم المصلحة والملاءة.

وأمّا الأب والجدّ وإن لم يكن في البين دليل على جواز اقتراضهما مطلقاً، إلا أنه نقول فيهما بمثل ما قلناه في الوصي والحاكم للأولوية، مع أنّه قدم عند بيان الإقتراض للحاجة بعض المؤيدات أيضاً لذلك.

أقول: تحقيق الحق فيما نقلناه يتوقف على التعرض لأمور:

منها أنه لا يخفى عليك أن التفصيل بين الإقتراض /٤٨٩/ للتجارة وبين الإقتراض للحاجة غير مذكور في شيء من الكتب.

نعم، عنوان كلامهم غالباً في كتاب الزكاة مختص بالإقتراض للتجارة، لأن مسألة الزكاة إنما يجيء فيه، دون غيره.

وأمّا في غير كتاب الزكاة يكون العنوان عاماً.

وعلى كلّ حال لم يفصّلوا بين قسمي الإقتراض، كما أن الأخبار أيضاً بعضها واردة في الإقتراض للتجارة وبعضها مطلق. والّتي ورد من الأخبار في مطلق الإقتراض، بعضها مطلق والبعض الآخر يقيد جواز الإقتراض مطلقاً على صورة كان المقترض ملياً.

وعلى هذا، فمقتضى القاعدة من لزوم حمل المطلق على المقيد أن نقول بجواز الإقتراض للولي مطلقاً وأن جواز الإقتراض مطلقاً مشروط بأ يكون الولي ملياً، من غير فرق بين أن يكون الإقتراض للتجارة أو للحاجة؛ إذ من الواضح أنه لا تنافي بين ما دل على اشتراط الملاءة في الإقتراض للتجارة وبين [ما] يدل على توقف مطلق الإقتراض على الملاءة.

نعم، هذا الدعوى الّذي ذكرناه يتوقف ثبوتها على أن نثبت من أنّه يكون في الأخبار ما يدل على جواز الإقتراض مطلقاً.

وما يدل على أنّ جواز الإقتراض مطلقاً مشروط على أنّ كون الولي ملياً، **فنقول:**

أما **الأوّل**، فهو ما دل من الأخبار على أنّ علي عليه السلام بن الحسين عليه السلام كان يستقرض من أموال الأيتام.

وتقريب الدلالة: أن مجرد فعل علي بن الحسين عليه السلام وإن لم يصر دليلاً على شيء، إلّا أنّه لما تمسك الإمام بفعله، فيصير دليلاً على الجواز.

في كون جواز الإقتراض مطلقاً مشروط بالملاءة

وعلى هذا، فلابدّ من أن يتعرض أن الإمام عليه السلام / ٤٩٠ / تمسك بفعل علي عليه السلام بن الحسين عليه السلام لجواز مطلق الإقتراض حتّى يصير دليلاً على جواز مطلق الإقتراض، أو لخصوص الإقتراض للحاجة حتّى لا يصير دليلاً إلّا على جوازه.

فنقول: قد عرفت أن سؤال السائل في تلك الأخبار كان عن الإقتراض، لا لقسم منه. والإمام عليه السلام أيضاً تمسك لجوازه بفعل علي عليه السلام بن الحسين عليه السلام وترك الإستفصال. وهذا يكون دليلاً على أنّ اقتراض علي بن الحسين عليه السلام إنما هو لكون

الإقتراض مطلقاً جائزاً ، وإلّا لم يصح التمسك به لجواب السائل من دون استفصال . وهذا واضح .

لا يقال: إن الأخبار المذكورة لا يصير دليلاً إلّا على جواز الإقتراض للحاجة ؛ لأنّ علي بن الحسين عليه السلام لم يكن اقتراضه للتجارة .

لأنا نقول ـ مع غمض العين من أنّه لا يبقى وقع لهذا الإشكال بعد البيان الّذي ذكرناه فيه ـ: إنه لو بنينا على الأخذ بما اشتمل عليه فعل علي بن الحسين عليه السلام ، فحينئذٍ لا يبقى للتمسك بهذه الأخبار لرفع احتمال اشتراط جواز الإقتراض على الملاءة والمصلحة للقطع بأن اقتراض علي بن الحسين عليه السلام كان فيه مصلحة لليتيم ، حيث إنه بعد اقتراضه يصير مال الصغير مأموناً من التلف .

إن قلت: إنا نرفع احتمال اشتراط المصلحة بان الغالب أنه لا يكون في الإقتراض مصلحة لليتيم .

وعلى هذا ، فلو كان المصلحة شرطاً لما صح للإمام أن يتمسك بفعل علي بن الحسين عليه السلام لجواز الإقتراض في مورد سؤال السائل من دون استفصال ، وهذا بخلاف الإقتراض /٤٩١/ للتجارة ، فإنه لقلّته يجوز أن يقال بخروجه عن مورد سؤال السائل ؛ لأنّ إطلاق كلام السائل لا يشمل الأفراد النادرة .

قلت: من الواضح أن الإقتراض للكسب شايع كثير في غاية الكثرة ، فكيف يجوز أن يقال مع ذلك بخروجه عن مورد سؤال بحيث يقطع بأن سؤال السائل كان عن غيره حتّى لا يحتاج إلى استفصال منه أيضاً في مقام الجواب .

في أن الملاءة شرط في جواز الإقتراض مطلقاً

وأمّا الثاني وهو الأخبار الّتي دلت على أنّ جواز الإقتراض مشروط على الملاءة .

فنقول: إن ما يستفاد منه توقف الإقتراض مطلقاً ، من غير فرق بين أن يكون للحاجة أو للإقتراض ما تقدم « **في رجل عنده مال**[1] **اليتيم . فقال: إن كان محتاجاً [و] ليس له**

---

١) في المخطوطة: رجل ولى مال .

مال، فلا يمسّ [ماله] وإن هو اتّجر به فالربح لليتيم وهو ضامن »[1].

أما كون الرواية أعم من أن يكون الإقتراض للتجارة أو للحاجة، فلوجهين:

الأوّل الإطلاق.

الثاني: أن قوله عليه السلام « **وإن هو اتّجره به** » .. اه، كاشف من أنّ أصل الكلام كان مطلقاً وأنه عليه السلام يتعرض لبيان حكم جديد لبعض صور المسألة وهو ما لو اتّجر بتلك المال.

ثمّ لا يخفى أنه يستفاد من هذا الخبر كبعض الأخبار الأخر من أنّ الولي لا يسقط ولايته بهذه الخيانة وهو الإقتراض في صورة لم يكن الإقتراض جائزاً، حيث حكم بعد فرض بطلان الإقتراض وصيرورته ضامناً للخيانة بكون الربح لليتيم.

ونحن لسنا هنا بصدد بيان هذه المسألة حتّى نتصدى بأن ظاهر هذه الفقرة يكون خلاف الإجماع أم لا، حتّى نأخذ به*.

وأمّا /٤٩٢/ دلالته على اشتراط الملاءة فواضح؛ بل المراد من قوله عليه السلام « **إن كان محتاجاً** » أيضاً هو أنه إن كان فقيراً، وذلك لأنّه لو كان المراد هو احتياجه إلى الإقتراض، فحينئذٍ كان المناسب أن يقول: وليس له مال مع حرف العطف؛ لأنّه على هذا لا يصح أن يكون قوله: « **ليس له مال** » وصفاً له.

ومنها: في بيان أن الملاءة الّتي قلنا بتوقف صحة الإقتراض عليها هل تشمل ملاكها للوجيه أيضاً حتّى نقول بجواز الإقتراض له أيضاً، أم لا.

فنقول: قد عرفت أنّ المذكور في النصوص هو الملاءة. وعلى هذا، فالتعدي عنه إلى الوجيه لابدّ أن يكون بأحد الوجهين:

الأوّل: أن يدعى القطع بأن المناط في اشتراط الملاءة هو حصول الإستيثاق بعدم تلف مال اليتيم، وهذا المناط يكون موجوداً في صورة يكون الولي وجيهاً أيضاً.

وفيه: أنا لو قلنا بصحة القياس، أيضاً نقول بعدم جريانه فيما نحن فيه. وذلك

---

١) كما مرّ آنفاً.

*) ***في مسألة ولاية عدول المؤمنين نثبت أن كل تصرف كان فيه مصلحة، يكون صحيحاً من غير الولي، سيما مع عدم ولي فعلي له غير الحاكم. فليس في الخبر خلاف إجماع، مع أنّه على الفرض غير مضرٍّ. (منه قدس سره).***

لوجود الفرق الواضح بين الملي والوجيه في حصول الإستيثاق بعدم تلف مال اليتيم ، وذلك لأنها وإن كانا مشتركين من حيث إمكان الإغترام لمال اليتيم في حال حياتهما إلّا أنها إذا ماتا ، فحينئذٍ بالنسبة إلى الملي يؤخذ مال الصغير من تركته .

وأمّا بالنسبة إلى الملي يؤخذ مال الصغير من تركته ، وأمّا بالنسبه إلى الوجيه* يتلف مال اليتيم لأنّه لا مال له حتّى يؤخذ من تركته ، وبعد الموت لا يبقى في البين وجاهة أيضاً .

في بيان المراد من الملاءة

الثاني ما نقلته عن الشيخ[1] من أنّه تمسك لإثبات ذلك بقوله : /٤٩٣/ « **إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف أو أصابه شيء غرمه له ، وإلّا فلا يتعرض لمال اليتيم** »[2] بلحاظ أن المستفاد منه أن الوجه في اشتراط الملاءة هو تمكن المقترض من الأداء بمجرد تلف المال كلاً أو بعضاً .

ولكن فيه : أن قوله عليه السلام « **إن تلف أو أصابه شيء غرمه** » ليس علة لنفس اشتراط الملاءة ، وإنما هو بيان آخر لحدّ الملاءة المعتبرة ، وذلك لأنّه ذكر أولاً وصفاً للمال حتى يعرف منه حدّ الملاءة المعتبرة في المقام ، وهو أن يكون مال الولي محيطاً بمال اليتيم ، إلّا أن هذا الوصف لما لم يرفع جميع الإحتمالات لبقاء احتمال أن يتوهم أن المراد من كون ماله محيطاً بماله ، أن يكون له مال بمقدار تمام أموال الصغير ، فتصدى الإمام عليه السلام لبيان ما هو الملاك في هذا التحديد حتّى يعلم تمام غرضه وهو أن المناط يمكنه من الأداء بمجرد التلف .

وعلى هذا ، فقوله عليه السلام « **إن تلف** » .. اه بيان لما هو الملاك في تحديد المال الّذي

---

*) ***بل الوجيه بعد كونه معسراً وكان عليه دين ، لا يجب عليه الأداء ، فربما لا يقترض لأن (؟) مال الطفل لعدم وجوبه عليه . (منه قدس سره) .***

١) كتاب الزكاة : للشيخ الانصارى ١٧ ، معنى الملاءة .

٢) وسائل الشيعة ٢٥٧/١٧ ، أبواب ما يكتسب به ، باب جواز التجارة بمال اليتيم مع كون التاجر ولياً ملياً ، ح ١/٢٢٤٦٦ .

لابدّ من أن يكون للولي وليس ملاكاً لنفس اشتراط الملاءة فائدة أخرى أيضاً ، وهو ما ذكرنا من عدم تلف مال اليتيم بعد موت الولي أيضاً .

بقي الكلام في حدّ الملاءة المعتبرة في المقام ، **فنقول**: لابدّ أن يكون له مال بمقدار ما يقترض من مال اليتيم خالصاً من جميع الجهات بأن لا تكون مخارجه متعلقة به حتّى ينقص عن ذلك المقدار /٤٩٤/ وبأن لا يكون ممنوع التصرف في المال بوجه من الوجوه بحيث كلّما تلف تمام ما استقرضه أو بعضه يغرمه من ماله فوراً .

ثمّ لا يخفى أنّ اعتبار هذا الحد من الملاءة لو لم يكن مستفاداً من الأخبار المطلق ، يكون مستفاداً من الخبر الذي تقدم آنفاً* .

هذا ، مع أن ذلك مقتضى الأصل ؛ لأنّه بعد فرض توقف صحة الإقتراض على الملاءة نقول : الأصل عدم جواز الإقتراض ما لم يحصل له هذا الحدّ من الملاءة .

ومنها أنه بعد ما ثبت توقف جواز الإقتراض على الملاءة ، فهل يتوقف الجواز مع ذلك على المصلحة والغبطة لليتيم أيضاً ، أم لا .

فنقول: لا يخفى عليك أولاً لو بنينا على اعتبار المصلحة ، فحينئذٍ نقول : إنه لا يحتاج إثبات صحة الإقتراض إلى دليل خاص ؛ إذ الأدلة الدالة من الآية والأخبار والإجماع على أنّ للوصي أن يتصرف في مال اليتيم مع المصلحة كافية في إثبات ذلك بعد ما أثبتنا أنه لا مانع من أنّ يتولى الولي لطرفي العقد سابقاً ؛ لأن من الواضح أنه لا خصوصية بين التصرفات الّتي يركتبها الولي .

فكما يجوز له سائر التصرفات ، فكذلك يجوز له الإقتراض أيضاً .

---

*) ***التمسك بالخبر مبني على أنّ يكون معتبراً من جهة السند . وأمّا التمسك بالأصل في صورة فرضنا أن شيئاً مما دل على اشتراط الملاءة ليس له ظهور في اعتبار هذا المقدار من الملاءة وأن الأخذ بهذا المقدار من باب أنه المتيقن ، محل الإشكال من جهة إطلاق نفس أدلة الإقتراض ، حيث إن المخصّص مردّد بين الأقل وغيره ، فلابدّ أن يقتصر على الأقل .***

إلّا أن يناقش على إطلاقات أدلة الإقتراض :

إما بأن يمنع ثبوت الإطلاق لها من جهة عدم اعتبار الملاءة ، وفيه تأمل .

وإمّا من جهة أن يقال : إن المقيد المنفصل كالمخصّص المتصل إجماله يسري إلى المطلق ، وفيه أيضاً تأمل . (منه قدس سره) .

وعلى هذا ، فالأخبار الواردة في جواز الإقتراض للولي تكون على طبق القاعدة .

وعلى هذا ، فكثرة السؤال عن الأئمة عن خصوص حكم الإقتراض إنما هو لكثرة ابتلاء الناس بذلك حيث يحتاجون إلى الإقتراض من مال اليتيم غالباً ، مع أنّه كان فيه احتمال الخصوصية حيث إنه يلزم أن /٤٩٥/ يصير شخص واحد متولياً لطرفي العقد وأما تعرض العلماء لخصوص عنوان الإقتراض مستقلاً ، فإنما يكون تبعاً للأخبار ولتفرع مسألة الزكاة عليه في كتاب الزكاة ، ولأن الاكثر لم يشترطوا المصلحة لليتيم فيه ، أخذاً بظاهر إطلاق الأخبار .

ومما ذكرنا ظهر سرّ ما صنعه الشيخ ﷺ في كتاب الزكاة[١] حيث عنون المسألة في جواز الإقتراض مطلقاً ولو مع عدم المصلحة وذكر مخالفة الحلي[٢] أيضاً في صورة عدم المصلحة .

ويقول هناك : إنه يظهر من المسالك[٣] في باب الرهن : « التردد في جواز اقتراض الولي مال الطفل » ، والظاهر من سوق كلام الشيخ أن تردّده أيضاً في صورة عدم المصلحة .

في عدم جواز اقتراض مال اليتيم مع عدم المصلحة مطلقاً

وعلى كل حال نقول: إن جواز الإقتراض مع المصلحة مما لا إشكال فيه ، كما يقتضيه القاعدة والنصوص الخاصة ، بل يظهر من كلام الشيخ ﷺ أنه إجماعي حيث إنه عنون النزاع في غيره ، وإنما الكلام في جواز الإقتراض مع عدم المصلحة .

فنقول: يدل على صحة الإقتراض مع عدم المصلحة إطلاق الأخبار الدالة على جواز الإقتراض من مال الصبي حيث إن إطلاقها يشمل ما لو كان فيه مصلحة لليتيم وما لا يكون فيه مصلحة له .

وعمدة الدليل على بطلانه على ما سيأتي ـ إن شاء الله ـ بعد الأصل ، هو قوله

---

١) كتاب الزكاة : ١٦ : هل يجوز للولي الملي نقل مال الطفل إلى نفسه مع عدم المصلحة .

٢) السرائر ٤٤١/١ ، كتاب الزكاة ، باب وجوب الزكاة ومعرفة من تجب عليه .

٣) مسالك الإفهام ٣٥/٤ ، كتاب الرهن ، الارتهان على مال اليتيم .

تعالى ﴿ ولا تقربوا مال اليتيم إلّا بالتي هي أحسن ﴾[1] حيث إن الآية تدل على اشتراط المصلحة في التصرف في مال الصغير من غير فرق بين الإقتراض وغيره. فالنسبة بينهما من وجه، فيكون حكمهما التساقط في مادة الإجتماع، فيكون المرجع هو الأصل ومقتضاه عدم جواز التصرف.

هذا؛ مع أنّ لنا /٤٩٦/ أن نمنع دلالة الأخبار على جواز الإقتراض في صورة لم يكن هناك مصلحة لليتيم. وذلك لما عرفت أنّ مقتضى الأخبار بعد الجمع لم يكن بأزيد من جواز الإقتراض في صورة كان الولي ملياً*.

في أن اقتراض الولي إذا كان ملياً ملازم مع المصلحة دائماً أو غالباً

وعلى هذا نقول: إن في الإقتراض مصلحة لليتيم إذا كان الولي ملياً، وذلك لأن احتمال تلف المال بسرقة أو غيرها كما يكون موجوداً في صورة الإقتراض، كذلك يكون موجوداً في صورة عدم الإقتراض، والإبقاء أيضاً في الجملة بسرقة ونحوها، إلّا أنّه لو تلف بعد الإقتراض، لم يذهب المال من البين، لأنّه يؤخذ من الولي الملي، بخلاف ما لو تلف المال بعد الإقتراض.

والحاصل أن الوثوق بعدم ذهاب المال عن يد اليتيم بعد اقتراض الولي الملي يكون أكثر من قبل الإقتراض، وهذا المقدار من المصلحة كافٍ في صحة التصرف.

إن قلت: لعلّ المال يتلف في يد الولي ويصير الولي فقيراً.

قلت: وجود هذا الإحتمال في الملي بالمعنى الّذي ذكرناه موهون لا يوجب لرفع

---

١) الأنعام: ١٥٢، الاسراء: ٣٤.

*) *إطلاق ما دل على اشتراط الملاءة لا يشمل لصورة كان المصلحة في الإقتراض بدون الملاءة أيضاً، لوضوح أن المتيقن من مساق الكلام غيره.*

فلو كان المصلحة في الإقتراض مع عدم الملاءة، فلا مانع منه، كما أن كفاية ضمان الملي الوفي عن الولي ولزوم الإشهاد أو الرهن، كل ذلك دائر مدار المصلحة.

نعم، لو كان ببعض الوجوه أصلح، فعلى اعتبار الأصلحية بعد اشتراط المصلحة، يعين ذلك. (منه قدس سره).

أكثرية الوثوق ببقاء مال الطفل في الإقتراض عن إبقاء المال بحاله.

إن قلت: لعل الولي بعد الإقتراض يسامح في ردّ المال.

قلت: لو كان الولي عاصياً، فيأخذ مال اليتيم قبل الإقتراض أيضاً.

هذا؛ مع أنّه لو سلّمنا عدم المصلحة في بعض الموارد النادرة، **فنقول:** لا يشملها إطلاق الأخبار.

وتمام الكلام في المقام سيأتي ـ إن شاء الله ـ عند التعرض لمعنى قوله تعالى ﴿**ولا تقربوا**﴾[1].

وأمّا الأب والجد، فاقتراضهما مع المصلحة لا يحتاج إلى دليل خاص، وبدونها لا دليل عليه*.

---

١) كما مرّ آنفاً.

*) ***لو اشترطنا المصلحة في تصرفهما أيضاً. (منه قدس سره).***

في ولاية الحاكم

بسم الله الرحمن الرحيم

والحمد لله ربّ العالمين

وصلّى الله على محمد وآله أجمعين

/٤٩٧ / **قوله**: « وأمّا الحاكم وأمينه فلا يليان إلّا على المحجور عليه لصغر أو سفه أو فلس أو حكم على غائب »[١].

أقول: أورد على هذه العبارة بأن سوقها يقتضي أن ولاية الحاكم يكون أقل من سائر الولاة كالأب والجد .. اه ، حيث إنه بعد ما فرغ من بيان أن كل واحد من الأب وغيره أي مقدار يكون ولايته ، **قال**:

وأمّا الحاكم ، فليس له ولاية إلّا* .. اه ، مع أنّ من الواضح أن ولاية غير الحاكم لم يكن بهذا المقدار الّذي يذكره للحاكم .

[معاني الولي]

ثمّ لا يخفى أنّ للولي معان كثيرة :

كالمحبّ ، كما في قوله تعالى ﴿**ولي حميم**﴾[٢].

---

١) شرائع الإسلام ٢٦٩/٢، كتاب التجارة، في شروط عقد البيع .

*) ***وفيه: أن العبارة لو كان بصدد دفع توهم ثبوت الولاية للحاكم بأزيد مما ذكره، فلا يوجد فيه ظهور من أنّ ولايته أقل من الأب والجد وغيرهما . (منه قدس سره) .***

٢) فصلت: ٣٤.

والوارث مثل ﴿**ربِّ هب لي ولياً يرثني**﴾[1] .. اه ، *على ما ادعاه الأستاد ، وإن كان هذا فاسداً .

وصاحب الإختيار مثل ﴿**النبي أولى بالمؤمنين**﴾[2] . وقوله عليه السلام «**من كنت مولاه فهذا علي مولاه**»[3] .

والمقصود في المقام هو هذا المعنى الثالث ، ولسنا هنا بصدد بيان الولي ، وإلّا فله معانٍ كثيرة غير ما ذكرناه .

ثمّ إن الكلام هنا :

تارة يقع في المولّى عليه .

وتارة في المولّى فيه .

وتارة في حكم الولاية وأنه ثابت بعمومه أم لا .

أما المقام الأوّل ، فقد تقدم معظم الكلام فيه عند التعرض لإثبات ولاية غير الحاكم من الأولياء ، حيث إن كل من لا يكون سائر الأولياء ولياً له ، يكون ولايته للحاكم . وقد تقدم أن الصغير والمجنون والسفيه مطلقاً يكون ولايتهم مع الأب والجد ، ومع فقدهم فللوصي . فيكون ولاية الحاكم عليهم بعد فقدهم جميعاً .

نعم ، يكون للحاكم ولاية في الجملة على الغائب ، كما ذكره أيضاً ، وعلى المفلس .

وتفصيل الكلام فيه مذكور في كتاب المفلس .

أقول: وكذلك على ما ضعف للمرض كالمغشي عليه على ما سيوضح ـ إن شاء الله ـ .

---

١) وسائل الشيعة ٣٥٩/٢١، كتاب النكاح أبواب أحكام الأولاد، باب استحباب إكرام الولد الصالح وطلبه وحبّه. ح ٥/٢٧٢٩٨.

وفي سورة مريم: ٥ : ﴿فهب لي من لدنك ولياً يرثني ويرث من آل يعقوب﴾ .

*) ***أقول. (منه قدس سره)*** .

٢) الأحزاب: ٦.

٣) الكافي ٤٢٠/١، باب فيه نكت ونتف من التنزيل في الولاية، ح ٤٢.

في بيان ما للحاكم ولاية فيه

/٤٩٨ / **وأمّا المقام الثاني** وهو في بيان المولّى فيه ، أعني الشيء الّذي يكون للحاكم ولاية فيه أو الفعل الذي يكون للحاكم ولاية فيه بنحوٍ .

أقول: في جعل المقام الأوّل مقالاً للمقام الثاني مناقشة ، لأنّه من قبيل جعل قسم الشيء قسيماً له . وذلك لأنّ الفعل الّذي يكون للحاكم ولاية فيه إن كان متعلقاً بمال شخص أو نفسه ، فيقال هنا : إن للحاكم ولاية على ذلك الشخص .

فالمقام الثاني كان مشتملاً على المقام الأوّل ، كما سيوضح لك أزيد من ذلك ـ إن شاء الله ـ .

ثمّ إن للعلماء في بيان ضابط ما فيه الولاية للحاكم كلمات ولا بأس بذكرها وذكر ما في بعضها ، حتّى يعين ما هو المعتمد في مقام تحديد ما فيه الولاية للحاكم ، **فنقول:**

منها ما ينقله في العناوين عن الشهيد ﷺ من أنّه قال : في قواعده[1] في الضابط في ولاية الحاكم : « إن كل قضية وقع النزاع فيها في إثبات شيء ، أو نفيه ، أو كيفيته وكل أمر فيه اختلاف بين العلماء كثبوت الشفعة مع الكثرة ، أو احتيج فيه إلى التقويم كالأرش وتقدير النفقات ، أو إلى ضرب المدة كالإيلاء والظهار ، أو إلى الإلقاء* كاللعان ، فهو إلى الحاكم . ومما يحتاج إليه أيضاً القصاص نفساً وطرفاً والحدود والتعزيرات وحفظ مال الغائب كالودايع واللقطات »[2] ؛ إنتهى .

ونحن نقول: إن ما ذكره الشهيد ﷺ يرجع إلى كليات :

الأوّل قوله ﷺ: كل قضية وقع النزاع فيها في إثبات شيء أو نفيه كأن يقول أحد المتخاصمين : هذا مالي ، والآخر يقول : لا ، مالي ، أو كيفيته كأن يقول أحد المتخاصمين : أعطيتني ذاك الشيء هبة ، وقال** الآخر : لا ، بل أعطيتك عوضاً عما كان في ذمتي .

---

١) القواعد والفوائد ١/٤٠٥، قواعد تتعلق بالقضاء، قاعدة ١٤٧.

*) *أقول: الإصغاء. (منه قدس سره).*

٢) العناوين الفقهية ٢/٥٧١، العنوان ٧٤، ولاية الحاكم الشرعي.

**) *ويقول. (منه قدس سره).*

وهذا هو مسألة القضاء، ولا /٤٩٩/ إشكال في كونه بيد الحاكم من حيث الأمر بإقامة الشهود والحلف والحكم، وغير ذلك.

في ما يكون أمره بيد الحاكم

الثاني قوله: « وكلّ أمر فيه اختلاف بين العلماء كثبوت الشفعة مع الكثرة »[١].

ولا يخفى أنّ العلماء في كتاب الشفعة كما في الإرشاد[٢] وشرحه[٣] يقولون: إن الشفعة يثبت بشروط ثمانية، بعضها خلافية وبعضها وفاقية، ومنها أن لا يكون الشركاء أزيد من اثنين وهو مذهب أكثر المتأخرين على ما في شرح الإرشاد[٤].

فهذه المسألة خلافية بين العلماء، فيكون المرجع فيها هو الحاكم، حيث إنه لابدّ أن يسأل عن حكمها عنه.

ثمّ إن المسائل الخلافية بعضها متعلق بالأموال والحقوق وبعضها متعلق بالعبادات، والمرجع في الكلّ هو الفقيه، إلّا أن ما يتعلق بالعبادات منها ليس مما يعدّ في عنوان ما للحاكم ولاية فيه، فذكر المثال المذكور من الشهيد ﷺ من جهة تخصيص الولاية بهذا النوع من المسائل الخلافية، فكأنه بيّن تمام مقصوده بقوله « وكل أمر فيه اختلاف » وبهذا المثال معاً؛ فافهم.

الثالث: قوله: « أو احتيج فيه إلى التقويم كالأرش وتقدير النفقات »[٥].

ونحن نقول: إن تعيين مقدار الأرش ليس بيد الحاكم، بل إنما يكون بيد أهل العرف، حيث إنهم يقوّمون الشيء صحيحاً ومعيباً ويأخذون التفاوت بينهما وكذا تقدير النفقات أيضاً ليس المرجع فيه هو الحاكم وليس حكم الحاكم متبعاً فيه بل المرجع فيه أيضاً هو العرف حيث إنهم يعينون أن نفقة الزوجة الّتي تكون كذا وكذا

---

١) القواعد والفوائد ١/٤٠٥، قاعده ١٤٧.

٢) إرشاد الأذهان ١/٣٨٤، شرائط الشفعة.

٣) مجمع الفائدة ٩/٨، شرائط الشفعة.

٤) مجمع الفائدة ٩/٨، شرائط الشفعة.

٥) القواعد والفوائد ١/٤٠٥، قاعدة ١٤٧.

أي / ٥٠٠ / مقدار يكون في كل يوم.

هذا؛ مع أنّ عطف تقدير النفقات على الأرش ـ كما هو ظاهر العبارة ـ يقتضي أن يحتاج تقدير النفقات أيضاً إلى التقويم، مع أنّه ليس فيه تقويم.

هذا؛ وقد يقال: إنه بالنسبة إلى الأرش نقول: إنه قد يصير المرجع فيه هو الحاكم، وذلك كما لو تعارض المقوّمون، فإن هنا يكون للحاكم أن يسمع بيّنة كلّ واحد من الطرفين، ثمّ يقدم أحدهما أو يجمع بينهما، كما هو المشهور على ما يقوله في المكاسب في مسألة الأرش.

وذلك لأنّ البينة* لغير الحاكم إنما يكون حجة في غير الماليات لتعيين القبلة وتطهير الثوب إلى غير ذلك مما يتعلق بالعبادات.

وأمّا في الماليات فليس البينة حجة لغير الحاكم على ما هو المقرّر في كتاب القضاء** على ما ادعاه الأستاذ ـ سلمه الله ـ، وإن لم نظفر على تصريح على ذلك منهم حتّى أنه يقول: إذا شهد الشاهدان أن المال الفلاني يكون مالك، لم يجز أخذ تلك المال ما لم يحصل القطع من قول الشاهدين.

هذا؛ ونحن نقول:

إن هذا التوجيه يرفع الإشكال، لكن يجيء في البين إشكال آخر وذلك لأنّه يرجع الأمر بالأخرة إما على تعيين حكم المسألة، فيرجع إلى الكلي الثاني وهو ما اختلف حكمه عند العلماء.

وأمّا على حكم الحاكم في القضية فيرجع إلى الكلي الأوّل وهو كل أمر وقع النزاع فيه.

---

*) ***نحن ذكرنا في غير المقام أن البيّنة حجة لغير الحاكم في الماليات، إلّا أن الجمع أو التقديم من شأن الحاكم. (منه قدس سره).***

) ***وقد ذكر في الروضة* [انظر: الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ٤١٧/٢، حكم إقامة الحدود في زمن الغيبة: «ويجوز للفقهاء حال الغيبة إقامة الحدود مع الأمن من الضرر على أنفسهم وغيرهم من المؤمنين وكذا يجوز لهم الحكم بين الناس وإثبات الحقوق بالبينة واليمين وغيرهما..»] ***في كتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ما يكون مشعراً بأن البينة مطلقاً للحاكم. (منه قدس سره).***

في ما يرفع إلى الحاكم

الرابع: قوله: « أو إلى ضرب المدة كالإيلاء والظهار »[١].

وبيانه أنه بالنسبة إلى الإيلاء /٥٠١/ يكون للزوجة أن يرفع أمرها بعد امتناع الزوج إلى الحاكم، فينظره الحاكم أربعة أشهر، ثمّ يخيّره بين الطلاق والدخول عليها. فالحكم للزوج بأن لك النظرة في المدة المذكورة، يكون بيد الحاكم، وقبل حكمه لا يحسب من المذكورة، ولو مضى ما مضى.

والطهارة أيضاً مثل الإيلاء، إلّا أن الحاكم ينظر الزوج هنا ثلاثة أشهر من حين المرافعة، ثمّ يجبره على الكفارة والوفاء، أو الطلاق.

الخامس: قوله: « أو إلى الإلقاء كاللعان »[٢].

والمراد أن تلقين الشهادة المذكورة في كتاب اللعان لابدّ من الحاكم بحيث لا يثمر اللعان قبل أمر الحاكم كل واحد من الزوج والزوجة بأن يلاعنا.

وعلى هذا، فيكون له أمثلة غير ذلك أيضاً، كالحلف والشهادة مثلاً. فإن الشهادة والحلف قبل أمر الحاكم بها غير مثمرين.

وقال الأستاذ ـ سلّمه الله ـ: إن الإلقاء غلط والنسخة هو الإصغاء.

فعلى هذا، يكون المراد أن إصغاء اللعان من الزوجة والزوج، لابدّ من أن يكون من الحاكم بحيث لا يثمر اللعان من دون استماعه.

في تحديد ما فيه الولاية للحاكم

السادس: قوله: « ومما يحتاج إلى الحاكم أيضاً القصاص نفساً أو طرفاً .. »اه.

ونحن نقول: أما احتياج الحدود والتعزيرات إلى الحاكم فواضح؛ لأنّه لا يتولاهما غيره، فلابدّ من أن يكون منه أو بأمره.

وأما القصاص، فلو كان المراد أن توليه أيضاً إلى الحاكم، **ففيه**: إن هذا بالنسبة /٥٠٢/ إلى قصاص الطرف يكون للمجني عليه لو كان حياً، وإلّا لوارثه مطلقاً، أو

---

١) القواعد والفوائد ٤٠٥/١.

٢) نفس المصدر.

خصوص العصبة.

وبالنسبة إلى قصاص النفس يكون لوارثه مطلقاً أو خصوص العصبة.

وأمّا لو كان المراد أن القصاص نفساً أو طرفاً يكون مشروطاً بحكم الحاكم وإذنه، فهذا لا محظور فيه حيث يقول جماعة باشتراط إذن الحاكم فيه، وإن يقول الأكثر بعدم اشتراط إذنه، نظير ما يقولون في قتل المرتدّ: من أنّه لا يتوقف على إذن الحاكم، وإن يقول في أواخر كتاب الحدود في شرح الإشارات: «إن المشهور أن قتله إلى الإمام»[1].

ولو كان المراد أن تعيين حكم القصاص فيما يكون المسألة فيه خلافية يكون بيد الحاكم، فهذا يرجع إلى الكلي الثاني وهو كلّ ما اختلف فيه العلماء.

ثمّ لا يخفى أنّ التحديد المنقول عن الشهيد ﷺ مع كثرة طوله ليس مشتملاً على ما هو المعظم مما للحاكم ولاية فيه وهو ولايته على الضعفاء والقاصرين لصغر أو مرض أو غير ذلك وأموالهم، إلّا على خصوص الغائب.

في تحديد النراقي لما فيه الولاية للحاكم

ومنها: ما ينقله في العناوين عن النراقي في العوائد[2] وهو أن: «وظيفة الحاكم كلية في أمرين:

أحدهما: أن كل ما كان للنبي والإمام عليهما السلام، فلهم ذلك إلّا ما دل الدليل على إخراجه.

وثانيهما: كل فعل متعلق بأمور العباد في دينهم أو دنياهم، لابدّ من الإتيان به ولا مغر منه إما عقلاً أو عادة، أو من جهة توقف أمر المعاد والمعاش لواحد أو لجماعة عليه وإناطة انتظام أمور الدين /٥٠٣/ أو الدنيا به شرعاً من جهة ورود أمر به، أو إجماع، أو نفي ضرر أو ضرار، أو عسر أو حرج أو فساد على مسلم، أو ورود الإذن به من الشارع، أو دليل عليه ولم يجعل وظيفة لمعين واحد أو جماعة، ولا لواحد لا بعينه، بل علم لابدّيته والإذن فيه ولم يعلم المأمور به والمأذون، فهو وظيفة

---

١) مجمع الفائدة ١٣/٣٢٠، كتاب الحدود، في الارتداد.

٢) عوائد الايام: ٥٣٦، المقام الثاني: في بيان وظيفة العلماء.

الفقيه »[1] ؛ إنتهى .

ونحن نقول : أما الكلي الأوّل وهو أن كلّ ما للإمام للفقيه ، إلّا ما أخرجه الدليل ، فهو ميزان حسن ، بل أحسن الموازين في تحديد ما للحاكم ولاية فيه .

وأمّا الكلي الثاني ، فيرجع إلى ما ذكره الشيخ ﷺ في المكاسب[2] وهو أن كل أمر اجتمع فيه خصلتان ، فالحاكم ولي فيه :

أحدهما أن يكون مشروعية إيجادها في الخارج مفروغاً عنها بحيث لو فرض عدم الفقيه ، كان على الناس القيام به [كفاية].

الثاني: أن لم يجعل الشارع له ولياً خاصاً .

نعم ، يرد على النراقي أن الميزان الأوّل لم يخرج عنه شيء مما ذكر في الميزان الثاني ، فجعل الميزان الثاني مقابلاً للميزان الأول يكون من قبيل قسم الشيء قسيماً له .

أقول: ويفهم من كلام النراقي أن كل ما شك في أن له ولي خاص أيضاً يكون ولايته للحاكم . ونحن صحّحنا ذلك بالإستصحاب في مسألة ولاية الأب والجدّ عند بيان أنه هل يكون للحاكم ولاية على نكاح اليتيم ، أم لا .

ثمّ إن الظاهر أن مراد النراقي أن يجعل لما فيه ولاية للحاكم ميزانين ، لا أن كلاهما يكون للحاكم حتّى يقال : إنه يلزم أن يصير قسم الشيء قسيماً له وإن كان في عبارته ما يوهم خلافه .

ثمّ إن الظاهر أن مراده اتحاد الميزانين ، لا أن /٥٠٤/ يكون الأوّل أعم من الثاني ؛ لأن ما أخرجه الدليل مما يكون للإمام ، يكون بمقدار يساوي ما بقي تحته مع الميزان الثاني .

هذا ؛ مع أنّه يجوز أن يكون مراده شيئاً آخر وهو أن ما يجوز أن يستفاد من الأدلة أنه ثابت للحاكم أحد الأمرين :

الأوّل أن يكون مفاد الأدلة أن كل ما يكون للإمام ، يكون للحاكم . وحينئذٍ فنقتصر

---

١) العناوين الفقهية ٥٧١/٢، العنوان ٧٤، ولاية الحاكم الشرعي.

٢) كتاب المكاسب ٥٥٧/٣، في ولاية الفقيه.

في الإخراج عن تحت هذه الكلية بكل شيء ثبت عدم كونه للحاكم.

الثاني أن يقال: إن الأمر الأوّل لا يستفاد من الأدلة، وإنما يثبت الكلي الثاني وهو أن كل ما ليس له ولي، أو شك فيه وعلم كون وجوده محبوباً للشارع أو مأذوناً، فهو للشارع.

وعلى هذا، فنسلم أن الميزان الثاني يكون أخص من الأوّل، إلّا أنّه لا محظور فيه.

وسيأتي أن الأستاد يتكلم في كل واحد من الميزانين مستقلاً من أنّ الأدلة يثبته أم لا.

هذا؛ ولا يخفى أنّ كلا العنوانين المذكورين في كلام النراقي مذكور في كلام الشيخ ﷺ أيضاً.

غاية الأمر أنه يقول: إن الميزان الأوّل لا يستفاد من الأدلة. وسيوضح كلام الشيخ ﷺ أكثر من ذلك ـ إن شاء الله ـ.

في ما للحاكم ولاية فيه

وما ذكره في العناوين في تحديد ما فيه الولاية للحاكم من أنّ كل شيء لا ولي له معين من الشرع، يكون ولايته للحاكم، يكون بمثل الميزان الثاني الّذي ذكره النراقي.

نعم، هذا العنوان أعم من جهة أنه قال «كلّ شيء»، لا «كلّ فعل»، /٥٠٥/ كما في العوائد.

أقول: فيه ما تقدم من الولاية على الشخص أو الشيء لابدّ وأن يرجع إلى الولاية على الفعل المتعلق به، كالنكاح لليتيم؛ فافهم.

ثمّ إن أحسن الميزانات هو الميزان الأوّل المنقول عن العوائد من أنّ كل ما يكون للإمام يكون للحاكم، إلّا ما أخرجه الدليل.

ونحن نبيّن الأمور الّتي يكون للإمام، ثمّ نبيّن أي واحد منها يكون للفقيه.

والأحسن أن نتكلم هنا من جهات لتوضيح المطلب وإن كان بعضها متداخلة

في الآخر.

في الموارد التي يحتمل أن يكون للفقيه الجامع للشرائط

فنقول: المقام الأوّل في عموم وجوب إطاعة الفقيه، كما كان إطاعة الإمام واجباً.

فنقول: إن وجوب الإطاعة للفقيه يكون مسلماً وجوده في بعض الموارد، كما في القضاء، فإنه إذا حكم الفقيه في كل شيء ثبت أن للفقيه أن يحكم فيه بعد تحقق شرائط القضاء، فيجب متابعة حكمه على من حكم عليه.

*نعم، نحن قلنا في محله: إنه ليس للحاكم أن يحكم في الموضوعات في غير مقام الدعوى إلّا في مسألة الهلال، ويكون وجوب الإطاعة مسلماً عدمه في بعض الموارد للفقيه. وذلك كما إذا أمر بما لا يتعلق بمصالح المسلمين، بل يكون متعلقاً بأمر معاشه.

نعم، هذا يكون ثابتاً للإمام، فإن للإمام أن يأمر آحاد الناس بهوى نفسه بما يكون متعلقاً بأمر معاشه ويكون بعد الأمر إطاعته واجبة /٥٠٦/ أيضاً، كما أن للإمام أن يأمر بما يتعلق بمصالح العباد ويكون إطاعته واجبة.

وإنما الإشكال في وجوب إطاعة الفقيه إذا أمر بما يكون فيه مصلحة للمسلمين، كما نقل ذلك عن بعض الفقهاء، مثل ما نقل من أنّ السيد محمد ﷺ أمر الناس بالجهاد مع الأرش لما اعتقده من أنّ صلاح المسلمين فيه.

ونقل عن الشيخ جعفر ﷺ أنه أمر بتخريب بيوت بعض الناس وأنه جعل فتحعلى شاه سلطاناً وأمر الناس بإطاعته.

في مقدار ما يجب فيه إطاعة الفقيه

أقول: لا يخفى عليك أنه يظهر من المحقق في الشرايع في أوائل كتاب القضاء[1] أنه ينفي ثبوت أن يكون للإمام أن يأمر بما فيه مصلحة للمسلمين مما لا يكون واجباً

---

*) *أقول. (منه قدس سره).*

١) شرائع الإسلام ٨٦١/٤، كتاب القضاء، أحكام القاضي.

على المكلف بمقتضى الموازين الشرعية ، فضلاً من أن يكون له عليه السلام أن يأمر بميل نفسه بما يتعلق بأمر معاشه . وقبل نقل كلام المحقق لا بأس من أن نتعرض لما هو محل البحث .

فنقول: لا إشكال عند الشيعة ظاهراً من أن كل ما أمرها الإمام عليه السلام أمراً إلزامياً يجب إطاعته لما دل على وجوب طاعته ، ولأنه بعد الأمر نستكشف من أنّه كان له أن يأمر به حيث إنهم يقولون بعصمته ، وإنما الكلام في أنه يأمر بفعل فيه صلاح معاشه أو فيه صلاح المسلمين مما لا يكون واجباً بدون أمره ، أم لا .

وبعبارة أخرى يكون الكلام في أنه جعل الله تعالى لهم ذلك حتى يأمرون ، /٥٠٧/ أم لا ؟

لا يقال : إن بين كلامنا تناقض حيث نقول : إنه تعالى أمر بإطاعتهم على نحو الإطلاق ، مع أنك تقول : من المحتمل أن لم يجعل الله لهم أن يامرون .

قلت: لا تنافي بينهما ، فإنه لا مانع من أن يأمر السلطان بإطاعة من هو مقرّب عنده ، ولكن يقول لمن يكون مقرّباً عنده : إنك لا تأمر إلّا بالفلان ولا يلزم أن يبيّن مقدار ما يكون لهذا المقرّب أن يأمر به للناس ، لأنّه ليس متعلقاً بتكليفهم ، ولا سيّما إذا فرض كون المقرّب عند السلطان معصوماً عن الخطأ .

وبالجملة ، لسنا هنا بصدد ذكر الدليل على ما يكون الإمام أن يأمر به حتّى نطول المقام .

نعم ، لو تعلق بذلك فرع عملي ، فحينئذٍ لابدّ لنا من أن نتكلم في مقدار ما يمكن إثباته من الأدلة .

فيما يكون للإمام أن يأمر به

وإنما الغرض هنا ذكر بعض كلمات العلماء في المقام ؛ **فنقول**: أما ما ذكره المحقق هو أنه يقول في أوائل كتاب القضاء : وإذا علم [الإمام] عليه السلام أن بلداً خالٍ من قاضٍ ، لزمه أن يبعث له قاضياً ويأثم أهل البلد بالإتفاق على منعه ويحلّ قتالهم طلباً

للإجابة* . ولو وجد من هو بالشرائط لم يجبر مع وجود مثله ، ولو ألزمه الإمام . قال في الخلاف[١] : لم يكن له الإمتناع ، لأنّ ما يلزم[٢] به الإمام عليه السلام واجب ونحن نمنع الإلزام ؛ إذ [الإمام] /٥٠٨/ لا يلزم[٣] بما ليس لازماً »[٤] إنتهى .

وفي المسالك : « والمصنف منع من أصل إلزام الإمام في هذه الحالة ؛ لأنّه إن كان في اللزوم قرينة مرجّحة ، فهو متعين ، وليس هو محل النزاع ، وإلّا ففرض[٥] الإمام أجداء[٦] الواجب على وجهه . ومقتضاه أن يأمر واحداً منهم لا بعينه ، فالنزاع حينئذٍ لفظي ؛ لأنه يسلّم أن الإمام عليه السلام إذا ألزم واحداً بعينه يتعين . وإنما يدعى في صورة النزاع عدم إلزامه ، لأنّ الإمام عليه السلام لا يلزم واحداً بعينه بما ليس لازماً له ، وإنما هو واجب عليه وعلى غيره كفاية »[٧] . إنتهىٰ ** .

---

*) ***وقريب منه يقولون عند التعرض لعزل القاضي اقتراحاً وفي الحج*** [وسائل الشيعة ٢٤/١١، كتاب الحج، باب وجوب إجبار الوالي الناس على الحج وزيارة الرسول، ح ٢/١٤١٤٩] ***في مسألة أن الناس لو تركوا زيارة النبي صلى الله عليه وآله ، يجبرهم الإمام عليه ، وفي الزكاة فيما لو أمر الإمام بدفع الزكاة إليه وفي مسألة وجوب نصب العامل على الإمام. (منه قدس سره).***

١) الخلاف ٢٠٩/٦، مسألة ٢.

٢) في المخطوطة : يأمر.

٣) في المخطوطة : لم يأمر.

٤) شرائع الإسلام ٨٦١/٤، كتاب القضاء.

٥) في المخطوطة : فوّض.

٦) في المخطوطة : أمر.

٧) مسالك الإفهام ٣٣٨/١٣، كتاب القضاء.

) ***في الجواهر* [جواهر الكلام ٤١/٤٠، كتاب القضاء، استحباب تولي القضاء] ***ما ملخصه : إنه قال في المسالك:*** [مسالك الإفهام ٣٥٧/١٣، كتاب القضاء] ***قد يلزم الإمام لمصلحة ويدفع بانحصار الأمر فيه مع عدم حصولها في غيره ، إلّا أن يقال: إن إلزامه ليس من جهة ذلك ، بل للإمام إلزام الشخص اقتراحاً ؛ لأنّه لا خطاب للقضاء لغير الإمام ووجوبه على غيره لأمر الإمام ذلك الغير تعييناً أو تخييراً ، نحو أمر السادة للعبيد بعد أن كان أمر السياسة الدينية إليه ٧.***

نعم ، إذا لم يكن من هذه الحيثية بالأمر ، كما ذكره في المسالك من أنّه عليه السلام لا يلزم بما ليس لازماً عند الله ؛ إذ أمر الإمام عليه السلام أمر الله .

أقول: لأنهم لا يبقونه بالقول وهم بأمره يعملون ، كما في الجامعة . وكذلك الملائكة الذين تكون الآية فيهم. (منه قدس سره).

في وجوب إطاعة الإمام وأنحاء أوامره عليه السلام

أقول: يظهر من بعض كلماتهم في غير المقام أن الواجب الكفائي يصير عينياً بأمر الإمام عليه السلام كما يقولون في باب الجهاد من أنّ للوالد منع الولد عن الجهاد، ما لم يتعين عليه.

ثمّ يذكرون في ضمن ما يصير منشأً لتعين الجهاد عليه أمر الإمام عليه السلام له بالجهاد، وكذلك أمر أمير المؤمنين عليه السلام ابنه الحسين عليه السلام بالقتال مع واحد من أهل الشام على ما ينقلون.

ومقتضى ما ذكره صاحب المسالك[1] أنه في كل مورد يعين الإمام عليه السلام شخصاً خاصاً لأن يأتي بالواجب الكفائي، لابدّ من أن يكون هناك قرينة موجبة لتعين الواجب عليه بحيث يصير الواجب الكفائي مع قطع النظر عن أمر الإمام عليه السلام عينياً عليه حتّى يكون للإمام أن يأمر به.

ونحن نسلّم من صاحب المسالك أنه لا يأمر الإمام عليه السلام إلّا على نحو الإلزام إلّا بما يكون عند الله لازماً على المكلف بمعنى تعلق إرادة الله بعلمه قبل أمر الإمام، إلّا أنّه نقول: إنه لا يلزم أن يكون المرجّح لتعين الوجوب عليه معلوماً في الخارج بواسطة قرينة بحيث يكون تعين الوجوب عليه /٥٠٩/ معلوماً للناس قبل أمر الإمام عليه السلام حتّى يكون تعلق إلزام الإمام بمن نعلم تعين الوجوب عليه مع قطع النظر عن أمر الإمام، كما يشعر بذلك ما ذكره صاحب المسالك في توجيه كلام المحقق.

وذلك لأنّه بعد ما يكون المفروض أن المصالح تصير منشأً لتعين الواجب الكفائي على شخص ويكون أمر الإمام عليه السلام على طبق تلك المصالح، **فنقول:** إن تلك المصالح الموجبة لتعين الواجب على شخص ربما يخفى على غير الإمام، أو يكون بنفسها من المصالح الّتي لا طريق لغير الإمام عليه السلام إلى الإطلاع عليها.

ومن الواضح أن للإمام أن يأمر على طبق تلك المصالح من دون أن يخبر عنها أولاً، كما يقتضي إطلاق كلامهم في باب الجهاد وغيره، وكما يقتضيه الأوامر الواردة

---

١) مسالك الإفهام ٣٣٦/١٣، كتاب القضاء، تولي القضاء مستحب.

على إطاعتهم ، فإنها تدل على وجوب إطاعتهم في كل ما يأمرون به ، سواء أخبروا بوجه أمرهم وعلته ، أم لا*.

إن قلت: إذا كان المفروض أن الأمر ورد على إطاعتهم عليهم السلام ، فيكون مقتضى ذلك أن يكون لهم الأمر بهوى نفسهم بما يتعلق بأمور معاشهم أيضاً ، كما يدعيه الأستاد ـ سلّمه الله تعالى ـ ، تبعاً لما ذكره الشيخ رحمه الله هنا في المكاسب .

فلأي وجه قلت : إنه غير ثابت .

قلت: نحن لا نقول : إنه إذا ورد الأمر الإلزامي منهم عليهم السلام على فعل من الأفعال ، ليس إطاعتهم واجبة إذا كان تلك الأمر متعلقاً بغير ما يكون واجباً عند الله ، بل نقول : إن محل الكلام في أنهم يأمرون بأمر إلزامي بما ليس واجباً عند الله قبل أمرهم ، أم لا .

ونحن نقول: إن أمرهم بذلك غير معلوم ، وذلك لا من جهة أنه جعل الله تعالى لهم أن يأمرون ومع ذلك لا يأمرون بميل نفسهم أو توسعة للعباد ، بل من جهة احتمال أن لم يجعل الله تعالى لهم ذلك .

وذلك لأنّه بعد لم يقم لنا دليل على أنه تعالى جعل للنبي صلى الله عليه وآله / ٥١٠ / أو الإمام أن يلزمون الناس بكل ما يشتهي أنفهسم عليهم السلام .

إن قلت: من أين تثبت وجوب إطاعة العبد لكل ما يشتهيه المولى في غير المحرمات وترك الواجبات ووجوب إطاعة الولد لوالده فيما يشتهيه الوالد ، مع أنّ ما دلّ على إطاعة المولى والوالد ، ليس بأزيد ولا بأشدّ مما دل على وجوب إطاعة الإمام .

قلت: قد يقال : لما ليس للمولى والأب سياسة في أمر الدين ، بل الأوامر الإلزامية

---

*) ***في إحياء الموات ـ كما سيأتي بُعيد ذلك ـ من الجواهر*** [جواهر الكلام ٣٨/١٠٣، كتاب إحياء الموات، في جواز إقطاع السلطان المعادن] ***في أقطاع السلطان المعادن الظاهرة منع الإشكال في جوازه عندنا للإمام الّذي لا ينطق عن الهوىٰ، ولاطلاعه على المصالح الواقعية ومعصوماً من ترك الأولى. ومنه صار أولى من المؤمنين بأنفسهم إلى أن يقول: نعم، لا يجوز ذلك نحوه مما هو متوقف على المصالح الواقعية للنائب العام، لعدم عموم نيابته لمثل ذلك بما هو مبني على معرفة المصالح الواقعية وليس به ميزان، وأدلة النيابة منصرفة إلى ماكان منطبقاً على الموازين الشرعية كالقضاء .. اه. (منه قدس سره).***

الصادرة من مثلهما ليس دائماً أو غالباً إلّا عن هوى أنفسهما، وغير متعلق بأمر الدين، فلذا إذا ورد أمر واحد بإطاعة مثلهما من الشارع، فيكشف من ذلك أن المراد هو وجوب إطاعتهما فيما يأمران بهوى أنفسهما.

وهذا بخلاف الأوامر الواردة على إطاعة الإمام عليه السلام الّذي هو رئيس الدين، حيث إن الظاهر منها وجوب الإطاعة في كل ما يكون متعلقاً بأمر الدين ويكون لازماً في أمر الدين، فلا يأمرون بغير ما يكون واجباً في الدين بمعنى أنه محبوب عند الله محبوبية ملزمة بحيث يكون أمرهم تبعاً لإرادة الله.

وعلى هذا، فلقائل أن يقول: إنه لو فرض أنه صدر منهم أمر إلزامي على إنسان بما لا يكون متعلقاً بأمر الدين، فحينئذٍ لا يدل ما دل على وجوب إطاعتهم عليهم السلام على وجوب الإطاعة في مثل هذا الأمر.

نعم، لما يكونوا معصومين، ومقتضى ذلك أن لا يلزموا بما ليس لهم ذلك، فيكشف من إلزامهم في مثل الفرض أن إطاعتهم واجبة في جميع الموارد بحيث يكون أمرهم موضوعاً لحكم الشارع، نظير أمر الولي على عبده، لا طريقاً إلى أوامر الشارع، كما في غير هذا المورد.

هذا؛ ولكن نحن لا نمشي هذا المسلك، بل نقول ببطلانه، لأنّ لهم دليل إلزامي على وجوب إطاعتهم عليهم السلام في جميع ما يأمرون به، /٥١١/ مع قطع النظر عما دل على عصمتهم عليهم السلام وذلك مثل قوله تعالى ﴿**النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم**﴾[1] حيث إن الظاهر منه بمقتضى الإطلاق أن كلّ ما يريد أن يفعله المؤمن وأراد النبي صلى الله عليه وآله غيره، يكون إرادة النبي صلى الله عليه وآله مقدماً، بل الظاهر من سائر الآيات الدالّة على وجوب الإطاعة هو الإطاعة في كل ما يراد به. وقد ثبت هذا العنوان لأمير المؤمنين عليه السلام بقوله صلى الله عليه وآله «**من كنت مولاه**»[2].. المذكور بعد قوله صلى الله عليه وآله «**ألست أولى بكم من أنفسكم**»[3] ولأولاده

---

١) الأحزاب: ٦.

٢) الكافي ١/٤٢٠، باب فيه نكت ونتف من التنزيل في الولاية، ح ٤٢.

٣) كمال الدين وتمام النعمة: ٣٣٦؛ باب ٣٣ ما روي عن الصادق عليه السلام على القائم عجل الله فرجه وذكر غيبته، ح ٩.

الأئمة المعصومين بوجوه ليس هنا محل ذكرها.

وعلى هذا، فلا إشكال في أن الدليل الالزامي لهم عليهم السلام على جميع الناس يكون ثابتاً لهم في جميع ما يأمرون به، مع قطع النظر عما دل على وجوب عصمتهم. وقد تقدم أنا قلنا بصحة الإلزام على وجوب إطاعتهم عليهم السلام في كل ما يأمرون به بما دل على وجوب إطاعتهم عليهم السلام، إلّا أن ثبوت الدليل الإلزامي على وجوب إطاعتهم لا يصير دليلاً على أنهم يأمرون بكل شيء وأنه يكون ذلك لهم ثابتاً في الواقع. وذلك لأنه لا مانع في أن يكون الواقع بهذا النحو من أنّه تعالى جعل لهم ميزاناً خاصاً في أوامرهم عليهم السلام ونواهيهم عليهم السلام وأعلمهم بذلك بحيث لا يتعدون عنه.

ثمّ لما كان الله تعالى عالماً بأنهم عليهم السلام لا يعصونه في ما أمرهم به، فلذا أمر الناس بوجوب إطاعتهم مطلقاً*.

---

*) *ملخص ما قلناه في المقام أن الأمر بإطاعتهم مطلقاً وأنهم أولى بالناس من أنفسهم ودليل عصمتهم يقتضي وجوب إطاعتهم في كل ما يأمرون إلّا أن شيئاً من ذلك لا يدل على أنّ لهم أن يامروا بكل ما يريدون.*

بل مثل ﴿وما ينطق عن الهوىٰ إن هو إلّا وحي يوحى﴾ [النجم: ٣ - ٤] *ومثل ﴿لا يسبقونه بالقول وهم بأمره يعملون﴾* [الانبياء: ٢٧] *ومثل «أمرهم رشد»* [عيون أخبار الرضا عليه السلام ٣٠٩/١، زيارة الجامعة للأئمة عليهم السلام] *تدل على أنهم لا يأمرون بميل أنفسهم.*

نعم، لا ينفي أن يكون لهم الأمر بميل أنفسهم وساكت من هذه الجهة كسكوت ما دل على وجوب إطاعتهم عن ذلك.

هذا؛ بل لو فرضنا تمامية دليل على أنّ لهم أن يأمروا بكل ما يريدون، فنقول: إن له مخصص مثل قوله ﴿ماكان لنبي أن يغلّ ومن يغلل﴾ [آل عمران: ١٦١].. *الآية.*

تقريب الدلالة أنه لوكان لهم الأمر بكل ما يريدون، فلا يوجد في حقهم، مع أنّ هذه الآية تدل على ثبوت الخيانة في حق النبي صلى الله عليه وآله ولم يعلم أن الخيانة في أي قسم من أفعاله لنقول: إنها ليست له، فهو من قبيل التخصيص بالمجمل على دليل فرض دلالته على أنّ لهم الأمر بكل شيء. والتخصيص بالمجمل يسقط العام عن الإعتبار.

بقي الكلام فيما ثبت [و]يكون لهم، وهي أمور:

منها أن كل ما يكون ثابتاً لغيرهم من الأمر بالمعروف ووجوب الإرشاد، يكون ثابتاً لهم أيضاً.

ومنها أنه يستفاد من الأمر بالإذن والأمر بالتوكّل بعد المشورة والعزم ومن الملامة على الإذن ومن إطلاق اولى الأمر عليهم وشبه [ذلك] أن لأمرهم وإذنهم موضوعية في الجملة لحكم الشارع.

في وجوب إطاعة الإمام فيما يأمره ولكنّه لا يأمر بكلّ شيء

/٥١٢/ ثمّ إنه إذا جاء في البين هذا الإحتمال الذي ذكرناه، فحينئذٍ نقول: لا يستفاد مما دلّ على وجوب إطاعتهم عليهم السلام وأن اختيارهم عليهم السلام شيئاً في نفس

ومنها أن على الناس أن يسألو عنهم وأن لهم السكوت، أو بيان مسؤولهم، فيكون ذلك أيضاً بنظرهم.

بقي الكلام في أخبار التفويض، فنقول: إن التفويض ببعض معانيه كفر، وبعضها مما يشبه الكفر، وليس له مدرك.

وما يكون خالياً عن المانعين، سواء كان شاهد من نفس أخبار، أم لا، وجوه:

منها هو الأمر الثاني الذي قلنا بثبوته لهم في الجملة من الولاية على بعض الأمور وأن لنظرهم وأمرهم موضوعية.

نعم، تقدم أن الأدلة ساكتة عن تعيين حدّه من أنّه في كل ما يتعلق بمصلحة تمام المسلمين أو بعضهم من السياسة في الدين مطلقاً، أو في خصوص السياسة في الجهاد أو غير ذلك، كما أنه لم يعلم كيفيته.

ومنها الأمر الثالث [الذي] قلنا بثبوته لهم ولو بالتعميم الّذي قاله المجلسي في مرآت العقول من تفويض بيان الأحكام والعلوم إليهم.

أما الأحكام بأن يكون لهم البيان والسكوت، أو بيان الخلاف لتقية أو مصلحة أخرى.

نعم، يقول: إن ذلك ليس للأنبياء، وأما العلوم بأن يتكلم مع كل أحد بمقدار عقله وليس المقام لشرحه.

ومنها ما ذكره أن الفصول[الفصول الغروية في الأصول الفقهية: ٣١٧] *ويستفاد من مرآت ويدلّ عليه بعض الأخبار* [انظر: بصائر الدرجات: ٣٩٨، الجزء الثامن، باب ٤ التفويض إلى رسول الله صلى الله عليه وآله ح ٣، ٤، ٥، ١١] *من أنّ الله أدّب عقل النبي [صلى الله عليه وآله] بحيث يدرك المصالح والحسن والقبح اللذين لا يدرك عقل غيره. فيفهم الأحكام بقاعدة الملازمة، ففوّض بعض الأحكام، مثل ما سنّه النبي السنة من الركعتين الأخيرتين* [وسائل الشيعة ٨٨/٤، أبواب أعداد الفرائض، باب أسباب المداومة على نافلة المغرب وعدم شرطها في السفر، ح ٦/٤٥٨٣] *وطعمه الحد.*

وقال الحلبي: إن تعيينه بالوحي واختياره بالإلهام، ثمّ يؤكده بما يوحي، كما أن في بعض الأخبار فأجازه الله.

ومنها أن يكون المراد تفويض المنع والعطاء إليهم فيما أعطي إليهم من جميع الأرض أو خصوص الأنفال والخمس، كما أن الثابت لسليمان مثل هذا ظاهراً، كما يدل عليه بعض الأخبار، وليس محل البسط. (منه قدس سره).

المكلف، يكون مقدماً اختيار المكلف في نفسه شيئاً على أن للأئمة في لبّ الواقع يكون اختيار كلّ شيء، وذلك لأنا لم نرَ دليلاً على ذلك إلّا ما دلّ على وجوب إطاعتهم على نحو الإطلاق.

مع أن هذه الأدلة لها دلالة بمقتضى وضع اللفظ على ما هو محل كلامنا من أن لهم أن يأمرون بكلّ شيء؛ بل إنما يدلّ على أنهم بكلّ شيء أمروا، وجب إطاعتهم، والثاني غير مستلزم للأول، لا عقلاً ولا عرفاً.

أما عقلاً فواضح؛ لأنه لا مانع من أن يأمر مولى عبيده بإطاعة ابنه في كل ما يأمر الإبن به ومع ذلك ينهى الإبن من أن يأمر بكثير من الأفعال.

وأما عرفاً فلما تقدم الإشارة إليه من أنه إذا أمر الله تعالى الولد بإطاعة والده، فهنا يفهم عرفاً أن المراد وجوب إطاعة الأب في كلّ ما يريده بميل نفسه حيث إن الأب ليس صاحب المنصب من الله ونعلم أنه لم يجعل الله تعالى له ميزاناً فيما يأمر به.

وهذا بخلاف الإمام، فإنه يكون نظير حاكم أمين من قبل السلطان على الرعية، فإن هنا إذا أمر السلطان جميع الرعية بإطاعة الحاكم الأمين بكلّ شيء أمر هذا الحاكم به، لا يستفاد منه أنه أذن السلطان للحاكم بأن يأمر الحاكم الرعية بكلّ ما يشتهيه نفسه، بل يقول أهل العرف: إنه أمرنا السلطان بأن نطيعه على نحو الإطلاق لحفظ النظام وعدم اقتدار أحد /٥١٣/ أن ينازع الحاكم في شيء من أوامره، وإلّا جعل الحاكم أيضاً ميزاناً فيما يأمر به الرعية*.

---

*) ***لا يخفى أن أخبار تفويض الدين والأمة يظهر من بعض منها أن المراد تفويض بيان الأحكام ليصير فعلياً في حق العباد.***

فعليك بمراجعة أصول الكافي، [الكافي ٢١٠/١، باب أن أهل الذكر الذين أمر الله الخلق بسؤالهم هم الأئمة عليهم السلام، ح ٣، ٨] ***بل في أوائل كتاب القضاء من الوسائل*** [وسائل الشيعة ٢٧، ٦٥، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي، باب وجوب الرجوع في جميع الأحكام إلى المعصومين ح ٩/٣٣٢١١، ٨ و..] ***يذكر أخباراً كثيرة مما يدلّ على أن على الناس أن يسألوا وأنه ليس عليهم البيان، بل هو باختيارهم.***

ويظهر من بعض منها أن لنظرهم موضوعية فيما يتعلق بأمور السياسة، كما يظهر ذلك من إطلاق لفظ «أولوا الأمر» [النساء: ٥٩] ***عليهم أيضاً ومن قوله تعالى ﴿وشاورهم في الأمر فإذا عزمت***

ثمّ إنك إذا عرفت أنه لا دليل على أن يكون للإمام أن يأمر بغير ما يتعلق بـأمر الدين في كسب الواقع.

فنقول: إن هذه المسألة كانت اعتقادية صرفة، غير مرتبة بالعمل، بل لا يترتب عليها أثر عملي أصلاً، لأنّه على كل حال لا إشكال في وجوب إطاعة الإمام عليه السلام في كلّ ما يأمر به. ولكنّها تكون مقدمة للمسألة الّتي نريد أن نتكلّم فيها فعلاً وهو أن ما يفعله الإمام عليه السلام مما يكون متعلقاً بمصالح العباد، ولكنّه ليس داخلاً في تحت شيء من الموازين الشرعية الظاهرية مثل القضاء والولاية على الأطفال وغير ذلك، كما إذا فرض أنه أمر بتخريب شيء ليس وجهه معلوماً بحيث ينطبق على القواعد الظاهرية أو ألزم شخصاً خاصاً على واجب كان كفائياً بمقتضى ظاهر الشرع على أي نحو يكون.

فنقول: قد يقال: إن أمر الإمام عليه السلام في أمثال هذه الموارد يكون له موضوعية بمعنى أنه قبل أمر الإمام لم يكن واجباً، ولكن لما تعلق نظر الإمام عليه السلام إلى حسن ذلك الفعل وأمر، فيصير واجباً، فيكون أمر الإمام نظير أمر الأب على ولده في أنه قبل الأمر لم يكن لله تعالى إرادة ذلك الفعل، ولكن لما تعلق أمر الوالد به وكان إطاعة الوالد حسناً بأمر الله بإطاعته، فيكون أمر الأب محققاً لموضوع حكم الشارع، فكذا أمر الإمام.

فتوكّل ﴾ [آل عمران: ١٥٩] ***ومن قوله تعالى*** ﴿ ***لم أذنت لهم*** ﴾ [التوبة: ٤٣] ***حيث إن النبي لا يعصي، فلابدّ أن يكون الإذن فيما له الإذن فيه؛ غاية الأمر يخطيه في نظره*** ٩.

ويظهر من بعض منها أن المراد هو التوجيه الذي يذكره في الفصول [الفصول الغروية في الأصول الفقهية: ٣١٧] ***في الأدلة العقلية من أنه تعالى أكمل عقل النبي صلى الله عليه وآله بحيث يدرك المصالح الواقعية في بعض الأحكام، فيدرك بعض الأحكام بالملازمة بين العقل والشرع.***

ولا ينافي كلّ ذلك مع قوله تعالى ﴿ ***وما ينطق عن الهوىٰ إن هو إلّا وحي يوحىٰ*** ﴾ [النجم: ٤ - ٣].

ثمّ إن الفقيه ليس له النيابة في الأخير لعدم إدراك عقله شيئاً مما أدب الله نبيّه، بل وكذا الأول، إلّا مما بيّن من قبلهم كمورد التقية.

وأما الثاني، فلو كان للفقيه سياسة، فيمكن جعله له. (منه قدس سره).

ولكن فيه: أن من المحتمل القريب لو لم يكن متعيناً أن يكون أمر الإمام عليه السلام في أمثال هذه الموارد أيضاً كاشفاً عن حكم الله، كما كان كذلك في غير هذه الموارد لعدم انطباق أمر الإمام مع الموازين الظاهرية الّتي تكون بأيدينا /٥١٤/ لا يصير منشأ لأن نقول: إن نظر الإمام يكون له موضوعية* نظير موضوعية أمر الوالد لوجوب

---

*) *هذا، ولكن لا يخفى أنه يمكن أن يستفاد من بعض الآيات أن لنظر النبي ﷺ يكون موضوعية في بعض الموارد كقوله تعالى في سورة آل عمران ﴿وشاورهم في الأمر فإذا عزمت فتوكل على الله﴾* [آل عمران: ١٥٩].

فإن المستفاد من أمثال هذه الآيات أن تعيين بعض الخصوصيات مما يكون متعلقاً بأمر السياسة على العباد يكون منوطاً بنظر النبي ﷺ بحيث لم يكن قبل أمر النبي ﷺ تكليف، وإنما يحدث التكليف بأمره ﷺ.

ولعل هذا هو المراد من الأخبار الّتي ينقلها في الأدلة العقلية في الفصول من أنّه تعالى أدّب نبيّه وفوّض إليه الأحكام؛ بل نقل أنه ورد بعض الأخبار من أنه تعالى فوّض أحكامه إلى الإمام.

بل المراد من «أولي الأمر» هو من يكون نظره معتبراً في تعيين بعض الإنتظامات كتعيين يوم الذهاب إلى الجهاد مثلاً وغير ذلك، إلّا أن شيئاً منها لا يدل على أنّ للنبي ﷺ أن يفعل شيئاً بهوى نفسه، كيف، ويعاتب الله نبيّه في بعض الجزئيات كقوله تعالى ﴿لِمَ أذنت لهم﴾ [التوبة: ٤٣].

فإن المستفاد من هذه الآية أن له ﷺ أن يأذن بمقتضى نظره ﷺ وأن نظره لابدّ من أن يكون على الوجه الأصلح.

وأيضاً مما يدلّ على أنه ليس للنبي ﷺ أن يفعل شيئاً بهوى نفسه فيما يتعلق بأمور العباد وأموالهم وما يتعلق به حقوقهم، قوله تعالى ﴿وما كان لنبي أن يغلّ ومن يغلل يأت بما غلّ يوم القيامة﴾ [آل عمران: ١٦١] .. *الآية.*

فإنه كيف يصح أن يقال: إنه مطلقاً أذن لنبيّه ﷺ من أن يفعل كل ما يريد، فهوى نفسه في أنفس الناس وأموالهم مع التصريح بأنه لو خان النبي ﷺ في الغنيمة يؤخذ منه في يوم القيامة.

هذا ويمكن أن يحمل خصوص أخبار تفويض الأحكام إليهم على معنى آخر قريب من ذلك، وهو أن بيان الأحكام يكون بنظرهم بمعنى أن الإمام عليه السلام ربما لا يرى المصلحة في بيان الحكم، فلا يبيّنه.

وقد رأيت في البحار [بحار الأنوار ١٧٢/٢٣، باب أنهم عليهم السلام الذكر وأنه فرض على شيعتهم المسألة ولم يفرض عليهم الجواب: ح ٣، ١٥، ١٦، ١٧، ٢٠، ٢١، ٢٢، ٣٠، ٣٩، ٤١، و..] *باباً من الأخبار بهذا المضمون من أنه يكون على الناس من أن يسألوا عنّا من الأحكام، ولكن ليس علينا أن نبيّن الأحكام بعد السؤال، بل لو نريد ان نجوبهم نجوبهم، وإلّا فلا.*

والحاصل أن القول بأن للنبي ﷺ ونوّابه أن يفعلوا شيئاً بهوى أنفسهم: ينافيه ما تقدم، مع قطع

إطاعة الولد ، وذلك لاحتمال أن يكون حكم الله أيضاً هنا ويكون أمر الإمام من جهة كونه مطلوباً لله تعالى ، وعدم انطباقه على الموازين الظاهرة غير مضرٍّ.

وذلك لأنّ المصالح الخفية الّتي لا يطلع عليها الناس كثيرة ولا مانع من أن يكون لله تعالى على طبقها حكماً ويكون الإمام مطلعاً على تلك الأحكام ، فيبنيها لله للناس في موارده ، وإنما لم يبنها للناس على نحو الكلية لبعض الحكم ، كوقوع الإختلاف كثيراً في تعيين مصاديقها أو لعلم قابلية الناس لأنّ يدركوا تلك المصالح وليس لتلك الأحكام تميز من غير جهة تلك المصالح المختفية إلى غير لك من الجهات.

وإذا عرفت ما تقدم نقول : لو فرضنا أنه لو قام دليل معتبر من جميع الجهات على الفقيه يكون نائب الإمام أيضاً نقول بعدم وجوب اطاعة الفقيه فيما يرى بنظره من المصالح للعبارة كما نقلنا ذلك عن مضي الأكابر.

وذلك لما تقدم من انا بعد لم نثبت أن يكون مجرد نظر الإمام منشاء لوجوب الاطاعة في الواقع من غير أن يكون امرنا شيئاً عن اثر الله هنا وإذا لم يكن هذا مطلب هناك مجهولاً فكيف يثبت للناس لهم.

ولا يخفى أنّ ما نقلناه عن المحقق[١] وصاحب المسالك[٢] أيضاً ينطبق مع ما ذكرناه كما ان ما ذكرناه يستفاد مما ذكره صاحب الجواهر[٣] في كتاب إحياء الموات في أحكام المعادن حيث إنه يقول : من « أنّ الإمام عليه السلام عندنا الّذي لا ينطق عن الهوى لما يكون مطلعاً على المصالح الواقعية وكان معصوماً عن ترك الأولى ، فضلاً

النظر من أنّه لا دليل على ذلك ، كما فصّلنا بيانه في المتن.

وأمّاكون بعض الأمور منوطاً بنظرهم: بحيث يكون لنظرهم: موضوعية هناك نظير نظر الولي في صحة المعاملات الواقعة في مال المولّى عليه ، فيمكن استفادته من بعض ما تقدم ، لو لم يكن ذلك متعيناً بملاحظة بعض العتابات على النبي صلى الله عليه وآله في القرآن ؛ فتدبّر جيّداً.

وقوله تعالى ﴿وماكان لنبي أن يغلّ﴾ .. اه في سورة آل عمران. [آل عمران: ١٦٨] ***(منه قدس سره).***

١) انظر: شرائع الإسلام ٧٩٦/٤، الطرف الرابع في المعادن الظاهرة.

٢) مسالك الإفهام ٤٣٨/١٢، كتاب إحياء الموات، الطرف الرابع في المعادن الظاهرة.

٣) جواهر الكلام ١٠٣/٣٨، كتاب إحياء الموات، في المعادن.

عن غيره صار اولى بالمؤمنين من انفسهم ، فله أن يطلع العادل والفعل وان لم يسم اقطاعاً عرفاً .

نعم ، لا يجوز ذلك ونحوه /٥١٥/ مما هو متوقف على المصالح الواقعية للنائب العام » إلى آخر كلامه .

ولا يخفى أنّ في كلامه مسامحة ؛ فإن مقتضى كلامه أن للإمام عليه السلام أن يفعل كل شيء من جهة أنه لا يفعل إلّا ما هو مطابق مع المصالح الواقعية ، فيكون بين كلاميه تناقض في الجملة .

هـذا ؛ ونحن ذكرنا التفصيل من هذه الجهة وقلنا : أما الناس فمأمورون بإطاعتهم عليهم السلام في كل ما يأمرون .

وأمّا الأئمة عليهم السلام عليهم فمن المحتمل أن لم يكونوا مأذونين من الله تعالى ، إلّا بأن يأمروا الناس بما أمر الله[1] به .

بل لنا دليل على أنهم لا يأمرون الناس بغير ما أمرهم الله به ، مثل قوله عليه السلام في الزيارة الجامعة «أمركم رشد»[2] ، حيث إن المصدر المضاف يفيد العموم ، وكل ما فيه رشد يكون من الله تعالى .

إلّا أن يقال : إن هذا لا ينافي مع أنّ يدعىٰ أنهم يأمرون بما فيه مصالح المسلمين بحيث يكون لنظرهم موضوعية ، كما تقدم الكلام فيه .

تنبيه

[في عدم الموضوعية لنظر الفقيه]

لو قيل : إنا نسلّم أنه ليس لنظر الفقيه موضوعية بحيث يكون أمره واجب الإطاعة فيما يراه صلاحاً لبعض المسلمين ، كما هو محل النزاع ، إلّا أنّه نقول : إن للمجتهد أن يفتي بوجوب عنوان يكون المأمور به مندرجاً تحته واقعاً ، أو باعتقاد المجتهد .

وحينئذٍ فيأمر المجتهد من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إذا كان تقليده

---

١) ﴿وجعلنا منهم أئمة يهدون بأمرنا﴾ ، السجدة: ٢٤.

٢) كما مرّ آنفاً.

متعيناً على المكلف بوجه.

قلت: لو كان اندراج المأمور به تحت ما يفتي بوجوبه غير واضح، فحينئذٍ نقول: إن تعيين الموضوع ليس شأن الفقيه، لأنّ الفقيه وغيره في تعيينه متساويان، فلا وجه لرجوع أحدهما على الآخر وأما إن كان الإندراج معلوماً واضحاً، فحينئذٍ يكون حال المفتي وغيره متساويين في وجوب الأمر بالمعروف عليهم، وليس لأمر الفقيه خصوصية، /٥١٦/ بل قبل أمره أيضاً يصير العمل واجباً ظاهراً إذا اطلع المقلد على فتواه.

ولا يخفى أنّ ما نقلنا أولاً من أنّ بعض الأكابر من العلماء أمروا الناس ببعض الأفعال، يمكن تصحيحه بهذا الوجه؛ فافهم؛ فإنه ليس مجال للتفصيل*.

---

*) *توضيح ما تقدم أنه لو قال قائل: إنه على فرض عدم ثبوت وجوب الإطاعة للفقيه فيما يتعلق نظره بمصالح المسلمين، نقول: إن له أن يلزم بوجوب إطاعة هنا من وجه آخر بان يفتي بوجوب عنوان يندرج تلك الصلاح في موضوعه، إما بطريق القطع أو بزعم المجتهد أو بحكم المجتهد بأنه موضوعه. وبعد ذلك يأمر به من باب وجوب الأمر بالمعروف إذاكان تقليد ذلك المجتهد متعيناً بزعم المجتهد، أو بزعم المقلّد، أو في صورة يختار تقليده، أو من باب الإرشاد.*

ولعل ما نقل من الأمر بتخريب البيوت وشبهه مدركه ذلك.

قلت: أولاً أصل الفتوى يحتاج إلى مدرك ولا يكفيه مجرد أنه رأى صلاحاً فيه، إلا أن يدعى اندراج الموضوع تحت العناوين المسلمة.

وثانياً من جهة تعيين التقليد فيما يتوقف الوجوب الفعلي على تقليد ذلك المجتهد، المدار على زعم المقلد لو يريد الأمر من باب الأمر بالمعروف، لأن علم المأمور مأخوذ فيه.

وأمّا من باب إرشاد الجاهل لو قام دليل على وجوب الإرشاد في المسائل الخلافية، فأولاً لا يختص هذا بالمجتهد الّذي يعين تقليده.

وثانياً مجرد وجوب الإرشاد لا ينتج إلّا بيان الحكم، لا الإلزام.

وأمّا من جهة تعيين الموضوع الّذي هو العمدة في محل البحث، نقول: من المسلم كما أن وجهه واضح أنه ليس محل التقليد؛ إذ من الواضح أنه ليس من شأن الفقيه تعيين الموضوع. وأمّا حكم بأن هذا الموضوع موضوع للحكم الفلاني، ففيه: أن محل الحكم في محل النزاع والمرافعة، ونقول به في الهلال أيضاً، لا في الموضوعات مطلقاً.

ثمّ لو فرض ان من يقلّده المقلد تعييناً أو بعد الإختيار، أفتى بأن الحكم يجري في الموضوعات في غير مورد المراجعة أيضاً، فنقول: إن ذلك فيما لو لم يعلم المقلّد خلاف ذلك، وإلّا فمن الواضح أنه ليس هنا محل الحكم، ولو فرض أن مجتهد يفتي أن الموضوعات في غير محل المرافعة مورد

الحكم وأن للمجتهد أن يحكم بزعمه.

وأن حكمه في حق من يكون عالماً بخلافه، فهذا لو لم يكن ضروري الفساد، فلا أقل من أن نقول: إنه ليس هنا محل التقليد.

ومن الواضح أنه ليس للمقلد طريق إلى صحة التقليد بعد أن تقليد نفس ذلك المجتهد فيه موجب للدور. (منه قدس سره).

فهرس المطالب
(المجلد الثاني والعشرون)

الفروع الفقهية والأصول المنطبق عليها ١١

في أصالة الصحة ١٣
حمل البيع على الصحة الفعلية ١٣
كلام صاحب الجواهر في المقام ١٥
التناقض الظاهري في كلام صاحب الجواهر ١٦
دوران الأمر بين الصحة الفعلية وكونه فضولياً ١٧
حمل العقد على الصحيح الفعلي ١٩
مدرك أصل القاعدة ١٩
المراد من الصحة الشأنية ٢١
بيان حكم المسألة ٢٣
في دليل حمل فعل المسلم على الصحيح ٢٥
في المشتق ٢٦
ردّ المدّعى والرجوع عما ذكرناه ٢٧
الكلام في الأوقاف السابقة ٢٧
حكم القبض في السلم والصرف والوقف ٢٩
المسائل المتعلقة بالقبض في السلم ٣٠
استصحاب صحة العقد ٣١
في معنى المدعي والمنكر ٣٢
كلام المحقق الثاني ٣٤
الإشكال على كلام الشهيد والمحقق الثاني ٣٦
النزاع في أصل تحقق القبض ٣٦
إنكار المشتري في قبال دعوى البايع ٣٨
نقل فضيحة فقهيّة ٣٩

عدم فهم مراد صاحب المسالك ٤١
التحقيق في المراد من أن «القول قوله» ٤٢
استغراب صاحب الجواهر لكلام صاحب المسالك ٤٣
الرجوع إلى أصل المقصود ٤٥
التمسك بأصالة الصحة في باب الرهن ٤٩
الشك في وجود المانع كافٍ للحكم بعدمه ٥٣
مقتضى القاعدة عند تعذر الصحة الشأنية ٥٤
أصالة الصحة في الرجوع ٥٦
الكلام في الإذن والبيع ٥٧
هل هنا مانع من جريان الإستصحاب في الإذن؟ ٥٩
إجراء الصحة الفعلية في النكاح ٦٠
لو قال «بعت غانماً» بالاشتراك اللفظي ٦١
عنوان محل النزاع في المكاسب و الجواهر ٦٣
المرجع في ظهور لفظ «نصف الدار» في المشاع ٦٧
تقوية قول المشهور ٦٨
مبالغة بعض المحققين في تصحيح إطلاق كلام المشهور ٦٩
انصراف النصف إلى المملوك ٧١
دليل الشيخ لانصراف المبيع إلى المملوك، وإشكال الأستاد عليه ٧٢
في أن القسمة إفراض الحق أم لا ٧٦
إذا لم يقصد نصفه المختص به ٧٧
الكلام في تنصيف المهر ٨٠
الكلام في الإقرار ٨٥
الفرق بين مسألة الإقرار بالمال والإقرار بالنسب ٨٧
لو قصد البايع مفهوم النصف لا أحد الخصوصيتين ٩٣
فصل في باب الفضولي ٩٥
صور الفضولي لو لم يجز المالك ٩٥
معاملة المالك مع المشتري ٩٥
معاملة المشتري مع البايع الفضولي ٩٦
رجوع المشتري إلى البايع الفضولي بالثمن ٩٦
نقل كلام غامض من الشيخ في المكاسب ٩٧

تطبيق عدم ضمان البايع للثمن مع علم المشتري على القواعد ١٠٠
مخالفة الإجماع المدّعى ١٠١
التسليط المجاني رافع للضمان ١٠٣
الجواب عن النقوض ١٠٤
هل للمشتري استرداد الثمن لوكان باقياً؟ ١١١
الغاصب لا يصير مالكاً للثمن بمجرد قبضه؟ ١١١
وجه آخر لعدم صيرورة الغاصب مالكاً للثمن ١١٣
وجهان لإثبات صيرورة الغاصب مالكاً، والمناقشة فيهما ١١٣
هل يجوز للغاصب أن يتصرف في الثمن؟ ١١٧
حكم ما اغترمه مشتري المغصوب ١٢٣
قاعدة الغرور ١٢٣
في إثبات الضمان بقاعدة الضرر ١٢٨
في إثبات قاعدة الغرور بالإجماع ١٣١
الإستدلال بالأخبار لإثبات قاعدة الغرور ١٣٤
في أن تعليق الحكم على العنوان يدلّ على العلية أم لا؟ ١٣٦
في منصوص العلة ١٣٩
بيان مقدار حجيّة منصوص العلّة ١٣٩
هنا كلام في التمسك بالنبويات ١٤٩
في الفرق بين الغرور والتسبيب ١٥١
رجوع المشتري بما اغترمه للمالك غير الثمن إلى البايع الغاصب ١٥٥
الاستدلال على الرجوع بعوض الغرامة ١٥٥
في رجوع المشتري بما أغرمه ١٦٢
في تقدم السكوت في مقام البيان على الأصول ١٦٨
في رجوع المشتري بما اغترم ١٦٩
في التفكيك بين اللازم والملزوم في الإعتبار ١٧١
مفاد الثمرة المشار إليها في الرواية خلاف الإجماع أم لا؟ ١٧٢
الزائد على الثمن بمنزلة المنافع ١٧٨
لو اغترم المشتري بزيادة قيمة البيع بعد البيع ١٧٨
في أن حرّيّة الولد مال أم لا ١٨٢
التدليس في النكاح ١٨٤

فيما يرجع المشتري إلى البايع ١٨٧
في توارد الأيدي على المغصوب ١٨٨
كيفية تطبيق الأحكام الثلاثة على القواعد ١٨٩
مدى دلالة حديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» ١٩١
معنى ضمان المال ١٩٩
معنى حديث «على اليد» ١٩٩
ضمان الصغير المميّز بواسطة اليد ٢٠٤
ضمان الأموال ٢٠٦
معنى ضمّ الذمّة إلى الذمة ٢٠٦
عدم صحة ضمان الأعيان و صحّته ٢٠٨
ضمان العهدة ٢٠٩
في وجه رجوع من لم يتلف المال في يده إلى من تلف المال في يده ٢١٢
في توارد الأيدي على المغصوب ٢١٦
في وجه رجوع من لم يتلف المغصوب في يده إلى من تلف في يده، دون العكس ٢١٨
في وجه رجوع من لم يتلف المغصوب في يده إلى من تلف المال في يده ٢٢٠
المراد من الملكية الشأنية ٢٢١
في تقرير الأصل في مسألة رجوع الغاصب الأول إلى الثاني ٢٢٥
في مسألة توارد الأيدي منقولاً من النراقي الثالث ٢٢٦
الفروع المتعلقة بأصل المسألة ٢٣٥
في أنه لا يميز الحق من الحكم إلا بإجماع ونحوه من الأدلة ٢٤٠
في أن لو لم يقدر على ردّ المغصوب إلا المالك يجب إعطاء مؤونة الردّ إليه ٢٤٤
في مسألة متعلقة بقاعدة الضرر ٢٤٥
مسألة في بيع ما لا يملك وما يملك ٢٤٦
في حال الإجماعات المنقولة من كتب الأصحاب ٢٤٧
في الإجماعات المنقولة من العلماء ٢٤٩
في النص الذي تمسك به على صحة البيع ٢٥١
فيما دلّ على حرمة البيع لو كانا عالمين ٢٥٨
في الجواب عما استدلّ به لبطلان البيع فيما يقبل التملك وما لا يقبله إذا كانا جاهلين ٢٦٠
في تبعّض الصفقة ٢٦٥
فيما يمكن أن يقال في مسألة تبعّض الصفقة ٢٦٦

في أن نتيجة تبعّض الصفقة يكون على مقتضى القاعدة ٢٦٧
في كون صحة تبعّض الصفقة على مقتضى القاعدة ٢٦٧
في فروع تبعّض الصفقة ٢٧٠
في أولياء عقد البيع ونحوه من المعاملات ٢٧٣
في ولاية الأب والجدّ ٢٧٤
المسائل المتعلقة بالمولّى عليه والوليّ والمولّى فيه ٢٧٥
في الأقوال في ولاية الأب والجدّ ٢٧٦
الخلاف فيمن تجدّد فساد عقله بعد البلوغ والرشد ٢٧٩
في إثبات الولاية بالأصل ٢٨١
في إثبات ولايتهما عليه بالآية إلى الرشد لابعد تحقق الرشد ٢٨٢
في إثبات ولاية الأب والجد بآية الإيناس ٢٨٤
في إحراز ولاية الحاكم بأصالة عدم ولاية غيره ٢٨٧
في صحة طلاق الولي ٢٨٨
في صحة طلاق ولي المعتوه والمجنون ٢٩٢
في أن طلاق المجنون بيد الولي ٢٩٤
الحكم في الخلع ٢٩٤
في ولاية الأب والجدّ على السفيهة في النكاح ٢٩٧
إذا كانت سفاهتها متصلة بحال الصغر ٢٩٧
في ولاية الحاكم على نكاح الصغير ٣٠١
في أن الولاية للجدّ الأبي، لا الأمي ٣٠٤
في أن المراد من الجدّ، غيرُ أبِي أمّ الأب ٣٠٥
في عدم اشتراط ولاية الجد على حياة الأب ٣٠٧
في أن استصحاب وجود الشيء لا يصير معارضاً باستصحاب عدمه ٣٠٩
في أن خرق الإجماع المركّب بالأصول لا مانع فيه ٣١٠
في أنه لا مانع من التفكيك بين اللوازم في الأصول ٣١١
في التفكيك بين اللوازم بالأصول وعدم حجية المثبت ٣١١
في الإستصحاب التعليقي ٣١٤
في عدم اعتبار الإستصحاب التعليقي ٣١٥
في استصحاب ولاية الجدّ ٣١٧
في عدم اشتراط حياة الأب ٣١٩

في اشتراط حياة الأب في ولاية الجدّ ٣٢٠
في ولاية الجدّ مع فقد الأب ٣٢٢
في تفصيل اشتراك الأجداد مع الأب في الولاية ٣٢٥
في ترجيح الجدّ الأعلى على الأدنى في الولاية واشتراكهما فيها ٣٢٦
في اشتراك الأعلى والأدنى من الأجداد ٣٢٨
في جواز التمسك بالإطلاق في الحروف وما ضاهاها ٣٤١
في أنه لا فرق بين الحروف وغيرها من حيث التمسك بالإطلاق ٣٤٢
في جواز التمسك بالنبوي لإثبات ولاية المطلقة للأب ٣٤٣
تنبيه في اشتراك الجدّ الأعلى مع الأدنى ٣٤٤
في معنى آية (أولوا الأرحام) ٣٤٤
في اشتراك الأب مع جميع الأجداد ٣٤٩
في ترجيح الجدّ الأعلىٰ على الأدنىٰ ٣٥٠
في ترجيح الجدّ على الأب في باب الأموال ٣٥١
في عدم ترجيح الجدّ الأعلىٰ على الأدنىٰ ولا الجدّ على الأب في الأموال ٣٥٢
في أن الإسلام شرط في الولي أم لا ٣٥٣
في أن الكفر مانع من الولاية مطلقاً ٣٥٤
في ثبوت ولاية الحاكم على ولد الكافر ٣٥٥
في نفي الولاية للأب والجدّ إذا كانا رقّين ٣٥٨
في اشتراط العدالة في الولي ٣٦٠
في عدم اشتراط العدالة في الولي ٣٦١
في أن الفسق ليس مانعاً ٣٦٢
في اشتراط الغبطة في تصرف الأب والجدّ ٣٦٥
في بطلان الوكالة بكلّ واحد من الجنون والإغماء والسكر ٣٧٥
نقل بعض التناقضات في كلمات الفقهاء ٣٧٨
توضيح المقام ٣٧٩
الخلاف في عود الوكالة وعدمه ٣٨٦
إطلاق الوكالة لا يشمل لنفس الوكيل ٣٨٨
في تولي الوكيل لطرفي العقد ٣٨٩
بيان صحة الوجوه المذكورة وسقمها ٣٩١
الجواب عن الأخبار الواردة في المقام ٣٩٣

في صحة أن يتولى الشخص للإيجاب والقبول ٣٩٦
الكلام بمقتضى القاعدة ٣٩٨
الكلام بمقتضى الأخبار ٤٠٠
في أنه لو أعطي مال إلى فقير ليصرفه بين الفقراء ٤٠٢
في مجهول المالك إذا كان المالك ذمّياً ٤٠٥
في المجهول المالك الذمي ٤٠٧
في حديث «حرمة أموالكم كحرمة دمائكم» ٤٠٨
في حكم مجهول المالك ٤٠٩
في جواز أن يتولى الوصي لطرفي العقد مطلقاً ٤١٤
في أن للوصي أن يشتري لنفسه من مال المولّى عليه ٤١٥
في أنه لا إشكال في جواز اقتراض مال الصغير مع المصلحة ٤١٧
في جواز الإقتراض للتجارة بشرط الملاءة والمصلحة ٤١٨
في جواز الإقتراض للتجارة للأب والجدّ ٤١٩
الإقتراض للحاجة لغير الأب والجدّ من الأولياء ٤٢٠
في جواز الإقتراض ولو مع عدم المصلحة والملاءة ٤٢١
إذا كان الإقتراض للحاجة لكلّ من الحاكم والوصي ٤٢١
في أن للأب أيضاً جواز الإقتراض للحاجة ٤٢٣
من دون مصلحة ولا ملاءة ٤٢٣
في كون جواز الإقتراض مطلقاً مشروط بالملاءة ٤٢٤
في أن الملاءة شرط في جواز الإقتراض مطلقاً ٤٢٥
في بيان المراد من الملاءة ٤٢٧
في عدم جواز اقتراض مال اليتيم مع عدم المصلحة مطلقاً ٤٢٩
في أن اقتراض الولي إذا كان ملياً ملازم مع المصلحة دائماً أو غالباً ٤٣٠
في ولاية الحاكم ٤٣٢
معاني الولي ٤٣٢
في بيان ما للحاكم ولاية فيه ٤٣٤
في ما يكون أمره بيد الحاكم ٤٣٥
في ما يرفع إلى الحاكم ٤٣٧
في تحديد ما فيه الولاية للحاكم ٤٣٧
في تحديد النراقي لما فيه الولاية للحاكم ٤٣٨

في ما للحاكم ولاية فيه ٤٤٠
في الموارد التي يحتمل أن يكون للفقيه الجامع للشرائط ٤٤١
في مقدار ما يجب فيه إطاعة الفقيه ٤٤١
فيما يكون للإمام أن يأمر به..... ٤٤٢
في وجوب إطاعة الإمام وأنحاء أوامره عليه السلام ٤٤٤
في وجوب إطاعة الإمام فيما يأمره ٤٤٨
ولكنّه لا يأمر بكلّ شيء..... ٤٤٨
تنبيه في عدم الموضوعية لنظر الفقيه..... ٤٥٣