

كتاب التبيين

تأليف

شيخ الإسلام العلامة

أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله

(رحمته الله)

الأركان

كتاب التبيين

كتاب البيع

تأليف

شيخ الفقهاء والمجتهدين

آية الله العظمى

الحاج الشيخ محمد علي الأراكي

- دامت بركاته -

- المجلد الثاني -

وتليه رسالة في الاجتهاد والتقليد



هوية الكتاب

اسم الكتاب:	 كتاب البيع	□
تأليف:	 آية الله العظمى الأراكي - دامت بركاته -	□
الطبعة:	 الأولى	□
المطبعة:	 مؤسسة اسماعيليان	□
التاريخ:	 ١٤١٥ هـ . ق	□
الكمية:	 ٢٠٠٠ نسخة	□
عمل التوزيع:	 مؤسسة في طريق الحق (قم)	□
الصف والإخراج:	 مؤسسة الإمام الصادق - عليه السلام - قم	□

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله الطاهرين

مسألة

لا خلاف في أصل ثبوت الولاية للأب والجد للأب على مال الصغير ولانحتاج في إثبات هذه الجملة إلى الأخبار، نعم هل هي على وجه الإطلاق بالنسبة إلى حالتي عدالة الأب والجد وفسقهما، أو مختصة بالأولى وهنا موضعان من الكلام، الأول حسب القاعدة مع قطع النظر عن الأخبار الخاصة، والثاني في مقتضى الأخبار الخاصة.

أما الأول: فقد يقال: إن المرجع عموم لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه، خرج منه حالة العدالة وحيث إن المخرج حسب الفرض مجمل فلا بد من الاختصار في تقييد إطلاق العموم المذكور على المتيقن، والرجوع فيما زاد إلى إطلاقه من غير فرق بين سبق العدالة وطرؤ الفسق، وبين وجود الفسق من

الابتداء ، فلابد لاصحاب الولاية الثابتة حال العدالة في القسم الأول إذ بعد وجود الإطلاق المذكور لاجمال للرجوع إلى الأصل.

وحينئذ فلا بد من التفصيل بين التصرفات اللازمة في المال التي يعلم بعدم رضا الشارع بعدم تصديها لانجرار الأمر إلى تلف المال وضياعه فبالنسبة إلى ذلك نعلم تقييد الإطلاق المذكور فلا بد في القسم الأول من التمسك بالاستصحاب، وفي القسم الثاني من الجمع بين إذن الأب والحاكم وبين التصرفات الغير اللازمة التي لا يترتب على تركها محذور، فبالنسبة إليها يكون الإطلاق محفوظاً فيحكم بعدم جوازها لكل أحد وبقاء المال موقوفاً إلى أن يبلغ الولد فيصير هو المتصرف فيه.

هذا، ولكن الظاهر أن التمسك بالرواية لمقامنا في غير المحل رأساً لأن مفادها من مجموع المستثنى والمستثنى منه عبارة عن إناطة التصرفات بإذن المالك، وهذا المعنى هو الذي يعبر عنه بولاية التصرف، وهو الذي سئل عنه في رواية أخرى: أنه متى يجوز أمر اليتيم؟ فأجاب: حتى يبلغ أشده وفسره بالاحتلام.

والحاصل: قد يقال: إن موضوع الرواية شامل للصغير والكبير في عرض واحد، فكما أن مال الكبير محكوم بأنه لا يجوز التصرف فيه بغير إذنه، كذلك مال الصغير، غاية الأمر إن الإذن فيه مقيد بما بعد الكبر، يعني لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال الطفل بغير رضاه الحاصل في حال الكبر، وبالجملية تقييد المستثنى لا يوجب تقييد المستثنى منه أعني: عدم الجواز، ولكنه خلاف الظاهر بل الظاهر أنه خارج موضوعاً وإنما المستثنى والمستثنى منه جميعاً يثبتان في حقه بعد الكبر؛ لأن مفاد القضية أمر واحد هو إناطة التصرف بالإذن التي هي لازم ولاية الأمر المتوقفة على البلوغ، فلا نطق للرواية بالنسبة إلى حال الصغر أصلاً.

نعم بعد سقوط الرواية لا يصير المرجع عمومات أدلة البيع وسائر المعاملات؛ للقطع بأنه لم يسلب عن مال الطفل الاحترام بحيث لم يشترط في نفوذ معاملاته رضا أحد بل نعلم أن رضا شخص دخيل في الصحة ثم نشك أن هذا الشخص هو الأب والجد، أو هو الحاكم؟ ولا يحتمل كون كليهما لا على وجه الاستقلال ولا على وجه الشركة؛ للقطع بعدم كون الحاكم في عرض الأب والجد فالاتجاه بين ثلاثة: أن يكون المعتر رضا نفس الطفل بعد الكبر ليس إلا وأن يكون رضاه أو رضا أحد من الأب والجد، وأن يكون رضاه أو رضا الحاكم.

وحينئذ فلا بد من التفصيل بين صورتين سبق العدالة وعدمه، ففي الأولى لامانع من الاستصحاب من غير فرق بين التصرف اللازم والجائز، وفي الثانية لا بد من الاحتياط بالجمع بين إذن الأب والجد وإذن الحاكم، من غير فرق بينهما أيضاً.

الموضع الثاني: في مقتضى الأخبار الخاصة وقد عرفت أن أصل ثبوت الولاية لا يحتاج إلى مؤنة إثبات وإنما المحتاج إليها جهات:

الجهة الأولى: تعميمها بالنسبة إلى حالتي الفسق والعدالة، فاعلم أنه قد ورد في الأخبار المستفيضة أن مال الولد للوالد وأن الوالد يفعل في مال ولده ما يشاء وأنه وماله لأبيه، وورد أيضاً أن علة تحليل مال الولد للوالد أنه موهوب له في قوله تعالى: ﴿يَهَبْ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِثَاءً وَيَهَبْ لِمَنْ يَشَاءُ الذَّكَوْنَ﴾^(١)، وورد أيضاً أنه إن كان للولد جارية فأراد أن ينكحها الوالد قومها على نفسه ويعلن ذلك، وفي رواية عبيد بن زرارة، عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «إني لذات يوم عند زياد بن عبد الله إذ جاء رجل يستعدي على أبيه، فقال: أصلح الله الأمير إن أبي زوج ابنتي بغير

إذني، فقال زياد لجلسائه الذين عنده ما تقولون في ما يقول هذا الرجل؟ فقالوا: نكاحه باطل، قال: ثم أقبل عليّ فقال: ما تقول يا أبا عبد الله؟ فلمّا سألتني أقبلت على الذين أجابوه فقلت لهم: أليس فيما تروون أنتم عن رسول الله ﷺ أن رجلاً جاء يستعديه على أبيه في مثل هذا فقال رسول الله ﷺ: أنت ومالك لأبيك؟ قالوا بلى، فقلت لهم: فكيف يكون هذا هو وماله لأبيه ولا يجوز نكاحه، قال: فأخذ بقولهم وترك قولِي^(١) وفي أخرى عن علي بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر -عليهما السلام- قال: سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته فهوى الجد أن يزوّج أحدهما وهوى أبوها الآخر أيهما أحق أن ينكح؟ قال: الذي هوى الجد أحقّ بالجارية لأنّها وأباها للجدّ، الخ.^(٢)

ومن المعلوم أنّ الوالدية والمولودية - التي جعلت في هذه الأخبار معياراً للاختصاص المستفاد من اللام بعد التنزّل عن معناها الحقيقي من حقيقة الملك حتّى يكون الحال مثل حال العبيد مع الموالى في الملكية الطولية - وكذلك ما جعل علّة لذلك، أعني الموهوبية لاختصاصها بالأب العادل بل يجري فيه وفي الفاسق، ثم حمل الاختصاص المذكور على الولاية يكون بقريّة تطبيق هذه القضية على مسألة نفوذ تزويج الجد للبت في الرويتين الأخيرتين، هذا.

ولكن هذا التمسك لمقامنا أعني: تعميم الولاية في غير المحلّ لأنّها في مقام تشريع السلطنة المالكية التنزيلية للأب في مال الابن وأنّه لا اختيار وسلطنة للولد في قبال الوالد، وليس له منع الوالد من انتفاعاته واستيفاء الحظوظ من مال الولد، وأين هذا من مسألة الولاية التي هي عبارة عن تحميل أمور مال الولد وحفظه

١- الوسائل ج: ١٤، باب ١١، أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ص ٢١٨، حديث ٥.

٢- المصدر نفسه: ص ٢١٩، حديث ٨.

وصيانتة والناظرية له ودفع المضار عنه على الوالد؟ وفي الأول قد روعي جانب الأب وفي الثاني جانب الابن، وأما التطبيق على نفوذ نكاح الجدّ فيمكن - كما هو نص الأخير - حمله على مورد المزاحمة بعد الفراغ عن ثبوت حقّ الولاية من الخارج وأنه حينئذ عند التزامه يقدم الأب (كذا) فهو ساكت عن تعيين ذي الحقّ وأنه مطلق الأب أو خصوص العادل، ويشهد لذلك أنّ شيخنا أستاذ الأساتيد - قدس الله نفسه - عدل عن التمسك بها إلى إطلاق أخبار الولاية، وحينئذ نقول: يمكن الاستفادة الإطلاق من ثلاث مواضع من الأخبار:

الأول: ما ورد في باب الوقف من رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر - عليه السلام - أنّه قال في الرجل يتصدق على ولده وقد أدركوا: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز؛ لأنّ والده هو الذي يلي أمره... الحديث^(١).

ومثله رواية عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله - عليه السلام - فإنّ مفاد التعليل أنّ الوالد الذي يلي أمر الصغير يكفي قبضه في صحّة الوقف ولزومه؛ لأنّه وليّ الموقوف عليه وهو قضية مطلقة شاملة لحالتي الفسق والعدالة.

والثاني: ما ورد في باب النكاح من رواية عبد الله بن الصلت قال: سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن الجارية الصغيرة يزوّجها أبوها، لها أمر إذا بلغت؟ قال: لا ليس لها مع أبيها أمر...^(٢)؛ فإنّ قضية إطلاق الذيل أعني: «ليس لها» بل عمومها حيث إنّ نكرة في سياق النفي أنّ أموراتها كلّاً مسلوبة عنها ومفوضة إلى

١- الوسائل: ج ١٣، باب ٤، في أحكام الوقف والصدقات، ص ٢٩٧، حديث ١، ٥.

٢- المصدر نفسه: ج ١٤، باب ٦، أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ص ٢٠٧، حديث ٣.

أبيها وهذا المضمون غير استقلال الأب في صرف مال الابن في حوائج نفسه وعدم مالكية الابن في قبال الأب شيئاً، بل هو حكم في فرض ثبوت المال للولد بأن أموره الراجعة إلى نفسه وماله يعني النظر في إصلاحها وحفظها موكولة إلى الوالد وهذا معنى الولاية.

الثالث: ماورد في هذا الباب أيضاً من رواية زرارة عن أبي جعفر - عليه السلام - قال: «إذا كانت المرأة مالكة أمرها تبع وتشتري وتعتق وتشهد وتعطي من مالها ما شاءت فإن أمرها جائز تزويج إن شاءت بغير إذن وليها، وإن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا بأمر وليها»^(١).

فإن الظاهر من الولي متولي الأمور كلية في الأموال وغيرها، فيعلم من هذه الرواية [كبرى] كلية وهو أن من يجوز بإذنه تزويجها هو الولي، وأما الصغرى وهو أن الأب يجوز بإذنه تزويجها فقد ثبت بالرواية المتقدمة، فيمكن من مجموع الروایتين ترتيب القياس، وبهذا يمكن التمسك لإثبات ولاية الجد وإطلاقها نعم هذا التمسك مبني على ما قرر في الأصول من جواز الأخذ بالعموم عند الدوران بين التخصيص والتخصّص والتحقيق جوازه.

وبهذا استغنيا عن التمسك بروايات «أنت ومالك لأبيك» لإثبات ولاية الجد مع عدم تماميته، أما أولاً فلأن لفظ الأب منصرف إلى الأب بلا واسطة.

وإن قلت: إنه يجري في الأب بالنسبة إلى أبيه فيكون الأب مع ماله الذي منه مال ولده للجد، ولاخير في ثبوت موضوع القاعدة بنفسها في القضية الطبيعية

١- الوسائل: ج ١٤، باب ٩، أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ص ٢١٥، حديث ٦.

قلت: الظاهر من المال أيضاً هو المال الحقيقي لا التنزيلي.

وأما ثانياً فلما مرّ من بينونة مفادها مع ما هو المدعى من إثبات الولاية فإنّه بلسان سلب المال عن الولد والمدعى تولية الأمور إلى الأب بعد الفراغ عن مالية الابن وكونه صاحب المال.

اللهمّ إلّا أن يقال: بعد ما رأينا تطبيق هذه القاعدة في الأخبار في مقام إعمال الولاية دون الأخذ والانتفاع مثل باب التزويج حيث عرفت استشهاد الإمام بالقضية لنفوذ تزويج الجد وكذلك رواية علي بن جعفر عن أخيه - سلام الله عليه - قال: سألته عن رجل تصدّق على ولده بصدقة ثمّ بدا له أن يدخل غيره فيه مع ولده، أ يصلح ذلك؟ قال: نعم يصنع الوالد بهما ولده ما أحبّ، والهبة من الولد بمنزلة الصدقة من غيره^(١) وهذا وإن لم يعمل بمضمونه على إطلاقه، وإنّما عمل في صورة الشرط ولكن لا يضرّ في المقصود الذي نحن بصدده من تطبيق القاعدة على التصرف الولائي لا الاستنفاعي، نعلم أنّ المراد بهذه القاعدة في سائر الأخبار أيضاً وإن طبقت على مورد الأخذ والأكل من مال الابن معنى يشمل الولاية أيضاً بقرينة اتحاد السياق نظير ما يقولون في باب الاستصحاب من استفادة الاستصحاب من قضية لا تنقض دون قاعدة اليقين بواسطة معلوميّة تطبيقها عليه في بعض الأخبار ويعلم الحال في الباقي باتّحاد السياق وكذلك في قاعدة التجاوز، وإذن فالاستدلال بإطلاقها لباب الولاية أظنّ أنّه ممّا لامانع منه وإن كان شيخنا الاستاذ - دام بقاءه - متحاشياً عنه.

ثمّ بعد ثبوت الإطلاق فيما ذكرنا لوجه لرفع اليد عنه بآيتي

١- الوسائل: ج ١٣، باب ٥، في أحكام الوقوف والصدقات، ص ٣٠٢، حديث ٥.

الركون^(١) والنبأ^(٢).

أمّا الأولى فتقريب أنّه بعد ما نهى الله عزّ وجلّ عن ركون الناس إلى الظالم المراد به الفاسق، ومطلق من عصى الله عزّ وجلّ بقريئة ﴿لا ينال عهدي الظالمين﴾ فهو تعالى أولى بذلك، فيجب أن لا يدفع أمر ولاية مال الصغير إلى الأب الظالم لأنّه ركون إليه واعتماد به وقد نهى سبحانه عنه.

وأما الثانية: فتقريب أنّ الولاية للظالم مستلزمة لقبول إخباراته وإقراراته وهو مناف لآية النبأ وكلا التمسكين فاسد.

أمّا الأول: فلأنّ الركون كالتصديق من فعل الجنان فإنّما أن يحمل على العمل الخارجي وترتيب الأثر كما في التصديق فحينئذ يصير المقام مرتبطاً بمفاد الآية، وإمّا أن يحمل على نفس ما هو عمل الجنان والقلب من الميل والحبّ، وعليه فلامساس للآية بما نحن فيه إذ يمكن إيكال أمر إلى ظالم مع النفرة عنه قلباً غايتها، ثمّ الظاهر من الآية عرفاً هو الثاني خصوصاً بملاحظة ذيلها ﴿فتمسّكم النار﴾، وملاحظة ماورد في تفسيرها من أنّه الرجل يأتي السلطان فيحبّ بقاءه إلى أن يدخل يده في كيسه فيعطيه.

وأما الثاني: فلأنّ إثبات الولاية للظالم لا يوجب زيادة تخصيص في الآية على كل حال؛ لأنّ إمّا أن نقول إنّ قبول إخبارات الوليّ وإقراراته ثابت بالإجماع والتسلّم كما هو مبنى الإيراد، فحينئذ المخصّص للآية هو الإجماع في عنوان الوليّ، وأدلة الولاية إنّما يجعل الأب مصداقاً لذلك العنوان، وهذا ليس بزيادة تخصيص، وإمّا أن نقول بأنّ ذلك لم يثبت فلا يلزم أيضاً من القول بالولاية تخصيص في الآية، إذ نقول بالولاية بأدلتها وبعدم قبول الإخبار والإقرار بالآية.

الجهة الثانية: تعميم الولاية من حيث متعلقها إلى ما فيه مفسدة أو تخصيصها بما لامفسدة فيه وإن لم يكن فيه صلاح، أو تخصيصها في صورة الدوران بين ما فيه الصلاح والأصلح بالأصلح، وجه الأول إطلاق أخبار «يفعل الوالد في مال ولده ما أحب»، وأخبار نفوذ نكاح الأب للصغيرة الشامل باطلاقها صورة وجود المفسدة.

وجه الثاني هذه الإطلاقات مع التعليل الوارد في بعض الأخبار لعدم جواز أخذ الوالد إلا قوته إذا احتاج بأية ﴿والله لا يحب الفساد﴾^(١).

وجه الثالث: سقوط الأخبار المذكور عن المساس بباب الولاية رأساً بالبيان المتقدم، وانحصار المرجع في خبر النكاح المستفاد منه القياس المتقدم، وخبر الوقف المصرح بأن الوالد هو الذي يلي أمر ولده، ومن المعلوم عدم كونها في مقام البيان من حيث متعلق الولاية.

لا يقال: تخصيص المتعلق بما لم يكن فيه فساد أو بالأصلح تضيق لدائرة الولاية وتحديد لها وهو مناف مع إطلاق الدليل المثبت لها.

لأننا نقول: ولاية الأمر بمعنى ولاية البيع والشراء والعق والشهادة والأخذ والإعطاء وغير ذلك لم يؤخذ فيها كيفية أعمال هذه الأمور، فلو أخذ فيه كيفية خاصة لا يكون تقييداً للولاية، وأما إطلاق تزويج الصغيرة فلا يمكن الاستدلال بها؛ لأن المتعارف الغالب من حال الآباء في تزويج البنات كمال المداقة وملاحظة الأطراف لثلاً تقع بناتهم في محذور ومفسدة؛ فإن محذور بناتهم محذور لهم.

وبالجملة بعد سقوط ما كان له إطلاق و عدم إطلاق ما كان غير ساقط لا يبقى لنا إلا التمسك بالأصل والاقتصار على مورد اليقين، أو الرجوع في الجد

عند موت الأب إلى آية ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(١)، وتتميم القول في غيره بعدم الفصل، فيلزم الاقتصار على الأحسن وعدم الاكتفاء بالحسن. ولكن الرجوع إلى الآية أيضاً مشكل، من حيث إنّ مقتضى ظاهرها اختيار الشق الأحسن فيما بين الشقوق المتصورة من أفراد التصرف، وهذا لا يمكن حفظه في جميع الموارد؛ إذ ربّما لا يمكن غير التصرف الحسن، مثل ما لو انحصر مشتري الدار بمن يشتري بها، وحينئذ فإما أن يتصرف فيه بالحمل على ما يكون وجوده أحسن من عدمه، وإما بالحمل على ما ليس أحسن منه في البين، فعلى الأول لا يلزم رعاية الأصلح الممكن ويكفي مجرد الصلاح الموجب لخيرية الفعل من الترك، وعلى الثاني لا بدّ من الاقتصار على أقصى مرتبة الإمكان، وحيث لأظهرية في اللفظ بالنسبة إلى أحد المعنيين، لا بدّ من الاقتصار على المتيقّن هذا.

وأما الكلام في الجدّ سواء الأدنى والأعلى فبعد سقوط «أنت ومالك النخ» عن الدلالة بالنسبة إلى مقام الولاية المدّعاة، ينحصر الأمر في أخبار النكاح، ومساق تلك الأخبار لو لم يكن خصوص الكبيرة فلا أقلّ من عدم إمكان تخصيصها بالصغيرة، فمساقها مساق الأخبار الواردة في ولاية الأب على البنت في حال الكبر، فلا دليل لفظي بالنسبة إلى خصوص حال الصغر حتى ينطبق على الولاية المدّعاة حتى يؤخذ بإطلاقه ويرتب القياس ويقال: الجدّ مطلقاً وإن كان فاسقاً يتولّى أمر النكاح، ومتولّى النكاح ليس إلّا المتولّى لجميع الأمور فينتج: أنّ الجدّ مطلقاً وإن فسق متولّى لجميع الأمور، وإنّما الدليل هو الإجماع على نفوذ نكاح الجدّ، ولالسان له من حيث التعميم من هذه الجهة، فلا بدّ في الجدّ من الاقتصار على المتيقّن في كلتا الجهتين، أعني حيث العدالة والفسق وحيث الصلاح والفساد.

مسألة: في ولاية الفقيه

إعلم أنّ للولاية معنيين، الأول: السلطنة المطلقة على الأموال والنفوس ومجرائة أوامره ونواهيه، واستقلاله في التصرف في مال غيره ونفسه بما شاء وأدى إليه نظره، والثاني: أن يكون هنا أمور مطلوبة للشارع على كلّ حال وفرغ عن كون وجوده في الخارج مطلوباً من غير مدخلة متصدّ خاص، مثل حفظ مال اليتيم، وتجهيز الميت الذي لا وليّ له، ولكن اشترط في تصدّيه أن يكون بإذن من الشخص الخاص كالمتجهد، والفرق بين المعنيين أنّه على هذا يحتاج إلى وجود أمر من الأمور العامة الكفائية في البين حتى يعتبر إذن الشخص في تصدّي غيره إياه، وعلى الأول لا يناط بوجود ذلك، بل هو مختار في الأموال والنفوس يفعل فيها ما شاء تصرف الملاك في أملاكهم.

ثمّ الأصل في هذين القسمين مختلف وإن كان صريح شيخنا المرتضى - قدس سرّه - أنّه فيهما واحد وهو عدم الولاية ؛ وذلك لأنّ الأصل في القسم الأول وإن كان ما ذكره - قدس سرّه - ولكن في القسم الثاني مختلف، ففي التكليفيات يدور الأمر بين الإطلاق والتقييد، والبراءة العقلية قاضية بالبراءة عن القيد وعدم

صحة العقوبة عليه، وأمّا في الوضعيات فأصل عدم تحقّق المسبّب في غير صورة وجود إذن من يحتمل اعتبار إذنه متّجه، لأنّ الأصل في ذوات الأسباب عند فقد الإطلاق والتقييد اللفظيين هو ذلك، لأصالة عدم اعتبار القيد وإن كان الشك سببياً؛ لأنّ إثبات الإطلاق بهذا الأصل في السبب لا يصحّ إلّا على الأصل المثبت مع عدم خفاء الوساطة بنظر العرف كما لا يخفى، مع عدم اقتضاء السببية أيضاً إلّا جواز الرجوع إلى الأصل الجاري في السبب، فيما كان الترتّب شرعياً أو عقلياً، ولكن المترتب عليه كان الأعم من الظاهر والواقع، وهذا واضح وليس شيء من الأمرين في مقامنا.

ثم إنّ بين موارد القسمين عموماً من وجه، أمّا مادة الافتراق من جانب المعنى الأوّل، فكما في الأئمة - عليهم السلام - حيث إنّ لهم أن يمنعوا من بيع الإنسان داره، ولكن إذا أراد الإنسان بيع داره، لا يتوقّف على تحصيل الإذن من الإمام - عليه السلام -، ومثاله في الأمور العامة كما لو لم نشترط في تجهيز الميت إذن أحد وإن كان خلاف الواقع، ومادة الافتراق من جانب الثاني واضح، فإنّ وليّ الميت أولى بتجهيزه، بمعنى اشتراط تصرّف غيره بإذنه، ولكن ليس له ولاية على الأموال والنفوس [وجمع العنوانين كما في ولايتهم على التصرف في أموال القاصرين فإنّ فيها اجتماع الأمران] هذا.

والشأن اثبات المعنيين بحسب الأدلّة في حقّ كلّ من الإمام والفقهاء والنظر فيما هو مقتضى الأدلّة، فنقول: قد استدلّ على إثبات الولاية بالمعنى الأوّل في النبي والأئمة - عليهم السلام -، بالنقل والعقل المستقلّ وغير المستقلّ.

أمّا الأوّل فيكفي في التصرفات الراجعة إلى الرئاسة وحفظ نظام المعاش وسياسة المدن، ما دلّ من الكتاب والسنة على أنّهم أوّل الأمر فأية ﴿أطيعوا الله

وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم ﴿^(١)﴾ لو خص باطاعتهم -عليهم السلام- فيما يبلغونه عن الله تعالى من الأحكام، فهذا عين إطاعة الله، والظاهر كون إطاعتهم -عليهم السلام- عنواناً مستقلاً في عرض اطاعة الله تعالى، ولا يتم هذا إلا بكونهم صاحب الرئاسة والولاية، ولكن لا يفي هذا إلا بإثبات ما يتوقف عليه السياسة، فلو أراد أخذ مال أحد أو طلاق امرأته بدون اقتضاء السياسة ذلك، بل لأجل مصلحة شخصية، فلا يعلم من هذا الصنف من الأدلة جوازه.

نعم يكفي في إثبات الولاية، في هذا القسم من التصرفات أيضاً آيات الولاية وأخبارها، أعني ما دلّ على كون النبيّ والوصيّ -عليهما السلام-، وليّاً وأولى بالمؤمنين من أنفسهم^(٢)، فإنّ معنى ذلك أنّ كلّ ما كان للمؤمنين من التصرفات في أموالهم ونفوسهم يكون لهما بل بالأولى، ومعنى أولويّته أنّ بعض التصرفات جائز لهما مع عدم جوازه للمؤمنين، مثل إتلاف النفس، فكلّ ما كان للمؤمنين يكون لهم من دون عكس، فيكون هنا ثلاث مراتب طولية في مالكية الأموال، الأولى لله، والثانية للنبيّ والوصيّ -عليهما السلام-، والثالثة لطبقات الناس، نعم لا يثبت بهذا إلا الولاية على الاختيارات لاعلى الأحكام، فلا يثبت جواز ترتيب الزواج على زوجة الغير بدون توسط تفريق وتزويج، نعم يجوز بتوسيطها.

وأما العقل المستقلّ فقد استدلّ بما دلّ منه على وجوب شكر المنعم، بعد معرفة أنّهم -عليهم السلام- أولياء النعم ولا يخفى أنّ معنى كونهم -عليهم السلام- أولياء النعم ليس ما يوهمه بعض قواعد أهل المعقول من ترتّب العقول وقاعدة إمكان الأشرف من كونهم وسائط الفيض، بمعنى أنّهم معطوا الوجود والحياة والعلم والمال

١- النساء/ ٥٩.

٢- الأحزاب/ ٦.

والصحة والولد والزوجة والوجه والاعتبار وغير ذلك من نعم الدنيا والآخرة، حتى ينطبق على قاعدة أنّ المعطي للشيء لا يمكن أن يكون فاقداً له، فيبحث إنهم معطون لهذه الأشياء فهم مالكون لها؛ لأنّ هذا قد انعقد ضرورة المشرعة على خلافه، نعم ما ثبت، هو كونهم - عليهم السلام - وسائط الفيض، بمعنى أنّهم علله الغائية.

وما روي من قول الأمير - عليه السلام - نحن صنائع الله والخلق بعد صنائع لنا، الصحيح أنّ الفقرة الأخيرة كما نقلنا من أنّه صنائع لنا لا صنائعنا، والشاهد القطعي على هذا أنّ هذه الفقرة موجودة في كتابة الأمير - عليه السلام - إلى معاوية - لعنه الله - وقد علم شدّة اهتمام معاوية بأخذ ما يوجب وهنه - عليه السلام - في أنظار الشاميين الحمق بأيّ وسيلة أمكنت، ولو كان المكتوب صنائعنا، لكان ذلك لمعاوية باباً وسيعاً لغرضه، فكان يهّم بنشر هذا في الأصقاع، وأنّه - عليه السلام - مدّع للربوبية.

وبالجملة فالثابت من مذهب المشرعة ليس بأزيد من كونهم عللاً غائية لإفاضة المفيض الحقيقي مع كونهم بمعزل عن الإفاضة رأساً، نعم ليسوا - عليهم السلام - بأدنى من ملائكة الله القائمين كلّ بشغل من أمور الخلق على نحو الآلية فلامضايقة من جريان الأمر على أيديهم الشريفة بهذا النحو، فغاية ما يلزم حيثنذ أنّ العباد ليس لهم تمرد أو امرهم ونواهيهم في الأمور الجزئية الشخصية، وأمّا نفوذ تصرفاتهم بمعنى فكّ المال عن مالكة بيعهم، وبينونة الزوجة عن زوجها بطلاقهم فلا يثبت بهذا الدليل.

ومنه يظهر حال العقل الغير المستقلّ، أعني: ما يحكم العقل بمقايسة

وجوب طاعة الأب على الابن في الجملة بعد ملاحظة أعظمية حقهم - عليهم السلام - بمراتب ولعلّه لذا أمر شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - بالتأمل.

هذا كله في الولاية بالمعنى الأول، وأمّا بالمعنى الثاني فالأمور المهمّة التي تتعارف في كلّ قوم وملة الرجوع فيها إلى الرئيس والسلطان ولا يرون لرعيته القيام والاستقلال بها من دون إجازة من الرئيس، لإشكال في انقضاء اشتراط رضاهم عليهم في تصدي غيرهم لهذه الأمور من أدلّة كونهم أولي الأمر وولاته، كما لإشكال في عدم الاشتراط في الأمور الشخصية، نعم يبقى الشك في بعض الأمور العامة التي لم يعلم حالها وأنّ شأنها الإرجاع إلى رئيس الطائفة أيضاً أو لا فالمرجع في هذا القسم هو الأصل وقد عرفته.

ويبقى الكلام فيما هو المهمّ في المقام من ولاية الفقيه، فنقول: أمّا الولاية بالمعنى الذي ثبت في النبيّ والأنبياء - عليهم السلام - فمن المقطوع عدم ثبوتها لهم، فليسوا بمفترض الطاعة ونافذي التصرف في جميع الأمور جزئية وكلية وهذا واضح، كما أنّ من المقطوع ثبوت منصب الإفتاء والقضاء لهم، إنّما الكلام في الأمور الراجعة إلى الرئاسة والرتق والفتق في أمور المملكة، مثل جواز أخذ المال والسلاح والراحلة من أيدي الناس قهراً وجبراً لجدال العدو أو قتل أحد أو ضربه، أو سائر أقسام مجازاته أو قطع علاقة الزوجية أو نحو ذلك إذا اقتضت السياسة ذلك، والمراد إثبات خصوصية له يمتاز بها عمّن عداه وإلاّ فحفظ بيضة الإسلام وحفظ النفس والأمر بالمعروف مطلوب من كلّ أحد بقدر مكنته.

مثلاً لو اقتضى نظره في زمان تحريم التباك على أهله فلو لم يكن تحريمه موجباً للحرمة لما كان شرب شخص واحد في الخفاء بحيث لم يطلعه أحد حراماً

لعدم كونه مورثاً لتقوية الكفر أصلاً، وأما إذا صار من جانب الله تعالى صاحب منصب الرئاسة فمقتضاه كون نظره مشرعاً، فإذا حرّم على كلّ شخص شخص يصير حراماً عليه بالخصوص وإن لم يترتب عليه الفساد أصلاً، ومثله الحكم بجواز المشروطة أو الاستبداد و الحكم بهلال رمضان وشوّال.

ثم إن وفي الدليل بإثبات هذا المنصب لهم ففي المقام الثاني أعني اشتراط الرجوع إليهم في المهام ، لا يبقى إشكال؛ إذ شأن الرئيس أن يكون هو المرجوع إليه في تلك الأمور، وأما إذا قصر الدليل عن إثبات المقام الأوّل فلارئيس حتى يرجع إليه فيما من شأنه الرجوع إلى الرئيس، نعم الرجوع إليه من باب أنّه القدر المتيقّن مطلب آخر غير إثبات المنصب له بالدليل.

وكيف كان فالمهم النظر في أدلّة الباب، فنقول: وبالله الاستعانة....

مسألة

من جملة أولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف في ماله الحاكم والمراد منه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى.

وتفصيل الكلام أنّ الولاية تتصور على وجهين:

الأول: استقلال الولي بالتصرف بمعنى كون نظره سبباً في جواز تصرفه من غير حاجة إلى إثبات الجواز من الخارج، بل نفس دليل الولاية بهذا المعنى يستفاد منه مضي تصرفات الولي في مال الغير ونفسه وعرضه، ومعناه المعاملة مع أموال الناس كما ل نفسه بل هي حقيقة مال نفسه، ومع أنفسهم معاملة العبيد بل أعلى؛ لأنه إذا أدى نظره إلى إتلافه [كما في أمر الرضا - عليه السلام - من يتولى له معترضاً لم لا تقدمون بأخذ حقكم والشيعية من ورائكم مطيعين لأمركم وأمره بدخول النار فأبى وتحاشى وجاء آخر وأمره بذلك وقال سمعاً وطاعة ودخل النار الخ] جاز له كما في أعراض الناس لو أدى نظره إلى تفريق الزوجين، والحاصل كونه بحيث أعطي بيده زمام اختيار أموال الناس ونفوسهم وأعراضهم، وبالجمله كلّ تصرف أراد بالنسبة إلى أمور الغير، فلا حاجة إلى التماس دليل من الخارج في إثبات مشروعيته بل نفس ولايته متكفلة للمشروعية.

الثاني: عدم استقلال الغير بالتصرف وكونه منوطاً بنظره، ومعناه شرطية نظره في جواز تصرف غيره، وحاصله: أنّ الأمور التي قد فرغ عن وجوبها على الناس كفاثاً، مثل تجهيز الموتى، وحفظ أموال الصغار، بحيث لو لم يكن هذا الشخص موجوداً لكان على سائر الناس تصلّيها ومباشرتها بالاستقلال، والحاصل مشروعيتها في الخارج مفروغ عنها على كلّ حال، فهذه الأمور المرجع فيها هذا الشخص، ولا بدّ أن تقع خصوصياتها وتصحيح جهاتها بنظره وتصويبه.

وبين موارد الوجهين عموم من وجه، فمادة الافتراق من الأول كما لو قام الدليل على جواز تصدي بعض الأمور العامة الغير المتعلقة بالسياسة لكل أحد من غير إناطته بإذن ولي الأمر، فيكون حال هذا الأمر العام نظير الأمر الجزئي الشخصي في مال نفس المتصدي وأمور شخصه، كما لو قيل: بأن القضاء يكون هكذا، يعني لاحتاج بعد معرفة موازين القضاء إلى نصب ولي الأمر والسلطان.

ومن الثاني كما لو قلنا بأن الفقيه في حال الغيبة أعطي منصب مرجعية الأمور، ولكن بعد مشروعيتها من الخارج وإن كان استنباط ذلك من الأدلة أيضاً من شأنه، ولكن منصب مرجعيته لا يقتضي في حد ذاته أزيد من كون الأمور المشروعة الراجعة إلى الناس واقعة برأيه ونظره.

ثم إذنه المعتبر في تصرف الغير إما يكون على وجه الاستنابة كوكيل الحاكم، وإما على وجه التفويض والتولية كمتولي الأوقاف من قبل الحاكم، وإما على وجه الرضا كإذن الحاكم لغيره في الصلاة على ميت لا ولي له .

إذا عرفت هذا فلا بد أولاً من تأسيس الأصل فنقول: كل معروف علم من الشارع إرادة وجوده في الخارج، فإن علم أنه وظيفة شخص خاص كولاية الأب على مال ولده الصغير، أو صنف خاص كالقضاء والإفتاء أو كل من يقدر على القيام به كالأمر بالمعروف، فلا إشكال في شيء من ذلك، وإن لم يعلم ذلك واحتمل كونه مشروطاً في وجوده أو وجوبه بنظر شخص خاص، فإن كان لدليل هذا التصرف إطلاق في جوازه لكل أحد من دون اشتراط إذن أحد، كما لو كان على سبيل المثال لآية ﴿السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾^(١) إطلاق، أو علم من

دليله التقييد بإذن شخص خاص فهو المتبع ، وإلا فلا إشكال أنه لو كان هنا أثر شرعي مرتّب على الولاية بأحد الوجهين فأصالة عدم الولاية جارية لنفي ذلك الأثر، وكذلك لنفي نفس الولاية - حيث إنّها من مجعولات الشرع - ولكن لا يثبت بهذا الأصل جواز تصدّي كلّ أحد، وحال هذا الأصل كحال أصالة عدم الشرطيّة فيما احتمل شرطيّة شيء في المعاملة مع عدم إطلاق دليل أو تقييد، حيث إنّ الشرطيّة أيضاً من مجعولات الشرع، لكن لا يترتب أثر عمليّ على أصالة عدمها، بل لابدّ في الخارج من ترتيب أثر الشرطيّة بواسطة أصالة عدم المسبّب، أعني: النقل والانتقال هناك وهنا أيضاً حيث إنّ مقامنا من ذلك الباب عيناً، لأنّه شك في شرطيّة الإذن في صحّة المعاملة الواقعة على مال المولّى عليه فأصالة عدم النقل والانتقال بدون إذن من يحتمل شرطيّة إذنه قاضية باعتبار إذنه.

لا يقال: الشكّ في حصول النقل والانتقال بدون الإذن مسبّب عن الشكّ في الشرطيّة المسبّب عن الشكّ في الولاية، وقد قرّر في محله تقديم الأصل في السبب عليه في المسبّب، فأصالة عدم الولاية مقدّمة على أصالة عدم النقل والانتقال.

لأنّا نقول: نعم ولكنّه مثبت؛ فإنّ عدم الولاية وكذلك عدم الشرطيّة وحده غير كاف في حصول النقل والانتقال فإنّه يلائم مع البطلان من رأس، فلا بدّ من إثبات صحّة أصل المعاملة الفاقدة للإذن، والأصل المذكور ليس لسانه إلّا لنفي الاعتبار عن المحتمل الاعتبار ولا يثبت به تماميّة الفاقد له في التأثير.

وبعبارة أخرى لا يثبت به حدّ ما ثبت مؤثريته بالأدلة، أعني أصل البيع، فلا يثبت بذلك حدّ الإطلاق، والقول بخفاء الوسطة كما ترى.

اللّهّم إلّا أن يقال: - بناء على شمول حديث الرفع للوضعيات كما يشهد له

صحيحة البرنظي - إن مقتضى الجمع بينه وبين أدلة إثبات الواقع هو القول بكون الفاقد مؤثراً، ولكن الكلام على البناء والمبنى يطلب في الأصول إن شاء الله تعالى، هذا هو الحال في الوضعيات المحتاجة إلى الأسباب.

وأما التكاليفيات ، فما كان تصرفاً في نفس الغير بمراتبه من القتل ومادونه، فلو شككنا في أنّ لأحد حقّ ذلك بدون إذن من يحتمل ولايته فعمومات حرمة تلك التصرفات في نفس الغير من حرمة القتل والإيذاء وغير ذلك محكمة ، وهذه الأدلة وإن خصّصت بالوليّ وهنا نشكّ في مصداقه، ولكنّ الشكّ لم ينشأ من الأمور الخارجية حتى يكون من باب التمسكّ بالعام في الشبهة المصداقية، بل نشأ من الشبهة في المفهوم، ومن المعلوم كون المرجع في مثله العام.

وما كان تصرفاً في مال الغير فعموم لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره، قد عرفت عدم صحّة التمسكّ به في المقام، نعم عموم حرمة مال المسلم كحرمة دمه تام، لكنّه في غير التصرفات التي علم عدم رضا الشارع بإهمالها وترك تعرّض كلّ أحد إيّاها، وأمّا فيها فلا بدّ من الاقتصار على المتيقّن فيحكم بالجواز في حقّه وبالحرمة في حقّ غيره إلّا بإذنه.

هذا والمهمّ التعرّض لأدلة الباب فنقول: قد ثبت الولاية بالمعنى الأول في حقّ النبي والأئمة - صلوات الله عليهم أجمعين - بالأدلة الأربعة.

أما الآيات: فيكفي قوله تعالى: ﴿أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾ ^(١) فإنّ ظاهر العطف المغايرة، ولو أرجع الإطاعة المعطوفة إلى حيث

الرسالة وتبليغ أوامر الله تعالى كانت عين الإطاعة المعطوف عليها وهو خلاف الظاهر، فلا بدّ من ارجاعها إلى الأمور الغير المرتبطة بالتبليغ والأحكام.

نعم هذه الآية مختصة بالتصرفات العامة التي هي شأن الرئيس، وأمّا مثل جواز أخذ عباء زيد وداره وسائر التصرفات الشخصية، فيكفي في إثباتها قوله تعالى: ﴿النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم﴾^(١) يعني كلّ ما كان للمؤمنين الولاية عليه من النفس والعرض والمال فهو لِلنَّبِيِّ أولى بتلك الأمور من المؤمنين، فإنّه لِلنَّبِيِّ ولاية الإتلاف وليس لهم ذلك، ومن هنا يظهر التمسك بالأخبار.

وأما الإجماع فغير خفيّ، وأمّا العقل المستقل فهو ما دلّ على وجوب شكر المنعم وهم -عليهم السلام- وإن كانوا ليسوا منعمين، بل الفيض والإعطاء كلّه بيد الله - وما توهمه كلمات أهل المعقول من قاعدة إمكان الأشرف وسلسلة العقول على خلافه انعقدت ضرورة التشريعة وإجماعهم وأخبارهم - ولكن لا شبهة في كونهم عللاً غائية في إعطاء الوجود وسائر النعم لأفراد الممكنات ممّن سواهم فتأمل، حيث إنّ غاية ما يثبت من هذا بالنسبة إلى الجواز والإباحة وأمّا حصول الوضع عقيب التصرفات المعاملية فلا.

وأما الولاية بالمعنى الثاني فكلّ ما كان من شأن الرئيس فلا إشكال في اعتبار إذنهم بدلالة ما دلّ على رئاستهم وكونهم أولى الأمر، نعم يقع الشك في بعض التصرفات العامة التي ليست من هذا القبيل، وقد عرفت الأصل المرجوع إليه بعد اليأس من الدليل في مثلها، وأنّه مقتضى لولايتهم وضعاً وتكليفاً في الجملة.

وأما الفقيه الجامع للشرائط فلاشبهة في عدم ثبوت الولاية بالمعنى الذي ثبت في الأئمة -عليهم السلام- من كونهم أولى بالمؤمنين من أنفسهم في حقه ولكن هل هنا دليل يثبت شطراً منها له، أعني كونه متصرفاً في الأمور العامة التي هي شأن الرئيس فهل هو في زمان الغيبة جعل نائباً عن الرئيس الأصلي أو لا، قد يتمسك لذلك بروايات....

مسألة

في ولاية عدول المؤمنين

اعلم أنّ هنا ثلاثة أقسام من التصرفات.

الأول: ما يقطع بمطلوبيّتها على وجه الإطلاق من أيّ فاعل صدر.

والثاني: ما يقطع بمطلوبيّتها ولكن لا يعلم كون مطلوبيته على وجه الإطلاق، وهذا على قسمين، الأول: أن يحتمل كونه من وظائف شخص الإمام فيفوت بفوت أسبابه، ولا ينافي معروفيّته جعل الشارع لمصلحة إياه وظيفة شخص خاص، فيفوت عند عدم التمكن منه، والثاني: أن يقطع بعدم انقطاع مطلوبيّته وعدم رضى الشارع بتعطيله، ولكن لا يعلم كونه وظيفة كلّ فاعل، بل يحتمل تقدّم طائفة على غيرها وأولويّتها بالتصدّي ولو كان عند التعذّر تسقط تلك المرتبة، ويحتمل اعتبار المرتبة النازلة، مثلاً عند التمكن من الفقيه يحتمل اعتبار تصديّه، وعند تعذّره يحتمل اعتبار تصديّ العدول، ومع فقدهم تصديّ الثقات، ومع فقدهم تصديّ الشيعة وهكذا.

فالقسم الأول لا كلام فيه ولا يحتاج إلى مثل قوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البرّ

والتقوى»^(١) لكونه من المستقلّات العقلية والآية في مثلها من الإرشاديات الصرفة، إنّما الكلام في القسمين الآخرين، فهل يصحّ التمسك بعموم مثل الآية الشريفة وإطلاق قوله: «عونك الضعيف من أفضل الصدقة»^(٢) لإثبات إطلاق المعروفة أو لا؟ الحقّ الثاني؛ لأنّ العموم لا يتكفّل لتحقيق موضوعه.

إن قلت: بعد ما فرضنا كون التصرف معروفاً عرفاً وبرّاً كذلك نحكم بدخوله تحت الحكم، وأي فرق بين هذا وبين التمسك بإطلاق مثل قوله: ﴿أحلّ الله البيع﴾^(٣) لدفع احتمال شرطية ما يحتمل شرطيته؟

قلت: الفرق أنّ الاختلاف في باب البيع اختلاف مصداقيّ، فربّ شيء يراه العرف مصداقاً دون الشرع، فما دام لم يرد تخطئة من الشرع لنظر العرف يحمل على المصداق العرفي لئلاّ يلزم نقض الغرض.

وأما هنا فعند العرف أيضاً للبرّ قسمان: قسم لا يعتبر الإضافة إلى فاعل خاص في برّيته، وقسم يعتبر، ومن الثاني عندهم إصلاح مال الغير الكبير بدون إذنه أو الصغير الذي له أب بدون إذن منه؛ فإنّ مجرد كون التصرف إصلاحاً لا يجوّزه ولا يوجب اندراجه في البرّ، والحاصل: أنّ العمل البرّي من حيث نفسه لا بدّ من ملاحظة أنّه هل يكون له اختصاص بأحد فصديّ غيره يخرجّه عن البريّة؟ يعني أنّه بإضافته إلى هذا الغير لا يكون برّاً أو لا يكون كذلك حتّى لا يكون مانع من قبل الإضافة للاقتضاء الثابت من قبل الذات، ومع الشكّ يكون مردداً بين كونه برّاً ومشروعاً أو محرّماً و غير مشروع، فالتمسك بالعام تمسك في

١- المائدة/ ٢.

٢- الوسائل: ج ١١، الباب ٥٩، من أبواب جهاد العدو وما يناسبه، ص ١٠٨، ح ٢.

٣- البقرة/ ٢٧٥.

الشبهة الموضوعية، هذا حال الآية و مثله قوله: كل معروف صدقة ^(١).

وأما قوله: «عونك الضعيف من أفضل الصدقة» وقوله: «وأنه تعالى في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه» فالتمسك بهما وإن لم يمكن في المشكوك الموضوعية لكون التصرف عوناً عرفاً، إلا أنه يمكن منع كون أمثال هذه القضايا التي سيقت لبيان الثواب على طبيعة حسنة في مقام الإطلاق، ألا ترى أنه لا يمكن الأخذ بإطلاق قوله: «الصوم جنة» ^(٢) وقوله: «إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر» ^(٣).

وإذن فلو شككنا في تصرف أن يكون منوطاً بنظر الإمام - عليه السلام - مثل إجراء الحدود الشرعية على مستحقيها بأن كان هذا الأمر ولو لمصلحة نوعية مودعاً إلى من له حق الرئاسة والسلطنة على العباد وله السياف والجلاد والسجن، فيكون تصرف غيره في حق الغير بدون إذن مالكة وصاحبه فيكون معروفاً متعذراً لتعذر أسبابه، ولو لم نشك من هذه الجهة قطعنا بمطلوبيته للشارع في زمان الغيبة، و لكن احتملنا أن الشارع أوكل مباشرته ونظارته إلى طائفة خاصة ليس لغيرها التصدي بدون إذن هذه الطائفة اقتصاراً في الخروج عن أصالة عدم المشروعية على القدر المتيقن، فإن الأصل في التصرفات الراجعة إلى النفوس والأعراض والأموال المتعلقة بالغير الحرمة وعدم المشروعية حتى يثبت المخرج، والمفروض إجماله، وأصالة عدم اعتبار نظارة من يحتمل نظارته غير جارية إذ لا يثبت بها إطلاق الدليل المخرج، هذا هو الكلام على حسب القاعدة.

١- الوسائل: ج ٦، الباب ٤١، من أبواب الصدقة، ص ٣٢١، ح ١-٢.

٢- المصدر نفسه: ج ٧- الباب ١، من أبواب الصوم المندوب، ص ٢٩٠، ح ٨.

٣- العنكبوت/ ٤٥.

وأما بالنظر إلى الأخبار الخاصة، فربما يدعى أنّ الاستفادة منها جواز تولّي كلّ أحد من غير فرق بين العادل وغيره بشرط أن يكون مراعيّاً للمصلحة وناظرّاً للغبطة، نعم هذا بحسب تكليفه فيما بينه وبين الله.

وأما بالنسبة إلى ما يتعلّق من فعله بفعل الغير إذا لم يعلم أنّه راعى المصلحة أو لا كالشراء منه مثلاً، فلا يجوز الاعتماد على قوله و تصديقه في خبره أنّه على وفق الصلاح إلّا إذا كان عدلاً.

أما أصل جوازه لكلّ أحد فمضافاً إلى عموم أدلّة ذلك المعروف مثل «عون الضعيف من أفضل الصدقة» و مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(١) تدلّ عليه صحيحة محدّد بن إسماعيل: «رجل مات من أصحابنا ولم يوص، فرفع أمره إلى قاضي الكوفة فصيّر عبد الحميد القيمّ بهاله وكان الرجل خلّف ورثة صغاراً و متاعاً و جوارى، فباع عبد الحميد المتاع، فلمّا أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهنّ إذ لم يكن الميّت صيّر إليه وصيّة وكان قيامه فيها بأمر القاضي لأنّهنّ فروج ... فما ترى في ذلك؟ قال: إذا كان القيمّ به مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس»^(٢) وكونه من باب الإذن خلاف الظاهر؛ فإنّ ظاهر قوله: فما ترى؟ أنّه في مقام سؤال الفتوى.

وحينئذ نقول: الماثلة يحتمل فيها خمسة أوجه، الأوّل: ما ذكرنا من مراعاة غبطة اليتيم وملاحظة مصلحته، و لو كان المتولّي غير شيعي، و الثاني: الماثلة في التشيع، و الثالث: في الوثاقّة، و الرابع: في العدالة، و الخامس: في الفقهة.

١- الإسرائ/ ٣٤.

٢- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦، من أبواب عقد البيع وشروطه، ص ٢٧٠، ح ٢.

واحتمال الأخير مدفوع بأن إطلاق المفهوم على تقديره شامل لحال تعذر الفقيه، فيكون قيام غير الفقيه ولو مع تعذره مما فيه بأس، وهو مقطوع الخلاف، وهذا بخلاف الأربعة الأول؛ فإنّ البأس ثابت للخائن والمخالف وغير الثقة والفاسق وإن تعذر غيرهم فيدور الأمر بين هذه الأربعة، وحيث إن كان يجب الأخذ بالأخص منها، وهو العدل، ولكن الظاهر من بعض الروايات كفاية ملاحظة مصلحة اليتيم، فيكون مفسراً للاحتمال الثاني في وجه المماثلة.

ففي صحيحة علي بن رثاب قال: «سألت أبا الحسن موسى -عليه السلام- عن رجل بيني وبينه قرابة مات وترك أولاداً صغاراً وترك ممالك له غلماناً وجواري ولم يوص، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد وما ترى في بيعهم؟ فقال: إن كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم كان مأجوراً فيهم، قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد؟ قال: لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم، وليس لهم أن يرجعوا عما صنع القيم لهم الناظر فيما يصلحهم»^(١).

وموثقة زرعة عن سماعة، قال: «سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية وله خدم وممالك، كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث؟ قال: إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك فلا بأس»^(٢).

بناءً على أن المراد، من يوثق به ويطمئن بفعله، وإن لم يكن فيه ملكة العدالة، وأما عدم جواز تصديق الغير الذي يريد ترتيب الأثر على فعل المتولي قوله في رعاية المصلحة إلا إذا كان عدلاً، فتدل عليه صحيحة إسماعيل بن سعد

الأشعري قال: «سألت الرضا - عليه السلام - عن رجل مات بغير وصية وترك أولاداً ذكراً غلماناً صغاراً وترك جوارى ومماليك هل يستقيم أن تباع الجوارى؟ قال: نعم، وعن الرجل يموت بغير وصية وله ولد صغار وكبار أيجل شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولى القاضي بيع ذلك؟ فإن تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله (يستخلفه) الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا؟ فقال - عليه السلام -: إذا كان الأكابر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضي الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك»^(١).

ومثلها موثقة زرعة المتقدمة على تقدير حمل الوثيقة على العدالة، كما ربما يستظهر من إطلاقها، فإن الوثيقة من كل الجهات من حيث الديانة وغيرها كما هي المستظهر عند الإطلاق مساوقة مع العدالة، وأما حمل الثقة في دليل حجية خبر الثقة وأذان العارف الثقة على خصوص الثقة في الإخبار فلعله لأجل الاحتفاف بالقرينة وهي وقوعه مسنداً إليه الاخبار، فتأمل.

ويدل أيضاً على عدم جواز التصديق أن أدلة العام بذلك المعروف لا يرفع اليد عنها بمجرد تصرف الفاسق، نعم لو كان الأمر مرتباً على الفعل الصحيح وكان أصل الفعل محرراً وشك في صحته أمكن إحراز الصحة بأصالة الصحة، كما لو صلى فاسق على ميت ولم يعلم صحته، فيجوز اكتفاء الغير بها لأن الموضوع هو الصلاة الصحيحة، وهذا بخلاف شراء مال اليتيم من الفاسق المتولي لبيعه مع الشك في أنه راعى المصلحة أو لا، فإنه لم يقع البيع الصحيح موضوعاً لنفوذ الشراء وصحته حتى يحرز بأصالة الصحة، بل الموضوع عنوان كون هذا الشراء

١- الوسائل: ج ١٣، الباب ٨٨، في أحكام الوصايا، ص ٤٧٤، ح ٢. والجزء ١٢، الباب ١٦، أبواب عقد البيع وشروطه، ص ٢٧٠، ح ١.

إصلاحاً لمال اليتيم ومراعاةً لحاله، وهذا العنوان لا يكاد يحجز بأصالة الصحة في بيع الفاسق، فإنه لا يثبت كون تصرفه إصلاحاً حتى يثبت بالملازمة كون الشراء أيضاً كذلك.

نعم لو رأينا في يد الفاسق ثمناً من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشتري وأخذ الثمن من الفاسق، وكذا يجوز شراء عين مال اليتيم الذي في يد ذلك المشتري من الفاسق، لأن مال اليتيم الذي يجب إصلاحه وحفظه من التلف مردّد بين كونه الثمن أو المثل وأصالة الصحة حاکمة بالأول، هذا حاصل ما أفيء في هذا المقام.

وقد تنظر فيه شيخنا الأستاذ - دام بقاءه - **أما أولاً:** فما ذكر من صحة التمسك للمقام بعموم «عون الضعيف» و **«لا تقربوا مال اليتيم»**.

فيه: أنّ الأول غير مسوق للإطلاق وحاله حال «إنّ الصوم جنة من النار»^(١) فلا ينافيه اعتبار ألف شرط، والثاني أيضاً مسوق لاعتبار مراعاة الحسن والصلاح في مقام فرغ عن جواز أصل القرب من مال اليتيم والتصرف فيه، نظير قوله: «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه» وقوله: «لا صلاة إلا بطهور»^(٢).

ألا ترى أنّ بيع غير الجدّ في صورة وجوده عن القرب من مال اليتيم لا يعدّ منافياً لعموم الآية كما لا ينافي اعتبار الإنشاء مثلاً في حلية المال في المعاملة واعتبار سائر الشروط في الصلاة لعموم القولين المذكورين.

وأما ثانياً: فما ذكر من التفرقة بين احتمال الفقاهة وغيرها من الوجوه الأربعة في وجه المماثلة المذكورة في الصحيحة الأولى لا يعلم لها وجه؛ فإنه إمّا يفرض كون

١- الوسائل: ج ٧، الباب ١، من أبواب الصوم المندوب، ص ٢٩٠، ح ٨.

٢- المصدر نفسه: ج ١، الباب ١، من أبواب الوضوء، ص ٢٥٦، ح ١، ٦.

التصرف مفروغاً عن معرفيته مطلقاً، وأنّ الشارع لا يرضى بعدم وقوعه مطلقاً، فجميع الوجوه مشترك في أنّ إطلاق المفهوم لحال تعذر الغير مناف مع هذا القطع الخارجي، وإما لا نفرض كذلك فلا منافاة في إطلاق المفهوم بالنسبة إلى العادل في حال تعذر الفقيه أيضاً.

هذا مع إمكان أن يقال: ليس للصحيحة إطلاق بالنسبة إلى حال تعذر مثل عبد الحميد، فإنّ القضية الشرطية ظاهرها عقد كلّ من المنطوق والمفهوم في الموضوع المفروغ، فقولك: إن جاءك زيد فأكرمه، ساكت عن حال عدم وجود زيد في العالم منطوقاً ومفهوماً، فكذلك في المقام حيث إنّ بمنزلة قولنا: إذا قام بالأمر زيد فلا بأس، لا مثل قولنا: إذا كان القيمّ فقيهاً، حيث إنّ الموضوع المفروغ عنه حيثنذ هو القيمّ لا الفقيه فتدبر، وعلى هذا فلا محيص عن إجمال الرواية ولزوم الأخذ بأخصّ الاحتمالات وهو الفقاهة فيكون أجنبياً عن مقامنا.

وأما ثالثاً: فما ذكر في الصحيحة من أخذ المعيار في الولاية والقيومة مطلق القيام الصلاحي مبنيّ على كون قوله: «الناظر لهم فيما يصلحهم» تفسيراً للقيمّ بأمرهم وهو غير معلوم لو لم ندّع العلم بالخلاف؛ فإنّه ليس معنى القيمّ مطلق من تلبس بمبدأ القيام بالأمر ولو في واقعة شخصية، بل المراد من كان أمور الصغير موكولة إليه، فالرواية ساكتة عن تعيينه وبيان معياره، وإنّا تعرّضت لشرط صحّة تصرف من تمت أركان القيمومة فيه، فلا ينافيها اعتبار ألف شرط في موضوع القيمومة، فلا تكون الرواية على هذا في مقام رفع جهل السائل من كلّ الجهات، وإنّا هي في مقام الردع عن احتمال مساواة القيمّ وغيره وكون القيمّ أيضاً مختاراً في ما يفعل.

وأما رابعاً: فما ذكر في الوثيقة وصحيحة إسماعيل بن سعد المعتبر في أولاهما الوثيقة، وفي ثانيهما العدالة من حملهما على الحكم الإثباتي الناظر بحال الشك في كون المتصدّي مراعيّاً للصالح وعدمه، فيه أنّه مبنيّ على استظهار أنّ اعتبار الأمرين إنّما هو لصرف الطريقتين من دون موضوعية لهما أصلاً، بحيث لو علم من الخارج كون المتصدّي مراعيّاً للغبطة في مال الصغير يجوز الخروج عن مدلولها والشراء من غير العدل والثقة، ومن الممكن بمكان من الإمكان منع ذلك لأنّ هذا تقييد في إطلاق الخبرين بلا وجه.

فإنّ من الممكن إيكال الشارع هذا المعروف بيد خصوص هذين العنوانين وتخصيصه له بهما، ولو لمصلحة نوعيّة، بحيث كان قيام الغير محرّماً وغير مشروع، وبعد إمكان هذا وتمثلي احتمال ما المانع عن أخذ الإطلاق؟ حيث إنّ إطلاق البأس المستفاد من مفهوم «لا بأس» شامل لحال العلم بمراعاة غير العدل والثقة الصالح والغبطة.

ومحصّل ما ذكرنا أنّه مع وجود الثقة والعدل لا يمكن القول بجواز مباشرة غيرهما لأمر الصغار بمحض كونه مراعيّاً للغبطة والصالح لا من العمومات ولا من الأخبار، بل المستفاد العدم وأنّ حاله حال المتصرّف في مال الكبير مع كمال المداقة في إصلاحه.

نعم مع تعدّد الثقة والعدل لو فرض أنّ هنا مطلوباً لا يرضى الشارع بتركه يتصدّيه المتيقّن فالمتيقّن، ويجبّئ في تصديق الغير له حيثنذ التفصيل الذي ذكره من أنّه لو أراد الشراء من الفاسق نفس مال اليتيم ابتداءً لا يجوز إلّا مع إحراز ملاحظة الغبطة ولا يجدي أصالة الصّحة لعين ما ذكره، ولو أراد الشراء بعد وقوع المعاملة أولاً بينه وبين آخر، فأصالة الصّحة في معاملتهما منقّح للموضوع بالنسبة

إلى تكليف هذا الثالث المريد للمعاملة الثانية، هذا حال من أثبتنا له الولاية من باب القدر المتيقّن.

وأما من ثبت ولايته بالأخبار كالعدل والثقة بل والفقيه على احتمال تماميّة أدلّته، فمقتضى جعل الولاية منصّباً له جواز الاعتماد على عمله وعدم الحاجة إلى إحراز أنّه عمل بالشرط (وهو رعاية الصلاح) أو لا فلا يقال: إنّهُ ليس إلّا من باب الاعتماد على العدل الواحد في الموضوعات الذي هو محلّ الإشكال، فإنّ ذلك في غير موضوع ثبت لهم الولاية.

فإن قلت: يحتمل انعزاله عن الولاية بواسطة الخيانة فالشك راجع في الموضوع.

قلت: إنّما نيطت في الأدلّة صحّة تصرف الغير على إحراز عنوان العدالة والوثاقة والناظرية في الصلاح بمعنى ملكة هذه الأمور ولو كان العمل بها في خصوص الواقعة الشخصية مشكوكاً.

ثمّ إنّهُ حيث ثبت ولاية المؤمنين، قد يكون على وجه الحكم من الإباحة أو النذب أو الوجوب، أو على وجه الولاية فيكون قائماً مقام الأب والجدّ، أو على وجه النيابة إمّا عن الحاكم الشرعي وإمّا عن الإمام -عليه السلام-.

وشيخنا المرتضى - قدس سرّه - حاول الفرق بين هذه الوجوه في الثمرة وهي جواز مزاحمة عدل آخر للعدل المتصدّي قبل إتمامه العمل، كما لو باع الأوّل ما عرضه الثاني للبيع من شخص، من شخص آخر قبل بيع الثاني، بناءً على الوجهين الأوّلين، وعدم جواز ذلك على الأخير، ومن هنا فرّق بين ولاية المؤمنين وكذا الأب والجدّ وبين ولاية الحكّام بأنّ الأوّلين ليستا من باب النيابة، وإذا كان كلّ من الاثنين مرجعاً ومالكاً للأمر فمهما تصدّياه فقد تصدّاه المالك.

وأما ولاية الحكم فهي تابعة لمدرَكها، فإن كان المدرَك مثل التوقيع الشريف^(١) الأمر بإرجاع الحوادث الواقعة إلى الفقيه، فالمستفاد منه صرف المرجعية فيجوز لو عيّن فقيه من يصلّي على الميت أو من يقوم بأمر أمواله أو وضع اليد على مال أن يزاحمه فقيه آخر ويفعل خلاف ما أراد الأول وبنى عليه؛ لأنه أيضاً مرجع ولا يخرج عن المرجعية بمجرد شروع الأول في مقدّمات التصرف، نعم لو صدر منه التصرف فهو من باب فقدان الموضوع.

وإن كان المدرَك عمومات النيابة فالظاهر عدم جواز مزاحمة الفقيه الآخر، لأنه كمزاحمة نفس الإمام فيما أراده ودخل في مقدّماته، فكما لا يجوز مزاحمته - عليه السلام - لا يجوز مزاحمة نائبه - صلوات الله عليه - فأدلة النيابة عن الإمام - عليه السلام - لا يشمل ما كان فيه مزاحمة الإمام - عليه السلام - ، هذا ما ذكره - قدس سرّه -.

وقد تنظر فيه شيخنا الأستاذ - دام بقاءه - بأنه لا فرق بين الوجوه الثلاثة من جهة هذه الثمرة سواء كان المدرَك للولاية هو القدر المتيقّن أم الأدلة اللفظية، أما على الأول فلأنّ القدر المتيقّن من الخروج عن خلاف الأصل الأولي من عدم جواز التصرف في أنفس الغير وأمواله وأعراضه صورة عدم تصدّي فرد آخر من العنوان، فيخرج الباقي عن القدر المتيقّن، ولا فرق بين الحكم والولاية والنيابة وهذا واضح.

وأما على الثاني، فيدور الأمر مدار استفادة العموم الأزماني من الدليل، فإنّ الدليل الأمر برجوع العوام مثلاً في الوقائع الحادثة إلى الحكم إن كان ناظراً إلى زمان دخول فقيه آخر أيضاً نظير ما يقال في التخيير الاستمراري في دليل التخيير

١- الوسائل: ج ١٨، الباب ١١، من أبواب صفات القاضي، ص ١٠١، ح ٩.

بين الخبرين كان للفقهاء الآخر مزاحمة الأول، وللعوام المراجعين أن يرفعوا اليد عن الأول ومراجعة الثاني كما في الخبرين، وكذلك الدليل الدال على ولاية هذا الجنس أو نيابته إن استفيد منه العموم الأزمني وأن الولاية أو النيابة محفوظة حتى بعد تصدي فرد آخر مثله جاز المزاحمة، وليس مزاحمة نائب الإمام -عليه السلام- حينئذ إلا من نائبه ويأذنه -عليه السلام-.

هذا على تقدير الاستفادة، ولو لم يكن للدليل عموم أزمني على جميع الوجوه الثلاثة فيكون الحال كما لو كان المدرك هو القدر المتيقن فهل يصح إثبات جواز تصرف الثاني بالاستصحاب أو لا؟ الحق الجواز، فيقال: إنه كان قبل تصدي الأول جائر التصرف أو ولياً أو نائباً والآن نشك في بقاء ذلك فالأصل بقاءه.

لا يقال: هذا مبني على القول بانصراف قوله: «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه» إلى المالك الذي من شأنه الإذن وطيب النفس، فلا يشمل الصغير، وأما لو قلنا بعمومه للصغير أيضاً فلا بد حينئذ من التفصيل بين ما لو استفيد الحكم فالمرجع عند الشك عموم هذا الخبر أو الولاية فالمرجع الاستصحاب، والفرق أن استصحاب حكم الخاص مع وجود العموم الأزمني كما هو الحال في الخبر المذكور غير جائز، لأنه تمسك بالأصل في قبال الدليل، والاستصحاب المنقح لموضوع العام مقدّم على العام، فلو استفيد الحكم كان تصرفاً في حكم قضية لا يحل، ولو استفيد الولاية أو النيابة كان تصرفاً في موضوعها وتعميماً لطيب نفسه إلى طيب نفس من يقوم مقامه بلسان التنزيل، والأول تخصيص والثاني أيضاً تخصيص بلسان الحكومة، فلا جرم يختلف حال الاستصحاب عليها.

لأننا نقول: هذا العموم بالنسبة إلى الصغير غير ممكن العمل مطلقاً؛ لأن العمل به إنما يحصل بإمناطة جواز التصرف بطيب نفس الصغير وهذا المعنى غير

متحقق في حال الصغارة أبداً، وبعد ذلك لا يفرق الحال بين أن يكون جواز التصرف ثابتاً لواحد أو اثنين، فلا يكون الثاني زيادة تخصيص ولا الأول حفظ عموم.

[فصل]

ثم إنه هل يعتبر في ولاية العدول أو غيرهم ممن ثبت ولايته وجواز تصرفه في مال اليتيم ملاحظة الغبطة له أو لا؟ لابد أولاً من التكلم في الأصل في المسألة.

فنقول: أما في التكاليفيات الصرفة فمقتضى الأصل العقلي في باب النفوس والفروج والأموال هو الاحتياط حتى في الشبهة البدوية أيضاً، مضافاً إلى عمومات أدلة عدم جواز التصرف فيها شرعاً، خرج ما كان موافقاً للغبطة، وبقي الباقي. وأما في الوضعيات فالأصل الأولي فيها هو الفساد وعدم ترتب المسببات، ولكنه هنا محكوم، لأنه إن قلنا بأن الثابت في المقام صرف الحكم التكليفي دون الوضعي وهو الولاية فالمرجع عند الشك عموم ﴿أحلّ الله البيع﴾ ونحوه، إذ قد علمنا كون طيب نفس المالك أو من يقوم مقامه ساقطاً عن الاعتبار بالنسبة إلى البيع الصادر من هذا الشخص ولكن نشك في اعتبار قيد آخر وهو مراعاة الصلاح والغبطة فأصالة الإطلاق يدفعه.

وإن قلنا: بأن الثابت هو الولاية فالمرجع حيثئذ أصالة عدم الولاية، لأننا نعلم بأن إطلاق ﴿أحلّ﴾ وشبهه قد قيد بطيب نفس المالك أو وليّه، والشك في ولاية هذا المتصدي عند عدم مراعاة الصرفة، فاستصحاب عدم ولايته منقح للموضوع وهو مقدّم على أصالة العموم أو الإطلاق، هذا حال الأصل.

وأما مقتضى الأدلة فقوله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(١) عدم الجواز إلا مع رعاية الصلاح، والتكلم في مفاد الآية يقتضي شرح ما يحتاج إلى الشرح منها.

فنقول وبالله الاستعانة: «القرب» فيها يحتمل أربعة أوجه على ما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سره - :

الأول: مطلق التقلب والتحريك ولو من مكان إلى غيره، فلا يشمل حكم إبقاء المال على حال أو عند أحد.

الثاني: وضع اليد والاستيلاء عليه ولو بأخذ مفتاح الحجرة التي فيها مال اليتيم فلا تشمل حكم ما بعد الوضع والتصرفات المترتبة المتأخرة عنه.

الثالث: مطلق ما يعدّ تصرفاً عرفاً، فيشمل الوضع وكلّ تصرف جديد بعده، فكلّ منها متعلّق لنهي مستقل نظير حرمة الغصب، فإنّه ليس التصرف في الدار الغصبية مثلاً بجميع أنحائه ذا نهي واحد، حتّى أنّه لو اضطرّ إلى المكث فيها لا يفرق الحال بين الجلوس في مكان واحد والسير في أطرافها، بل السير عرفاً تصرف زائد على أصل الكون فيتعلّق به نهي مستقل والمفروض عدم الاضطرار به، ولهذا اشترطوا في صحّة صلاة المحبوس فيها أن لا يتصرف فيها زائداً على مقدار اضطراره، نعم لا اعتبار بما لا يتفاوت عرفاً ولا يعدّ تصرفاً زائداً.

وبالجملة: ففي المقام مثلاً وضع اليد على فرس اليتيم منهّي عنه وركوبه منهّي آخر وهكذا، ولكن لا يفرض على هذا الحال الإبقاء؛ لأنّ الظاهر منها أنّه

لا تحدثوا ما يعدّ تصرفاً، فلو أمسك الفرس في اصطبله ولم يتصرّف فيه بما زاد على الإمساك لم يخالف إلّا نهياً واحداً وإن طال ذلك سنين. نعم هذا بحسب ما يستفاد من اللفظ، وأمّا استفادة حرمة الإبقاء من تنقيح المناط أو من الخارج فلا ينافي ما ذكرنا.

الرابع: مطلق الأمر الاختياري وجودياً كان أم عدمياً، فلو كان مال اليتيم في بيته ولكن كان تصدي الإنسان بيعه أحسن من ترك التعرّض له رأساً يجب اختيار الأوّل؛ لأنّ هذا الترك أمر اختياري فلا يجوز اختياره في مال اليتيم إلّا إذا كان أحسن، هذا احتمالات «القرب».

وأما لفظ «الأحسن» فيحتمل أيضاً أربعة أوجه كما ذكره شيخنا المرتضى

- قدّس سرّه -:

الأوّل: أن ينسلخ عن معنى التفضيل ويكون بمعنى الحسن ويراد بالحسن ما فيه مصلحة.

الثاني: هذا ويراد به ما لا مفسدة فيه على ما قاله بعض من أنّ الحسن ما لا حرج في فعله.

الثالث: أن يكون باقياً على ظاهره من معنى التفضيل ويراد به الأحسن من تركه كما في: ﴿وجادلهم بالتّي هي أحسن﴾^(١) و«ضع أمر أخيك على أحسنه»^(٢).

الرابع: هذا ويراد الأحسن مطلقاً من غيره من سائر التصرفات الوجودية ولكن لا بمعنى ما لا يتصوّر أحسن فوقه، إذ هذا لا يتناهى، ولا بمعنى أحسن ما يوجد، إذ ربّما كان هناك ثلاثة تصرفات اثنتان منها أحسن من الثالث لكن لا

١- النحل/ ١٢٥.

٢- الوسائل: ج ٨، الباب ١٦١، أبواب أحكام العشرة، ص ٦١٤، ح ٣.

تفاضل بينهما، فالقطع حاصل بجواز التصدي وعدم جواز الإهمال وكذا لو لم يوجد إلا تصرف واحد وكان عدمه مضرًا، فإننا نقطع بعدم جواز الإهمال لأجل عدم اتصاف هذا التصرف بالأحسنية عمّا عداه الموجود، بل بمعنى ما لا أحسن منه، كما هو الحال في الولد الأكبر، فإنّ المراد به الولد الذي لا أكبر منه فيشمل الواحد و التوأمين وكذا تقليد الأعم فالمراد من لا أعلم منه.

ثمّ الظاهر من احتمالات القرب هو الثالث ومن احتمالات الأحسن هو الأخير، أما الثاني فواضح، وأما الأول، فلأنّ من الواضح أنّ المراد من القرب في هذه المقامات ليس معناه الحقيقي حتى تكون المجاورة المكانية وبالبدن محرمة بالنسبة إلى مال اليتيم، بل المقصود هو الكناية، والمكنى عنه يختلف حسب اختلاف المقامات، فإذا أضيف إلى الأفعال كما في ﴿ولا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى﴾^(١) كان كناية عن إيجاد ذلك الفعل، وإذا أضيف إلى الأعيان كما في: فلان لا يقرب الكتاب أو لا يقرب المسجد، فالمقصود الكناية عن الأفعال المعهودة المتعارفة بالنسبة إلى تلك العين كما لمطالعة بالنسبة إلى الكتاب، والصلاة أو مطلق العبادة بالنسبة إلى المسجد.

ففي مقامنا لابد أن يكون المكنى عنه التصرفات المتعارفة في الأموال وهي مطلق ما يعدّ تصرفاً وجودياً فيها أعمّ من نفس الاستيلاء أو التقلب من مكان إلى غيره أو البيع والشراء، فتخرج عنه العدميات، وينطبق هذا على المعنى الثالث.

وعلى هذا فلو اختار التصرف الوجودي وكان في البين أصلح وصالح لا يجوز العدول عن الأول، وأما أصل اختياره التصرف الوجودي في قبال ترك التصرف الرأسي فلا شيء في الآية يدلّ على لزومه بمجرد كونه أصلح من غيره

وعدم جواز البقاء على عدمه لفرض عدم شمول القرب للعدميات.

ولا يرد أنه على هذا يلزم أنه لو كان في الترك مفسدة أعظم من مصلحة الفعل ولو كانت هذه المصلحة بالنسبة إلى مصلحة فعل آخر أعظم جاز التصدي بناءً على كون المراد الأحسن من غيره من التصرفات الوجودية لا من تركه، إذ لا يعقل أحسنية الشيء من تركه، للزوم أن يكون الترك أحسنًا وهو مع حسن الفعل غير مجامع، إذ يمتنع اتصاف النقيضين بالحسن والرجحان بعد أن لازم رجحان كل من طرفي النقيضين مرجوحية الطرف الآخر ككفتي الميزان إذا رجح أحدهما خف الآخر، بخلاف الضدين حيث يمكن اتصاف كليهما بالحسن، فملاحظة الأحسنية في الآية لا بد أن تكون مقصورة بالأضداد الوجودية دون الضد العام، وجه عدم الورد عين ما ذكر، فإنه إذا فرض كون الترك ذا مفسدة أعظم لا يعقل اتصاف الفعل بأصل الحسن حتى يلاحظ تفاضله بالنسبة إلى الغير.

ثم هذا كله مقتضى الآية الشريفة، ولكن بإزائها خبران دالان على عدم لزوم مراعاة الأصلح عند وجوده ووجود الصالح:

الخبر الأول: حسنة الكاهلي «قال: قيل لأبي عبد الله -عليه السلام-: إننا ندخل على أخ لنا في بيت أيتام ومعه خادم لهم فنقعد على بساطهم ونشرب من مائهم ويخدمنا خادهم، وربنا طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا وفيه من طعامهم فما ترى في ذلك؟ فقال: إن كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس، وإن كان فيه ضرر فلا»^(١) الحديث.

الخبر الثاني: رواية ابن المغيرة: «قلت لأبي عبد الله -عليه السلام-: إن لي ابنة أخ

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ٧١، من أبواب ما يكتسب به، ص ١٨٤، ح ١.

يتيمة فربما أهدي لها الشيء فأكل منه ثم أطعمها بعد ذلك الشيء من مالي، فأقول: يارب هذا بهذا؟ قال: لا بأس»^(١).

أمّا دلالة الثانية بواسطة ترك الاستفصال عن زيادة العوض ومساواته على جواز المساواة فواضحة.

وأما الأولى: فلا شبهة في انقذاح المعارضة بين صدرها وذيلها كما في نظائرها بدوّاً، فإنه إذا قيل: إن غسلت ثوبك في المكن فمركن، وإن غسلته في ماء جار فمرة واحدة، يتعارض الصدر الذيل في الماء الكثر لأن مفهوم الصدر عدم لزوم المكن، ومفهوم الذيل عدم جواز الاكتفاء بالمرة، وهكذا في المقام التصرف الضري حرام بمقتضى الذيل وما فيه المنفعة سواء بالزيادة في المالية كما لو شرب ماءً وأعطى درهماً يوازي أضعاف ماليتها ذلك الماء، أم في غيرها كما لو أكل خبزاً وأعطى مكانه خبزاً في يوم آخر بحيث لو بقي الخبز الأول لنقص عن طراوته وجداوته جائز بمقتضى الصدر، وما لا نفع فيه ولا ضرر كما لو أكل خبزاً ووضع مكانه خبزاً مثله في ساعته، يتعارض فيه مفهوم الجمليتين.

ففضية مفهوم الصدر حيث أناط الجواز بالنفع عدم الجواز، ومقتضى مفهوم الذيل حيث أناط الحرمة بالضرر الجواز هذا، وقد نقل هذا المعنى شيخنا المرتضى عن بعض معاصريه - قدس سرهما - ولم يرتضه وقال في بيان عدم التعارض: إن المراد من منفعة الدخول ما يوازي عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم فيكون المراد بالضرر في الذيل أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازي ذلك، انتهى المقصود من كلامه - أعلى الله مقامه -.

وأنت خير بآئه - قدّس سرّه - أراد إدخال ما لا نفع فيه ولا ضرر في قسم ما يوازي ومشمولاً للمنفعة، وبهذا فسّر كلامه أيضاً بعض الأساطين من محشّي كلامه، لكنّه قال بعد هذا التفسير: وكيف كان فلا تنافي بين صدر الرواية وذيلها لكون الشرطيّة في كلّ منهما مسوقة على ما هو الغالب من حصول الضرر أو النفع من دخول بيت اليتيم، لندرة الموازنة بين الضرر والنفع الداخلين عليه من الدخول فلا تعرّض في إحداها لهذه أصلاً فلا تعارض كما لا يخفى، انتهى كلامه - زيد في علوّ مقامه - .

واستشكل عليه شيخنا الأستاذ - أدام الله أيام إفاداته - :

أولاً: بأنّه خلاف مرام شيخنا وهو بصدد تفسير كلامه وتوضيح مرامه، إذ على هذا يلزم مسكوتية الفرض المزبور في الرواية، ومقصوده - قدّس سرّه - على ما فسره نفس المحشّي أيضاً شمول الصدر لهذا الفرض .

وثانياً: ما ذكره من كون ندرة فرض الموازنة موجباً لخروجه عن كلتا الشرطيتين، فيه أنّ ندرة الوجود إن صار بمثابة أوجب انصراف لفظ المنفعة مثلاً إلى غيره، كان ما ذكره تاماً، لكن من المعلوم عدم كونه كذلك، وحينئذ فإن كانت القضية خالية عن ذكر الشرط والإناطة ومشتملة على صرف إنشاء حكم في موضوع أمكن أن يقال: إنّّه في مقام إنشاء حكمه ما تعرّض لغير ما هو محلّ ابتلاء المخاطب وخصّص إنشاؤه بالأفراد الداخلة تحت ابتلائه، وأمّا إن اشتملت على ذكر المناط والعلة للحكم فهو في هذا كشف حجاب عن أمر واقعي دون إيجاد وإنشاء ولا معنى لاختصاص الأمر الواقعي بموارد الابتلاء دون الخارج عنه .

والحاصل: أنّ المفروض أنّا نفهم من قوله: «إن كان في دخولكم منفعة فلا بأس» كون وجود المنفعة سبباً منحصراً للجواز فيستكشف من السببية المنحصرة

الحال في غير محلّ الابتلاء وهذا بخلاف ما إذا قال: أنفعوا اليتيم ولا تضروا، فيمكن أن يقال: إنّه ساكت عن صورة عدم النفع والضرر لكونه نادراً، بخلاف قوله: النفع سبب منحصر للجواز، وإذن فالتعارض بينه وبين ما دلّ على أنّ السبب المنحصر للحرمة هو الضرر متحقّق في الفرد الغير النافع الغير الضار.

وثالثاً: سلّمنا عدم شمول مفهوم الشرطيّتين للفرد النادر بواسطة عدم إفادة الحصر حتى بالنسبة إليه ولكن نقول مع ذلك يتحقّق التعارض؛ لأنّا وإن أغمضنا عن الدلالة على الحصر لكنّ الدلالة على أصل السببيّة غير قابلة للإنكار، وهذا المقدار في خصوص هذا المقام يكفي في التعارض، لأنّا نقطع أنّه إمّا وجود النفع سبب الجواز وإمّا وجود الضرر سبب الحرمة على سبيل منع الجمع. مثلاً لا تعارض بين قولنا: الغسل بالمركن سبب المرتين وبالجاري سبب المرة بخلاف قولنا: النفع سبب الجواز، والضرر سبب الحرمة، ومجرّد السكوت عن فرض عدم الضرر والنفع لا يرتفع التعارض.

وإذن فنقول: الحقّ في رفع هذا التعارض أن يقال: المتفاهم عرفاً من أمثال هذه القضايا أنّ الأصل هو ما ابتدأ به المتكلّم في صدر الكلام، وما عقبه في الذكر بمثابة التفرّيع على الجملة الأولى مقتصرّاً على بعض الأفراد لنكتة، إمّا لكونه الأخفى أو الاهتمام بذكره أو غير ذلك.

ففي مثال الغسل بالمركن نقول: المعيار هو القلّة المعبّر عنها بالمركن وإنّما اقتصر في الجملة الثانية التي هي بمثابة التفرّيع على ذكر الجاري لندرة وجود الكرّ في بلد السائل مثلاً ونحوها، ومن هذا القبيل استفادة المانعية للبس جزء غير المأكول في الصلاة دون شرطية لبس المأكول من وثيقة ابن بكير الواردة في باب

لباس المصلّي، فنقول في المقام: المستفاد أنّ وجود النفع ملاك الجواز وذكر الضرر في طرف الحرمة لكونه أعلى الأفراد.

هذا وقد تبين أنّ مقتضى إطلاق الخبرين عدم لزوم مراعاة الأصلح وقد كان مقتضى الآية اللزوم، فقد يقال: إنّ الباب باب المطلق والمقيّد فلا بدّ من رفع اليد عن إطلاق الخبرين وتقييدهما بالآية.

ولكن لا يبعد أن يقال: ليس المقام مقام ملاحظة هذا النوع من الجمع، وتوضيح المقام أن يقال: إذا كان المتكلّم بالعام أو المطلق بصدد بيان المحمولات الإنشائية، فحيثنذ يفتح باب أن يكون إنشاء هذا المحمول بالنسبة إلى بعض ما شمله العام غير مطابق مع الإرادة الجديّة وكان لأجل ضرب القانون، غاية الأمر أنّ أصالة التطابق مقتضية لعدم كونه على هذا النحو، فإذا رأينا الخاص صار الحمل على كون العموم لضرب القانون جمعاً عرفياً.

وأما إذا كان المتكلّم بصدد بيان المحمولات الاخباريّة فباب هذا المعنى، أعني: ضرب القانون، مسدود إذ لا معنى له إلّا في المحمول الإيجادي دون الأمر الواقعي النفس الأمري الذي شأن المتكلّم كشف الحجاب عن وجهه، ألا ترى أنّه لو قال المتكلّم: رأيت جميع علماء هذا البلد، ثمّ في مجلس آخر قال في حقّ عالم من علماء هذا البلد: ما رأيته قط، فلا يجمع بين كلاميه، كما كان يجمع لو قال لعبده في مجلس: أكرم جميع علماء هذا البلد، وفي مجلس آخر استثنى واحداً منهم.

نعم باب غير هذا النوع من أنحاء التجوّزات واسع كما أطلق الكلّ مسامحةً وبالعناية على الجميع الكثير الذين يكون الخارج عنهم غير معتدّ به، وباب الإطلاق والتقييد خارج عن التجوّز، وتفكيك بين الإرادة الاستعمالية والجديّة فأراد من قوله: أكرم العلماء حقيقةً وجداً زيد ولكن لا لداعي الغرض اللبّي في إكرامه،

بل ربّما كان مبعوض الإكرام ، بل لمصلحة في نفس الإرادة المنشأة الجدّية، ولو كانت المصلحة ضرب القانون، ثمّ إذا وصل محلّ بيان إرادته اللّبية بالنسبة إليه أظهرها.

وأما في المقام فأراد جدّاً (زيد) من قوله: رأيت علماء هذا البلد، وأراده أيضاً جدّاً من قوله: ما رأيت زيدا قط، فلا محالة إحدى هاتين الإرادتين الحاكيتين للنسبة الخارجية صدق والأخرى كذب، فيكون القائل مأخوذاً ومحجوجاً عند أهل العرف بهذين القولين وهو غير مأخوذ ومسؤول عندهم بنظرهم في الإنشاءات.

وأقوى شاهد على هذا المدعى باب الإقرار حيث إنّه لو أقرّ لزيد بعشرة دراهم إلّا واحداً كان الثابت تسعة لأنّه مقدار المقرّ به، وأما إذا أقرّ الاستثناء إلى مجلس آخر لا يسمع منه ولا يجمع بين كلاميه، ولا يقال: إنّه وإن انعقد ظهور كلامه الأوّل واستقرّ لكن الكلام الثاني أوجب نقصان حجّيته العقلائية، فلا يصحّ نسبة إرادة العاشر إليه، ومن المعلوم أنّ النفوذ الشرعي متعلّق، بما صار موضوعاً للحجّة العقلائية، بل يقال: إنّ كلامه الأوّل إقرار بالعشرة، والثاني إنكار عقيب الإقرار وهو غير مسموع، وما دام لم يكن تهافت عرفي بين الكلامين - مع قطع النظر عن حكم الشرع - لما كان لهذا وجه.

وحينئذ نقول في المقام: إنّ أداة الشرط دالّة على علّية المدخول، فإذا قيل: إذا جاء زيد فأكرمه، فكأنّه قيل: المجيئ علة لوجوب الإكرام، وهذا لا يجامع مع قولنا: المجيئ راكباً علة للوجوب، فإنّ العلّية أمر واقعي إمّا ثابتة وإمّا معدومة، وليست كالإرادة لها مرتبتان: مرتبة الاستعمال ومرتبة اللّب، وهذا هو السرّ في

مقابلة المتباينين مع قوله -عليه السلام-: «إذا زالت الشمس دخل الوقتان»^(١) وقوله -عليه السلام-: «إذا مضى من الزوال مقدار أربع ركعات دخل وقت العصر» دون معاملة المطلق والمقيّد.

نعم لا مانع من الجمع بنحو آخر كأن يقال: إنّما جعل الزوال وقتاً لهما من باب التوسّع والمسامحة، ومثل هذا ممكن في مقامنا بأن يتصرّف في لفظ الأحسن في الآية ويقال: إنّهُ تعارف ذكر هذا اللفظ وإرادة الأحسن من تركه كما في ﴿وجادلهم بالتي هي أحسن﴾^(٢) فإنّ المراد ما كان بقول لَيْسَ وقوله «ضع أمر أخيك على أحسنه»^(٣).

١- الوسائل: ج ٣، الباب ٤، من أبواب المواقيت، ص ٩١، ح ١.

٢- النحل / ١٢٥.

٣- الوسائل: ج ٨، الباب ١٦١، من أبواب أحكام العشرة، ص ٦١٤، ح ٣.

مسألة

يشترط في من ينتقل إليه العبد المسلم ثمناً أو مثنماً أن يكون مسلماً فلا يصح نقله إلى الكافر.

واستدل على هذا تارة بأن الكافر يمنع من استدامته، لأنه لو ملكه قهراً يارث أو أسلم في ملكه بيع عليه فيمنع من ابتدائه فيستكشف من مبعوضيّة البقاء مبعوضيّة الحدوث.

وأخرى بقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾^(١).

وثالثة بقوله - عليه السلام - : «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»^(٢).

والإنصاف كما ذكره شيخنا المرتضى: عدم خلوّ التمسك بها عن الخدشة في الدلالة، أما حكاية مبعوضيّة الاستدامة، فغاية ما تقتضيه مبعوضيّة الحدوث على نهج مبعوضيّة البقاء، ولم يحكم هناك بزوال الملكيّة والانعقاد قهراً، وإنما حكم عليه بقوله - عليه السلام - : «بيعه من المسلمين وادفعوا ثمنه إلى صاحبه ولا تقرّوه عنده» في المانع أن يقال بمثله في الحدوث فكان البيع صحيحاً مؤثراً وبعد صيرورته ملكاً للكافر بيع عليه.

ومن هنا تظهر الخدشة في التمسك بالآية والنبري، فإن سياقهما آب عن

١- النساء/ ١٤١.

٢- الوسائل: ج ١٧، الباب ١، أبواب موانع الإرث، ص ٣٧٦، ح ١١.

التخصيص، وبعد ما رأينا أن ملك الكافر في طرف الاستدامة لم يرتفع، قهراً يلزم التخصيص فيها فيجب صوناً لهما عن ذلك، حملهما على معنى لا يشمل الملكية، إلا أن يقال: الظاهر من الآية أنه ما شرع الله للكافر أن يتسلط عليه باختياره فلا ينافي تملكه قهراً إما بالارث أو بإسلام عبده، وذلك لأن السبيل المجعول للكافر الذي وقع تحت النفي ظاهر في ما كان اختيارياً، إذ هذا يصدق عليه أنه سبيل للكافر، وعلى هذا فالابتداء مشمول للآية وخروج الاستدامة ليس من باب التخصيص.

اللهم إلا أن يقال: لا نسلم صدق السبيل على مجرد التملك ولو بالاختيار إذا كان مسلوباً عنه جميع التسلطات والاستنفاعات المتعارفة من الأموال، فلا مانع من شمول دليل صحة البيع، غايته المانع عن دليل السلطنة، هذا.

ويمكن أن يقال: إن مثل هذه العلاقة التي ليس لصاحبها شيء من أنحاء التصرفات المالكية حتى يجوز للمسلمين بيعه بدون اعتبار طيب منه، ولا يمكنه اتخاذ خدمة وفائدة منه غير أنه يستحق ثمنه عند شراء الغير لاستحقاق عرفاً إطلاق اسم المال.

وحينئذ ففي طرف الاستدامة قد أفاد البيع فائدته من نقل المال بالمال لكن تحقق في الأنشاء ما نقص عن ماله وأسقطه عن درجة المالية وأبقى علاقة ضعيفة، وأما في الابتداء فلا يمكن القول بأن البيع يفيد هذه الفائدة، إذ يلزم تفكيك الإنشاء عن المنشأ وهو خلاف مفاد أدلة الصحة الذي هو إمضاء ما فعله المتعاقدان في إنشائهما، والمفروض أن العقد البيعي لا يتحقق في الخارج له حقيقة إلا إذا قصد البائع الذي هو مالك العبد في المقام مثلاً سلب علاقة نفسه التي

هي علاقة الملكية القويّة التامة وإيجاد مثلها، أعني: علاقة قويّة تامة للمشتري، وهذا المعنى لا يمكن انعقاده، وبعد عدم إمكانه فالقول بانعقاد المرتبة الضعيفة خارج عن مدلول العمومات ومحتاج إلى تعبد خاص كما ثبت في طرف الاستدامة، حيث إنّ الأمر فيه بالعكس حيث تنتقل العلاقة الضعيفة وتتبدّل عند المشتري بالقويّة، ولولا النصّ لكان في إثباته بالقواعد محلّ إشكال، وأمّا إطلاق البيع عليه في قوله: «بيعه» فهو من باب إطلاقه في بيع سكنى الدار وخدمة العبد ليس على حقيقته.

فإن قلت: فما تقول في المالكين المحجورين كالصغير والسفيه والمفلس، فإنهم ممنوعون من جميع التصرفات سوى أنّهم يستحقّون الثمن فلازم ما ذكرت عدم صحّة البيع في أموالهم؟

قلت: يكفي في صدق المالية وجود من يقوم مقام المالك ويتصرّف في ماله ويتنزّل منزلة المالك في سائر الأموال بعنوان الولاية على صاحب المال وهذا متحقّق فيما ذكرت وغير متحقّق في مقامنا؛ إذ لم يعلم كون حكمه - عليه السلام - : «بيعه» بعناية الولاية وعدم إلغاء طيب نفسه بالمرّة، إذ هذا معنى جعل الولاية، فإنّه تبديل طيبه بطيب الولي لا إسقاط طيبه رأساً، بل لا يبعد في المقام كونه من الثاني فهو بالنسبة إلى هذا العبد كأحد من البائعين لا مدخليّة لرضاه وعدم رضاه.

هذا وقد جعل التعارض شيخنا المرتضى - قدس سرّه - بين الآية وبين عمومات صحّة البيع وقاعدة السلطنة بعد تسليم عموم السبيل للملك، وعدم اقتضاء إباء سياقه عن التخصيص حملها ابتداءً على ما لا يشمل الملك، وعدم

المانع أيضاً عن عمومه من جهة تفسيره بالحجة باعتبار أن تعميمها لما يشمل الاحتجاج والاستيلاء يحتاج إلى تكلف، والحاصل بعد تسليم عدم قصورها ذاتاً عن عموم التملك، ثم جعل تلك العمومات أظهر وحمل الآية بواسطة أظهرتها على معنى لا يشمل الملكية، قال: وحكومة الآية عليها غير معلومة.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته -: ليس نظره - قدس سره - إلى أنه ليس للآية نظر الحكومة وأنها غير مندرجة تحت ضابطها؛ إذ من المعلوم الذي لا يمكن نسبة إنكاره إلى مؤسس هذا الأساس عدم الفرق بين الآية وبين آية ﴿ما جعل عليكم في الدين من حرج﴾^(١) وحديث «لا ضرر ولا ضرار»^(٢).

نعم قد يستشكل عليه أن ملاحظة الأظهرية بين دليل الحاكم والمحكوم في أصل مفاد حكومته خلاف مبناه - قدس سره - في الأصول؛ فإنه - قدس سره - بنى على أنه لو كان الدليل الشارح فيه احتمالان: أحدهما غير محاس بالمحكوم، وبالأخر يصير شارحاً ومبيناً له وناظراً إليه وبمنزلة «أعني» بالنسبة منه، وكان في حد ذاته ظاهراً في الثاني، ولكن المحكوم بالنسبة إلى شمول المورد كان أقوى ظهوراً من ظهور ذلك في الحكومة لا يلاحظ الترجيح بالأظهرية بينهما، بل يحكم بتقديم الأول في مفاده الشرحي.

وقد اخترنا ذلك أيضاً في محله، ووجهه إجمالاً أن الترجيح بالأظهرية فرع انقذاح التعارض، ومثل هذين الدليلين لا يتقدح من الأول تعارض بينهما حتى نحتاج إلى ملاحظة الترجيح وتقديم أظهرهما، نعم اختار بعض من تأخر عنه

١- الحج/ ٧٨.

٢- الوسائل: ج ١٧، الباب ١، من أبواب موانع الأثر، ص ٣٧٦، ح ١٠.

- قدّس سرّه - خلاف هذا، وأنّه في هذا المقام أيضاً يلاحظ الترجيح فهو في هذا المقام سالم عن الإشكال ولكنّه - قدّس سرّه - مأخوذ هنا بمبناه.

قال شيخنا الأستاذ - أدام الله أيام إفاداته - : يمكن ذبّ هذا التنافي في المقامين بين دعوييه - قدّس سرّه - فيهما بأن يقال: قد يراد إعمال الترجيح والموازنة بين الظهورين في أصل مفاد الحكومة كأن يكون دوران أمره بين كونه «أعني» حتى يكون حاكماً، أو «يعني» حتّى يكون أجنبيّاً وكان ظهوره في الأوّل، وكان ظهور المحكوم أقوى من هذا الظهور، ففي هذا المقام لا يجوز ذلك وكلامه في الأصول ناظر إلى هذا المقام.

وقد يراد بعد الفراغ عن تقديم الدليل الحاكم في هذا المفاد الشرحي إعماله في تعيين محلّ هذا الشرح وأنّه بأيّ شيء تعلّق فإنّ «أعني» مثلاً إنّما يفسّر ما وقع متعلّقاً له، وفي هذا المقام تصلّ النوبة إلى ملاحظة التعارض، مثلاً ربّما أمكن أن يقال: إنّ أدلّة العبادات وإن كان ليس لها وجه تقديم على دليل لا ضرر ولا حرج في موارد ضروريّة العبادة، بل مفاد لا ضرر في أصل شارحيّته مقدّم عليها فلا يحمل لأجلها على معنى النهي عن إيجاد الضرر حتّى لا ينافيها على خلاف ظهوره وإن فرض أنّ ظهور تلك الأدلّة كان أقوى، ولكن بالنسبة إلى عموم متعلّقه، أعني: الضرر للضرر الجزئي، يمكن أن يقال ظهور تلك الأدلّة أقوى، فينصرف بأظهريّة شارحيّة «لا» إلى موارد الضرر العظيم.

وهذا منه - قدّس سرّه - نظير تقديم ظهور العام في بعض الموارد بالنسبة إلى بعض الخصوصيّات على الخاص، كما لو ورد: أكرم العلماء، ثمّ: لا تكرم الفسّاق من العلماء، وتردّد مفهوم الفاسق بين خصوص مرتكب الكبيرة أو الأعمّ منه ومن

مرتكب الصغيرة وكان الاحتمال الثاني أظهر منه في حد ذاته، ولكن ظهور العلماء في القضية الأولى لمرتكبي الصغائر كان أقوى، فإن القول هنا بترجيح أقوائية العام في الظهور لا ينافي مع دعوى أن الخاص المطلق مقدّم على العام كذلك، فكذا في المقام لا تنافي بين الدعويين.

ألا ترى أنه لو قال: أكرم العلماء ولا تكرم الجهّال، أعني: غير زيد، فلا شبهة أنه لو تردّد أمر كلمة «أعني» بين ظاهره من التفسير ومعنى آخر نأخذ بظاهره، ولو كان ظهور الجملتين أقوى منه في شمول زيد، ولكن لا بعد الأخذ بمفاده الظاهر لو حصل لنا ترديد في مفاد زيد لكونه مشتركاً بين عالم وجاهل وكان منصرفاً إلى العالم مثلاً، وفرضنا أن ظهور العلماء في القضية الأولى في شموله زيد العالم أقوى من هذا الانصراف نرى بالوجدان أن رفع اليد عن انصراف زيد وتعيين محلّ شارحية «أعني» وصرفها إلى زيد الجاهل، ليس فيه الخروج عن قانون الجمع العرفي كما كان لو أعملنا ذلك بالنسبة إلى مفاد «أعني»، هذا.

ثم إنه - قدّس سرّه - بعد الحكم بتقديم العمومات للأظهرية وحمل السبيل على معنى لا يشمل الملكية بأن يراد من السبيل السلطنة فيحكم بتحقيق الملك وعدم تحقق السلطنة، بل يكون محجوراً عليه مجبوراً على بيعه - قال: وهذا وإن اقتضى التقييد في إطلاق ما دلّ على استقلال الناس في أموالهم وعدم حجرهم بها، لكنّه مع ملاحظة وقوع مثله كثيراً في موارد الحجر على المالك أهون من ارتكاب التخصيص في الآية المسوقة لبيان أن الجعل شيء لم يكن ولن يكون، وأنّ نفى الجعل ناش عن احترام المؤمن الذي لا يقيّد بحال دون حال، هذا انتهى.

قال شيخنا الأستاذ - دام بقاءه -: ملاحظة الترجيح بين الآية ودليل

الاستقلال ليست على حالهما بالنسبة إلى عمومات صحة البيع، بل لا بدّ من تقديم الآية من دون حاجة إلى التعليل بالأهوية من العكس، وذلك لأنّ هذا فرع المعارضة، ولا معارضة بين الآية وذلك الدليل، لأنّ أمر هذا الدليل لا يخرج عن حالين، إمّا يكون مشرعاً وإمّا لا يكون.

فإن كان الثاني — كما هو مذاقه قدّس سرّه — فالأمر واضح، إذ حال حجر الكافر بالنسبة إلى جميع التصرفات حيثنّذ بعينه حال المولى المسلم قبل البيع بالنسبة إلى خصوص بعض التصرفات، كالتقيل والوطي ونحوهما، فكما لا منافاة بينها هناك لكون قضية الناس حيثية فكذلك هنا بلا فرق.

وإن كان الأوّل: فهذا الدليل مقطوع التصرف إمّا بالتخصيص أو التقييد، لأنّه إن كان البيع غير صحيح فهذا خروج هذه السلطنة عن إطلاق مسلطون، وإن كان صحيحاً وكان الكافر محجوراً كان تخصيصاً في الناس، فهو مرفوع اليد عن ظاهره على كلّ حال وليس له مع ذلك قابلية المعارضة.

ثمّ إنّه — قدّس سرّه — ذكر أنّ على فرض تكافؤ أدلّة البيع مع الآية فمقتضى الأصل هو الصحة لا الفساد، لأنّ استصحاب الصحة في بعض المقامات يقتضي الصحة كما إذا كان الكافر مسبوقاً بالإسلام بناءً على شمول الحكم لمن كفر عن الإسلام، أو كان العبد مسبوقاً بالكفر فيثبت في غيره بعدم الفصل، قال — قدّس سرّه — : ولا يعارضه أصالة الفساد في غير هذه الموارد؛ لأنّ استصحاب الصحة مقدّم عليها فتأمل، انتهى.

قال شيخنا الأستاذ — دام بقاءه — : كلامه — قدّس سرّه — مبنيّ على دعوى الملازمة بين الصحة في الموردين حتّى في الظاهر، فلا يرد عليه أنّ إثبات أحد

المتلازمين بالأصل مبنّي على الأصل المثبت الذي هو على خلاف مبناه؛ وذلك لكون التلازم في الأعمّ من الظاهر والواقع، ولكن قد يستشكل عليه - قدس سرّه - بأنّه ما وجه حكمه بتقديم استصحاب الصحة مع عدم تسبّب بينهما، فإنّ الفساد والصحة عدلان ليس الشك في أحدهما مسبباً عن الآخر؟

ويجاب بأنّه ليس المراد بأصالة الفساد استصحاب الفساد الذي هو حالة عدمية في العقد عدلاً للصحة، وهو: عدم المؤثرية والبطلان؛ لأنّ هذا المعنى لم يكن في السابق معلوماً، إذ ليس لنا زمان نقول: كان بيع العبد المسلم الغير المسبوق بالكفر من الكافر الغير المسبوق بالإسلام، بحيث لو وجد كان باطلاً غير مؤثّر حتى نستصحيه.

فإن قلت: الإمضاء أمر حادث مسبوق بالعدم الأزلي فنقول: نشك من أوّل بدو التشريع أنّه هل شرّع الإمضاء في هذا الصنف من البيع أو لا؟ فنستصحب عدمه الأزلي، وليس بعد هذا تطبيق الحكم المعلق على هذا العنوان الكلّي على مصداقه الخارجي من باب الأصل المثبت، لما قرّر في محله من أنّ هذا أيضاً خارج عن الأصول المثبتة؛ لأنّ إسراء الحكم المعلق على العناوين الكلّية إلى مصدايقها من لوازم نفس الحكم الأعمّ من الظاهري والواقعي.

قلت: قد يكون الأثر لوجود شيء بنحو مفاد كان التامة، فاستصحاب العدم الأزلي لذلك الشيء حينئذ مفيد لإثبات نقيض ذلك الأثر، مثلاً ربّما يقال: إنّ وجود المخالفة للكتاب والسنة مانع عن نفوذ الشرط لا الوجود الربطي، وحينئذ فمتى شككنا في أنّ اشتراط كذا في العقد هل هو مناف لآية كذا؟ أو سنة كذا فلنا أن نقول: المخالفة أمر حادث معدوم في الأزل فلنا استصحاب هذا

العدم الأزلي، فالشرط وجداني وعدم المخالفة تعبدي.

وقد يكون الأثر لوجود شيء أو عدمه مرتبطاً بموضوع آخر كما لو اعتبر المانع لكون شرط مفروغ الوجود مخالفاً فاستصحاب العدم الأزلي إلى زمان وجود الشرط ليثبت به أنّ هذا الموجود متصف بهذا العدمي مثبت على ما هو التحقيق من تخالف حقيقة السلب بانتفاء الموضوع مع السلب بانتفاء المحمول، هذا في الأصول الموضوعية.

وأما الأحكام فلا شبهة أنّ جعلها يحتاج إلى جعل قضية بأن يلاحظ العنوان الكلّي باعتبار وجوداته ومصاديقه الخارجية ثمّ يحمل عليه حكم وجوديّ أو عدميّ، وحينئذ فالعدم الأزلي بعدم القضية رأساً لا يجدي شيئاً، فلو شككنا أنّ شرب التتن منع عنه الشارع أو لم يمنع عنه فلا يمكن أن يقال: التتن في الأزل كان بحيث لو وجد لم يمنع عن شربه الشارع، والآن كما كان، لأنّ المعلوم في الأزل ليس تركيب قضية جعل فيها عدم المنع على موضوع التتن، بل هو العدم الرأسي واللاشيئية الصرفة، فجّر هذا ثمّ إثبات أنّ هذا التتن الخارجي غير ممنوع عن شربه مبني على الأصل المثبت.

نعم لو علم عدم المنع سابقاً بنحو اعتبار القضية ثمّ شككنا لاحتمال النسخ فاستصحاب هذا العدمي إلى حال وجود الموضوع، ثمّ إثبات أنّ هذا الموضوع غير ممنوع ليس من الأصل المثبت، لما ذكر من أنّ تطبيق الحكم الكلّي على صغريات موضوعه من لوازم الأعم من الظاهر والواقع.

ولعلّ ما ذكرنا مراد شيخنا المرتضى - قدس سرّه - في مبحث البراءة من الأصول حيث منع عن التمسك للبراءة في الشبهات الحكمية باستصحاب عدم

المنع الشرعي وإن كانت عبارته قاصرة عن إفادة هذا المعنى ولهذا وقعت مورداً للإيراد في كلمات المحشّين لكلامه، ومن هنا يظهر الجواب عن توهم آخر في المقام وهو أنّ الشكّ في الصّحة والفساد مسبّب عن الشكّ في أنّ الجعل الذي نعلم بصدوره من الشرع على عنوان البيع هل جعل فيه شرطية إسلام المنتقل إليه في ما كان المبيع عبداً مسلماً أو لم يجعل، ولا شبهة أنّ جعل الشرطية على تقدير ثبوته حادث مسبوق بالعدم الأزلي فباستصحاب عدمه يثبت إطلاق الجعل المعلوم؟

فإنّ الجواب أنّ جرّ هذا الأمر العدمي إلى زمان انقذاح القضية الإنشائية في ذهن النبيّ أو الوصي - من الله عليها وآلهما - ثمّ إثبات الحالة العدمية والحدّ العدمي المعبّر عنه بالإطلاق للطبيعة الملحوظة في ذلك الذهن الشريف مثبت، ولهذا صار الأصل المقرّر عندهم في جميع موارد الشكّ في الشرطية أو الشطرية في عامّة أبواب ذوات الأسباب عند عدم إطلاق في البين هو الفساد ولا يتشبهون بذيل مثل هذا الاستصحاب مع جريانه في جميع تلك المقامات.

وحينئذ نقول في مقامنا: إنّ مراد شيخنا بأصالة الفساد هو أصالة عدم الانتقال وهو في رتبة المسبّب بالنسبة إلى استصحاب الصّحة إذ بهذا الاستصحاب ثبت صحّة البيع في تلك الموارد بواسطة الملازمة الظاهرية بين الصّحتين، وإذا ارتفع الشكّ عن السبب وهو الصّحة في تلك الموارد ارتفع عن المسبّب وهو الانتقال.

وعلى هذا يتمّ كلام شيخنا ولا يتوجّه عليه الإيراد ويكون أمره بالتأمل للإشارة إلى أنّ هذه الملازمة لو كانت فبالنسبة إلى الواقع وتعميمها إلى الظاهر كما في الماء المتعمّم والمتعمّم دون إثباته خرط القتاد، ومع الشكّ فيه لا يصحّ إثبات أحد

المتلازمين بالأصل الآخر.

ثمّ بعد البناء على التمسك بالآية - كما يظهر من شيخنا المرتضى لأجل استشهاد التمسك بها حتّى أسند في كنز العرفان إلى الفقهاء وفي غيره إلى أصحابنا بل لما مرّ منّا من الوجه في تقريب التمسك بها - الظاهر عدم الفرق بين البيع وسائر أنواع التمليكات كالهبة والوصيّة.

فإن قلت: على ما ذكرت لا مانع من الصلح المقصود به إعطاء تلك العلاقة الضعيفة التي منشأها مجرد استحقاق الثمن فإنّه غير مختص بالأموال، بل يجري في الحقوق أيضاً.

قلت: ليست المبادلة أولاً بين الإضافيين بل بين المضافين باعتبار الإضافة، ومعنى ذلك أن يصير العين عند انتقالها واجدة لمثل تلك الإضافة التي كانت لها عند صاحبها، وأمّا تمليك المنافع فمجمّل الكلام فيها أنّه بين ما لا يصدق عليه السبيل أصلاً وما يصدق عليه السبيل لكن بتبع حرمة مال الكافر الذمي، كالسبيل الذي يحصل له على مطالبة المديون المسلم الآتي من قبل حرمة ماله، ويكون نفى هذا السبيل مساوفاً لنفى احترام ماله، والآية الشريفة منصرفه عن مثله، وما يصدق عليه السبيل بدون انصراف في البين فيشمّله النفي في الآية.

فمن الأخير إعاره العبد المسلم للكافر لأنّها تسليط على الانتفاع فيكون سبيلاً وعلوّاً، وإجارة المسلم عبداً كان أم حرّاً للكافر لكن مع وقوع الإجارة على الشخص بأن يكون الكافر مسلطاً وذاً يد على الاستنفاعات والاستخدامات منه بما يشاء وهو ما يسمّى بالفارسيّة بـ (نوكري) ولا فرق بين وقوعه على مطلق الاستنفاعات أو على استنفاع خاص كالكتابة أو البريديّة ونحوهما بحيث يسمّى

بالاسم المذكور وواقعاً على الشخص، والفرق بينه وبين الإجارة على الذمة أنّ الكافر في القسم الأول ذو يد على الشخص ومتولٍ بنفسه لاستيفاء المنفعة من جوارح الأجير، فتسلّطه أولاً على الشخص.

وفي القسم الثاني إنّما يكون ذا مال كالحياطة ونحوها في ذمة الشخص فتسلّطه أولاً على ماله وبتبع هذا يكون له تسلّط على الشخص بمطالبة ماله وإخراجه عن ذمته فيكون حاله كالدائن المطالب من المديون بل هو هو، فيكون هذا من القسم الوسط الذي قلنا إنّهُ وإن كان يصدق السبيل لكنّ الآية لا تنفي مثله.

ومن القسم الأول: الارتهان عند الكافر والايداع ومجرّد التسليط على الحفظ وجعل نظره إليه فيهما، والتسليط على منع المالك عن التصرف فيه إلّا بإذنه، وتسلّطه على إلزام المالك ببيعه في الأول لا يوجب صدق السبيل عرفاً، هكذا قاله شيخنا الأستاذ - دام بقاءه -، وصرّح في التذكرة على ما حكاه شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - بالجواز في كليهما.

ثمّ إنّ ذكر شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - أنّ الظاهر من الكافر كلّ من حكم بنجاسته ولو انتحل الإسلام كالنواصب والغلاة والمرتد، غاية الأمر عدم وجود هذه الأفراد في زمان نزول الآية، وقال شيخنا الأستاذ - دام بقاءه -: لا شبهة في كبرى ما ذكره - قدّس سرّه - من أنّه متى ما رأينا الشارع علّق حكماً على عنوان كلّ شيء وعلمنا أنّه ما لاحظ إلّا صدق هذا العنوان فلو فرض أنّ المتعارف في زمانه من أفراد هذا العنوان مغاير مع المتعارف في زماننا، فلا شبهة في إسراء الحكم إلى تلك الأفراد.

نعم لو شككنا أنه لاحظ به من الأفراد المتعارفة له في ذلك الزمان المفروض انقراضها في هذه الأزمنة بحيث احتملنا مدخلة ذلك الصنف الخاص لا أنه جعل العام غيره للأشخاص الخارجية كما في القضية الخارجية كما رُبما يقال في السجود على القرطاس، فحينئذ لا يمكن التمسك بعموم الدليل في أفراد زماننا، لكن من المعلوم أن الكافر في الآية ليس من هذا القبيل، فإنه بمناسبة الحكم والموضوع يعلم أن هذا الحكم ثابت لجنس الكافر.

لكن الكلام في أن حقيقة الكافر هل هو معنى يندرج تحته النواصب والخوارج أو لا؟ وإنا الثابت فيهما الإلحاق الحكمي المقتصر فيه على مقدار دليله وأن التنزيل والإلحاق فيه هل يشمل الأثر المبحوث عنه أو لا؟

قال - دام ظله -: الظاهر أنه لا يمكن دعوى الأول، أعني: التوسعة في حقيقته، إذ الظاهر أنه مقابل المسلم، والظاهر أن الإسلام بحسب ما يستفاد من الأدلة سواء الظاهري منه أم الظاهري والباطني عبارة عن الإقرار بالشهادتين وهو الذي كان النبي ﷺ يدعو للناس إليه ويكتفي في صدق المسلم بمجردهما، ألا ترى أن الأمير - سلام الله عليه - في محاربة الخوارج وصفين ما عاملهم معاملة الكفار في أخذ الأسير والغنيمة حتى اعترض عليه بعض أصحابه في غزوة الجمل، فقال - عليه السلام -: من يرضى بأن يأخذ عائشة أسيراً؟ وكذلك من أخبت هذه الطائفة الخبيثة وألعنهم عبد الله ومصعب ابنا الزبير ومع ذلك كانت مولاتنا سكينه زوجة مصعب.

وحينئذ المنصرف من إطلاق الكافر هو ما يقابل الإسلام بهذا المعنى وإن كان له مراتب، وبهذا الاعتبار أطلق على المخالف، أو نقول: إن الإطلاق في هذه

الموارد من باب التنزيل والإلحاق الحكمي، كما أن المؤمن في الآية أيضاً هو بمعنى الإسلام أو هو معناه في زمان نزول الآية كما في ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا﴾ ونحوه، فالمراد هو الإيذان بالشهادتين، ومن هنا يعلم الخدشة في شمول الكافر لطفله.

[مسألة]

ثم إنه قد استثني من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع.

منها: ما إذا كان الشراء مستعقباً للانعقاد بأن يكون ممن ينعتق على الكافر قهراً واقعاً كالأقارب، أو ظاهراً كمن أقر بحرية مسلم ثم اشتراه، أو بأن يقول الكافر للمسلم: أعتق عبدك عني، والوجه في الأول والأخير واضح؛ لأن الملكية آنأ ما مقدمة للانعقاد لا يعد سبيلاً.

وأما الوسط فاستشكل فيه شيخنا المرتضى - قدس سره - بالعلم بفساد البيع على تقديري الصدق والكذب، لثبوت الخلل إما في المبيع لكونه حرّاً، أو في المشتري لكونه كافراً، فلا يتصور صورة صحيحة لشراء من أقر بانعاقه، قال - قدس سره - إلا أن يمنع اعتبار مثل هذا العلم الإجمالي فتأمل.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفادته - : قد تكون الملكية الواقعية - ولو انفكت عن الظاهرية - سبيلاً منفيّاً بالآية، وحينئذ يتولّد للثالث الذي هو الحاكم الشرعي في المثال العلم التفصيلي بالبطلان بل للبائع أيضاً، فحاله حال اقتداء أحد واجدي المنى في الثوب المشترك بالآخر لو قلنا شرط صحة المأموم عدم جنابة الإمام واقعاً، فإنه يتولّد العلم التفصيلي بالبطلان، غاية الأمر عدم معلومية

المبطل تفصيلاً لتردده بين جنابة نفسه وجنابة إمامه، وحيث لا محيص عن البطلان في ما نحن فيه كالمثال، وقد يكون الأصل الظاهري النافي للملكية الكافر ظاهراً موجباً لانتفاء السبيل واقعاً، فيكون الشرط الواقعي لصحة البيع واقعاً عدم الحكم ظاهراً بملكية الكافر، ولو حكم بملكيتّه واقعاً.

فحيث لا يحصل العلم التفصيلي بالبطلان كما أنه في المثال لو قلنا بأن شرط صحة صلاة المأموم واقعاً الحكم الظاهري لعدم جنابة الإمام الجاري في حق نفسه لا يعلم حيث بطلان صلاة المأموم؛ لأن جنابة نفسه محتملة منفية بالأصل وجنابة الإمام واقعاً غير مضرّة وفي الظاهر مقطوع العدم.

وحيث نقول في مقامنا: إن البائع قاطع بالرقية لكنه يعلم أن ملكية الكافر مسلوقة في الظاهر وإن كانت ثابتة ومتحققة في نفس الأمر بواسطة الشراء ما لم يتحقق مزيلها بحيث لو انكشف بعد ذلك للحاكم خطأ إقرار الكافر لكان يحكم بملكية الكافر ويرتب عليه أثرها وهو كونه يباع عليه، ولكن مجرد الملكية النفس الأمرية غير مناف مع نفي السبيل لحصوله بالسلب الظاهري للملكية.

وبالجملة فالبائع قاطع بعدم الخلل في البيع لا من جهة حرية المبيع، لكونه قاطعاً بالرقية ولا من جهة كفر المشتري لكون ملكيته غير منافية مع انتفاء السبيل، وأما الحاكم فهو مكلف بالتفكيك، فكل أثر يعدّ ضرراً على المقرّ يرتبه على الإقرار، لأنه يحتمل الحرية وكون الإقرار صادقاً، والمفروض أن حجّة الإقرار ليست في جميع الآثار، بل في خصوص ما يرجع إلى ضرر المقرّ، فأقرار الكافر كما أن له حكاية عن عدم ملكية نفسه بالشراء كذلك له حكاية عن عدم ملكية المسلم له وعدم استحقاقه الثمن بالبيع، ولو أخذه يرتفع منه، ولكن دليل حجة

الإقرار إنَّها يشمل المحكي الأول فقط؛ لأنَّ ما نفى إمَّا غير مرتبط بالمقرِّ وإمَّا نفع له، والمرتبط المضّر منحصّر في الأول، فالحاكم بواسطة هذا الطريق الحجّة الشرعية الغير المعلوم خلافها يحكم بعدم ملكيّة الكافر فينتزع المبيع من يده.

ثمَّ هنا اشارة أخرى دالة على ملكيّة المسلم وكون من في يده رقاً وكونه مستحقاً لثمنه وعدم جواز الارتجاع عنه، وكذا كون المشتري مالكا وهي ثبوت يده على العبد بعنوان المالكية، وقد فرضنا عدم جواز الأخذ بهذه الأمانة في الأثر الأخير لتقدّم حجّة الإقرار بالنسبة إليه فلا مانع من الأخذ في بقية الآثار فيجبر الكافر بدفع الثمن إلى المسلم البائع.

نعم الحاكم يعلم إجمالاً بمخالفة أحد الحكمين للواقع، إمَّا حكمه بعدم ملكيّة الكافر للعبد الذي أقرَّ بحريته وإمَّا حكمه باستحقاق البائع للثمن، ولكن التفكيك في مرحلة التعبد بالآثار بين المتلازمين في الواقع لا غرو فيه.

ألا ترى أنّه لو أقرَّ أحد الاثنين الذين في يدهما المال بكون تمام المال لثالث فالحاكم ينتزع النصف من يد المقرِّ ويسلمه للمقرِّ له ويقرّ النصف الآخر في يد صاحب المقرِّ مع أنّه يعلم إجمالاً أنّ أحد الأمرين على خلاف الواقع، إمَّا تسليمه النصف للمقرِّ له وإمَّا إبقاؤه النصف في يد صاحب المقرِّ؛ لكونه قاطعاً بأنَّ تمام المال إمَّا للثالث وإمَّا لصاحبي اليد بالاشتراك.

ومنها: ما لو اشترط البائع عتقه، فإنَّ الجواز محكي عن الدروس والروضة وهو حسن في شرط النتيجة كما نبّه عليه بعض الأساطين - قدس سرّه - في حاشيته على المقام؛ لأنَّ حاله حيثنذ هو الحال في من ينعق عليه وفي ما قال الكافر للمسلم: أعتق عبدك، حيث قلنا إنّ الملكية الثابتة آنأ ما مقدمة للانعتاق لا يعدّ

سبيلاً عرفاً، وأما شرط الفعل فالتحقيق عدم الجواز، إذ لا فرق بين هذا وبين الحكم الشرعي الثابت مع عدم الاشتراط بكون العبد يباع على الكافر، فكما أنّ الثاني لم يوجب انتفاء السبيل والعلو فكذا هذا الاشتراط أيضاً لا يجدي شيئاً، فإنّ السبيل والعلو حينئذ ثابتان غاية الأمر ثبوت الطريق إلى إزالتها.

[مسألة]

ثمّ ما ذكرنا كلّه حكم تملك الكافر المسلم اختياراً، أما التملك القهري فيجوز إن كان بالإرث كما لو ورثه الكافر من كافر مات قبل البيع عليه قهراً، أما أصل الرقبة في مقابل الانعتاق بسبب الموت فلعدم احتمال كون ملكية الكافر الميّت للعبد المسلم في حال حياته متقومة بحياته نظير ملكية الموقوف عليهم للعين الموقوفة، ولهذا ليس عدم انتقالها بموت البطن الأول إلى ورثتهم تخصيصاً في أدلة الإرث لعدم صدق متروك الميّت الذي هو موضوع تلك الأدلة على مثل هذا، لأنّه مرتفع بارتفاع الموضوع فلا يكون متروكاً وذلك للقطع بأنّ هذا العبد أيضاً كسائر أموال الكافر، وحينئذ فادّلة الإرث ناهضة بنفي احتمال الانعتاق والحرية وأنّه إمّا ينتقل إلى الوارث الكافر وإمّا لا ينتقل فيصير كالمال بلا وارث فينتقل إلى الإمام - عليه السلام -.

وحينئذ فلا حاجة إلى التثبت في نفي الاحتمال المزبور بذيل استصحاب بقاء الرقبة حتّى يستشكل عليه بأنّه مبنيّ على القول باستصحاب الكلّي في القسم الثالث منه في الأصول، لأنّ هذا من أفرادها لأنّ شخص الرقبة المتقومة بالميت مقطوع الزوال فيحتمل حدوث شخص آخر متقوم بالوارث مقارناً لزوال الأول، فيستصحب جامع الرقيتين، وإن كان التحقيق عدم ورود الإشكال؛ لأنّ ملكية

الوارث بنظر العرف عين ملكية المورث فحالتها عندهم حال الخيمة القائمة بدعامة ثم تبدلت الدعامة بدعامة أخرى حيث إن الخيمة بشخصها وبهيئتها الخاصة القيامية باقية من غير تبدل وتغير هذا.

وأما أنه رقى لمن؟ فالتحقيق أنه إن قلنا بأن آية نفى السبيل حاكم على الأدلة الواقعية التي منها أدلة الإرث فيتقدم عليها ويحكم بعدم الانتقال إلى الكافر فيصير المال منتقلاً إلى الطبقة المتأخرة لو كان فيها مسلم وإلا فإلى الإمام، وإن قلنا إنها معارضة مع تلك الأدلة فيصير العبد مردداً بين الأمرين، هذا بحسب مشي الشيخ الأجل - قدس سره -.

وأما على ما تقدم من عدم استبعاد إرادة القوم الفرق بين الاستدامة والابتداء في البيع بالتخصّص في الأول والتخصيص في الثاني، وحيث إن الآية آية عن التخصيص فلا بد من تقديمها ببيان أنّ العلاقة الضعيفة الباقية من كسر الملكية التامة ونقص حد تمامها لا يصحّح البيعة ويحتاج إلى تعبد خاص وهي لاتعدّ سبيلاً عرفاً بعد سلب جميع التسلطات.

فنقول: لا مانع من الحكم بالانتقال إلى الوارث حتى على التعارض، وذلك لأنّ العلاقة الضعيفة كما كانت في يد المورث غير منافية مع انتفاء السبيل فكذلك انتقالها بالإرث إلى وارثه.

وعلى هذا فيتضح الحال في سائر التملكات القهرية غير الإرث سواء كان بسبب اختياري كالالتقاط أم غير اختياري كما لو حلف مسلم أنه لو فعل كذا صار عبده ملكاً للكافر، فإنّ كلّما كان الانتقال في هذه العلاقة الضعيفة لا مانع منه، وكلّما كان في الملكية والعلاقة القوية كان باطلاً حتى بالنسبة إلى الضعيفة، أمّا الأول لمنافاته لنفي السبيل، وأما الثاني فلعدم وقوعه مورداً للانتقال بالفرض.

وعلى هذا يسقط البحث في شمول أدلة الخيارات لما إذا تولّى الكافر بيع عبده المسلم من خيار المجلس والحيوان والشرط، وجه السقوط أنّه بعد أن كان الحكم بسلب هذه العلاقة الضعيفة من الكافر وإحداث المرتبة القويّة للمسلم المشتري، وكذا إحداث الملكية للكافر في الثمن عقيب قول الكافر: «بعت» وقول المسلم: «اشتريت» حكماً تعدياً غير مرتبط بإمضاء ما أنشأه المتعاقدان؛ لأنّ عقدهما وقع على الملكية التامة وبلحاظه وهو ما وقع تحت الإمضاء، والمفروض عدم إنشاء آخر بلحاظ العلاقة الضعيفة، وعدم انحلال الإنشاء الأوّل أيضاً إلى إنشاءات بعدد المراتب التحليلية لا معنى لفسخ هذا الحكم التعدي، لأنّ مجرى الفسخ ما كان حدوثه بفعل المتعاقدين وهو المضمون العقدي إذ الفسخ عكس العقد والمفروض عدم موضوع له في المقام، هذا في ما كان دليله غير قاعدة الضرر.

وأما ما كان كذلك فالأمر فيه أوضح، إذ هو في محله أيضاً قد ناقشنا في دلالته على جعل الخيار لارتفاع الضرر بثبوت الأرض فإتمامه في محله بغير الإجماع مشكل، نعم يجري هذا البحث على مبنى شيخنا المرتضى - قدس سرّه - حيث يرى التنافي بين هذه الملكية المعرّاة عن الآثار مع انتفاء السبيل، ولهذا يقول بالتخصيص في طرف الاستدامة.

فقد يقال على هذا المبنى: أمّا ما كان مدركه غير القاعدة فهو ليس بأقوى من دليل إحداث الملكية من عمومات صحّة البيع، فكما خصّصت تلك الأدلة فكذلك أدلة الخيار في هذا المقام، ولا وجه لابتناء الكلام على أنّ العائد كان لم يزل أو أنّ الزائل كان لم يعد، فعلى الأوّل الثابت عين الملكية السابقة وقد فرضنا مخصّصة الآية بالنسبة إليها، وعلى الثاني ملك جديد منفي بالآية، وجه عدم الابتناء أنّا وإن قلنا بأنّ العائد كان لم يزل فالعائد عين ما كان وجوداً عند العرف

لأنّ إعادة المعدوم بنظرهم غير محال لكن لا أقلّ من اختلاف الحال والقدر المتيقّن من تخصيص الآية بالإجماع غير ما إذا طرأ هذه الحال.

وأما ما كان مدركه القاعدة فالكلام مبنيّ على أنّ بين دليل نفي السبيل ودليل نفي الضرر تعارضاً أو تزامناً ولا يبعد الثاني، لأنّ إطلاق المادة في كلّ من الدليلين المستفاد من مناسبة الحكم والموضوع يقتضي أنّ انتفاء السبيل للكافر على المؤمن مطلقاً مطلوب للشارع بدون تقييد وكذلك انتفاء الحكم الضري مطلقاً محبوبة من غير تقييد بمقام دون آخر، فعند عدم إمكان الجمع كمقامنا، أعني: ما إذا باع الكافر عبده المسلم بأدون من قيمته أو اشتراه المسلم بأعلى من قيمته، لا بدّ من رفع اليد عن واحد من الغرضين.

ألا ترى أنّهم يعاملون معاملة التزاحم مع دليل الصلاة وحرمة الغصب وليس إلّا لاستفادة ذلك من إطلاق مادة الدليلين بمناسبة في ما بين الحكّمين وموضوعيهما، نعم على هذا لا بدّ أن يكون المثال المتداول في الألسنة لأجل التعارض مع كون النسبة عموماً من وجه من قول: أكرم العلماء، وقول: لا تكرم الفسّاق، أيضاً من باب التزاحم والأمر سهل، هذا ما قد يقال.

ولكن يمكن أن يقال على المبنى المذكور بالفرق بين دليل صحّة البيع فالآية مقدّمة عليه ودليل الفسخ سواء كان دليلاً خاصّاً أم عموم قاعدة لا ضرر فيجب العمل بدليل الخيار، من حيث إنّ دليل صحّة البيع ليس له اقتضاء انتقال نفس العين، ولو لم يمكن فبذلها بل له اقتضاء العين الخاصّة، وقد فرضنا أنّ الآية مانعة عنها فلا جرم صار دليل البيع ساقطاً.

وأما دليل الفسخ فله اقتضاء البدل عند عدم إمكان ردّ العين بنفسها لتلف حقيقي أو شرعي، كنقل أحد المتبايعين في زمن الخيار ما انتقل إليه بعقد لازم أو

جعله لو كان ما انتقل إليه عبداً حرّاً وحينئذ فالجمع بين الآية ومقتضى دليل الفسخ ممكن بأن نقول بعد فسخ الكافر أو مشتريه أنّ الثمن ينتزع من يد الكافر ويرد إلى المشتري المسلم، وأمّا العبد فالآية تمنع حصول السبيل للكافر عليه فيكون كما لو أعتقه المنتقل إليه وكان الطرفان مسلمين، فكما أنّ دليل نفوذ الإعاق هناك مانع شرعي عن ردّ نفس العبد إلى المالك الأصلي، فهنا دليل نفي السبيل مانع شرعي عن ذلك فينتقل إلى البدل فيكون العبد في يد المسلم ويدفع قيمته الواقعيّة ويأخذ الثمن المسمّى.

والحلّ في الكلّ أنّ الفسخ تصرّف في العقد وجعله كأن لم يكن من حين الفسخ وبعد ما صار كأن لم يكن، والفرض أنّ العين غير موجود أو غير ممكن الردّ فأمّا يقال إنّ الشارع ينزل القيمة الواقعيّة منزله في كونه بإزاء الثمن، فيقتضى حلّ العقد التراد في ما بين الثمن وتلك القيمة.

أو يقال: إنّ التراد يعتبر فيما بين نفس العين المتلبسة بالتلف وبين الثمن ولا يقتضي هذا حصول السبيل للكافر بل اعتبار كونه تالفاً عليه، لم يبيح إلاّ من قبل حفظ عدم السبيل له عليه فكيف يكون منافياً له والعين التالفة لها اعتبار المالّية إذا كانت مضمونة، فلمّا إلى الحال كانت مضمونة بالعوض المسمّى، فإذا انسلبت العوضيّة عنه بالفسخ، والمفروض أنّ المالك لم يقدم على تلف ماله عليه مجّاناً، فلو لم يكن مضموناً بعوضه الحقيقي كان هذا خلاف احترام ماله.

أو يقال: إنّ التراد يعتبر في ما بين الثمن ونفس العين لا مع تلبّسها بالتلف فيكون التلف وارداً على ملك الغير، وتصويره في التلف الحقيقي واضح.

وأما في المقام فبأن يقال: إنّ العقد من حين الفسخ صار كأن لم يقع، وحيث إنّ ما وقع أيضاً لم يبطل بل هو ثابت في موطنه فمن هذه الجهة قد ورد تلف على

مال الكافر في يد المسلم وحكم التلف هو الضمان بالعوض الواقعي وليس هذا أيضاً منافياً لانتفاء السبيل؛ فإنَّ العبد وإن كان يحكم بكونه ملكاً للكافر لكنّه مع الحكم عليه بأنّه تالف عليه لا يعدّ بمجرّده سبيلاً عرفاً.

وحاصل ما ذكر: أنّ الفسخ عبارة عن تراّد العينين كما كان البيع عبارة عن مبادلتها وإلاّ كان اللازم عدم الموضوع له عند عدم وجود أحدهما أو كليهما، بل هو عبارة عن حلّ العقد من حينه فلا بدّ من ترتيب آثار عدم العقد من هذا الحين لا بمعنى نقض التصرفات والآثار المتقدّمة كالكشف الحكمي - وإلاّ لزم وجوب دفع النماء الحاصل بين العقد والفسخ أيضاً - بل بمعنى المعاملة مع كلّ من العوضين من هذا الحين مع حفظ التأثيرات والتصرفات الماضية فيهما معاملة المال الذي لم يقع عليه عقد من رأس، ولازم ذلك وجوب ردّ نفس المال مع الإمكان وردّ بدله مع عدمه بأحد الوجوه الثلاثة المتقدّمة من غير فرق بين عدم إمكان الردّ لكونه ملكاً للغير بالنقل اللازم أو لصيرورته حرّاً وبين عدم إمكان ذلك لسقوطه عن قابليّة الرد كما في ما نحن فيه.

مسألة

المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر، قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاضاته الشريفة -: «أما نقل النقوش القرآنية فغير جائز حتّى بالنسبة إلى المسلم، فالمراد هنا أنّ ما يقبل النقل إلى المسلم وهو الجلد والغلاف فغير جائز نقله إلى الكافر، ولعلّ السرّ أنّ تسلّط الكافر على الجلد أيضاً وهن للقرآن وهذا ممّا لا شبهة فيه فيدخل تحت قوله في رواية تحف العقول: «أو باب يوهن به الحقّ فهو حرام محرّم بيعه وشراءه وإمساكه وملكه وهبته وعاريتة وجميع التقلّب فيه» بناءً على أنّ الحرمة في الرواية بمعنى الفساد.

«الكلام في شروط العوضين»

يشترط كونها ممتولّين . المال والملك والحق بينها تباين، فقد يصدق الأول دون الأخيرين كما في المباحات قبل الحيازة، والثاني دون الآخرين كما في حبة حنطة، والأخير دون الأولين كما في أولوية السبق في المكان، وحقّ التحجير وحقّ القسم، والمال أيضاً عرفيٌّ وشرعيّ، وتعريفه بما يبذل بإزائه المال دوري، والأولى الإحالة على وضوحه، فما كان مالاً وملكاً عرفاً وشرعاً لا إشكال في قبوله للوقوع ثمناً ومثمناً في البيع إذا كان عيناً لا منفعة لصدق البيع حينئذ لغةً وعرفاً وشرعاً.

كما أنّه لو لم يكن مال عرفاً، ولا حق، لا يقبل شيئاً من المعاوضات فضلاً عن البيع، وكذلك لو لم يكن مالاً ولا حقّاً عند الشرع، وذلك لعدم صدق حقيقة المعاوضة أصلاً فضلاً عن البيع، فلا موقع للتمسك بالأدلة المعلقة للحكم على البيع وسائر أنواع المعاوضات، غاية الأمر في الصورة الأولى لا معاوضة عند العرف وفي الثانية عند الشرع.

نعم لو كان مالاً ومنفعةً يقبل المعاوضة الإجاري والصلحي والهبي دون البيعي، وما كان غير مال وحقاً يقبل الصلح والهبة والمعاوضة دون البيع، وما كان مالاً وعيناً لا ملكاً بمعنى عدم إضافته إلى الشخص لا يصحّ بيعه كما في المباحات قبل الحيازة وكذلك الأرض المفتوحة عنوة التي هي فيء المسلمين وليس ملكاً

للعنوان كما في الوقف على المسلمين، وإلا لزم تملكهم منافعها عند إقباض المتولّي، بل هي مصروفة في مصالح المسلمين من دون أن يحصل لنا إضافة عيناً أو منفعة إلى شخص من أشخاصهم.

ونظيره في أنظار أهل العرف الأموال التي يسمونها أموال الدولة، فإنّه لا مساس لها بالشخص، بل ما دام يكون مثلياً يصرفه هو ويتولّى صرفه في مصالح الدولة دون شخصه لو لم تقتض مصلحة الدولة ذلك، فكذا هنا أيضاً ليس لأحد أن يصرف عين تلك الأراضي أو منافعها في مصلحة نفسه من دون ملاحظة مصالح المسلمين، فتحصل أنّه يعتبر في البيع أمور.

المالية عرفاً وشرعاً فلا يصحّ بيع الخنفساء والخمر وحبّة حنطة، ولا بيع حقّ السبق وحقّ التحجير وحقّ المضاجعة.

والعينية، فلا يصحّ بيع سكنى الدار وخدمة العبد.

والملكية بمعنى الإضافة إلى الشخص، فلا يصحّ بيع المباحات قبل الحياة ولا بيع الأراضي المفتوحة عنوة.

أما مع عدم المالية أو العينية فلعدم صدق البيع عرفاً أو شرعاً، وأما مع عدم الملكية مع تحقّق الأولين فلمساواة نسبة جميع الناس بالنسبة إلى ملك العين المتموّلة في ذاتها فلا تتحقّق المعاوضة، نعم قد يعتبر في القسم الأول، أعني: المباحات بملاحظة قدرة الناقل على حياة العين وتحصيلها وتعهده لذلك كما في الكلّي في الدّمة، فلو تعهد غواص مثلاً بإخراج السمك الفلاني الشخصي وأوقع البيع على هذا الشخص الخارجي كان عند العرف بيعاً ولكنّ الشرع قد منع عنه في النهي عن بيع ما ليس عندك، هذا كلّه مع العلم وعدم الشك في انطباق العناوين الثلاثة أو عدم انطباقها واضح.

ولو شكّ فإمّا يشكّ في كونه عند العرف مالاّ أو لا، فلا مجال للتمسك بالعمومات حينئذ، لا بعمومات صحّة البيع ولا بعموم عدم جواز الأكل بالباطل؛ لكونه بالنسبة إلى كليهما شبهة موضوعية فالمرجع حينئذ أصالة الفساد وعدم تحقق المسبّب وإمّا يشكّ في كونه عند الشرع مالاّ بعد الفراغ عن ماليّته عند العرف فحينئذ يكون محلّ التمسك بعمومات صحّة البيع والتجارة.

قال شيخنا المرتضى - قدّس سرّه -: ما يتحقّق أنّه ليس بهال عرفاً فلا إشكال ولا خلاف في عدم وقوعه أحد العوضين؛ إذ لا بيع إلّا في ملك، وما لم يتحقّق فيه ذلك فإن كان أكل المال في مقابله أكلاً بالباطل عرفاً، فالظاهر فساد المعاملة، وما لم يتحقّق فيه ذلك فإن ثبت دليل من نصّ أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو وإلّا فلا يخفى وجوب الرجوع إلى عمومات صحّة البيع والتجارة، وخصوص قوله - عليه السلام - في المروي عن تحف العقول: «وكّل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فكلّ ذلك حلال بيعه» انتهى موضوع الحاجة من كلامه - أعلى الله مقامه -.

وما ذكره - قدّس سرّه - بظاهره المتراءى منه غير تامّ، إذ فيه بعد الغض عمّا في استدلاله في الشقّ الأوّل بقوله: «لا بيع إلّا في ملك» مع كون المدعى اعتبار المالية، أنّ الشقّ الثاني له فردان: ما علم بهاليّته عرفاً، وما شكّ في ماليّته كذلك.

فالفرد الأوّل وإن كان لو شكّ فيه من جهة الماليّة الشرعية يصحّ التمسك فيه بعمومات البيع والتجارة لكن لا معنى لصيرورة أكل ما في قبالة أكلاً بالباطل عند العرف.

والفرد الثاني يكون شبهة موضوعية بالنسبة إلى كلا الدليلين فلا يتمّ الترتيب المذكور في شيء من الفردين، هذا.

[فصل]

ثم حيث انجزّ الكلام إلى ذكر بعض أقسام الأرضين لا بأس بالإشارة إلى أقسامها، فنقول وبالله المستعان: إنّ الأقسام أربعة لا خامس لها؛ لأنّها كما ذكره شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - إمّا موات وإمّا عامرة، وكلّ منها إمّا تكون كذلك بالأصالة أو عرض لها ذلك.

فالقسم الأوّل، أعني: ما كان مواتاً بالأصل من غير سبق بالعمارة لا من معمر ولا من غيره، فهو القدر المتيقّن من قولهم - عليهم السلام - : «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له»^(١) فيحكم بمملوكيّته للمحيي سواء أكان مسلماً أم كافراً وهذا ممّا لا شبهة فيه.

والقسم الثاني، أعني: العامرة بالأصالة يعني لا بتعمير معمر، فهو داخل تحت عموم قوله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحقّ به» .

والقسم الثالث: وهو ما كان مواتاً فعمره معمر فعرض له الموت والخراب ثانياً فهل يجوز لغير المحيي الأوّل إحياءه ثانياً أو لا؟ وعلى الأوّل هل تبقى على ملك المحيي الأوّل أو تصير ملكاً للمحيي الثاني؟

قال شيخنا المرتضى - قدّس سرّه -: فيه خلاف معروف في كتاب إحياء الموات منشؤه اختلاف الأخبار، انتهى. ولا بأس ببسط الكلام فيه على حسب القاعدة وما هو مقتضى النظر في أخبار الباب.

فنقول: أمّا الكلام على حسب القاعدة فعموم قولهم - عليهم السلام - : من أحيا

١- الوسائل: ج ١٧، الباب ١، من أبواب إحياء الموات، ص ٣٢٧، ح ٦٥ و ٦٦.

إلخ، شموله للمحيي الثاني وكذلك عموم الأرض لهذه الأرض المبحوث عنها، فإن النكرة الواقعة في سياق الموصول تفيد العموم على ما قيل، وغاية ما يورد عليه أننا نقطع بأن الأرض المتصفة بمملوكية الغير لا تتملك لشخص آخر بالإحياء، فلو فرض أن الإمام - عليه السلام - وهب أرضاً مواتاً لأحد فلا يجوز لغيره تملكه بالإحياء، ولا فرق في هذه الجهة بين الملكية الحاصلة بغير سبب الإحياء كالمثال، والحاصلة بسببه.

وحينئذ فالأرض المذكورة إن كانت باقية على ملك المحيي الأول بعد الخراب ولم تزل ملكيته بمحض الموت، كان إحياء الثاني واقعاً في ملك الغير، والمفروض الفراغ عن عدم ملكيته حينئذ.

فالمقام من قبيل الشبهة المصدقية للعموم المزبور وبعد سقوطه نرجع إلى استصحاب ملكية المحيي الأول إلى ما بعد الخراب والموت، بل يمكن استفادة ملكيته من إطلاق الاختصاص المستفاد من اللام في قوله: «فهي له»، فإنه شامل لحالتي الحياة والموت.

لكن ما ذكر غير وارد وذلك لأن القطع المزبور ليس بمثابة القيد اللفظي وإنما هو أمر لبي نظير ما إذا قال الأمر: أكرم جبراني، وكنا قاطعين بعدم حبه لإكرام عدوه، ومن المقرر في محله أن المخصصات اللبية يجوز التمسك في مصاديقها المشكوكة بعموم العام، وتشخيص عدم كونها متلبسة بعنوان المخصص وفرداً له، فلو شك في المثال في أن واحداً من جبرانه عدوه أو لا، يرفع احتمال العداوة بظاهر العموم، وكذلك في مقامنا يرفع احتمال بقاء الأرض بعد الموت والخراب على ملك المحيي الأول بظاهر العموم ويحكم بزوال الملكية بمحض طرؤ الخراب، فالإحياء غير وارد على ملك الغير، ومن هنا ظهر عدم جريان الاستصحاب لعدم مقاومته مع العموم.

وأما التمسك بإطلاق الاختصاص المستفاد من اللام، ففيه أن الدليل الدال على ملكية العنوان ساكت عن مزيل الملكية فلا تعرض للعموم المزبور الدال على ملكية إحياء المحيي الأول؛ لأن الموت والخراب مزيل لهذه الملكية أولاً، وبالجمله حال أدلة إثبات الملكية كلية إنما هو التعرض للحدوث والبقاء خارج عند مدلولها، وإنما هو بمقتضى طبع نفس الملك، حيث إنه كعرض سواد الجسم يبقى ما لم يرفعه رافع. هذا غاية ما قيل في المقام في تقريب الاستدلال.

ولكن استشكل فيه شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاضاته الشريفة - بأن القطع المزبور لو كان وحده ولم يكن المستكشف من العموم بملاحظته وهو الحكم بزوال الملكية للمحيي الأول بمجرد الخراب مستبعداً وعلى خلاف المرتكز العرفي كان تمام المطابقة بين المقام وبين المثال، حيث إن الحكم بأن زيدا مثلاً ليس بعدو الذي هو المستكشف من عموم أكرم جبراني، ليس على خلافه استبعاد وارتكاز، ولكن ليس الأمر هكذا فإنه من البعيد جداً في أنظار العرف أن يكون دار الإنسان أو بستانه ومزرعته ملكاً له مادام قائماً على أصوله وبنيناه، فإذا خرب وسقط عن العمارة كان ذلك مخرجاً لرقبة الأرض عن ملكه.

وهذا البعد إما يوجب انصراف العموم عن هذه الأرض بعد ملاحظة القطع المزبور، وإما يوجب عدم العموم وحصول الإجمال في الكلام بالنسبة إلى شمول هذه الأرض، ولا ينافي هذا مع ما تقرّر منّا في محلّه من أن القدر المتيقّن في مقام التخاطب لا يضّر الأخذ بالإطلاق أو العموم، وذلك لأن القرائن الارتكازية على قسمين: فقسم منها كالصور المنفصلة اللفظية لا يوجب صلوحها للقرينة سقوط ظهور الكلام عن الحجية، وقسم منها لشدة الوضوح تكون كالقرائن

اللفظية المتصلة الحافة بالكلام المانع صلاحيتها للقرينية عن انعقاد الظهور للكلام.

فنقول: الارتكاز المزبور في المقام يحتمل أن يكون من القسم الثاني، فكان إيكال المتكلم عليه في إرادة المقيّد من المطلق في كلامه صحيحاً، فإذا جاء هذا الاحتمال بطل الاستدلال، وحيثئذ فاستصحاب ملكية المحيي الأول لا مانع منه. والإشكال فيه - تارة بعدم إحراز الموضوع لاحتمال كون القيد، أعني: صفة حياة الأرض، ممّا له دخل في موضوع الملكية وما به قوامها، وأخرى بأنّ الشكّ في بقاء الملكية مسبّب عن الشكّ في قصور مقتضيتها.

وبعبارة أخرى: أنا ولو سلّمنا عدم دخالة القيد في الموضوع وإنّما هو ذات الأرض ولكن لم يحرز أنّ المقتضي لها وهو الإحياء هل له اقتضاء الدوام أو لا، فلا يتمخض الشك في الرافع - مدفوع.

أمّا من الجهة الأولى فأولاً: بأنّ احتمال دخالة القيد يدفعه ظاهر الدليل، فإنّ العرف يفهم من أمثاله أنّ الوصف جهة تعليلية وواسطة في ثبوت المحمول لذات المتّصف كما ترى في قولك: إن جاء زيد فأكرمه، حيث لا يحتمل أحد أن يكون المجيئ علّة لوجوب إكرام زيد الجائي بل لذات زيد، فكذا في المقام، الإحياء علّة لصيرورة ذات الأرض المحياة ملكاً لذات المحيي.

وثانياً: لو فرض أنّ لسان الدليل دخل الصفة على وجه التقييد في الموضوع لكن قد قرّر في محلّه أنّنا لا ندور مدار وحدة الموضوع الدليلي في إجراء الاستصحاب، بل مدار وحدة العرفي، فلو فرض أنّه قد علّق في الدليل حكم النجاسة على المتغيّر لا على الماء إذا تغيّر لا نتوقف في استصحاب النجاسة بعد

زوال التغيير بل نقول: الموضوع العرفي هو الماء والتغير من أحواله، فكذلك في المقام بلا فرق.

وأما من الجهة الثانية فأولاً: بأن الملكية ليست من الأعراض التي كان لعلتها تأثيراً في طولها وقصرها وبقائها ساعة أو ساعتين، فالموجد للملكية لا يوجد الملكية الكائنة في ساعة واحدة أو الكائنة في ساعتين، بل شأنه إحداث الملكية فقط كما هو الحال في مسود الجسم، والبقاء إنَّما هو من طبع ذات العرض أو محلّه ما لم يطرأ رافع، فالشك في بقاء الملكية دائماً ممحّض في الشك في رافعها.

وثانياً: أنّ من المقرّر في الأصول عدم اختصاص الاستصحاب بالشك في الرافع، فلو سلّم أنّ المقام من قبيل الشك في المقتضي لا مانع من جريان الاستصحاب فيه. هذا تمام الكلام في مقتضى القاعدة ...

[ومن شروط العوضين كونها طلقاً]

مسألة

لا يجوز بيع الوقف إجماعاً محققاً في الجملة ومحكياً، قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاضاته الشريفة -: لا بدّ أولاً من تحقيق ذات الوقف وأنه بذاته هل هو آب عن قبول البيع فلا نحتاج إلى التماس دليل على المنع لكونه مطابقاً للأصل وإنما المحتاج هو الجواز في بعض الموارد، أو أنه بحسب الذات قابل والمنع تعبدّي، فيكون الجواز على القاعدة والمنع محتاجاً إلى الدليل؟

فنقول: بحسب التصوير هنا محتملات:

الأول: أن يكون معناه إيقاف الملك على الموقوف عليهم، يقال: وقفت الدابة تقف وقوفاً ووقفها أنا يتعدّى ولا يتعدّى أي سكنت هي أو أسكنتها أنا، وعلى هذا فمقتضى ذات الوقف بعد إمضاء الشرع كون ملك الموقوف عليه ساكناً باقياً غير متغيّر عن حاله بيع ولا غيره، لأنّ الخلود والدوام مأخوذ في ذاته، فيحتاج في موارد الجواز إلى تعبدّ شرعي.

الثاني: أن يكون معناه فكّ الملك ونزعه عن نفسه، من دون إحداث الملك للموقوف عليه وإنما الثابت ملك المنافع دون الرقبة، فحال نفس الرقبة حال

المباحات الأصلية كعلف الصحراء في أنه مال وليس بملك ومن شرط البيع، حيث إنه المبادلة وهي فرع وجدان السلطنة؛ فإنه كيف يبادل الإنسان ما ليس له، حتى أنه في بيع الكلبي في الذمة أيضاً وإن كان ليس اعتبار الملكية إلا بعد البيع لكن مع ذلك قد بادل ما يكون له، وإن شئت قلت: الوجود الذمي أيضاً نحو من الوجود ونحو من السلطنة كاف في تحقق المبادلة.

وأما في المقام فقد فرضنا مساواة الواقف والموقوف عليه وجميع الناس بالنسبة إلى الرقبة في عدم الإضافة إليه بنحو من الأنحاء كالمباحات الأصلية، غير أن للموقوف عليه حق استيفاء المنافع، وهذا المقدار غير كاف في تحقق المبادلة فلا يحتاج إلى التمسك بـ «لا بيع إلا في ملك» حتى يرد عليه الخدشة، فيكون المنع على هذا أيضاً من قضية ذات الوقف والجواز في موارد لا بد من إثباته بتعبد شرعي.

الثالث: أن يكون معناه سلب الإضافة عن نفسه اللازم منه التملك للغير أو كان ابتداء تملك الغير من دون أخذ المحبوسية في مفاده والمنشأ به، وحينئذ لا مانع من البيع إلا تعلق حق البطون اللاحقة به وهو أيضاً لا مانع فيه إذا كان المتصدّي هو المتولّي الناظر للغبطة بالنسبة إلى جميع البطون، فكما يجوز له الإجارة في مدة مستطيلة كخمسة سنة مع ملاحظة غبطة البطون، فكذلك يبيعه، فالجواز على هذا على القاعدة والمنع محتاج إلى التعبّد الشرعي.

ثم إنه - دام ظلّه - قال: الظاهر بحسب مادة الوقف وما هو المرتكز في الأذهان من معناه هو المعنى الأول، أعني: التملك مع الحبس، وحينئذ فإما أن نقول بالتفصيل بين الأوقاف الخاصة كالوقف على الأولاد، والأوقاف العامة كالوقف على المسلمين والوقف على المسجد بأن يقال: مفاده الأولي هو إيجاد

الربط بين المال والموقوف، فإن كان الموقوف قابلاً للتملك حصلت الملكية، وإن لم يقبل كالجبهة والمسجد كان مجرد اختصاص.

وإما أن نقول: بأنه لا مانع من اعتبار الملكية في الأوقاف العامة أيضاً بعد أن الملكية أمر خفيف المؤنة لا يعتبر إضافته إلى الحي، فربما يتنزع بالنسبة إلى الميت، كذلك لا مانع من انتزاعه بالنسبة إلى الجماد، فنقول: المسجد محتاج إلى الحصر والحصر ماله، وهكذا.

ثم على فرض الاحتمال الأخير فالتعبد الشرعي المستفاد من الأخبار هو المانع عن صحة البيع بناءً على أن النهي في المعاملات ظاهر في الوضع كما هو الحق، وما عداه مما ذكر في المقام لا يخلو عن مناقشة مثل تعلق حق الواقف حيث جعلها بمقتضى صيغة الوقف صدقة جارية ينتفع بها.

فإن أريد أن إنشاء عقد الوقف قد أخذ فيه الدوام والتأيد وعدم الانتقال كما هو الوجه الأول، فهذا ليس حقاً للواقف موجوداً فعلاً أعني بعد إجراء الصيغة وحصول الملك للموقوف عليه، فإن نفوذ مقتضى العقد ووقوعه في الخارج لا يستحق إطلاق اسم الحق، فلا يقال لمن باع داره مثلاً أنه مستحق لانتقال داره إلى المشتري، بل الحق بمحض إجراء الصيغة وإمضاء الشرع مفادها قد انقطع، والعين صارت حقاً للموقوف عليه محضاً.

وإن أريد أن الإنشاء وإن كان لا يقتضي الدوام ولا عدمه، وإنما مقتضاه صرف الاختصاص والتملك لكن الداعي والباعث على هذا الإنشاء إنما هو الصدقة الجارية المنتفع بها على الدوام، فهذا لا يمنع عن صحة البيع، فإن الغرض الغير الداخِل تحت الإنشاء غير لازم الاتباع، مضافاً إلى أننا نفرض الكلام فيما إذا

لم يعيّن الموقوف لمصرف مخصوص لا يقبل البديل كتعيين الخان لنزول الزوّار، بل جعله لمطلق انتفاع نوع الفقير مثلاً بأي نحو كان، ومن المعلوم أنّ من أنحاء الانتفاع بالخان جعله مبدلاً بالبستان إذا كان ذلك أنفع للفقراء.

ومن هنا يعلم أنّ إطلاق الصدقة الجارية في الأخبار أيضاً لا يمنع عن صحة البيع بقول مطلق، نعم في مثل ما إذا عيّن المصرف لا يصدق هذا العنوان على البديل، لأنّ المقصود والمنشأ حسب الفرض الصدقة للانتفاع بوجه مخصوص غير حاصل من البديل.

ومثل تعلق حقّ البطلان اللاحقة المتأخّرة عن بطن البائع، فإنّا قد فرضنا كون المتصدّي هو الناظر العام الذي له النظر للبطون اللاحقة أيضاً، فإذا رأى البيع أصلح بحالهم أيضاً فليس هذا منافياً لحقّهم أصلاً، وبالجملة حال المال حيثنّذ حال مال اليتيم في اشتراط صحة البيع وسائر التصرفات فيه على ملاحظة الغبطة لا المنع عن التصرف رأساً.

ومثل أنّ انتقال المنفعة في الوقف إلى الموقوف عليه يكون على نحو الاستقلال من دون تبعيّة العين كما هو مقتضى قوله -عليه السلام-: «حبّس الأصل وسبّل الثمرة»، وليس على حدّ ملك المنافع في سائر الأبواب حيث يكون ملكها لمن يملك العين بتبعه بقضيّة العرف والشرع، حيث إنّها حاكمان بأنّ الناس مسلّطون على أموالهم، وعلى هذا فكما كان المنافع في سائر الأبواب ينتقل بانتقال العين وبتبعه لا يمكن مثله في المقام؛ إذ الفرض أنّ هنا ملكيتين مستقلّتين في عرض واحد من غير تبعيّة أحدهما للآخر، وحيثنّذ يكون المبيع هو العين المجردة عن المنافع إذ ليست مملوكة على غير هذا الوجه وهي لا مالية لها على هذا الوجه فلا يقبل البيع إلّا أن يشترط انتقال المنافع مع انتقال العين، فيكون الانتقال في

كلّ منهما ملحوظاً على سبيل الاستقلال كمملوكيتهما.

وقد صرح شيخنا العلامة - أعلى الله مقامه - بأنّ المعاملة المتكفّلة لانتقال العين والمنفعة لا يكون إلّا الصلح، فلا يمكن البيع فيما نحن فيه ويمكن نفي الصلح أيضاً لعدم القول بالفصل، إلّا أن يقال: ليس هذا أولى من العكس فيقال بجواز البيع الجامع لنقل العين مع اشتراط المنفعة بضميمة جواز الصلح كذلك، إلّا أن يقال: العين الملحوظة معرّة عن جميع المنافع لا ماليّة لها فلا يصحّ البيع من هذه الجهة.

إلّا أن يقال: إنّه يكفي في صحّة البيع ماليّة المبيع ولو بلحاظ الشرط الملحوظ فيه ولا يعتبر ماليّته بالاستقلال، هذا وفيه مضافاً إلى عدم تماميّته لما أشار إليه أخيراً أنّه يقع الكلام حيثنّذ في فعل الواقف، فإنّه على هذا قد أنشأ أمرين في عرض واحد، فإنشاء تملك العين معرّة عن المنافع وتمليك المنافع كذلك، وهذا يرد عليه عين ما أشير إليه من أنّ العين المعرّة لا مالية لها فكيف يصحّ فيها التملك، وأمّا قوله - عليه السلام - : «حبس الأصل وسبّل الثمرة» فليس المقصود منه إلّا حصول هذين الفعلين، ولو كان بإنشاء واحد كان نتيجه ذلك ولا يدلّ على لزوم كون الإنشاء مشتملاً على جزئين عرضيين.

ثمّ إنّ الظاهر كون الدوام والمنع عن المعاوضة مأخوذاً في مفهوم الوقف ومدلول صيغته، فإنّه المتبادر من مادة الوقف لغة وعرفاً وهو الظاهر ممّا ورد في صورة وقف أمير المؤمنين - صلوات الله عليه - فإنّ قوله - عليه السلام - : «صدقة لا تباع ولا توهب»^(١) ظاهر في كون الوصف مأخوذاً في نوع هذا القسم من الصدقة لا أنّ هذا

١- الوسائل: ج ١٣، الباب ٦، في أحكام الوقوف والصدقات، ص ٣٠٤، ح ٣ و ٤.

الشخص الخاص كذلك؛ فإنّ الظاهر أنّ للصدقة أقساماً وبعض أقسامها يكون مميّزه عن سائر الأقسام هذا الأمر^(١)، فالزكاة صدقة والصدقة على الفقير أيضاً كذلك، ولكن هذان القسمان قابلان للبيع والنقل فتكون الصدقة الموصوفة بكونها لا تباع ولا توهب، ظاهر الانطباق على الوقف بنوعه في قبال ذينك القسمين لا عليه بشخصه أو بصنفه في قبال سائر أشخاصه أو أصنافه، فالمستفاد منه شرح حقيقة الوقف وأنّه الصدقة الغير المبيعة الغير الموهوبة، فيكون المنع والدوام مأخوذاً في ماهيته وحقيقته.

ولا يخفى أنّ جواز البيع لبعض العوارض كخلف بين إربابه مؤدّ إلى خرابه، وغير ذلك ينافي حقيقة الوقف وبقائه على هذا لا أنّه ينافيه نفس البيع لا جوازه، كما قواه شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - مع تصريحه بأنّ مدلول صيغة الوقف أخذ فيه الدوام والمنع عن المعاوضة وإن صرّح في ذيل كلامه بمنع كون المنع عن المعاوضة مأخوذاً في مفهومه.

لكن يظهر منه - قدّس سرّه - في صدر كلامه أنّ أخذ ذلك في الإنشاء لا ينافي جواز مخالفته لبعض العوارض، ونظّره بالعقد الجائر كالهبة حيث إنّ مقتضاه التملك المقتضي لتسلّط الطرف المنافي لجواز الانتزاع من يده، ومع ذلك يجوز مخالفته وقطع سلطنته.

ثمّ أمر بالتأمّل، ولعلّه للإشارة إلى الفرق بين المقامين بأنّ نفس جواز قطع السلطنة ينافي السلطنة لكنّ المنشأ ليس هو السلطنة وإنّما هو المملكيّة ومن آثاره السلطنة، والمملكيّة التي هي المنشأ لا ينافيه نفس الجواز كما هو واضح، أو أنّ

المنشأ هناك نفس الملكية وأما بقاؤها ودوامها وعدم انقطاعها فخارج عن مدلول الصيغة والمفروض حصول أصل الملكية بخلاف المقام حيث إن دوام الملك أيضاً تحت الإنشاء حسب الفرض.

ولعله - قدس سرّه - أراد أنّ المنع الابتدائي غير مأخوذ في مفهومه كما لعله الظاهر من ملاحظة أطراف كلامه، وبيانه أنّه تارة يقال كما قلنا إنّ حقيقة الوقف هو التملك ولو في بعض الموارد وفصله المحبوسية عن التصرفات الناقلة، ومن الواضح أنّ لازم هذا المعنى ارتفاع الوقف بارتفاع فصله عند طرؤ أحد المجوزات كما أنّ الإنسان يرتفع بطرؤ ما يوجب زوال وصف النطق. وأخرى يقال: ليس حقيقته بأزيد من التملك المضاف إلى البطون المتلاحقة الغير المنقطعة فالمنشأ هو التملك المستمر، ولازمه أن لا يجوز البيع و سائر التصرفات الناقلة؛ لأنّه خلاف تملك البطون المتأخّرة عن البطن البائع، وفرق واضح بين كون الحبس وعدم الجواز لازماً من جهة كون المأخوذ الابتدائي وما هو المنشأ هو الدوام، وبين كون المنشأ الابتدائي هو الحبس.

وتظهر الثمرة في أنّه على الأوّل كما يجوز الإيجاب بلفظ «وقفت على أولادي مثلاً بطناً بعد بطن» كذلك يجوز الإيجاب بلفظ «تصدّقت عليهم بطناً بعد بطن» وعلى الثاني ينحصر في الأوّل، إذ الحبس لا يستفاد من الثاني.

ومن المعلوم ظهور الثمر بينهما في المقام أيضاً، فإنّه على الأوّل يلزم كما ذكرنا ارتفاع الوقف بارتفاع الحبس لفرض أنّه الفصل، وعلى الثاني لا يلزم ارتفاعه بنفس الجواز، إذ ما كان حقيقته إلّا مجرد التملك، غاية الأمر على جميع البطون، فيكون للبطن البائع عند طرؤ أحد المجوزات إمّا الولاية على سائر البطون في

إبدال ما لهم بما لآخر، وإما حقّ إبطال الوقف بالبيع لنفسه ليدخل البديل في ملك نفسه دون سائر البطون.

وعلى كلا الوجهين فما دام لم يقع البيع لم يبطل الوقف، لأنّ ملك البطون محفوظ، غاية الأمر يجوز سلبه لعارض، ومن هنا لو اندفع الضرورة المجوّزة ولم يتفق البيع كان الوقف على حاله، ويلزم على الوجه الأوّل أن يخرج الموقوف بمحض طرؤ أحد العوارض عن ملك الموقوف عليه إلى ملك الواقف وهو خلاف الإجماع، هذا.

واختار شيخنا الأستاذ - دام أياّم افاضاته الشريفة - القائل بالوجه الأوّل للتفصّي عن هذا الإشكال الأخير، أعني: لزوم ارتجاع الملك إلى واقفه بعد البطلان وهو خلاف الإجماع طريقاً، وهو أنّ الموجود المجمع للحيثيات المتعدّدة الداخلة في حقيقة ذاته المندمجة في وجوده على وجه الانبساط والوحدة كالإنسان - حيث إنّّه مجمع للجسميّة والنموّ والحيوانيّة والناطقيّة بمعنى كون هذه الحيثيات مندمجة في ذاته وموجودة بوجود واحد بسيط - إذا ارتفع بعض حيثياته برفع، كما لو شرب الإنسان دواءً زال عنه وصف النطق فبقاء بقية الحيثيات غير محتاج إلى مؤثّر آخر فلا يلزم من ارتفاع النطق ارتفاع كلّ الحيثيات من الجسم وغيره.

نعم ذلك الوجود المتفصل بفصل النطق لا محالة يرتفع بارتفاع النطق فبقاء البقية لا محالة يكون وجوداً آخر، لكنّ المدعى أنّ هذا الوجود الآخر مع كونه وجوداً آخر مغايراً للأوّل لا يحتاج بعد زوال الأوّل إلى موجد آخر غير ما أوجد الوجود الأوّل، لأنّ فصل هذا الوجود الثاني هو النقص، والهوى الموجودة في الأوّل التي هي المادة لهذا الوجود قد وجد بالموجد الأوّل، غاية الأمر كانت مندمجة في

الوجود الأول، فإذا ارتفع حدّ ذلك الوجود الذي هو أمر وجودي فالمحدودية بحدّ هذا الوجود الذي هو أمر عدميّ حاصل قهراً من دون حاجة إلى تأثير جديد، ولهذا نشاهد أنّ الإنسان إذا مات يبقى جسمه جامداً وهذا من الواضحات.

وحيثنذ نقول: الوقف عند التحليل العقلي له جزآن، أحدهما التلميك أو إيجاد العلاقة الاختصاصيّة بين المال والموقوف عليه، والثاني كونه محبوساً وممنوعاً عن التصرفات الناقلة فيه وهاتان الحثيّتان موجودتان فيه على نحو الاندماج، فإذا حصل الرافع للحثيّة الأخيرة، أعني: الحبس، لا يلزم بطلان أصل الاختصاص.

نعم اللازم لا محالة بطلان حقيقة الوقف وانعدام صورته كما كان الإنسان مرتفعاً بزوال النطق، ولكن كما قلنا لا يلزم من بطلانه وارتفاعه ارتفاع الحثيّة الأولى منفصلاً بالفصل الناقص، فكما صار وجود الإنسان هناك مثلاً بعد زوال النطق وجود الحيوان بلا شعور قهراً من غير تأثير جديد، كذلك يصير وجود الوقف هنا بعد زوال فصله الوجودي الذي هو الحبس وجود الاختصاص بلا حبس قهراً من غير حاجة إلى مؤثّر جديد.

إذا عرفت ما ذكرنا فيقع الكلام تارة في الوقف المؤبد وأخرى في المنقطع، أمّا الأول، قال شيخنا المرتضى - قدس سرّه -: إنّه على قسمين قسم يكون ملكاً للموقوف عليهم فيملكون منفعتة فلهم استتجاره، ولو غصبه غاصب وانتفع به فلهم أخذ أجره ما انتفع من منافعه، وهذا غالباً في الوقف على المخصوصين كالأولاد والطلاب، ويمكن تصويره في الوقف العام أيضاً كما لو وقف أرضاً مثلاً لمطلق انتفاع الفقراء فيجوز حينئذ للناظر العام الإجارة وصرف الأجرة في منافع

الفقراء، فيكون ملك الفقراء للرقبة والمنافع حال ملك المسلمين للأراضي المفتوحة عنوة حيث ليس لأحاديهم التصرف لعدم الملكية للأشخاص، فينحصر جواز التصرف لمن كان متولياً لأُمور المسلمين كالإمام - عليه السلام - ومن يقوم مقامه.

وقسم آخر يكون غير ملك لأحد وإنما هو فك الملك، نظير التحرير ومنه المساجد والمدارس والخانات والرباطات والقناطير، بناءً على أنها ليست ملكاً للمسلمين كما هو مذهب جماعة، فإن الموقوف عليهم يملكون الانتفاع دون المنفعة فلو سكنها أحد غصباً فالظاهر عدم ضمانه أجره المثل، فجعل محل الكلام بين الأعلام من حيث جواز البيع في الجملة وعدمه هو القسم الأول.

وأما الثاني فاستظهر - قدس سره - عدم الخلاف في عدم جواز بيعه لعدم الملك كما اعترف به غير واحد، ثم حكى كلام كاشف الغطاء - قدس سره -، حيث ذهب إلى جواز إجارة أرض المسجد مع اليأس عن الانتفاع في الجهة المقصودة وبيع الآلات والفرش و ثياب الضرائح ونحوها مع تعذر الانتفاع بها بالوجه المقصود منها أو ما قام مقامه، وردّه بأنه لم يثبت كون ذلك ملكاً للمسلمين حتى يجوز الإجارة والبيع، والتميقن خروجها عن ملك مالكيها، وأما الدخول في ملك المسلمين فمشكوك، ومقتضى الأصل عدمه.

قال شيخنا الأستاذ - دامت أيام إفاضاته الشريفة -: لا بدّ من تحقيق حال الوقف على الأشخاص والوقف على الجهة والمصلحة الخاصة وأنه هل يكون بينهما فرق أو لا؟ فنقول: لا شبهة أنّ حقيقة الوقف لا يختلف في الموضعين بمعنى أن يكون حقيقته في أحدهما التملك، وفي الآخر هو الفك حتى يكون مشتركاً لفظياً، إذ هذا ممّا يمكن القطع بخلافه وأنه في كليهما مستعمل في معنى واحد.

وحينئذ فالذي يمكن أن يقال هنا وجوه:

الأول: أن يكون معنى الوقف على كلا القسمين هو الحبس عليهما ويكون الدالّ على التملك في القسم الأول هو الإضافة إلى من يقبل التملك، والدالّ على الفك في الثاني هو الإضافة إلى غيره فيكون الخصوصيتان داخلتين في المنشأ خارجتين عن حقيقة الوقف مدلوله عليهما بدال خارجي.

الثاني: أن لا يكون المنشأ إلّا الحبس من دون أن يكون في البين زيادة خصوصيّة ولو بدال خارجي، ولكن هذا الإنشاء مع الإضافة إلى من يستأهل الملكية منشأ لانتزاع الملكية عرفاً وهو مع الإضافة إلى غير الأهل منشأ لانتزاع الفك، فالاختلاف على الأول راجع إلى القصد، وعلى هذا لا اختلاف في عالم القصد وإنّما هو في انتزاع أهل العرف.

الثالث: أن يكون الحال كالثاني في عدم الاختلاف بين القسمين بحسب القصد، ولكن كان التخصيص بالمستأهل منشأ لانتزاع ملكيّة المنفعة دون الرقبة وبغيره منشأ لانتزاع ملكية الانتفاع، وهذه الوجوه كلّها مشتركة في أنّ اللازم منها عدم جواز البيع في القسم الثاني لعدم الملك.

ولكن هنا وجه رابع لا بأس بالمصير إليه لو لم يقم إجماع على خلافه لازمه الجواز في هذا القسم أيضاً، وهو أن يقال تارة يضيف الواقف الوقف إلى الأشخاص فيقول: وقفته على أشخاص كذا، فمعنى ذلك أو المنتزع منه: كون العين ملكاً لهؤلاء الأشخاص، وأخرى لا يضيفه إلى الأشخاص وإنّما يضيفه إلى عمل من الأعمال كأن يقف المسجد على الصلاة والخان على نزول الواردين والقنطرة على عبور العابرين والحسينيّة على التعزية وإقامة مجلس المراثي والعزاء،

فيفيد أيضاً التملك لكن لا تملك المصلين أو الواردين أو العابرين بل تملك نفس المصرف الخاص والجهة المعينة.

فإن قلت: على هذا يلزم أن تكون منفعة العين مالكة للعين وهو غير معقول بناءً على ما مرّ منك من أنّ العين إذا فرضت منسلخة عن المنفعة فلا ماليتها لها، مضافاً إلى ركاكة ذلك وعدم مساعدة العرف لذلك البتة.

قلت: الذي فرضناه مالكا كَلِّي الصلاة مثلاً بمعناها الذي وقعت بحسب الأمر وهو المفهوم العاري عن الوجود والعدم الملحوظ بلحاظ الخارج، والذي هو منفعة الأرض مصداق هذا الكلّي ووجوده في الخارج وتحققه في الأرض، فيصير المحصل أنّ الكلّي مطالب ومستحقّ لوجود مصداقه في المسجد، وهذا معنى مالكيته للمسجد.

والذي يدلّك على إمكان مالكية هذا المعنى بل وقوعها في باب الزكاة، ألا ترى أنّه عدّ في الآية في جملة مستحقّيها سبيل الله، فنقول: لو عزل المالك الزكاة عن ماله ولم يصرفه في شيء من مصارفه فلا يخلو إمّا أن تقول: إنّهُ ليس بملك فاللازم أن لا يجوز صرفه في سبيل الله بأن يباع مثلاً ويبتاع بثمنه أجر المسجد فإنّ ما ليس بملك لا يقبل البيع.

وإمّا أن تقول بأنّه ملك وحيثنذ إمّا أن تختصّه بالفقراء مثلاً فاللازم عدم جواز دفعه إلى غيرهم من سائر المصارف، فيبقى الأمر منحصراً في أن نقول بأنّه ملك للجامع بين جميع ما ذكر في الآية الذي منها في سبيل الله، ولا شبهة أنّ سبيل الله عبارة عن تعمير المسجد وإقامة التعزية ونحوهما.

وأيضاً من جملة المصارف فكّ الرقاب بأن يشتري بالزكاة الرقاب تحت

الشدة ثم يعتق أو يعتق بعد الشراء قهراً، وعلى كل حال فالثمن الذي هو الزكاة ليس غير ملك ولا ملكاً لنفس الرقاب فيتعيّن أن يكون ملكاً لفكّها.

وأيضاً كما لا يأبى العرف من إضافة الحق إلى الصلاة فيقال: حقّ الصلاة كذا، فلا يأبى أيضاً من إضافة الملك إليه فيقال: الشيء الفلاني مال الصلاة، وكما يعتبرون الملكية للميت بعد موته بالنسبة إلى ثلث تركته الذي عيّنها لنفسه لأجل أنّه ينتفع بذلك الثلث بعد الموت، فكذلك لا غرو في اعتبارها للصلاة مثلاً لأجل هذا الانتفاع أعني تحقق مصداقها فيه.

وعلى هذا ففرق بين نفس المسجد الذي هو وقف على نفس الجهة الصلاة وبين وقف الحصر والتربة وغيرها على المسجد، فالملك في الأول هو الجهة وفي الثاني نفس المسجد، وعلى هذا فلا مانع من وقوع البيع لا في نفس المسجد ولا في آلاته وأمواله إذا سقطت عن الانتفاع بها في الجهة المقصودة، إذا أمكن بيعها وصرف الثمن في الأقرب فالأقرب.

وربّما يساعد هذا أيضاً عمل أهل العرف في الخارج لأنّا نرى أهل العرف بالنسبة إلى معابدهم حتّى النصارى بالنسبة إلى كنائسهم أنّه إذا سقطت نفسها أو آلاتها عن الانتفاع فلا يتحاشون عن التصدي لبيعها والتبديل بفرد آخر، ولو كان الأمر كما ذكروا لكانوا متحاشين من جهة أنّه بيع لما قد حرّر وخرج عن دائرة الملك كعلف الصحراء وسائر المباحات الأصلية.

ومّا ذكرنا يظهر الخدشة في ما ذكره — قدّس سرّه — من الأقسام الثلاثة في القسم الثاني.

أحدها: وقف نفس المسجد فجعله من قبيل فكّ الملك وتحريره، واستظهر

عدم الخلاف في عدم جواز بيعه.

والثاني: الحصر الموقوف على خصوص المسجد أو على المسلمين ولكن وضع في المسجد من جهة أنه أحد وجوه انتفاعهم، كالماء المسبّل الموضوع في المسجد، وهذا ملك غير طلق فلا يجوز بيعه إلا في موارد يسوغ فيها بيع الوقف.

والثالث: ما يكون ملكاً طلقاً كالحصر المشتري من مال المسجد، فهذا يجوز للناظر بيعه مع المصلحة ولو لم يخرج عن حيّز الانتفاع، بل كان جديداً غير مستعمل، فإنّه يرد عليه - قدس سرّه - أنّه ما وجه هذه التفرقة، فإن كان قضية الوقف فكّ الملك ففي الجميع، وإن كان هو التملك للمسلمين فكذلك أيضاً.

وأما على ما ذكرنا من أنّه كما يصحّ اعتبار الملكية لذوي العقول كذلك يصحّ للجهد ونحوه من غير ذوي العقول إذا فرض اشتراكه معهم في الحاجة والاقتضاء، فنقول: كما أنّ الأولاد مثلاً يحتاجون إلى ملك يصرفونه في حوائجهم كذلك المسجد، وكما أنّ الإنسان يقف القرية مثلاً على الأولاد فيملكون منافعتها ملكاً طلقاً يتصرفون فيها ما شاءوا كذلك هنا أيضاً وضع المسجد موضع الأولاد فكما أفاد الانتزاع من النفس والاضافة إلى الأولاد ملكهم فكذلك هنا أيضاً يفيد ذلك الانتزاع ملك المسجد للقرية، فيصير منافعه ملكاً طلقاً له، غاية الأمر أنّه لما ليس من ذوي الشعور فيحتاج إلى المتولّي الناظر في مصالحه، فإذا اشترى المتولّي من غلة ملك القرية حصيراً للمسجد ثم رأى المصلحة في تبديله بحصير آخر جاز فلا يتوقّف البيع على وجود أحد المسؤولين، غاية الأمر يوقفه على رعاية الصرفة.

وهذا بخلاف ما إذا اشترى الرجل الحصر للمسجد ووقفه عليه، فهذا أيضاً يفيد ملكه لكن ملكاً غير طلق لا يباع ولا يوهب، فهذا يحتاج بيعه إلى أحد

المسوّغات، هذا حال حصير المسجد، وأمّا الجذع والأخشاب والأحجار وسائر أجزاء البناء، فإن كان إجراء الوقف بعد تمام البناء فحالتها حال الأرض، وإن كانت الأرض وقفت أولاً مسجداً ثم وقف هذه عليه فحالتها حال الحصير، هذا حال أموال المسجد، وأمّا حال نفس المسجد فقد مرّ أنّ مالكة نفس الجهة، أعني: الصلاة لا المسلمون.

لا يقال: فعلى هذا يجوز للمتولّي إجراء المسجد في غير أوقات الصلاة وصرف الأجرة في توسعة المسجد، لأنّ المفروض أنّ المنفعة حيثئذ ملك للجهة طلقاً، نعم نفس الرقبة غير طلق، فعدم جواز الإجارة كاشف عن صحّة ما ذكره من كون وقفه بمعنى فكّ الملك والمسلمون مالكون للانتفاع دون المنفعة.

لأنّا نقول: صحّة الإجارة مبنية على ملك المنافع الممكنة الاستيفاء من العين والمفروض حصر الملكيّة في المنفعة الخاصّة على نحو المباشرة، فالرقبة ملك مع هذه المنفعة بنحو المباشرة، وسائر المنافع لا مالكة لها، وبهذا يندفع الإشكال عن الشيخ المرتضى - طاب ثراه - القائل في القسم الثالث بالملكيّة المطلقة للمسلمين بأنّه يلزم جواز صرفهم غلّة القرية الموقوف على هذا الوجه في مطعمهم وملبسهم وسائر منافعهم. والجواب: أنّ الملكيّة المطلقة لا تنافي مع الاختصاص بالجهة الخاصّة فالغلّة ملكهم الطلق لكن على أن يصرفوا نفسها أو بدلها في منافع مسجدهم لا غير.

ثمّ إنّّه حكى الأستاذ - دام أيام إفاضاته - عن السيّد المحقّق الطباطبائي اليزدي - طاب ثراه - في كتاب الوقف من العروة الوثقى أنّه أنكر الإجماع على عدم جواز بيع المسجد عند السقوط عن الانتفاع في المسجديّة، بل أثبت الضمان على من حبس المسجد عن الصلاة فيه وكذا على متلف الرقبة.

واستشكل شيخنا الأستاذ - دام أيام بقاءه - على الضمان كأجرة مثل المنافع في صورة الحبس بأنه سواء قلنا بملكيّة المسجد للمسلمين كما هو مذهب السيّد - قدس سرّه - ، أم للجهة كما اخترناه فالمنافع الأخر غير إيقاع الصلاة غير مملوكة للموقوف عليه، ومعنى ضمان أجرة مثل منافع الرقبة أنّه يلاحظ جميع ما لها من المنافع بحسب الذات ويقدر بحسب ذلك مالية فيحكم بضمان تلك المالية، والعين حسب الفرض لها منافع كثيرة بحسب الذات غير منحصرة في إيقاع الصلاة، فيكون ما يقدر لها من القيمة والمالية أكثر من العين التي بحسب الذات والخلقة تنحصر فائدتها في إيقاع الصلاة، فالمقدار الزائد عمّا يقابل منفعة إيقاع الصلاة يكون الحكم بضمانها بلا جهة، لفرض كون سائر المنافع بلا مالك.

نعم الحكم بضمان التلف له وجه سواء كان المدرك قاعدة من أتلف، أم قاعدة اليد، بخلاف ما إذا قلنا بأنّ المسجد ونحوه غير ملك أصلاً، فإنّ موضوع القاعدة الأولى الإضافة إلى الغير، لأنّه مال الغير، وكذلك الثانية بملاحظة الغاية. إذا عرفت جميع ما ذكرنا، فاعلم أنّ الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور:

الصورة الأولى

أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالحیوان المذبوح والجذع البالي والحصير الخلق، قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاضته الشريفة - : هنا بحسب التصرّو ثلاثة مبان لا بدّ من التكلّم عليها وأنّ مقتضى اختيار كلّ منهما ماذا؟

الأول: أن نقول: إنّ عنوان ذي الفائدة ملحوظ في إنشاء الواقف على وجه

التقييد، ولا يتوهم أنّه من قبيل منقطع الآخر، إذ لا فرق بين وقف الحيوان على حمل الماء للمسجد مثلاً فمات، وبين وقف الشجر المثمر بقيد كونه مثمراً فسقط عن إعطاء الثمر، فإنّ كليهما من فوات الوقف بفوات الموضوع، وليس من التوقيت بمدة معينة فيصير من الوقف المزبور.

الثاني: أن نقول: إنّ غير ملحوظ له كسائر العناوين من البستانية والدارية وغيرهما، فالموضوع في إنشائه إنّما هو الذات بلا تقييد بقيد ولكن قد أخذ في حقيقة الوقف حيث كونه لا يباع ولا يوهب.

والثالث: أن نقول بعدم لحاظ العنوان المذكور قيداً ولا دخل قيد كونه لا يباع ولا يوهب في حقيقة الوقف.

فإن قلنا بالأول، فلا شبهة في زوال لون الوقفية بزوال الموضوع، أعني: الخروج عن قابلية الانتفاع في المنفعة المقصودة، إذ لا فرق بين زوال الموضوع بذاته وبين زواله بقيده، في أنّ كلاهما موجب لزوال الحكم المفروض تعلّقه بالمقيّد، وتخصيص الجاعل إياه به بنحو وحدة المطلوب، فلا فرق بين الوقف على هذا العنوان وبين إنشاء إيجاب الإكرام في موضوع العالم، فكما ينتفي الوجوب بانتفاء وصف العلم ولو بقي الذات فكذلك هنا أيضاً.

وما ذكرناه في نفس الوقف من إمكان أن يزول فصله الذي هو الحبس ويبقى أصل الاختصاص موجوداً بوجود آخر غير جار هنا، إذ المدعى هناك أنّ زوال الفصل من حقيقة لا يوجب زوال الجنس وعدم وجوده بوجود آخر، وأين هذا من زوال الغرض بزوال القيد الذي كان متقوماً به، ألا ترى أنّه مع أنّ الإنسان إذا مات يبقى جسمه جامداً لكنّ الخواص والآثار المتقومة بحد الإنسانية أو الحيوانية قد زالت عنه.

ثم بعد زوال لون الوقفية هنا بحسب مقام الثبوت احتمالات ، الأول: أن يرجع الملك إلى الواقف، الثاني: أن يصير من المباحات الأصلية، والثالث: أن يبقى ملكاً للموقوف عليهم.

والأول خلاف الأصل؛ إذ بعدما انقطعت علاقة المالك بالمرّة عن العين في حال وجود العنوان وصيرورته كأحد من الناس بالنسبة إليها، فالعود إليه بعد فقد العنوان يحتاج إلى دليل جديد، فإنّ دليل ثبوت الملك السابق له ليس عامّاً استغراقياً بالنسبة إلى أجزاء الزمان وإنّما مقتضاه إثبات أصل الملك ودوامه بمقتضى طبعه إلى أن يزيله مزيل.

وكذلك الاحتمال الثاني؛ لأنّه خلاف استصحاب ملكية الموقوف عليه، لا يقال: كما أنّ الوقفية في لحاظ المنشئ مقيدة بحال وجود المنفعة كذلك التملك الذي في ضمنه، فكما زال الأول بزوال الموضوع لابدّ من زوال الثاني أيضاً.

لأنّا نقول: لا نسلم كون الملكية بإنشاء المنشئ وأنّ إنشاء الوقف متضمّن لإنشاء التملك، بل نقول: إنّ العرف ينتزعون من إنشاء الوقف الملكية في الموقوف، وحيثذ فمن المحتمل أن يكون إنشاء الوقف في موضوع ذي المنفعة بنحو التقييد علّة محدثة لانتزاع الملكية في موضوع الذات ولا يكون باقياً ببقائها، وهذا بخلاف أصل الوقف حيث إنّ المفروض معلومية حال الجاعل في موطن الثبوت و أنّه قيده بحال وجود المنفعة، والشارع أيضاً لم يتعبّدنا بما وراء ما جعله الواقف، بل: «الوقف [عنده] تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله»^(١).

١- الوسائل: ج ١٣، الباب ٢، في أحكام الوقوف والصدقات، ص ٢٩٥، ح ١ و ٢، و الباب ٧، في أحكام الوقوف والصدقات، ص ٣٠٨، ح ٢.

لا يقال: قد تعرّضوا في البيع أنّه لو قال: بعتك هذا الفرس العربي بشرط كونه عربياً فانكشف عدم عربيّته فالبّيع صحيح والخيار ثابت لأجل تخلّف الشرط، وعلى ما ذكرت هنا يلزم الحكم هناك بالبطلان؛ لانكشاف تخلّف المبيع.

لأنّا نقول: كلامهم مبنيّ على حمل ذلك على الالتزام في ضمن الالتزام على نحو تعدّد المطلوب، وإلّا فلو فرض في مقام الثبوت أنّ البائع أراد التقييد كان من تخلّف المبيع لا محالة.

ثمّ إذا حكم بملكيّة الموقوف عليهم فالمانع من البيع من ناحية الوقف قد ارتفع فينحصر المانع في تعلّق حقّ البطون المتأخّرة، فإذا فرضنا أنّ البيع جمع بين حقوق البطن الحاضر والمتأخّر لأنّ الأمر دائر بين تركه حتّى يتلف، وبين صرف البطن الحاضر في مصالحهم بإتلافه، وبين بيعه وتبديله ليتّفع بالبدل البطن الموجود والمتأخّر كان المانع من هذه الجهة أيضاً مرتفعاً، إلّا أن يتمسّك في منع البيع باستصحاب كونه لا يباع في حال الوقفيّة.

ولكنّه مخدوش بأنّه بعد ما ثبت ملكيّة الموقوف عليه مع زوال الوقفيّة فالمرجع في الشكّ في نفوذ التصرفات الناقلة هو عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» و«أحلّ الله البيع»^(١) ونحوهما، لأنّ القدر المتيقّن تقييدها بحال الوقف، فيرجع في غيره لو احتمل كون العنوان علّة محدثة إلى العموم، وذلك لأنّ المرجع في المقيّد المنفصل المردّد بين الأقلّ والأكثر مفهوماً إلى إطلاق المطلق وعموم العام.

وليس هذا من موارد التمسّك في الشبهة المصداقيّة بدعوى تقييدها بعنوان المطلق ونشكّ في انطباقه في المقام؛ إذ لم يرد باعتبار هذا العنوان دليل وإنّما هو

شيء انتزعه من الموارد الخاصة المتعلقة فيها الحكم بالعناوين الخاصة، ولا من موارد استصحاب حكم الخاص بدعوى أن شخص هذا المال قد خرج عن عموم «الناس إلخ» في قطعة من الزمان ونشك بعدها، ولا عموم أزماني في المقام، وقد تقرّر أن المرجع في مثله الاستصحاب، وذلك لأنّ هذا مختص بما إذا لم يكن خروج الشخص بعنوان من العناوين كعنوان الوقفية في المقام، كما إذا علم أن زيدا في يوم الجمعة لا يجب إكرامه، حيث إنّ يوم الجمعة ليس من عناوين الموضوع وإنّما هو طرف للحكم.

فتحصل ممّا ذكرنا أنّ كلّاً من الملكية ووصف المنع عن البيع يتمّ فيه أركان الاستصحاب، ولكنّ الأول لا دليل اجتهادي يقتضي خلافه بخلاف الثاني، هذا ويمكن إثبات الملكية بوجه آخر غير الاستصحاب، وهو أن يقال: إنّ مفهوم الوقف مركّب إمّا خارجاً وإمّا تحليلاً عقلياً من جزئين، أحدهما: حبس العين، والآخر: تسهيل المنفعة، فمتعلّق الحبس، أعني: حبس الواقف نفسه عن التصرفات، نفس العين الخالية عن المنفعة.

وحينئذ فإذا زال أحد الجزئين وهو التسهيل بواسطة زوال موضوعه وهو المنفعة، فالجزء الآخر لا يحتاج في البقاء على حدّ النقص إلى تأثير مستقلّ كما تقدّم بيان ذلك. هذا بالنسبة إلى أصل الملكية، وأمّا جواز البيع فيتمسك فيه بالعمومات كما تقدم.

وإن قلنا بالمبنى الثاني، أعني: أنّ عنوان ذي المنفعة لم يوجد قيداً في الموضوع وإنّما هو الذات المجردة، وليس من جزء الوقف أيضاً تسهيل المنفعة، ولكن أخذ في حقيقة الوقف كون المتعلّق لا يباع ولا يوهب، فحينئذ من الممكن

ورود التعبد على خلاف القاعدة بجواز البيع، لكنّ الكلام في إمكان إثباته على القواعد.

فنقول: يظهر من كلام شيخنا المرتضى - قدس سرّه - إمكانه، قال - قدس سرّه -: ولو سلّم أنّ المأخوذ في الوقف إبقاء العين فإنّها هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العين والمفروض تعذّره هنا، انتهى. والظاهر أنّه - قدس سرّه - أراد إتمام المطلب على نحو المطلوبين المترتّبين، فأخذ التقييد بالمنع في الرتبة الأولى فقط، فلماذا تعذّر الانتفاع الذي هو الشرط في المطلوب الأوّل فهنا مطلوب آخر وهو وقف متعلّق بأصل المالّة غير مأخوذ فيها شخص المال، وعلى هذا لا إشكال في إمكان الإتمام على القاعدة، ولكن الشأن في استظهار ذلك من مقام الوقف، فإنّ طرق حالة الخراب والسقوط عن الانتفاع غالباً مغفول عنه في نظر الواقف.

فإن قلت: كيف ذلك والمنظور هو الثبات والدوام، ومع فرض كون العين غالباً معرضاً للآفات والخراب والسقوط عن الانتفاع كيف يصير ذلك مغفولاً عنه في نظره؟

قلت: كما أنّ انتفاء أصل الموضوع رأساً مثل موت الحيوان لا يمنع عن ملاحظة التأييد فيكون تأييداً في طرف الموضوع، كذلك الحال بالنسبة إلى انتفاء وصف الانتفاع.

قال شيخنا الأستاذ - أطال الله تعالى أيام إفاضاته الشريفة - : يمكن اختيار وجه آخر للتطبيق على القاعدة وهو أن يقال: إنّ الواقف قد أنشأ الوقف معللاً بغرض انتفاع البطون، فالتقييد مأخوذ في داعيه لا في مرحلة إنشائه، كما أنّ المشتري للدواء مثلاً إنّها ينشئ المعاملة بعليّة تسكين دائه لكن في الثاني لا يوجب

تخلف هذا الداعي، كما لو فرض عدم تسكين دائه بشرب الدواء، بطلان البيع، وذلك لأنّ المفروض أنّه أنشأ المعاملة مطلقة، والشارع في دليل صحّة المعاملة قد أمضى نفس إنشائه من دون مدخلة لغرضه في إمضاء الشارع.

وهذا بخلاف الحال في الوقف فإنّ إمضاء الشرع قد تعلّق بفعل المنشئ مع كونه معلّلاً بمثل غرضه، فإنّ الشارع إنّما يمضي الوقف لكونه من سبل الخيرات والصدقة الجارية التي ينتفع به الواقف حيّاً وميتاً، فإذا انسلك عنه هذا العنوان انفكّ إنشاء المنشئ عن الإمضاء وليس هذا تقييداً في الإمضاء وإنّما هو التعليل وقد بيّن الفرق بينهما في محله.

والفرق بين التعليل في إنشاء الشرع والتعليل في إنشاء غيره أنّ غيره ربّما يتوهم جهلاً مركّباً فاقداً لعلّة واجداً لها فينشأ فيه المعلول من البيع مثلاً مبنياً على هذا الاعتقاد الخطائي، ولكنّ الشارع حيث إنّهُ عالم بالغيب يختصّ بإنشاؤه بموارد وجود العلة لا غير، فلو فرض أنّ العلة التي صارت في البيع علة لإنشاء البائع كانت علة لإمضاء الشارع بأن كان الشارع متابعاً لأغراض المعاملين، لكان اللازم هو الحكم بالبطلان عند تخلف الداعي فيها أيضاً، ولكن ثبت فيها أنّ الشارع إنّما يلاحظ إنشاءهم دون أغراضهم، والمفروض أنّ الإنشاء مطلق، غاية الأمر مبنياً على الاعتقاد الخطائي.

وبالجملة: لا إشكال في إمكان هذا الوجه وتمايّه ثبوتاً، إنّما الكلام في مرحلة الإثبات وأنّ إمضاء الشرع معلّل بغرض الواقف على وجه يستكشف من عدمه عدم الإمضاء لا على سبيل الحكمة، ولم يستبعد شيخنا الأستاذ - دام أيام بقاءه - استظهاره بملاحظة تسميته في الأخبار بالصدقة الجارية وأنّ الشارع إنّما يراعي نفع عباده فتأمل وأما قوله - عليه السلام -: الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها

فالمقصود امضاء الكيفية المرسومة بعد الفراغ عن خيرية أصل موضوع الوقف، ثم بعد زوال لون الوقفية بقاء ملكية الموقوف عليه وجواز التصرفات الناقلة يكون الكلام فيهما ما تقدّم حرفاً بحرف.

وإن قلنا: بالمبنى الأخير من عدم أخذ المنفعة لا في الموضوع ولا في المحمول وعدم أخذ المنع عن المعاملة في مفهوم الوقف وإنشائه، فالمانع عن البيع حينئذٍ منحصر في الأدلة المانعة مثل لا يجوز شراء الوقف، ويمكن دعوى انصرافها عن هذه الصورة فيكون جواز البيع فيها على طبق القاعدة، هذا بحسب مقام الثبوت والتصور.

وأما مقام الإثبات فقال شيخنا الأستاذ — أطال الله أيام إفاداته الشريفة —: الظاهر مأخوذية قيد الانتفاع والحبس بمعنى المنع عن التصرفات الناقلة كليهما في حقيقة الوقف، أما الثاني فقد اتضح مما تقدّم، وأما الأول فلأن الظاهر أن الوقف عبارة عن فعلين تحليليين يوجدان بإنشاء واحد، أحدهما ملحوظ مقدّمة وتوطئة للآخر، أحدهما: حبس العين، والثاني: إطلاق المنفعة، فالأول، أعني: الحبس، إنّما هو ملحوظ تبعاً ومقدّمة لأن تصل المنفعة إلى جميع البطون، فالجزء الأعظم فيه هو تسييل المنفعة لا أن يكون حاله كالبيع فتكون ملكية المنافع تبعاً للملكية العين.

ومن هنا لو كانت العين مسلوبة المنفعة إلى مدّة لكونها مستأجرة يشكل صحّة وقفه إلّا مشروطاً، وهذان الجزآن مندجان وموجودان بإنشاء واحد، ولازم ذلك أن يكون الموضوع هو العين المقيّدة بكونها ذات منفعة، إذ هو القابل لهذا المحمول الإنشائي البسيط المنحل إلى جزئين، فتصير العين التي في ضمن هذا المقيّد متّصفة بالحبس، والمنفعة متّصفة بالإطلاق.

وإن شئت قلت: العين المقيّدة بالمنفعة تصير عينها محبوسة ومنفعتها مطلقة، ومن هنا إذا زال التسهيل بالخراب والسقوط عن الانتفاع لم يبق الحبس؛ إذ المفروض أنّه ليس الفعلان منحايزين في الإنشاء فليست القضية الإنشائية عبارة عن حبست العين وسبّلت الثمرة، بل هي عبارة عن قوله: وقفت هذه العين، فكلّ من الجزئين المندمجين في وقفت، وارد على العين المقيّدة، فبارتفاع القيد يرتفع الوقف بكلا جزئيه.

وهذا بخلاف الحال في باب البيع حيث إنّ نقل المنفعة تبع لنقل العين وليس فعلاً مستقلاً بإنشاء مستقل، فالعين في حال المنفعة تقع موضوعاً لا بقيدها، بل وكذا الحال في وصف المالية التي هي صفة منتزعة للعين من ملاحظة المنافع، فلا يلزم بطلان البيع بزوال المالية، فإنّ المبيع إنّما هو الدار والكتاب والفرس وسائر الأشياء بعناوينها الأولى لا بما هي مال، ومعنى تفسيره بمبادلة مال بمال: لزوم كون مورده مالاً لا أن يكون وصف المالية ملحوظاً في نظر المنشئ قيداً، نعم وصف المالية والمنافع ملحوظ في الداعي والغرض.

وأما كيفية ملك البطون للمنفعة، فهي أنّ المنفعة الحاصلة في مدّة عمر كلّ طائفة جعلت مسبّلة على هذه الطائفة، فالمنافع المقسطة على الأزمان جعلت كلّ قطعة منها مقدّرة بقدر عمر كلّ طائفة ملكاً لتلك الطائفة، ومن هنا ليس لها إجارة العين في مدّة تزيد عادةً عن عمرها.

وأما ملك العين، فحيث إنّ غير قابل للتقسيت والتبعض بحسب أجزاء الزمان، فلا يمكن إنشاء ملكية الرقبة في مدّة عشرة أيّام مثلاً، فنقول: الملك هنا أيضاً كسائر الأبواب غير مقدّرة بزمان، بل الملكية مطلقة ولكنّ المنشئ جعل وصف انتقاله بموت الطائفة الأولى إلى الثانية في منشئه، فكما أنّ ملك الأب غير

مقدّر بزمان ومع ذلك بالموت ينتقل إلى الابن بالجعل الشارعي، كذلك هنا، غاية الأمر أنّ الانتقال والتلقّي في كلّ بطن من سابقه يكون بالجعل المالكى.

وحينئذ فكلّ ما كان مجموعاً بإنشاء المنشئ فاللازم - حيث إنّ الفرض تقييد إنشائه بالمنفعة بل كونها جزءاً رئيساً فيه - هو أن يزول بزوال المنفعة وهو المَجْعُول الواحد الذي هو الوقف المنحلّ إلى حبس العين بمعنى المنع عن التصرفات الناقلة والتسبيل، وما كان هذا الإنشاء علّة لانتزاعه وحدوثه، وهو الإضافة للملكيّة إلى العين وإلى المنفعة فهو مستصحب البقاء، حيث إنّ الملكيّة وإن كانت غير الماليّة ولهذا ليس حطب الصحراء ملكاً مع كونه مالاً، لكنها ليست منتزعة إلاّ عن إضافة تامّة شخصيّة إلى المال، فإذا صار المال مضافاً إلى شخص خاص فهذا منشأ لانتزاع الملكيّة.

فنبول: الواقف أولاً نزع الإضافة عن نفسه بالكلية، لأنّ هذا حال من صار بصدد وقف ماله مؤبداً فلهذا لا يعود إليه بعد بطلان الوقف بواسطة الأدلة الاجتهاديّة بأن يقال: القدر المتيقّن تقييدها بحال الوقف، بل قد عرفت أنّه لا يمكن نزع الملكيّة المادامي وإعطائها، فتقطع الملكيّة بالأدلة بعد نزع المالك لها رأساً لا وجه له.

ثمّ بعد هذا النزع أعطاها في العين والمنفعة على النحو الذي مرّ للموقوف عليهم، فالعرف من هذا النزع والإلصاق ينتزع الملكيّة في العين والمنفعة لا أنّ إحداث ملكيّتهما من فعل المنشئ وإنشائه حتى يقال يلزم ارتفاعها بارتفاع ما جعله قيداً في موضوعهما من المنفعة ولا مجال مع هذا لاستصحابها كما في أصل الوقفيّة.

وحينئذ فحيث إنّ من الممكن بقاء هذا المنتزع ولو كان منشأ انتزاعه زائلاً،

بأن كان حال المنشأ هنا حال الماء المتغير بالنسبة إلى عرض النجاسة حيث إن قيد التغير علة محدثة لا مبقية، فكذا هنا أيضاً العين الموقوفة صارت ملكاً بالطريق المتقدم، فمن الممكن كون قيد الموقوفة علة محدثة لا مبقية، فإذا جاء هذا الاحتمال كان المجري للاستصحاب.

لا يقال: على ما ذكرت من أن المنشأ هو الإضافة المطلقة بالنسبة إلى العين لا المقيدة بمدة العمر، فما دامت العين معمورة لم يجز للبطن الأول البيع، لمنافاته مع الحبس الذي فرض في مدلول الوقف. وأما إذا صارت خربة وبطل الوقف والحبس الذي في ضمنه فما المانع حينئذ من بيع هذه الطائفة الأولى لأنفسهم وأكلهم ثمنه، كما أن الأب يجوز له البيع ولا يلزم عليه رعاية الابن.

لأننا نقول: لإنشاء الواقف أثران: سلطنة قوية للبطن الأول تسمى ملكاً، وضعيفة للبطن اللاحق تسمى حقاً، وهي حق أن يبقى العين فيتلقاها من البطن الأول، إذ هذا أيضاً شيء ينتزعه أهل العرف، وبه يمتاز عن مسألة الأب والابن، فكما نستصحب الملكية للبطن الأولى كذلك نستصحب الحق للطائفة اللاحقة، وليس هذا الاستصحاب محكوماً للأدلة الاجتهادية المقتضية لتسلط الملاك على أموالهم ونفوذ تصرفاتهم في أموالهم، فإن الموضوع فيها أموال أنفس الملاك لا حقوق سائر الناس ممن عداهم، فالمنع عن التصرف لكونه في متعلق حق الغير ليس تخصيصاً في تلك القواعد بل خروج موضوعي.

وعلى فرض التنزل وكون ذلك تخصيصاً فيها بواسطة قوله: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال الغير إلا بإذنه» وما يشابهه، فالاستصحاب أيضاً جار لكونه متقحاً لموضوع الدليل المخصص. وبالجمله: الاستصحاب إما تخرج للموضوع

عن أفراد العام، وإما مدخل له في أفراد الخاص، وعلى كل حال ليس محكوماً بالعام.

ثم إنك عرفت أن العين بعد الخراب تصير بواسطة الاستصحاب كما قبل الخراب في كون رقبته ملكاً لهذه الطائفة ومنتقلة بعد الموت إلى اللاحقة والمنفعة ملكاً طلقاً للطائفة الأولى تصرفها في منافع نفسها، وكذلك منافع زمان الطبقة الثانية ملك طلق لهم، وهكذا، فلا بد أن يكون البدل في المعاوضة عيناً ذات منفعة حتى يصير بهذا المنوال من ملكية الرقبة وطلقية المنفعة، إذ ليس النقد قابلاً لذلك، لعدم المنفعة له؛ إذ كل نماء حصل من الاتجار به فلا بد من احتسابه من رأس المال ولا يجوز صرف البطن الموجود له في مصالحهم، لأن فيه حق جميع البطون كالمبدل، لأنه عوض للمبدل الذي هو كان كذلك، فلا بد من تبديل النقد على فرض المعاوضة به بالعين ذات المنفعة، نعم يمكن أن يكون الصلاح في البيع بالنقد وإبقائه مدة والاتجار به واحتساب النماء من رأس المال إلى أن يتمكن من شراء العين ذات المنفعة.

ثم العين المشتراة - كما عرفت - تصير بنفس الشراء ملكاً للبطون على نحو كان الثمن ملكاً لهم، وعلى هذا فما قاله بعض من إجراء صيغة الوقف على هذه العين لا وجه له، إذ يصير من قبيل الوقف على النفس الذي ادّعي الإجماع على بطلانه، والأصل فيه قبله أن من المسلم كون الوقف صدقة ولا معنى لصدقة الشخص على نفسه، فلا تتحقق حقيقة الصدقة إلا مع تعذر المعطي والمعطى له.

ثم إن المتصدّي لهذا البيع لا يجوز أن يكون هو متولي الوقف، إذ المفروض

أَنَّ متعلّق توليته أمور مخصوصة من إيصال الموقوف عليهم وليس منها البيع ونحوه فهو كالوكيل في جهة خاصّة ليس له تصدّي غير تلك الجهة.

نعم لو فرض الجزم بالمراتب في الوقف بأن يكون المنشئ أنشأ الوقف في فرض وجود المنفعة وأنشأ الاختصاص في أصل المالمية بعد انتفائها أمكن القول بأن وظيفة المتولّي ثلاثة أمور: إيصال المنافع، والبيع، ثم إيصال المنافع، لكنّ الجزم بهذا مشكل بل لا يبعد الجزم بخلافه.

فرع

لو خرب بعض الوقف وخرج عن الانتفاع وبقي بعضه محتاجاً إلى عمارة لا يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقة فهل يصرف ثمن المخروب إلى عمارة الباقي وإن لم يرضى البطن الموجود؟ قال شيخنا المرتضى - قدس سرّه الشريف -: وجهان آتيان في ما إذا احتاج إصلاح الوقف بحيث لا يخرج عن قابلية انتفاع البطون اللاحقة إلى صرف منفعته الحاضرة التي يستحقّها البطن الموجود إذا لم يشترط الواقف إخراج مؤنة الوقف عن منفعته قبل قسمته في الموقوف عليهم، انتهى.

قال شيخنا الأستاذ - أطال الله أياّم إفاضاته الشريفة - في المسألة صور:
الأولى: أن يكون ما يعطى بثمر البعض المخروب مساوياً للبعض الباقي في المنفعة، كما لو كان كلّ منهما يؤجر كلّ سنة خمسين توماناً، وحينئذ فالأمر دائر بين صرف الثمن في عمارة البعض الثاني ليطول بقاؤه حتّى تنتفع به البطون اللاحقة من دون أن تزيد منفعته كأن كانت قنواته قريبة من الانطلاس فصرف الثمن ليطول بقائها من دون إزدياد مائها وغلة الأراضي، فيصل على هذا التقدير إلى كلّ

من البطن الحاضر والغائب كلّ سنة خمسين تومانا، وبين صرفه في شراء ما يؤجر كلّ سنة بالأجرة المذكورة فيصل إلى البطن الحاضر كلّ سنة مائة تومان، خمسين من أجرة البعض القريب الانطماس، وخمسين من أجرة الجديد الابتياح، ويصل إلى الغائب كلّ سنة خمسين تومانا من أجرة الثاني لفرض انطماس الأول على تقدير عدم العمارة وعدم بقاءه إلى زمانهم، فالصرف في التعمير المذكور إخراج لخمسين تومانا من كيس الموجودين مع عدم تفاوت بحال المعدومين لفرض كون الواصل إليهم على كلّ تقدير خمسين تومانا.

الثانية: أن يكون ما يتناع بالثمن المذكور أكثر منفعة من الباقي كأن كان أجرة الباقي على تقدير التعمير بالنسبة إلى كلّ من الحاضر والغائب كلّ سنة عشرة توامين وما يتناع خمسين تومانا، فعلى تقدير الابتياح يصل كلّ سنة إلى الحاضرين ستين تومانا وإلى الغائبين خمسين تومانا كما هو واضح، وعلى تقدير التعمير يصل إلى كلّ منهم ستة عشر تومانا فهذا تفويت لخمسين تومانا من الحاضرين ولأربعين من غيرهم، والظاهر فيها بين الصورتين عدم مجال لاحتمال جواز التعمير مع عدم رضى الموجودين، ومجرد صيرورة البعض الباقي - على تقدير التعمير طويل البقاء بعنوان الوقفية بخلاف البعض المتناع حيث إنّه مسلوب عنه العنوان المذكور - لا يصير مجوّزا، فإنّ ما على عهدة المتولّي للوقف حفظه من التخريب لا من الخراب ولو بصرف مال من كيسه أو كيس الغير في تعميره.

الثالثة: أن يكون ما يتناع أقلّ منفعة من الباقي كأن كان أجرة الباقي على فرض التعمير لكلّ طبقة في كلّ عام مائة تومان وأجرة ما يتناع عشرة توامين،

فيدور الأمر بين أن يفوت من الحاضرين كل سنة عشرة توأمين ليزيد على منفعة الغائبين تسعون، وبين أن يفوت من الغائبين كل سنة تسعون ليزيد على منفعة الحاضرين عشرة، والظاهر في هذه الصورة لزوم الصرف في التعمير، وذلك لأنّ هذا من كبرى ما أستفيد من نفي الضرر من أنّه متى دار الأمر بين ضرر شخص وضرر آخر وكان أحد الضررين أخفّ كان المتعيّن اختياره، نعم لو كان متوجّهاً إلى شخص لا يجب على غيره دفعه عنه بإيراده على نفسه بملاك أنّ العباد كلّهم في نظر الشارع كالعبد الواحد.

فنعول في المقام: مجموع الجزء الصحيح وبدل الجزء البائر متعلّق لحقّ مجموع السلسلة الطوليّة المركّبة من البطن الحاضر ومن يتأخّر عنهم وقد دار الأمر بين أن يورد الضرر المقدّر بعشرة على هذه السلسلة، وبين أن يورد الضرر المقدّر بالتسعين عليها، فمقتضى مطلوبيّة نفي الضرر عن هذه السلسلة على قدر الإمكان لزوم اختيار الأقلّ، فيلزم على الحاكم القائم مقام المعدومين إلزام الموجودين بصرف الثمن في الجزء الصحيح، وليس هذا من إشراف حائط إنسان على الخراب حيث لا يلزم إنسان آخر بدفع المال لترميمه، لأنّ الضرر هناك متوجّه إلى الأوّل ولا مساس له بالثاني بخلاف المقام، فإنّ الجزء الصحيح وإن كان لو خلّي وطبعه يخرب وتضرّر به المعدومون فقط.

لكنّ الفرض أنّ هنا مالاً موجوداً في الخارج وهو بدل الجزء البائر وهو وإن كان ملكاً للموجود بلا شركة المعدوم وإنّا يتلقّى منه المعدوم كباب الإرث ولكن ليس أجنبياً صرفاً عنه، بل متعلّق لحقوقهم، فتوجّه الضرر إليهم إنّما هو بعد عدم صرف هذا المال الذي فيه لهم حقّ في تعميره وإلاّ كان متوجّهاً إلى الموجود.

ومن هنا يتوجّه الإشكال على شيخ أساتيدنا العظام الميرزا الشيرازي

- قدّس سرّه اللطيف - حيث جعل المقام أخيراً في حاشيته على مكاسب شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - من باب توجّه الضرر إلى المعدومين فقط، كما أنّه يتوجّه عليه - قدّس سرّه - في جعله المقام أولاً من باب دوران الأمر بين محروميّة الطبقة اللاحقة من منافع الجزء الصحيح أو الأولى من بدل الجزء البائر، فلا ترجيح لإحدى الطبقتين على الأخرى فللحاكم القائم مقام الطبقة الثانية اختيار انتفاعهم بمنافع الأولى.

إذ يرد عليه - قدّس سرّه - أولاً: أنّه ليس المقام من دوران محروميّة إحدى الطائفتين، بل من دوران الأمر بين محروميّة المعدومين فقط أو محروميّتهم ومحروميّة الموجودين معاً في جميع الصور الثلاث.

اللّهم إلّا أن يفرض أنّ ما يشتري بضمن البائر لا يقبل الإنثار إلّا بعد انقراض الموجودين ثمّ يوازي ثمرته مع ثمرة الجزء الصحيح الموجود حال حياة الموجودين البائر بانقراضهم، إذ حيثنشدّ يتساوى ضرر كلتا الطائفتين، ولكن يرد حيثنشدّ إشكال آخر وهو أنّ ظاهر عبارة شيخنا العلامة المرتضى أنّ أحد الوجهين لزوم إلزام الحاكم الطبقة الموجودة مع عدم رضاهم ومقتضى ما ذكره جواز ذلك، وظاهره توجيه أحد الوجهين في هذه الصورة.

ثمّ إنّّه لم يعلم وجه لما ذكره شيخنا المرتضى في الفرع الآخر، أعني: ما إذا توقّف انتفاع اللاحقين على صرف المنفعة الحاضرة في تعمير الموقوفة من جريان الوجهين فيه، إذ بعد كون المنفعة ملكاً طلقاً للموجودين كيف يصحّ إلزامهم بالصرف لأجل أن يتنفع اللاحقون، وأي فرق بين هذا وسائر أموالهم؟ نعم لو شرط الواقف أن يكون أصل تملك البطون في كلّ زمان للمنافع بعد موته العين فهو مطلب آخر، وحيثنشدّ لا ملكيّة للموجودين أصلاً.

الصورة الثانية

من صور بيع الوقف أن يخرب بحيث يقل انتفاعه، فإن كان بمثابة يعدّ معدوماً بالكلام كما تقدّم حرفاً بحرف، وإن كان لا يعدّ معدوماً لكن لا يعتدّ به كمزرعة خربت ولكن ما خرجت عن عنوان المزرعة، أو دار كذلك لكن فرض قلّة منافعهما بحيث لا يعدّ شيئاً معتداً به عرفاً، فمع العلم بثبوت التقييد بالمنفعة المعتدّ بها يكون كما تقدّم، ومع العلم بالعدم الموضوع محفوظ والوقفية باقية ولا وجه للجواز، ومع الشك نستصحب الوقفية لوجود الموضوع العرفي وهذا لا كلام فيه.

إنّما الكلام في ما إذا انعدم عنوان الوقف كما إذا وقف بستاناً مثلاً ملاحظاً في عنوان وقفه البستانية فخربت حتّى خرجت عن قابليّة ذلك فإنّه وإن لم تبطل منفعتها أصلاً لإمكان الانتفاع بها داراً مثلاً لكن ليس من عنوان الوقف، فاختار صاحب الجواهر - قدّس سرّه الشريف - تقوية البطلان في هذا الفرض.

وأورد عليه شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - بعد مخالفته للإجماع بما لفظه: أنّه إن أريد بالعنوان ما جعل مفعولاً في قوله: وقفت هذا البستان فلا شك أنّه ليس إلّا كقوله: بعث هذا البستان أو وهبته، فإنّ التملك المتعلّق بعنوان لا يقتضي دوران الملك مدار العنوان، فالبستان إذا صار ملكاً فقد ملك منه كلّ جزء خارجي وإن لم يكن في ضمن عنوان البستان، وليس التملك من قبيل الأحكام الجعلية المتعلّقة بالعناوين. وإن أريد بالعنوان شيء آخر فهو خارج عن مصطلح أهل العرف والعلم، ولا بدّ من بيان المراد منه. انتهى المقصود من كلامه - زيد في علوّ مقامه -.

وحاول السيد المحقق الطباطبائي اليزدي في باب الوقف من العروة الوثقى الفرق بين باب البيع وأمثاله - فالعنوان فيها مأخوذ مورداً، فقوله: بعث هذا البستان في قوة بعث هذا الشيء - وبين باب الوقف، فالعنوان مأخوذ قيداً وعنواناً للموضوع.

وفيه: أنه ليس في باب البيع أيضاً مورداً وإلا لزم فيما إذا قال: بعثك هذا الفرس، وكان المشار إليه كتاباً، أن يصح البيع لكونه في قوة: بعثك هذا الشيء، فلا فرق بين هذا وبين قوله: بعثك هذا البستان، فظهر كونه عرصه، فإنه أيضاً كالأول من تخلف المبيع.

قال شيخنا الأستاذ - أطال الله تعالى أيام إفاداته الشريفة -: إن الحق مع صاحب الجواهر من أنه إن علم أنه أراد وقف البستان على وجه الموردية كما إذا قال وقفته لينتفع به على حسب ما يصله من المنفعة في كل زمان فلا يضرّ تغير العنوان وإن علم أنه أراد ذلك على وجه التقييد كما إذا قال: وقفته لينتفع بثمره، فتغيّره موجب لبطلان الوقف، والعنوان في البيع وإن كان قيداً لا على وجه الموردية ولكن مع ذلك انتفائه لا يوجب بطلان الملكية هناك ويوجب الخروج عن الوقفية هنا.

توضيح الفرق: أن الملكية المنشأة في البيع غير قابلة للتأييد ولا التوقيت بغاية معينة، فإن المنشئ إنَّما ينشئ الملكية في الخارج كما يسود الجسم، وأما كونها دائماً أو مؤقتاً إلى زمان كذا، فليس يتأثر من قبل إنشائه، وحيثئذ فما هو الوظيفة في ذاك الباب إنَّما هو إحداث أصل الملك فإذا علّق على عنوان فالإلزام تحقق هذا العنوان في زمان الإحداث فقط.

فإن قلت: كما يمكن في طرف المالكية تعليقها بالعنوان مع عدم قابليتها للتأبيد والتوقيت كما في ملك الفقير أو العالم في الوقف بحيث إذا انسلب العنوان انسلبت المالكية، فأني مانع من أن يكون الحال في طرف المملوكية كذلك؟

قلت: لا بدّ من مراجعة أهل العرف ونحن نراهم يعتبرون المملوكية المنشأة في أبواب العقود كالمالكية فيها كالأعراض القائمة بالجسم كالسود والبياض حيث إنّ إحداثها ولو كان بملاك عنوان خاص، مع ذلك يبقى بعد زوال ذلك العنوان، ويعتبرون المالكية والمملوكية في غير تلك الأبواب، أعني: ما كان بتعبّد من الشرع أو بانتزاع من العرف عقيب إنشاء شيء آخر كالوجوب وسائر الأحكام في القابلية للقيام بالعنوان، فكما أنّ وجوب الإكرام قابل للقيام بعنوان العالم، كذلك وصف المالكية والمملوكية المذكورتين في نظرهم واعتبارهم.

هذا حال البيع، وأمّا الوقف فهو قابل للتأبيد وللتوقيت بناءً على صحة الوقف المنقطع الآخر، فالمنشئ إنّما ينشئ تحبيساً مطوّلاً بطول الزمان بحيث يكون استمراره في كلّ آن من تأثير إنشائه، فحال تمام أزمته وجود الوقفية هنا حال زمان حدوث الملكية هناك، فكما كان اللازم ثبوت العنوان في ذلك الجزء هناك يلزم هنا في جميع الأجزاء.

فإن قلت: يمكن كون الوقفية والحبسية كالملكية غير قابلة للقيام بالعنوان وإنّما يقوم بالأجزاء الخارجية للمعنون.

قلت: المدعى عدم كونها بحسب الخارج واعتبار العقلاء كالملكية وقبولها للقيام بالعنوان كوجوب الإكرام، وحاصل المقام أنّ البابين مشتركان في لزوم ثبوت العنوان حال فعل المنشئ، لكنّ الفرق أنّ فعل المنشئ هناك فعل واحد

كالتسويد وهنا بمنزلة أفعال عديدة بعدد أبعاض الزمان، ومن هنا يكون الشك في الملكية المنشأة في العقود أبداً منحصراً في الشك في المزيل والرافع بخلاف الحبسية، فإن الشك فيها ممكن من جهة المقتضي ومن جهة الرافع.

وحاصل ما ذكر هو الفرق بين أخذ الانتفاع في الموضوع – كما في الصورة الأولى فإنه لا يقع إلا على وجه واحد –، وبين أخذ العنوان الآخر كالبستانية مثلاً فيه كما في هذه الصورة، فإنه يقع على وجهين:

أما الأول: فلأن الوقف كما عرفت تحييس العين وتسهيل الثمرة دائماً وهذا المحمول لا يحمل إلا على المعنون بالانتفاع بما هو معنون دون الذات المجردة، وحينئذ إذا زال كلا الجزئين فزال التحييس لأجل جواز البيع، وكذا التسهيل لأجل ارتفاع المنفعة فكيف يبقى المعنى المذكور، أعني: التحييس والتسهيل الدائمين الموجودين في كل وقت.

وأما الثاني: فلأن عنوان البستانية يمكن أن يلاحظه الواقف مورداً كما قال: وقفت هذا البستان حسب ما يقبله من الانتفاع في كل زمان، ويمكن أن يلاحظه موضوعاً وعلى وجه القيدية كما قال: وقفته ليأكلوا من ثمره.

أما القسم الأول فلا كلام فيه، وأما الثاني فحاصل الفرق بينه وبين البيع حيث إن العنوان فيه إذا أخذ قيداً لا يبطل بزواله، ألا ترى أنه لو أشار إلى جزئي خارجي وقال: بعثك هذه الحنطة فبان دقيقاً كان باطلاً، وهذا دليل كونه قيداً لا مورداً كما في المقام، ومع ذلك لا تخرج الحنطة بصيرورتها دقيقاً وخبزاً عن ملكية المشتري بخلاف المقام، حيث إنه هنا يوجب زوال الوقفية أن الملكية التي هي المنشأة هناك مطلقة وبلا قيد من الدوام والتوقيت، فالذي يوجد باختيار المنشئ

ويُنشأ بإنشائه إنَّما هو حدوث الملك، فالمعتبر وجود العنوان حال الحدوث، وأمَّا بعده فانسلا ب العنوان وإن كان يوجب صيرورته موضوعاً آخر كحال الحدوث لكن لا يوجب ارتفاع الملكية؛ لأنَّها في البقاء لا يدور مدار إنشاء المنشئ حتَّى يلاحظ القيد الذي اعتبره. بل إنشائه المتعلِّق بالمقيّد علّة عرفاً لعروض الملكية على ذات المقيّد فمع انتفاء القيد حال الحدوث لا يتقيّد حتَّى تعرض الملكية ذاته وبعد وجوده في هذا الحال ومعروضية الذات يصير القيد في مرحلة البقاء ملغى.

فإن قلت: على هذا لو صرَّح المنشئ بالدوام وقال: ملّكتك هذا البستان مثلاً دائماً يلزم بطلان التملّك بزوال البستانية.

قلت: نعم ولكن قيد الدوام غير ممضى للشرع. والحاصل: أنَّ الملكية في جميع أبواب العقود التي مضمونها إنشاء الملك ليست إلّا مطلقة، وليس بقاؤها من فعل المنشئ، فلهذا زوال العنوان في مرحلة البقاء لا يضرّ، فلو قال: بعثك هذا العباء أيَّها العالم، على وجه كانت العالمية قيداً فليس المعتبر إلّا العالمية في ذاك الحين.

نعم في غير أبواب العقود المنشأة للملك، أعني: ما إذا حصل بتعبّد من الشرع كحصولها بالإحياء أو بانتزاع من العرف عقيب إنشاء المنشئ أمراً آخر كما اخترناه في باب الوقف حيث إنَّه ليس إنشاء التملك وإنَّما هو إنشاء الحبس والتسبيل، وهو منشأ لانتزاع الملكية لا مانع من الملكية المؤقتة المغيَّاة بزوال العنوان، فيمكن كون الأرض الحية بوصف الحيائية ملكاً للمحيي، كما أنَّ العالم في باب الوقف أو الحي، بما هما كذلك معروضان للتملّك، ففي غير باب العقود يمكن الشكّ في الملكية من جهة المقتضي وأمَّا في ذاك فمحصّر في الشك من جهة المزيل.

هذا حال البيع، وأمّا الوقف فبعد اشتراكه معه في قيدية العنوان كما هو المفروض في هذا القسم يفترق معه في أنّ الدوام هنا أيضاً جزء من المنشأ وداخل فيه، فحال البقاء والحدوث كليهما هنا حال الحدوث وحده هناك، فكما كان المعتبر ثبوت العنوان في مرحلة الحدوث فقط هنا - لأنّ المقدار الذي كان الأمر تابعاً لإنشاء المنشئ إنّما هو الحدوث فقط - يكون المعتبر هنا ثبوته في كلتي مرحلتي الثبوت والبقاء، لأنّ البقاء هنا أيضاً كالحديث تابع للإنشاء.

فقول القائل: وقفت هذا البستان، في هذا القسم ينحلّ إلى إنشاءات بعدد أجزاء الزمان كلّ منها معلق بعنوان البستانية، نعم لو قيد العنوان بالحاصل منه حال الإنشاء بأن قال: وقفت هذا البستان، أعني: المتّصف بالبستانية حال الوقف وسبّلت منفعته دائماً، فتغيير العنوان لا يضرّ، لأنّ عنوان البقاء أيضاً هو العنوان الحدوثي.

وأمّا لو جعل الوقف والدوام على موضوع البستان فالمعتبر بقاء البستانية في جميع الأزمان، ولا فرق في ذلك بين اعتبار الدوام قيماً للربط أو للحبس الذي هو المربوط، أعني قال: جعلت البستان دائماً حبساً، أو قال: جعلته حبساً مغلّداً دائماً.

أمّا الأوّل فواضح، وأمّا الثاني فلاّنه مثل قولنا: الضرب الدائم أو المغيبي بعشرة أيام لهذا العالم واجب على وجه كانت العالمية قيماً، فكما لا شبهة أنّ الحكم الإيجابي يزول بزوال العالمية في أثناء المدّة فكذلك قولنا: الحبس الدائم جعلته وأنشأته في هذه الأرض معلقاً بعنوان البستان.

وما ربّما يتوهم أنّ هذا النحو من الوقف مناف مع التأييد المعتبر فيه، ففيه: أنّ المعتبر عدم التوقيت لا التأييد وإلاّ فيلزم بطلان وقف ما لا يقبل الأبدية، كالحیوان، وإن شئت قلت: المعتبر هو التأييد في فرض وجود الموضوع وهذا المعنى موجود هنا كما هو واضح.

ثمّ إنّ صاحب الجواهر - قدّس سرّه الشريف - بعد ما ذكر ذلك قاييس المقام بالوصية قبل موت الموصي وقبول الموصى له، فكما أنّه لو زال عنوان الوصية كالبستانية يوجب بطلان الوصية كذلك في المقام، فأورد عليه شيخنا المرتضى - قدّس سرّه اللطيف - بأنّ المناسب أن يقايس المقام بالوصية بعد تمامها بموت الموصي وقبول الموصى له، فكما لا يوجب زوال العنوان هناك زوال الوصية فكذلك في المقام.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاضاته العالية -: إنّ المناسب لتأييد مراده هو الوصية قبل التمام، وذلك لأنّ الإيجاب ما لم يلحقه القبول يعتبر بقاء العنوان المعتبر فيه إلى حين حصول القبول ليتوافق القبول مع الإيجاب ويتواردا على موضوع واحد، فباب الوصية بين إيجابها وقبولها في الدوران مدار الإنشاء والمتابعة له حاله حال المقام في جميع الأزمان، وأمّا بعد تمام القبول فيخرج الإنشاء عن المؤثرية في ذاك الباب، فلهذا لا يؤثر زوال العنوان شيئاً، فحيثذ يصير أجنبياً عن المقام، فالمناسب بالمقام منها إنّما هو ما بين إيجابها وقبولها، وتخصيص الوصية من بين سائر العقود مع جريان ذلك في الجميع هو ما تعارف فيها دون سائر العقود من الفصل الطويل غالباً في ما بين إيجابها وقبولها، فتدبر.

وهنا فروع

الأول: لو كثر في الطبقات المتأخرة عدد الموقوف عليهم كالأولاد، إلى حدّ يكون الواصل إلى الواحد منهم من غلّة الموقوفة مثلاً في القلّة إلى حدّ لا يعدّ مالاّ كحبة حنطة، وأقلّ كما لو كان تمام غلّة الموقوفة عشرين مثلاً وبلغ عدد الأولاد إلى آلاف الوف، فهل يلحق هذا بصور سقوط الأرض عن القابلية للانتفاع أو لا ؟ الظاهر الأول، فإنّ نظر الواقف إلى انتفاع الأولاد المفقود في الفرضين، فالوقفية زائلة بزوال الموضوع.

وأما جواز البيع و الانتفاع بالثمن وأكل الطبقة الحاضرة إيّاه فيمكن أن يقال: إنّه ما لم يصل إلى حدّ كان حاله حال المثلث في كثرة القلّة عند التوزيع يجوز ذلك فيبادرون بالبيع قبل بلوغ عدد الأولاد إلى حدّ كان حال الثمن أيضاً كذلك، أو يقال: إنّ ترجيح هذه الطبقة على من لحقهم ممّن حالهم كحالهم في ما ذكر ليس بأولى من العكس، وإذن فيؤخّر البيع إلى طبقة تغلب على الظن صيرورة الثمن بعد انقراضهم في القلّة كالثلث.

أما أصل الجواز، فلاّنه مقتضى الملكية وعدم الوقفية، وأما صرفهم الثمن في حوائجهم، فلاّنه المانع منه كان تعلّق حقّ البطون اللاحقة والمفروض انتفائه بانتفاء المتعلّق، فإنّ حقّهم كان متعلّقاً بالانتفاع من الموقوفة عيناً أو بدلاً والمفروض انتفاء ذلك في حقّهم، ويمكن أن يجعل هذا محملاً لروايته جعفر بن حنان والاحتجاج الآيتين فيخرجنا بذلك عن مخالفة الإجماع والقواعد فتأمل.

اللهمّ إلّا أن يقال: إنّه لا ينافي بقاء حقّ أن يصيروا ذوي حقّ الاختصاص؛ إذ لا شبهة في أنّه لو لم يُع العين إلى زمانهم ليسوا كسائر الناس بالنسبة إليها، بل

لهم حق اختصاص، فلمّا نه حيثنذ كما إذا كان تركة الميت درهماً واحداً وكان عدد الورثة إلى ما شاء الله.

الثاني: لو غصب العين غاصب ولم يمكن الاستيفاء منه إلا بالبيع منه فهل يجوز أو لا؟ الظاهر الثاني، لعدم المجوّز سوى توهم أنّه مع عدم البيع تبقى العين في يده لا يمكن انتزاع نفسها ولا أجرة منافعها من يده، فينحصر انتفاع الموقوف عليهم في الحكم الشرعي بضمان الغاصب لأجرة المنافع، وهذا ليس انتفاعاً ولكن لا يصلح هذا مجوّزاً بعد فرض قابلية نفس العين للانتفاع وقابلية الموقوف عليهم أيضاً لذلك، وإنّما المانع عن الانتفاع حصل بقسر خارجي.

الثالث: لو خربت العين بحيث سقطت عن انتفاع الموقوف عليه بالمرّة، كمزرعة انطمست قنواتها بالمرّة ولم يكن من يقدم بتعميرها فغصبها غاصب، وأحيائها بإجراء ماء له من مكان بعيد إليها ثم امتنع إلا من البيع منه، فهل هذه الصورة أيضاً كالسابقة في عدم المجوّز، أو يجوز البيع منه هنا بملاحظة سبق الخراب والخروج بسببه عن الوقفية؟ الظاهر الأول؛ فإنّ الأرض بعد ما كانت خربة ولا يتعلّق بها أجرة، صارت بفعل الغاصب متعلّقة للأجرة، فقد عادت إلى صفة الانتفاع بعد السقوط عنها وتعود الوقفية بعود ذلك كما تعود الزوجية بحياة أحد الزوجين أو كليهما بعد الموت بالإعجاز، وكحياة الحيوان المملوك بعد الموت كذلك، فإنّ هذا بنظر العرف يعدّ من إعادة المعدوم، فيقولون: هذا عين الذي كان لها في السابق ذاتاً وخاصية وأثراً.

الصورة الرابعة

أن يكون بيع الوقف أنفع وأعود للموقوف عليه، وظاهر المراد منه أن يكون

ثمن الوقف أزيد نفعاً من المنفعة الحاصلة تدريجاً مدة وجود الموقوف عليه، وزيادة النفع قد تلاحظ بالنسبة إلى البطن الموجود بأن يأكلوا الثمن، وقد يلاحظ بالنسبة إلى جميع البطون إذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه.

والأقوى - وفقاً لشيخنا المرتضى قدس سره الشريف - المنع في كلتا الصورتين، لوجود المقتضي وهو الوقفية وعدم ما يصلح للمنع عدا رواية الحسن ابن محبوب عن علي بن رثاب عن جعفر بن حنّان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام - عن رجل وقف غلّة له على قرابته من أبيه وقرابته من أمّه، وأوصى لرجل ولعقبه ليس بينه وبينه قرابة بثلاثمائة درهم في كلّ سنة ويقسم الباقي على قرابته من أبيه وقرابته من أمّه؟ فقال: جائز للذي أوصى له بذلك، قلت: أرايت إن لم يخرج من غلّة الأرض التي وقفها إلا خمسمائة درهم؟ فقال: أليس في وصيته أن يعطي الذي أوصى له من الغلّة ثلاثمائة درهم، ويقسم الباقي على قرابته من أبيه وقرابته من أمّه؟ قلت: نعم، قال: ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلّة شيئاً حتى يوفوا الموصى له ثلاثمائة درهم، ثمّ لهم ما يبقى بعد ذلك، قلت: أرايت إن مات الذي أوصى له؟ قال: إن مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها بينهم، فأما إذا انقطع ورثته فلم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت يرثها ما يخرج من الوقف، ثمّ يقسم بينهم، يتوارثون ذلك ما بقوا وبقيت الغلّة، قلت: فللورثة من قرابة الميت أن يبيعوا الأرض إن احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلّة؟ قال: نعم إذا رضوا كلّهم وكان البيع خيراً لهم باعوا^(١).

والخبر المروي عن الاحتجاج أنّ الحميري كتب إلى صاحب الزمان عليه السلام

١- الوسائل: ج ١٣، الباب ٦، في أحكام الوقوف والصدقات، ص ٣٠٦، ح ٨.

ومثل له درجة: روي عن الصادق - عليه السلام - خبر مأثور: إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم وأعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه وكان ذلك أصلح لهم أن يبيعوه فهل يجوز أن يشتري من بعضهم إن لم يجتمعوا كلهم على البيع أم لا يجوز إلا أن يجتمعوا كلهم على ذلك، وعن الوقف الذي لا يجوز بيعه؟ فأجاب - عليه السلام -: إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه وإذا كان على قوم من المسلمين فليع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين ومتفرقين إن شاء الله تعالى^(١).

بناءً على أن الجواب بواسطة الاحتفاف بالسؤال عن صورة الأصلية لا يعم غيرها، نظير قوله - عليه السلام -: «اعزل فمك عن موضع الفضة» عقيب السؤال عن الشرب من الإناء المفضض^(٢).

وليس هذا من باب القدر المتيقن في مقام التخاطب الذي قلنا في الأصول بعدم مضرته بالأخذ بالإطلاق وأن خصوصية المورد لا يخصص الوارد كما إذا قال: أكرم العالم، عقيب السؤال عن زيد مع إحراز شرائط الأخذ بالإطلاق، بل إما من باب القرينة أو ما يصلح للقرينة.

ثم على فرض عموم الجواب يتقيد بمفهوم رواية جعفر بالأصلية، واعتبار رضى الكل في رواية جعفر إنما هو في صورة بيع تمام الوقف لا من باب اعتباره في بيع كل واحد بقرينة رواية الاحتجاج، فتحصل من الرويتين اشتراط الخيرية والأصلية فقط دون أمر زائد من وصف الاجتماع وغيره، فينطبق على المدعى من الجواز مشروطاً بزيادة نفع الثمن على المنفعة التدريجية الحاصلة مدة وجود الموقوف عليه، هذا.

١- الوسائل: ج ١٣، الباب ٦، في أحكام الوقوف والصدقات، ص ٣٠٦، ح ٩.

٢- المصدر نفسه: ج ٢، الباب ٦٦، من أبواب النجاسات، ص ١٠٨٦، ح ٥.

وحاصل ما أجاب عن هذا الاستدلال إمام الفن شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - أنه أولاً: سلمنا أنّ المراد من الخيرية في الأولى والأصلحية في الثانية زيادة النفع على الوجه الذي ادّعت، لكن في رواية جعفر زيادة قيد آخر وهو الاحتياج وعدم كفاية الغلة لمؤنة سنة الموقوف عليه، لأنّ السائل قال: لهم أن يبيعوا إن احتاجوا ولم يكفهم الخ؟ فقال الإمام - عليه السلام - : نعم، يعني لهم ذلك إن احتاجوا ولم يكفهم وزاد - عليه السلام - على ما فرضه السائل شرطاً آخر وهو الخيرية، فالمتحصّل أنّ الجواز مشروط بأمرين، وبهذا يتقيّد رواية الحميري أيضاً فتباين مدلول الروایتين مع المدّعى بالعموم والخصوص.

وثانياً: ليس المراد من الخير ما ذكرت من زيادة نفع الثمن من المنفعة التدريجية للثمن، بل المراد منه:

إمّا مطلق النفع والصلاح الذي يلاحظه الفاعل عند إرادة الفعل ولو لم يكن نفعاً مالياً، وحينئذ فليس مراد الإمام - عليه السلام - بيان اعتبار ذلك تعبدّاً، بل المقصود بيان الواقع الذي فرضه السائل، فجعل - عليه السلام - خصوصيّة الحاجة وعدم الكفاية ملغاة وملحوظة من باب كونها أحد مصاديق مطلق النفع بالمعنى المذكور، وحينئذ فمعنى الرواية ممّا لا يقول به أحد، وهذه الدعوى جارية في الأصلح الواقع في رواية الاحتجاج أيضاً كما هو واضح.

وإمّا النفع الخاص الذي فرضه السائل، أعني: رفع الحاجة فيكون الأصلح في الأخرى أيضاً متقيّداً بهذه الرواية بالفرد الخاص من الأصلح، أعني: ما كان أصلح لأجل رفع الحاجة لا لأغراض آخر يتصوّر للبائعين، فعلى هذين يباين مدلول الروایتين مع مقصود المستدل بالمرّة كما هو واضح، هذا حال الاستدلال

بالروایتين للدعوى المذكورة.

وأما الاستدلال برواية جعفر لدعوى جواز البيع لو لحق الموقف عليه ضرورة شديدة الخ، وهذا الاستدلال مبني على المعنى الثالث، أعني: أن يراد بالخير النفع الخاص الذي هو رفع الحاجة التي فرضها السائل، فأجاب - قدس سره - بأن مفاد الرواية على هذا اعتبار الفقر الشرعي وهو عدم مالكية قوت السنة وهو غير الضرورة الشديدة، والنسبة بينهما عموم من وجه، إذ رب فقير شرعي يكون في السعة لوجدانه من الزكاة أو الخمس أو غير ذلك من مال الفقراء، ورب غني شرعي يتفق له في بعض الأوقات الضرورة والحاجة الشديدة، كما إذا أكرهه الظالم بدفع مال خطير لا يتمكّن فعلاً منه إلاّ ببيع مال الوقف وكان الظالم أوعده بالقتل مثلاً.

هذا مع أنه قد يقال: إنّ ظاهر الجواب كفاية مطلق النفع الذي هو المعنى الثاني بإلغاء خصوصية الاحتياج فتباين المدعى رأساً.

ثمّ إنه - قدس سره - نقل عن المختلف وجماعة الجواب عن الاستدلال برواية جعفر للمدعي الأول، أعني: البيع بشرط الأنفعيّة بالمعنى المتقدّم بعد تسليم انطباق مفاد الرواية على المدعى المذكور بأنّه لا ظهور فيها في المؤيّد، بل يمكن حملها على المنقطع بملاحظة ذكر القرابة بدون ذكر أعقابها.

فأجاب - قدس سره -: بأنّ الاقتصار في مقام الحكاية لا يدلّ على الانقطاع، وحيثنك فترك استفصال الإمام - عليه السلام - مع قابلية السؤال واحتماله لكلّ من التأييد والانقطاع دليل على اشتراكهما في الحكم، هذا جملة ما أفاده شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - في المقام.

وقال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته العالية -: إنّ التكلّم في الرواية في مقامين، أحدهما: في دفع ما يتوهم من الإشكال على صورة الوقف فيها، والثاني: في تطبيق الحكم فيها على وجه يخرج عن الإجماع على الخلاف.

أمّا المقام الأوّل: فقد يستشكل في ما فرضه السائل من الوقف على القرابة، ثمّ الوصيّة للرجل الأجنبي بثلاثمائة درهم بأنّ الوصيّة المذكورة لا يصحّ جعلها من الوصيّة المصطلحة ولا من الوقف، إذ يلزم على الأوّل أن يكون مقدار من الأرض يحصل منه ثلاثمائة درهم باقياً على ملك الواقف حتّى تتعلّق الوصيّة به ويكون الوقف متعلّقاً بما عداه، وهذا المقدار أمر كلّي قد ينطبق على كلّ الأرض إذا كان تمام المحصول ثلاثمائة درهم، وقد ينطبق على النصف إذا كان ستمائة، وقد ينطبق على الثلث إذا كان تسعمائة، وهكذا يختلف بزيادة المحصول ونقصانه، ولازم كلّية المستثنى كلّية المستثنى منه الذي هو الموقوف، وهذا مناف مع ما اشترطوا في الوقف من كون متعلّقه عيناً، واحترزوا بذلك عن أمور ثلاثة: الدين والكلّي والجزئي المرّدّد، وبعين هذا يستشكل لو جعلت الوصيّة المذكورة من باب الوقف والجواب بالتزام كونها شرطاً على الموقوف عليهم والوقف متعلّق بتمام الأرض، إلّا أنّه قد اشترط عليهم إعطاء المقدار المذكور للأجنبي.

أمّا المقام الثاني: فنقول تارة بكون قول السائل «ولم يكفهم» معطوفاً على قوله: «احتاجوا» بالواو فيكون لبيان حدّ الاحتياج، وينطبق على ما فهمه الشيخ المرتضى - قدّس سرّه الشريف - من عدم الكفاية لمؤنة السنة الذي هو حدّ الفقر الشرعي، وحينئذ فيجئ في الرواية جميع ما ذكره - قدّس سرّه - في قبال كلتا الدعويين، وأخرى يكون معطوفة بكلمة «أو» كما هو الموجود في بعض النسخ.

وحينئذ فيمكن أن يقال: إنَّ المراد من قوله: «احتاجوا» هو مطلق الحاجة وهو غير الفقر الشرعي، فإنَّه كما أفاده - قدس سرّه - يجتمع مع إمكان التوسّل لرفع الحاجة بل إلى التوسعة بهال الفقراء، ومعنى الحاجة على وجه الإطلاق أن لا يكون محيص ومخلص سوى بيع مال الوقف وهذا ينطبق على الضرورة الشديدة، فإنَّه يقال في من لا يملك شيئاً ينفقه في قوته وسدّ رمقه وليس له وسيلة إلى تحصيله بوجه من الوجوه إلّا بيع الوقف وصرف الثمن في شراء ذلك: إنَّه محتاج إلى البيع بقول مطلق، ولو فرض أنّ له طريقاً آخر للتخلّص لا تصدق الحاجة إلى خصوص البيع كذلك حتى لو كان الطريق الآخر بيع ما يستثنى في الدين من الدار وأثاث البيت وغير ذلك.

وهكذا يقال لمن شدّد الأمر عليه دائنه أو الظالم ولم يمهله، ولا هو قادر على الاستقراض وانحصر طريق الخلاص في بيع الوقف، ومنه يعلم استفادة قيد الشدّة أيضاً، فإنّ الحاجة الجزئية لا يحوج الإنسان ولا يلجئه إلى البيع لأنَّه يقدر على تركها والإغماض عنها أيضاً، فالإلجاء إنّما يتحقّق مع عدم إمكان الإغماض عنها ولا وجدان طريق آخر لرفعها وإنجاحها، هذا هو الكلام في الفقرة الأولى.

وأما الثانية، أعني: قوله: «لم يكفهم ما يخرج من الغلّة» فيمكن أن يقال: إنَّه حيث لم يذكر متعلّق عدم الكفاية فإنَّه قد يضاف إلى مؤنة السنة فيقال: هذا المال لا يكفي لمؤنة السنة، فلا ينافيه كفايته لمؤنة ستة أشهر مثلاً، وقد يضاف إلى مؤنة شهر فلا ينافي الكفاية لما دونها، وهكذا إلى أن يصل إلى أقلّ مراتب الكفاية وهو الكفاية لإطعام الشخص في مجلس واحد، فالسلب الكلّي للكفاية إنّما يصدق إذا انتفى جميع هذه المراتب، ضرورة عدم صدق السلب الكلّي مع الإيجاب

الجزئي، وهذا منحصر في ما إذا لم تسقط الأرض عن قابلية الانتفاع في حد ذاتها كما هو مفروض السؤال في ما إذا تعدّد أفراد القرابة الموقوف عليهم في بعض الطبقات المتأخرة إلى حد صار سهم كل إنسان منهم مثقالاً من الحنطة مثلاً.

فلو فرض أن أبانا آدم - على نبينا وآله وعليه السلام - وقف على أولاده نسلاً بعد نسل قرية مثلاً فغلة تلك القرية في أمثال هذه الأزمنة التي بلغ عدد أولاده إلى آلاف ألوف كيف يكفيهم؟ فيصدق أنه بقول مطلق مسلوب الكفاية، فإن ما يصل إلى كل شخص منهم لا يفي بشيء من حوائجه حتى أكلة واحدة، وعلى هذا فالرواية مشتملة على ذكر مجوزين لبيع الطبقة الموجودة وأكلهم الثمن، أحدهما الضرورة الشديدة والآخر عدم الكفاية بالنحو المذكور.

فيكون المراد بالخيرية في الرواية ما هو المعروف من معناه من عدم ملاحظة معنى التفصيل فيه أو ملاحظته بالنسبة إلى الترك، ويكون المعنى أن خيرهم منحصر في البيع ولا خير آخر سواه فيكون بياناً لما فرضه السائل من الفرضين، فيكون إطلاق الأصلح في رواية الاحتجاج أيضاً متقيداً بهذا المعنى، ولهذا فصل في الجواب بين الوقف على إمام المسلمين - حيث إن واحداً من الأمرين لا يتفق في حقه - وبين الوقف على قوم من المسلمين بأعيانهم وأعقابهم، ويكون رضى الكل في الرواية الأولى كما أفاده - قدس سره - محمولاً على فرض الاجتماع في البيع لا من باب اعتباره في بيع كل واحد بقرينة رواية الحميري، فإنها ناظرة و شارحة للمراد منها، وحيث إن بيع المال الموقوف وأكل ثمنه مناف مع تعلق حقّ اللاحقين فيستكشف انتقاله وصيرورته ملكاً طلقاً للبايعين أنا ما قبل البيع هذا.

بقي في المقام ما حكاه شيخنا المرتضى - قدس سره - عن المختلف وجماعة

من حل الرواية على الوقف المنقطع، فإن كان المقصود منه الوقف على خصوص الطبقة الموجودة، فبرده أنه خلاف نص الإمام -عليه السلام- في قوله: «فأما إذا انقطع ورثته» إلى قوله -عليه السلام-: «يرد ما يخرج من الوقف ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا وبقيت الغلة» فإن معناه أن الجميع حيثن وقف وذلك لارتفاع الشرط بارتفاع موضوعه، والتقسيم بينهم إنما هو في مال الوقف، وقوله: «يتوارثون ذلك» معناه توارث هذا الذي ذكره من تقسيم الوقف مع حفظ الوقفية وليس المراد هو الإرث الشرعي كما هو واضح.

الصورة الخامسة

أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة أو إذا كان فيه مصلحة البطن الموجود أو جميع البطون، أو عند مصلحة خاصة على حسب ما يشترط. قال في الإيضاح في وجه المنع: إن الوقف للتأييد والبيع ينفيه، قال: والأصح أنه لا يجوز بيع الوقف بحال، وعن المحقق الكركي -قدس سره اللطيف- أن كل موضع قلنا بجواز بيع الوقف يجوز اشتراط البيع في الوقف إذا بلغ تلك الحالة؛ لأنه شرط مؤكد وليس بمناف للتأييد المعبر في الوقف لأنه مقيّد واقعاً بعدم حصول أحد أسباب البيع، وإلا فلا للمنافاة فلا يصلح حيثن حبساً، لأن اشتراط شراء شيء بثمنه يكون وقفاً مناف لذلك، لاقتضائه الخروج عن المالك فلا يكون وقفاً ولا حبساً.

وقال شيخنا المرتضى -قدس سره اللطيف- ما حاصله: إنه يمكن التمسك بجواز البيع في هذه الصورة بعموم «الوقوف» و عموم «المؤمنون» أما أولاً: فلأن التحقيق أن جواز البيع لا يبطل الوقف بل هو وقف يجوز بيعه، فإذا بيع خرج عن الوقفية، فهذا الشرط مما يجتمع مع مفهوم الوقف وحقيقته،

فالعمومان شاملان له.

وأما ثانياً: فلأنه لو سلم منافاة الجواز لمقتضى عقد الوقف فإنما المنافي بيعه للبطن الموجود وأكل ثمنه وأما تبديله بوقف آخر فلا تنافي بينه وبين مفهوم الوقف، فمعنى كونه حبساً كونه محبوساً من أن يتصرف فيه بعض طبقات الملاك على نحو الملك المطلق، وأما حبس شخص الوقف فهو لازم لإطلاقه وتجرده عن مسوغات الإبدال شرعية كانت كخوف الخراب، أو بجعل الواقف كالاشتراط في متن العقد فتأمل.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته العلية -: إن الكلام هنا في مقامين: الأول في تنميته على حسب القواعد، والآخر في حكمه حسب الدليل الخاص، أما الأول فنقول: تارة يعتبر في الوقف الحبس وأخرى التمليك، وعلى كل تقدير إما مؤبد وإما موقت، فإن قيل بالأول فإن كان الملحوظ في الإنشاء التأييد فالشرط المذكور، أعني: شرط البيع عند حصول كذا، الراجع إلى عدم الحبسية عنده يعدّ مع إنشاء أصل الحبس المؤبد من المتناقضين في القصد ولا يمكن اجتماعهما في عالم الإنشاء؛ إذ يمتنع توجه القصد نحو الحبس في جميع الأزمان ونحو عدمه في زمان كذا بدون رجوع الثاني إلى الاستثناء من الأول.

وإن كان مرجع الشرط إلى الاستثناء لباً فمعناه إنشاء الحبس للبطن إلى حصول الحاجة مثلاً، وعلى تقدير الحصول إنشاء عدمه فهذان الإنشاءان فرضيان وليس من الشرط الاصطلاحي الذي هو الالتزام المندرج تحت التزام آخر والمنضمّ معه كالالتزام بالخياطة في عقد البيع وإنما هما نظير الالتزام بالبيع في تقدير، والالتزام بالبيع في تقدير آخر.

وحينئذ فيسقط كل من دليل الوقف والشروط عن قابلية الاستدلال لنفوذ هذا الشرط، أمّا الأول، فلاّته من الاستدلال بدليل نفوذ الوقف على نفوذ اللاوقف ودليل نفوذ البيع على نفوذ اللابيع، وأمّا الثاني فلاّته مبنيّ على الاستدلال به في نفوذ الشروط الابتدائية، لأنّ هذا الشرط على ما عرفت ليس شرطاً ضمّنيّاً، لأنّه عبارة عن الالتزام باللاوقفية في تقدير قبال تقدير الالتزام بالوقفية فلم يجتمع الالتزامان في تقدير كالاتزام بالبيع أو الخياطة.

ومن هنا يظهر الكلام إن قيل بالثاني، لأنّه إمّا أن ينشأ ملكية الطبقات في ظرف وجودهم وما اعتبر فيهم من الأوصاف كالعلم والفقر ونحو ذلك، وبعبارة أخرى يجعل الملازمة بين تحقّق الوجود مع الأوصاف وبين ملكيتهم، لإنشاء لا ملكيتهم في فرض الوجود والأوصاف إن لم يرجع إلى الاستثناء يعدّ مع الأول من المتناقضين في الإنشاء لا يمكن توجّه القصد إليهما، وإن رجع إلى الاستثناء فمعناه تشقيق فرض الوجود والأوصاف إلى حالة حصول الحاجة لمن يقدم وحالة عدمه، فجعل الملازمة في الأولى وما جعلها في الثانية، فيجئ فيه ما تقدّم من عدم إمكان التمسك لنفذه بشيء من دليل الوقف والشروط.

فإن قلت: يتمسك لنفوذ حدّ الوقف والانتهاؤ إلى حصول الحاجة بدليل الوقف أو الشرط.

قلت: إن كان المقصود أنّ المنشأ هو الوقفية المقيدة، فهذا خلاف الفرض حيث لم يتعلّق الإنشاء بالحبس أو التملك المؤقت، بل هنا إنشاءان، أحدهما تعلّق بمطلق الحبس أو التملك، والآخر بنقيضهما في تقدير خاص، ومرجع الثاني على أحد الوجهين إلى الاستثناء لبّاً، ومعنى ذلك أنّه لاحظ تقدير وجود البطون

المعدومة وسائر ما اعتبر فيهم من الأوصاف فجعل الملازمة في تقدير ونقيضها في تقدير، لا أنه جعل الملازمة الخاصة مع أنه على ما فرضت من كون المنشأ مقيداً لا وجه للتمسك بدليل الشرط، لأنه وقف موقت ابتدائي ولا ربط له بدليل الشرط.

بقي الكلام في أمرين الأول: في ما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته العالية -: ليس مراده - قدس سره - التفرقة بين حبس الجامع وهو أصل المالّية وحبس الفرد، ضرورة أنّ متعلّق الحبس هو التصرفات الناقلة من البيع والصلح وغيرهما، ولا يردّ ذلك إلّا على العين الخاصّة دون الجامع بينها وبين ابدالها، بل الظاهر أنّه أراد التفكيك بين التصرفات في العين الخاصّة بعد الفراغ عن تعلّق الحبس بها.

فتارة يقصد بحبس هذه العين محبوسيتها عن جميع التصرفات الناقلة حتّى مثل تبديلها بشيء آخر مثلها يقوم مقامها، وأخرى يراد حبسها عن خصوص التصرفات المالكية في الأملاك الطلقة بأن يباع ويؤكل ثمنه، فإذا تعلّق الحبس بالعين فقليل جعلت هذه العين محبوسة، فمقتضى إطلاق الحبس هو المحبوسية عن جميع أنحاء التصرف، وإذا قيّد عند حصول الحاجة مثلاً بيعه، فهذا تقييد للحبسية بخصوص القسم الثاني، ويكون هذا الشرط منافياً لإطلاق الحبس لا لأصله، فإطلاقه بالنسبة إلى غير تقدير الحاجة مراد وبالنسبة إلى هذا التقدير يقصد الحبسية الخاصّة فيحتاج هذا إلى إنشائين.

وهذا يرد عليه أنّ اللازم منه جواز الحبس بهذا النحو من ابتداء الأمر والظاهر أنّهم لا يلتزمون به، لأنّ الوقف عندهم حبس الأصل وتسبيل الثمر وليس

الربح ولا ثمر البدل ثمرّاً للأصل وإلاّ لجاز وقف النقود، نعم عند العرف يعدّ ربح النقود مثلاً فائدة ومنفعة لها ولكنّ التعبد الشرعي على خلافه.

فإن قلت: كيف يعدّ الربح منفعة ويجوز معاملة المنفعة معه بأن يتصرّف فيه الطبقة الموجودة ويتنفعون به والحال أنّ قضيّة المبادلة مقابلة كلّ جزء من المبدل بالمبدل وبالعكس، فكما كان المبدل ملكاً للموجودين وحقّاً للآخرين كذلك البدل بجميع أجزائه فلا يصير الربح ملكاً طلقاً للموجودين، حتّى أنّه لما لم يتصوّر في باب المبادلة غير ذلك نلتزم في باب المضاربة بأنّ الربح بتمامه ينتقل إلى المالك ثمّ مقدار الشرط يتلقاه العامل من المالك لا أنّه من الابتداء ينتقل من المشتري إليه؟

قلت: يمكن لرفع هذا المحذور العقلي الالتزام بأنّ الواقف قد جعل في إنشائه حقّ الآخرين، بحيث بعد ما تعلّق بتمام البدل قضيّة للمبادلة كان في مقدار الزائد عن القيمة الواقعيّة للمبدل ساقطاً ويصير ذلك المقدار ملكاً طلقاً للموجودين.

وبالجملة: هذا المعنى لا بأس في تصويره لكنّ الشرع منع منه ولم يجوز هذا النحو من الوقف واعتبر تسهيل المنافع الحاصلة من نفس الأصل مع بقاء عينه، وهذا يكشف عن أنّ حقيقة الوقف هو الحبس المطلق أو ملزوم له، اللهمّ إلاّ أن يفرّق بين الابتداء والاستدامة ويقال: حيث إنّ الدليل على ذلك ليس إلاّ الإجماع فالمتيقّن منه الوقف الابتدائي، ولكن يبعده أنّه إذا فرض أنّ حقيقة الوقف عند الشارع تسهيل المنفعة الحاصلة من شخص الأصل، فمن البعيد أن يختلف ذلك في الابتداء والاستدامة.

الثاني: في الرواية الظاهرة في جواز اشتراط البيع في الوقف لنفس البطن الموجود فضلاً عن البيع لجميع البطون وصرف ثمنه في ما ينتفعون به، وقال شيخنا المرتضى - قدس سرّه -: السند صحيح والتأويل مشكل والعمل أشكل.

ومحل الاستشهاد فقرتان، الأولى: «فإن أراد - يعني الحسن - عليه السلام - أن يبيع نصيباً من المال فيقضي به الدين فليفعل إن شاء لا حرج عليه فيه» و الثانية: «وإن كان دار الحسن بن علي - عليهما السلام - غير دار الصدقة فبدا له أن يبيعها فليبيعها إن شاء لا حرج عليه فيه، فإن باع فإنه يقسم ثمنها ثلاثة أثلاث فيجعل ثلثاً في سبيل الله ويجعل ثلثاً في بني هاشم وبني المطلب ويجعل ثلثاً في آل أبي طالب - عليه السلام - وأنه يضعه فيهم حيث يراه الله» الرواية ^(١). فإن احتمل كون ذلك على وجه الوصية لا الوقف خلاف قوله - عليه السلام - : وأن الذي كتبت من أموال هذه صدقة واجبة بتلة حياً أنا أو ميتاً.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة -: أما الفقرة الأولى: فليس بذلك البعيد أن نحملها على المنفعة، يعني يبيع شيئاً من المنفعة كما أن قوله - عليه السلام -: «ولياكل منه بالمعروف» ظاهر في المنفعة، فيكون هذا الشرط لأجل أنه يجوز له مزاحمة الشركاء في هذين الموضعين، أعني: الأكل منه بالمعروف والبيع لأداء الدين، ولولا هذا الشرط لما كان له - عليه السلام - التجاوز عن قاعدة الشركة.

وأما الثانية: فأولاً ظاهر ذكر الاسم الظاهر عقيب أداة الشرط ثم ذكر الضمير في الجزاء أن يكون هذا الضمير راجعاً إلى تلو الشرط لا إلى تلو تلو، مثلاً

١- الوسائل: ج ١٣، الباب ١٠، في أحكام الوقف والصدقات، ص ٣١٢، ح ٤.

لو قال: إن جاءك زيد بن عمرو فأكرمه، الظاهر رجوع الضمير في «أكرمه» إلى زيد لا عمرو، وهكذا إن قال: إن كانت داراً لزيد جنب دار عمرو فخرّبوها، فالظاهر رجوعه إلى دار زيد لا دار عمرو، وهكذا في مقامنا قوله -عليه السلام-: «وإن كان دار الحسن بن علي -عليهما السلام- غير دار الصدقة فبدا له أن يبيعها فليبيعها إن شاء لا حرج عليه فيه» ظاهر في رجوع ضمير أن يبيعها إلى دار الحسن -عليه السلام- لا إلى دار الصدقة، غاية الأمر أن لهذا مبعدين:

أحدهما: أنه من قبيل توضيح الواضح، الثاني: قوله: «فإن باع فإنه يقسم ثمنها ثلاثة أثلاث الخ»؛ فإن دار الحسن -عليه السلام- يصير ثمنها ملكاً لنفسه -عليه السلام-، ويمكن رفع كليهما.

أما الأول: فلأن الكلام ليس مسوقاً لإفادة صرف بيع الدار، بل لما هو الغالب في مثل هذا المورد من أن الإنسان إذا كان له دار مملوكة وكان هنا دار صدقة كان هو أحد الموقوف عليهم، فإذا باع داره المملوكة لا محالة ينتقل إلى تلك الدار الموقوفة ولا يشتري داراً آخر مع وجودها، فالكلام منزل على هذا الغالب، فكأنه قال: إن أراد بيع داره وينتقل إلى دار الصدقة فلا حرج عليه، فرفع الحرج، إنما هو بالنسبة إلى الجزء الثاني الذي يكون البيع توطئة له، أعني: الانتقال لدفع توهم أن دار الصدقة مخصوصة بمن لا دار له.

وأما الثاني: فلأن من الممكن حمل ذلك على الاشتراط، يعني: أن جواز انتقاله إلى دار الصدقة بعد بيع الدار مشروط ببذله ثمن داره في المصارف الثلاثة.

الصورة السادسة

أن يؤدي بقاءه إلى خرابه علماً أو ظناً، والخراب قد يكون للتخلف بين الأرباب وقد يكون لغيره، وأيضاً قد يكون بمعنى التلف وانعدام كلية المنفعة، وقد يكون بمعنى زوال المنفعة المعتد بها، وقد يكون بمعنى نقص المنفعة، وقد يكون بمعنى زوال المنفعة المقصودة من الوقف مع جواز الانتفاع على غير ذلك الوجه، إمّا مساوياً معه، وإمّا أزيد، فهل يجوز البيع في جميع هذه الصور، أو لا في جميعها، أو أنّ هنا تفصيلاً بين الصور المذكورة؟

قال شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف -: الأقوى الجواز مع تأدية البقاء إلى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعاً معتدّاً به عرفاً سواء كان لأجل الاختلاف أو غيره والمنع في غيره من جميع الصور، أمّا الجواز في الأوّل فلما مرّ من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع، فإنّ الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه، فإذا فرض العلم أو الظنّ بانقطاع شخصه، فدار الأمر بين انقطاع شخصه ونوعه وبين انقطاع شخصه لا نوعه، كان الثاني أولى فليس فيه منافاة لغرض الواقف أصلاً.

وأما الأدلة الشرعية فغير ناهضة لاختصاص الإجماع وانصراف النصوص إلى غير هذه الصورة، وأمّا الموقوف عليهم فالمفروض إذن الموجود منهم وقيام الناظر العام أو الخاص مقام غير الموجود.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته العالية -: قد نتكلّم في المسألة على مبنى شيخنا المرتضى - قدس سره - في المسألة السابقة وقد نتكلّم على ما اخترناه، أمّا على الأوّل أعني: عدم منافاة جواز البيع مع عنوان الوقف فنقول: إن كانت

الأولية التي أشار إليها هنا وفي ما تقدّم في مسألة السقوط عن الانتفاع أولوية قطعية، نقطع بعدم رضى الشارع بخلافها.

فيرد عليه - قدّس سرّه - أنّه لا يفرق الحال بين عموم الأدلة المانعة عن بيع الوقف للمقامين وانصرافها، إذ على فرض العموم كانت مقطوعة التخصيص بواسطة هذا الأمر المقطوع به، وإن كانت غير قطعية يحتمل خلافها تعبدًا فمع عدم عموم الأدلة المذكورة نرجع إلى استصحاب عدم جواز البيع، فما ذكر - قدّس سرّه - سابقاً من قوله: وبه يعني بهذا الدوران يندفع استصحاب المنع محلّ منع على هذا التقدير وعلى التقدير الآخر صحيح، ولكن تمسّكه بانصراف الأدلة محلّ الخدشة لما ذكر.

وأما نحن، فقد اخترنا هناك أنّ لون الوقفية يرتفع بحدوث الجواز فلا موقع للأدلة لارتفاع الموضوع، نعم الاستصحاب المذكور متحقّق الأركان، ولكن أجبنّا عنه بأنّ العمومات الاجتهادية من قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١) ونحوه قاضية بالجواز ولا يرد الإشكال بأنّه فرع العموم الأزمانى وهو محلّ منع في هذه العمومات.

وجه عدم الورود أمران: الأوّل: أنّ الرجوع إلى الاستصحاب في صورة عدم العموم الأزمانى إنّما هو في صورة عدم كون إخراج الفرد الخارج عن تحت العام بعنوان التقييد، كما لو قال: أكرم العلماء، وقيد ذلك في كلام آخر بالعدول فخرج زيد في يوم الجمعة عن العام الأوّل للفسق ثم صار عادلاً يوم السبت، فلا يشكّ أحد في الرجوع إلى العام حينئذ من غير ابتناء على العموم الأزمانى، ومقامنا من هذا القبيل، لأنّ الخارج عن ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ هو المال الموقوف وقد خرج المال

عن هذا العنوان حسب الفرض بواسطة السقوط عن الانتفاع وارتفاع الموضوع الذي هو العين المنتفع بها.

والثاني: أنّ المقام من قبيل تخصيص فرد والتمسك بالعام في دخول فرد آخر، وبعبارة أخرى التمسك إنّما هو بالعموم الأفرادي لا الأزمانى، وذلك لأنّ فرد البيع الصادر حال بقاء الوقفية غير فرد الصادر بعد زوالها، وهما فردان من العام الذي هو البيع في قوله تعالى: ﴿أَحْلَ الله البيع﴾. هذا هو الكلام على مبنا في المسألة السابقة.

وأما في هذه المسألة التي تكون العين باقية على الانتفاع مشرفة على السقوط، فلون الوقفية إمّا مقطوع البقاء ومعنى الوقفية عدم جواز البيع كما عرفت، وإمّا مشكوكة فيرجع إلى استصحابها، ولا يرد على هذا الاستصحاب ما ورد على ما تقدّم، لأنّ هذا من استصحاب عنوان المخصّص مثل استصحاب عنوان الفاسق في المثال المتقدّم ولا شبهة في أنّه لا مجال معه للرجوع إلى العام، فينحصر الوجه على هذا المبني لتصحيح البيع في صورة بطلان الوقفية، وهو منحصر في دعوى القطع بأنّ الأولوية المتقدمة لا يرضى الشارع بخلافها الكاشفة عن أنّ حدّ إمضاء الشارع إنّما هو العلم أو الظنّ بالتأدية المذكورة، بالتقريب المتقدّم من الفرق بين البيع والوقف، بعدم متابعة غرض الشارع في الأوّل لغرض البائع ومتابعته في الثاني لغرض الواقف بقرينة كونه صدقة جارية، فإنّ أمكن هذه الدعوى جرى جميع ما تقدّم من الكلام حرفاً بحرف وإلا فلا محيص عن الاستصحاب المذكور.

الصورة السابعة

أن يؤدي بقاءه إلى خرابه علماً أو ظناً، والأداء إلى الخراب قد يكون للخلف بين أربابه وقد يكون لا له، والخراب المعلوم أو المخوف قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع نفعاً معتداً به وقد يكون على وجه نقص المنفعة، وأما إذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر كانتفاعه السابق أو أزيد فجواز بيعه مبني على ما تقدم من أن تغير عنوان الوقف مسوّغ، وعن عبارات جماعة تجويز البيع في صورة التأدية إلى الخراب ولو لغير الاختلاف وعن أخرى تقييدهم به.

الصورة الثامنة

أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال أو النفس وإن لم يعلم أو يظنّ بذلك، واستظهر من بعض العبارات جوازه لذلك خصوصاً من عبّر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب.

الصورة التاسعة

أن يؤدي الاختلاف بينهم إلى ضرر عظيم من غير تقييد بتلف المال فضلاً عن خصوص الوقف.

الصورة العاشرة

أن يلزم فسادٌ يستباح منه الأنفس، والكلام هنا في مقامين، الأول في مقتضى القواعد مع قطع النظر عن النص الخاص، والثاني في ما هو مقتضى

النص الخاص.

أما الأول: فاختار شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - التفصيل بين القسم الأول من الصورة السابعة، أعني: التأدية علماً أو ظناً إلى خراب الوقف بسقوطه عن الانتفاع المعتد به سواء كان للاختلاف أم لغيره، فالجواز، وبين القسم الثاني أعني: التأدية إلى خرابه بنقصان منفعتيه، وجميع الصور الثلاثة الأخيرة فالمنع.

أما الجواز في الأول: فلما مرّ من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع وهو عدم كون الجواز منافياً لحقّ الله ولا حقّ الواقف ولا حقّ الموقوف عليه، أما الأول؛ فلعدم نهوض الأدلة الشرعية على المنع في هذه الصورة لاختصاص الإجماع وانصراف العمومات إلى غير هذه الصورة، وأما الثاني؛ فلأنّ غرض الواقف من عدم البيع عدم انقطاع شخص الوقف، فإذا فرض العلم أو الظن بانقطاع شخصه فدار الأمر بين انقطاع شخصه ونوعه وبين انقطاع شخصه لا نوعه، كان الثاني أولى وأقرب بغرض الواقف، وأما الثالث؛ فلأنّ المفروض إذن الموجودين منهم وقيام الناظر العام أو الخاصّ مقام المعلوم منهم، ثمّ ذكر بعض فروع مزاحمة حقّ الموجود وحقّ المعلوم.

وأما المنع في الثاني فأولاً: لاستصحاب المنع الثابت قبل طرؤ هذه الحالة، وثانياً: لعدم الأدلة الشرعية من قوله - عليه السلام -: «لا يجوز شراء الوقف» وغيره.

وأورد عليه شيخنا الأستاذ - دام ظلّه - بالنسبة إلى ما أفاد في تقريب الجواز في القسم الأول أولاً: أنّ مقتضى ما مرّ من الدليل هو دوران الجواز مدار واقع التأدية إلى الخراب ولو لم يعلم أو يظن، وظاهر المشهور كون الوصفين موضوعين كما في الخوف في الصوم وفي باب التيمّم. وثانياً: ما الدليل على حجّة هذا الظنّ؟

إلا أن يقال: إنّه من باب الانسداد الصغير حيث إنّ المقام ممّا يتعسّر حصول العلم فيه، فلو اقتصر عليه لزم الوقوع في المخالفة كثيراً، وثالثاً: كما كان استصحاب المنع جارياً في القسم الأخير لولا إطلاق الأدلة فما المانع من جريانه في هذا القسم بعد أن سلّم عدم إطلاق الأدلة فيه.

والحاصل: أنّ التريّد والدوران المذكور في كلامه - قدّس سرّه - في تقريب عدم المنافاة مع فرض الواقف إن كان في حدّ ذاته يورث القطع كما ربّما يشعر قوله - قدّس سرّه - في ما تقدّم بعد ذكره، وبه يندفع استصحاب المنع بأنّ انقطاع الاستصحاب حسناً ولا وجه للتمسك بانصراف الأدلة؛ إذ لو فرض إطلاقها أيضاً كانت مقطوع التخصيص، وإن لم يكن بهذه المثابة كما ينادى بذلك ما أورده على استدلال المختلف والتذكّرة والمهذّب وغاية المرام حيث ذكر: إنّه ليس دليلاً في حدّ ذاته.

والعمدة منع جريان أدلة المنع فلا وجه لعدم العمل بالاستصحاب مع تسليم قصور إطلاق أدلة المنع، هذا هو الكلام على مبنى شيخنا المرتضى من عدم كون المنع داخلياً في حقيقة الوقف.

وأما على هذا المبنى الذي تقدّم اختياره فالمتّبع هو استصحاب الوقفية الملزمة لعدم جواز البيع في جميع الصور المذكورة، وهذا على خلاف الحال في مسألة ما إذا سقط عن الانتفاع، فإنّ الوقف هناك بطل بطلان الموضوع ولم يبق إلا استصحاب عدم الجواز وقد كان محكوماً لعمومات الجواز ولا حكومة لها على الاستصحاب هنا؛ لأنّه من باب استصحاب عنوان المخصّص وذلك من استصحاب حكمه، فلهذا كان المرجع هناك العمومات وهنا الاستصحاب.

المقام الثاني: في الكلام في مكاتبة ابن مهزيار المنقولة في الكتب الأربعة

قال: «كتبت إلى أبي جعفر الثاني -عليه السلام- أن فلاناً ابتاع ضيعة فأوقفها وجعل لك في الوقف الخمس ويسأل عن رأيك في بيع حصّتك من الأرض أو تقويمه على نفسه بما اشتراها به أو يدعها موقوفة؟ فكتب إليّ: أعلم فلاناً أنّي أمره ببيع حصّتي من الضيعة وإيصال ثمن ذلك إليّ وأنّ ذلك رأيي إن شاء الله تعالى أو يقوّمها على نفسه إن كان ذلك ارفق له^(١).

قال وكتبت إليه: أنّ الرجل ذكر أنّ بين من وقف عليهم هذه الضيعة اختلافاً شديداً وأنّه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف ويدفع إلى كلّ إنسان منهم ما وقف له من ذلك أمرته؟ فكتب بخطّه -عليه السلام- إليّ وأعلمه أنّ رأيي له إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع الوقف أمثل فليبع فإنّه ربّما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس^(٢).

ويمكن حمل السؤال الأوّل على جعل الخمس الاصطلاحي بأن كان في المال الذي اشترى الضيعة به حقّ الخمس فما جعله في الذمّة بل بدّله في الضيعة بناءً على تعيينه بمجرد تعيين المالك ولو لم يقبض، أو كان مفروغاً عنه قبول الإمام -عليه السلام- بناءً على عدمه، ولا شهادة في قوله: «أو يدعها موقوفة» على الوقف الاصطلاحي، لاحتمال إرادة المعنى اللغوي، و ربّما يشهد لما ذكرنا التعبير بقوله: «أوقفها وجعل لك في الوقف الخمس» الظاهر في أنّ الخمس المفروغ عن أصل ثبوته اختار محلّه في الوقف، ولو كان المقصود هو الوقف لكان حقّ التعبير أن يقال: فأوقف خمسها عليك وأربعة أخماسها على غيرك، مضافاً إلى استبعاد جعل

١- الوسائل: ج ١٣، الباب ٦، في أحكام الوقوف والصدقات، ص ٣٠٥، ح ٥.

٢- المصدر نفسه: ح ٦.

الوقف لشخص الإمام، بل ظاهر من يتصدى للوقف أنه يجعله لإمام المسلمين، وبالجملة الفقرة الأولى أجنبية عن المقام.

وأما الفقرة الثانية: فلا محيص لإنكار كون موردها الوقف، لكن هل العبرة بصرف وقوع الاختلاف وإن لم يخش الأداء إلى خراب الوقف ولا غيره بناءً على الاعتبار بالشرطية، وجعل قوله - عليه السلام -: فإنته ربنا الخ مبنياً على التقريب والحكمة، أو بالاختلاف الموجب للخشية بناءً على تقييد الذيل الصدر أو بأداء البقاء إلى الفساد أو فساد خاص بناءً على الاعتبار بالذيل فقط؛ لأنه علّة والعلة هي المناط، كما في لا تأكل الرمان لأنه حامض، اختلف أنظار العلماء - رضوان الله عليهم - في تعيين هذه الوجوه وبذلك اختلفت فتاويهم.

وقال شيخنا المرتضى - قدس سرّه الشريف -: الأظهر في مدلولها هو إناطة الجواز بالاختلاف الذي ربّما جاء فيه تلف الأموال والنفوس، لا مطلق الاختلاف؛ لأنّ الذيل مقيد، ولا خصوص المؤدى علماً أو ظناً؛ لأنّ موارد استعمال لفظة ربّما أعمّ من ذلك، ولا مطلق ما يؤدى إلى المحذور المذكور؛ لعدم ظهور الذيل في التعليل بحيث يتعدى عن مورد النص وإن كان فيه إشارة إلى التعليل.

ثم ذكر بعد كلام طويل: لكن في النفس شيء من الجزم بظهوره، فلو اقتصر على المتيقّن من بين المحتملات وهو الاختلاف المؤدى علماً أو ظناً إلى تلف خصوص مال الوقف ونفوس الموقوف عليهم كان أولى.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته العالية -: إن مراده - قدس سرّه - بعدم ظهور الذيل في التعليل كونه مجعلاً لا ظاهراً في التقريب والحكمة وإلا لما كان وجهه للتقييد كما اعترف هو - قدس سرّه - في ما تقدّم على هذا الكلام، ومعلوم أنه على فرض الإجمال يسقط الصدر عن الظهور في الإطلاق لاحتفائه بما يصلح

للقرينية، فمعنى التقييد كونه القدر المتيقن لا التقييد الاصطلاحي حتى يرد عليه - قدس سره - أنه مبني على ظهور التعليل الذي أنكره، ومعه لابد من إهمال قيد الاختلاف رأساً، إذ كما أن من شأن العلة التضييق يكون من شأنها التوسعة أيضاً هذا.

ولكن يرد عليه - قدس سره - أنه ما وجه رفع اليد عن ظهور كلمة «فإنه» في التعليل كما في نظائره، ولا يلزم من هذا أن يجوز بيع الوقف لإصلاح كل فتنة، لأن مفروض الكلام الاختلاف الناشئ من الوقفية وبعد إهمال قيد الاختلاف تكون العلة مطلق الفتنة المحتملة الناشئة من الوقفية، فلا يشمل ما إذا كان حدوث الفتنة من سبب خارجي وكان بيع الوقف وإعطاء الثمن للمتخاصمين مصلحاً للفتنة، فيصير المحصل أنه كلما كان البقاء على الوقفية معرضاً - ولو على وجه الاحتمال - للسببية لحدوث فتنة مالية سواء في مال الوقف أو غيره، أو نفسية سواء في نفس الموقوف عليهم أو غيرهم، وسواء كان الاختلاف من الموقوف عليهم أو من غيرهم إذا فرض سببية الوقفية للاختلاف، أو لم يكن حدوث الفتنة بتوسط الاختلاف أصلاً فالبيع جائز وليس هذا مجمعاً على بطلانه، هذا هو الكلام في مدلول الرواية.

وأما سندها فعمل المشهور جابر لضعف السند لو كان، وعدم الاعراض ولو لم يصل إلى حد الشهرة كاف لجبر ضعف الجهة كذلك وهما حاصلان في المقام.

فإن قلت: لو كان للفظ الخبر معنى ظاهر وأنكره المشهور ولم يفتوا بطبقه فهذا يوهن دلالة الخبر من حيث قوة احتمال قرينة كانت وخفيت علينا، كما لو كان لفظه مجملاً مردداً بين معنيين لا شاهد على أحدهما، فحمله المشهور على

أحدهما كان جابراً للدلالة لقوة احتمال أن يكون قرينة معيّنة وخفيت علينا. وبالجمله الشهرة كما أنها في المقام جابرة للصدور وجهته كذلك جابرة لما فهموه من المعنى.

قلت: ليس ما استفدناه من عليّة الفقرة الأخيرة وإهمال الأولى بمشابهة من الظهور التي لا ينكر، كيف ومثل شيخنا المرتضى - قدس سرّه - قد سمعت منه إنكار الظهور وأنه مجرد الإشارة والاشعار، وبالجمله نحن بعد الاطمئنان بالصدور والجهة من عمل المشهور لا نتعبد بفتاويهم واستنباطاتهم من مدلول الرواية بل نتبع ما هو الظاهر عندنا.

نعم هنا جهات أخرى ربّما يقال بالاحتياج إلى الانجبار بالشهرة من جهة إجمال الرواية من هذه الجهات، ومع ذلك حملها المشهور على تلك الجهات. منها: كون مورد السؤال وفقاً مؤبداً أو منقطعاً؛ فإنه لا دلالة في السؤال على شيء منها، ومع ذلك فهموا منه حكم المؤبد.

ومنها: عدم إشعار في السؤال على كون ذلك الاختلاف وإرادة البيع بعد إقباض الوقف، فمن المحتمل كونه قبله، فيكون الحكم بالجواز من جهة عدم تمام الوقف ومع ذلك حملوها على ما بعد الإقباض.

ومنها: أنّ مقتضى القاعدة اشتراك البطون من الموجود والمعدوم في ثمن الوقف مع تصريح السائل بتقسيمه بين الموجودين على حسب سهامهم وظهور الرواية في تقريره، وهذا قرينة على الوقف المنقطع، ومع ذلك تعدّوا إلى المؤبد.

ومنها: تصدّي الواقف للبيع، وهذا أمانة عدم تمام الوقف، إذ مع صحته وتماه يتقطع هذا الوقف، ولو جاز بيعه فإنّما المتصدّي هو الموقوف عليهم والناظر العام ومع ذلك حملوها على الوقف التام، هذا.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة -: الإنصاف عدم الاحتياج في شيء من هذه الوجوه إلى الانجبار، بل في نفس الرواية دلالة على ما فهموه.

أمّا الجهة الأولى: فبعد احتمال السؤال وقابليته للأمرين إذا ساق الإمام - عليه السلام - الجواب بقول مطلق بدون الاستفصال، فهذا دليل على أنّ حكم المؤبد أيضاً كذلك، وإلا لوجب الاستفصال.

وأما الثانية: فلأنّ السائل إذا حكى وقوع وقف على مال فالقاعدة عدم السؤال عنه من شرائط صحّة الوقف من العريية والموالة وغير ذلك الذي منها القبض، كما لو قال لك أحد: بعت اليوم بيع صرف، فهذا الكلام محمول على الجامع للشرائط التي منها القبض في المجلس وهذا ظاهر.

وأما الثالثة: فلأنّه بعد أن كان وجود الوقف سبباً للتشاجر والاختلاف والشارع أراد رفع هذا الأمر، والمفروض أنّ البدل لو كان وفقاً كان التشاجر بحاله، فلا محيص لمريد قلع مادة الفساد عن تقسيم الثمن على الموجودين، ولا يمكن ذلك بتقسيم نفس الوقف حتّى تكون الوقفية محفوظة، وذلك لتوليد التشاجر في مقام القسمة، وهذا بخلاف تقسيم النقد، فإنّه لا تشاجر فيه، وأمّا كونه خلاف مقتضى المبادلة - لأنّه قضيتها كون البدل متعلقاً لحقّ المعدومين كالمبدل فيقتضي منه بالتزام إسقاط الشارع حقهم آنأ ما قبل البيع ليصير الملك طلقاً للموجودين - فلا ينافي قضية المبادلة.

وأما الرابعة: فكما كان إذن الإمام - عليه السلام - في الفقرة الأولى على ما حملناها عليه إذنأ مالكتاً يمكن كونه في هذه الفقرة إذنأ ولائياً، ولا ظهور في كون قوله - عليه السلام - : «واعلمه أنّ رأيي» في كونه فتوى وبيان الحكم، لأنّه مثل قوله - عليه السلام - في الأولى: «وأنّ ذلك رأيي إن شاء الله تعالى».

فإن قلت: فعلى هذا يشكل تصدّي الحكّام الشرعيّة في مثل هذا الزمان لعدم ثبوت الدليل على الولاية لهم على مثل هذه الأمور.

قلت: نعم لكن هذا من الأمور التي يعلم من الشارع عدم رضاه بتعطيلها كتعطيل أموال الصغير ووقوعها عرضةً للضياع والفساد، فإنّه لا يرضى أيضاً بوقوع مثل هذه الفتنة التي هي مظنة نهب الأموال وقتل النفوس، وقد مرّ أنّ مثل هذه الأمور يتكفلها المجتهد الجامع للشرائط من باب القدر المتيقّن ولو لم يتمّ الدليل على الولاية.

وأما الوقف المنقطع

فالمقرون منه بالمدة كسنة وأزيد باطل في الجملة إجماعاً، لكن هل يقع حبساً أو يبقى على ملك الواقف؟ فيه خلاف، والمقصود منه هنا ما إذا وقف على من ينقرض عادة كزبد، أو زيد وعقبه بلا واسطة، فهو محلّ الخلاف، فالمراد من الإجماع على اشتراط التأييد والدوام في الوقف إنّما هو مقابل التوقيت والتأجيل لا ما هو الظاهر منه وإلاّ ينافي مع الخلاف في هذا القسم، فالمعروف هو الصّحة.

وهؤلاء بين من يقول ببقائه على ملك الواقف وبين من يقول بانتقاله إلى الموقوف عليهم، وهم أيضاً بين من يقول بملكهم ملكاً مستقراً ينتقل منهم إلى ورثتهم عند انقراضهم، وبين من يقول بعوده إلى ملك الواقف، ومن يقول بصيرورته في سبيل الله.

والحقّ هو الصّحة، لصحيحة ابن الصّفار: «كتبت إلى أبي محمّد - عليه السلام - أسأله عن الوقف الذي يصحّ كيف هو؟ فقد روي أنّ الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة، وإذا كان موقتاً فهو صحيح ممضى، وقال قوم: إنّ

الموقت هو الذي يذكر فيه أنه وقف على فلان وعقبه فإذا انقضى فهو للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها قال وقال آخرون: هو موقت إذا ذكر أنه لفلان وعقبه ما بقوا ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، والذي هو غير موقت أن يقول: هذا وقف ولم يذكر أحداً، فما الذي يصح من ذلك وما الذي يبطل؟ فوقع - عليه السلام - : الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله تعالى^(١).

يظهر منها صحة كل من القسمين اللذين في كلام السائل لوجود الحسب في كل منهما، وبطلان القسم الأخير فإنه لعدم ذكر الموقوف عليه الذي هو أهمل الكيفيات، فلا يدخل تحت قوله: بحسب ما يوقفها أهلها.

ويظهر من هذه الصحيحة تفسير صحيحة ابن مهزيار «قال: قلت له - عليه السلام - : روى بعض مواليك عن آبائك - عليهم السلام - أن كل وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثة وكل وقف إلى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثة، وأنت أعلم بقول آبائك - عليهم السلام - فكتب - عليه السلام - : هكذا هو عندي»^(٢).

فالموقت إلى وقت معلوم عبارة عما ذكر فيه الموقوف عليه إما ممن ينقرض وإما ممن لا ينقرض، وغير الموقت الذي وصفه بكونه جهلاً مجهولاً وحكم بكونه باطلاً عبارة عما أهمل فيه ذكر الموقوف عليه، وعلى كل حال فالكلام في بيع هذا الوقف تارة على المبنى المختار في كل الوقف من كون الحبس وعدم التعدي إلى الغير مأخوذاً في مفهومه وإنشائه، وأخرى على كل واحد واحد من الأقوال الأربعة المذكورة بناءً على عدم مأخوذية الحبس في الإنشاء.

١- الوسائل: ج ١٣، الباب ٢، في أحكام الوقوف والصدقات، ص ٢٩٥، ح ١ و ٢.

٢- المصدر نفسه: الباب ٧، في أحكام الوقوف والصدقات، ص ٣٠٧، ح ١.

أما على الأول، فالظاهر عدم الفرق بين المؤبد والمنقطع في الجهة المذكورة أعني: مأخوذية الحبس في الإنشاء، لوضوح اتحاد حقيقته فيهما، وحينئذ فلا يجوز البيع، وإن قلنا ببقائه على ملك الواقف وقلنا بصحة البيع على المبنى الآتي - لكونه منافياً مع الحبس المعتبر فيه الممضى شرعاً لقوله - عليه السلام - : «الوقوف على حسب الخ» وهو وإن كان بغرض تسبيل المنفعة، والبيع لا ينافيه، لأنه متعلق بالعين المسلوقة بالمنفعة - ولكنّه - أعني حبس الرقبة - مانع عن وقوع البيع، ولا اعتبار بالغرض بعد صيرورة الإنشاء ممضى.

وأما على مبنى شيخنا المرتضى من عدم دخالة الحبس في إنشاء الوقف فإن اخترنا القول الأول، أعني: بقاء هذا الوقف على ملك الواقف فعدم جواز بيع الموقوف عليه واضح، لعدم الملك، وأما بيع الواقف فلا مانع منه من جهة الأدلة المانعة عن شراء الوقف لانصرافها إلى البيع الناقل للعين المستتبع للمنافع، والبيع هنا إنما يرد على العين مسلوقة بالمنفعة كبيع العين المستأجرة.

نعم قد استشكل فيه شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - من حيث لزوم الغرر بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به، قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة -: قد يقايس المقام بباب الكلّي في السلم، حيث إنّه لو جعل زمان التسليم مردداً بين أجلين كرأس الستة أشهر أو السنة يبطل.

والقياس مع الفارق، وذلك لأنّ مالية الكلّي متقومة بالإضافة إلى شخص الوجود، ولا يكفي جامع الوجود، ألا ترى أنّه لا يعتبر المالية في ما إذا جعل في عهده الخطة في أيّ زمان شاء تسليمه، فإنّ هذا مع مفهوم الخطة الغير المضافة إلى ذمة أحدٍ مشترك في عدم المعدودية من الأموال، والفرق بين الجامع الأوسع والأضيق لا محصل له، فيرجع الحاصل إلى أنّ الجهل بزمان التسليم يوجب الجهل بأصل المبيع وتردّه بين شخصين، فإنّ الكلّي المقدّر بستّة أشهر شخص من

المال غير الكلّي المقدّر بسنة نظير العبدین، فیصیر بیع الواحد المرّد بینهما نظیر بیع أحد العبدین، وهذا بخلاف المقام حیث لا ترّدّد فی المبیع، فإنّه مثلاً هذه الدار الشخصیّة الخارجیّة المعینة بحدودها وجمیع أوصافها الدخیلة فی قیمتها والمشكوك زمان القدرة على تسلیمها المبنيّ على انقضاء حیاة زید الموقوف علیه، فالقیاس بذاك الباب فی غیر المحلّ.

وتحقّق المقام: أنّ الغرر المبطل للبیع لابدّ فی تشخیص مقدار مفهومه من الرجوع إلى موارد الإجماعات، وذلك لأنّ مفهومه العرفی غیر مراد قطعاً، لأنّه إمّا بمعنی الغرور والخدیعة الذی هو التدلّیس والغش وإراءة صورة حسنة مع باطن سیئ كما هو المراد فی قاعدة الغرور، وهذا فی المعاملات وإن كان محرّماً لكنّه یوجب خیار التدلّیس والغش لا البطلان، وأمّا بمعنی الخطر وهو الإقدام على أمر محتمل للضرر وهذا أيضاً غیر موجب للبطلان، فإنّ من یقدم على المعاملة مع الجهل بقیمته الواقعیة لا یقول أحد ببطلان معاملته. نعم لو ظهر المغبونیة كان له خیار الغبن، والذی تحصل من ملاحظة موارد إجماعاتهم مضرّیة الجهل فی موردین:

أحدهما: الجهل بأوصاف المبیع الراجعة إلى کّمه أو کیفه التي تختلف باختلافها قیّمته، فالجهل باللیة الشیء وقیمته المستند إلى الجهل بصفته مضرّ، وأمّا الجهل الغیر المستند بذلك فغیر مضرّ.

والثانی: الجهل بأصل القدرة على التسلیم كما فی بیع السمک فی الماء والطیر فی الهواء، إذا عرفت ذلك فنقول: شیء من الأمرین غیر موجود فی المقام.

أمّا الأول: فلأنّ الجهل فی المقام راجع إلى الجهل بمقدار حیاة زید الموقوف علیه، ولا إشکال أنّ الذی یعدّ وصفاً للدار هو حیث کونها موقوفة على زید، فلو

جهل كونها وقفاً على زيد أو عمرو أو على زيد فقط أو مع عقبه كان من قبيل الجهل بالوصف الدخيل في القيمة، وأمّا الجهل بمقدار عمر زيد بعد الفراغ عن كون الدار موقوفة على زيد، فهو وإن كان منشأً للجهل بالقيمة والمالية لاختلافها باختلاف طول مدة انسلاّب المنفعة وقصرها، ولكنه ليس راجعاً إلى الجهل بوصف الدار بل راجع إلى أنّ الوصف المعلوم ينطبق خارجاً على أيّ مقدار من الزمان، وقد عرفت أنّ الجهل بالمالية الغير المستند إلى الجهل بالوصف غير مضرّ.

ومن هنا يتّضح الفرق بين المقام وباب بيع العين المستأجرة إذا لم يعلم مقدار مدة الإجارة، وحاصل الفرق أنّ المدة مأخوذة في إنشاء الإجارة، فالإجارة إلى سنة صفة للدار وإلى سنتين صفة أخرى، فإذا دار الأمر بينهما كان المجهول صفة الدار وهذا بخلاف المقام، فإنّ المنشئ إنّما أنشأ الوقف على زيد الموجود الحيّ، وهذا أمر مبيّن والشكّ في المنطبق عليه.

وأما الثاني: فلأنّ المسلّم من كلماتهم الجهل بأصل القدرة كالمثالين لا الأعمّ منه ومّا إذا علم أصل القدرة وشكّ في زمانه، والشاهد على عدم المسلميّة أنّه قال شيخنا المرتضى - قدّس سرّه الشريف - في ذيل مسألة اعتبار القدرة على التسليم: «ولو كان مدة التعذّر غير مضبوطة عادة كالعبد المنفذ إلى هند لأجل حاجة لا يعلم زمان قضائها ففي الصحّة إشكال» وجعل وجه الإشكال حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتدّة بالأقراء، لجهالة وقت تسليم العين.

وأنت خير بأنّه لو تمّ الإجماع في مسألة بيع مسكن المعتدّة لا يمكن فهم الكلّية منه، لاحتمال اختصاص بذلك المورد الخاص لنصّ وصل إليهم، وبالجمله ثبوت الإجماع بالنسبة إلى مورد الجهل بزمان القدرة مع معلوميّة أصلها قابل للدغدغة.

هذا مضافاً إلى أنّ لنا طريق إثبات إلى أنّ مقامنا غير مندرج تحت مفهوم الغرر المضّرّ وهو الصحيحة أو الحسنة الدالّة على صحّة البيع في السكنى الموقّنة بعمر أحدهما بناءً على ما تقرّر في محلّه من أنّه إذا علم حكم مخالف لحكم العام في موضوع معيّن وشكّ في أنّه من أفراد ذلك العام حتّى يكون تخصيصاً أو لا حتّى يكون تخصّصاً، فأصالة عدم التخصيص يعيّن الثاني، وبه تشخص حال الموضوع، إذ على هذا يعلم أنّ بيع السكنى المذكورة ليس من أفراد بيع الغرر، ومن المعلوم مساواته مع بيع الوقف المنقطع الذي هو محلّ الكلام.

ثمّ إنّ بناءً على تسليم الغرر في ما نحن فيه لو وقعت المعاملة على مجموع العين والمنفعة بصيغة الصلح بأن يكون أصالةً في الأوّل ونيابةً عن الموقوف عليه في الثاني، فيكون العوض موزعاً عليهما، فلا إشكال حينئذ من حيث الغرر، ولكن يستشكل من جهة أخرى وهو عدم انصراف مطلقات المنع عن شراء الوقف المعلوم عدم اختصاصها بخصوص البيع والشراء وجريانها في نوع النقل إلى الغير عن شمول هذه الصورة، فإنّ المنصرف عنه هو نقل العين المجردة بلا منفعة كما في ما تقدّم، وأمّا نقلها مع المنفعة وإن لم تكن المنفعة بتبع العين بل في عرضها فهو مشمول لها.

ألا ترى أنّ أصحاب هذا القول - أعني عدم دخالة الحبس في مفهوم الوقف - لا يلتزمون في الوقف المؤبد لمثل هذا النقل أعني نقل كلّ من العين والمنفعة في عرض واحد وبصيغة المتكفلة لهما، هذا.

ولو باع الواقف ورضي الموقوف عليهم، قال شيخنا المرتضى - قدس سرّه الشريف -: مجرد ذلك لا يجوز البيع من الأجنبي، لأنّ المنفعة مال لهم فلا ينتقل إلى المشتري بلا عوض، اللهمّ إلّا أن يكون على وجه الإسقاط لو صحّحناه

منهم، إلى أن قال: ومما ذكرنا يظهر وجه التأمل في ما حكى عن التنقيح من أنه لو اتفق الواقف والموقوف عليه على البيع في المنقطع جاز سواء أراد بيع الواقف أو بيع الموقوف عليه، كما يدلّ كلامه عليه المحكي عنه في مسألة السكنى حيث أجاز استقلال مالك العين بالبيع ولو من دون رضى مالك الانتفاع أو المنفعة، نعم لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع من دون تملك للمنفعة كما في السكنى على قول صحّ ما ذكره، لإمكان سقوط الحق بالإسقاط بخلاف المال فتأمل، انتهى كلامه - رفع في الخلد مقامه -.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفادته - قوله - قدّس سرّه -: «كما يدلّ كلامه عليه» دفع لدخل مقدّر وهو أنّه كما فصلتم أنتم بين البيع من أحد الطرفين ولحوق الرضى من الآخر فالمنع، وبين الصلح المشتمل على نقل كلّ من العين والمنفعة عن صاحبه فالجواز، لم ما حملتم كلام التنقيح على القسم الثاني حتى يكون خالياً عن التأمل؟ فأجاب بأنّه يدلّ على إرادته القسم الأوّل الذي فيه التأمل، كلامه في مسألة السكنى فإنّه هناك أجاز استقلال مالك العين ولو من دون رضى مالك الانتفاع أو المنفعة، وقرينة المقابلة بين المسألتين قاضية بأنّه في المقام منع ما أجازة هناك وهو استقلال مالك العين ولو بدون رضى الموقوف عليه، وأمّا بيعه مع اتفاق الموقوف عليه معه بمعنى رضاه ببيعه كالعكس يعني بيع الموقوف عليه مع رضى الواقف ببيعه فجائز.

ثمّ قال شيخنا - دام ظلّه -: ما ذكره الشيخ - قدّس سرّه - من الفرق بين الحقّ والمال وأنّ رضى الموقوف عليه مفيد على التقدير الأوّل دون الثاني لإمكان سقوط الحقّ بخلاف المال، فيه: أنّه يمكن في المال أيضاً ذلك بالإعراض عنه، فإنّه إذا أعرض المالك عن ماله كان ذلك مؤثّراً في إعدام علاقة الملكية عمّا بينهما،

ولهذا يفتون في نثار العرس بجواز التصرفات الناقلة فيه، ثم بعد زوال العلاقة يصير المال على حسب ما يقتضيه طبعه الأولي، ففي الأعيان يصير من المباحات الأصلية تملك بالحيازة، وفي المنافع تصير تابعة للعين، وذلك لاختلاف الطبع الأولي في المقامين وأن المنافع ليست حالها كالعين.

ومن هنا نقول في ما إذا استأجر العين من مالكها ثم اشتراها منه قبل انقضاء مدة الإجارة ثم باعها من غيره قبل الانقضاء أيضاً بأنه يمكن أن يكون هذا أيضاً إعراضاً عن تملك المنافع بسبب مستقل فتعود إلى حالتها الأولية من تبعية العين، ثم ينتقل إلى المشتري من دون انتظار لانقضاء المدة.

وتحقيق المقام أن حال المنافع كالكلّي في باب السلم لا يعدّ مالاً في قبالة العين إلا بعد تقطيعها في عالم الإنشاء من العين، فحينئذ يعتبر أنما ملكيتها لمالك العين، وحينئذ فما دام هذا التقطيع باقياً فهو، وإذا زال تصير المنفعة إلى أصله من الاندكاك في العين و عدم المحسوبة في قبالة، فلا يرد أنه يلزم الجمع بين العوض والمعوّض في ما إذا أجر المالك العين ثم باعها ورضي المستأجر أو رضي قبل بيعه، فإنه يلزم جمع المنفعة مع عوضها لدى مالك العين، مع عدم كون الانتقال بسبب مستأنف من صلح أو هبة.

وجه عدم الورود: أن المعوّض إنما هو المنفعة في حال التقطيع عن العين والمعدودية في عرضها، فلو عاد بعد الإعراض بهذه الحال لزم الجمع، وأما إذا عاد على مثل حالها قبل التقطيع من التبعية للعين فلا اجتماع، هذا. اللهم إلا أن يمنع تأثير الإعراض مطلقاً في قطع العلاقة؛ إذ لا دليل عليه غير السيرة والارتكاز وهو قابل للتشكيك.

هذا كله بناءً على اختيار المبنى الأول، ولو اخترنا الثاني أو الثالث قال

شيخنا المرتضى - قدس سرّه الشريف -: لا يجوز البيع للموقوف عليه، لاعتبار الواقف بقاء العين في يدهم إلى انقراضهم.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته العالية -: إن أراد - قدس سرّه - أنه اعتبر كون العين تحت يدهم ولو انتقل ملكها إلى غيرهم فهذا يناfi مع جواز صلحهم المنفعة مدّة العمر في حقّ غيرهم، فإنّه يوجب خلوّ يدهم عن العين، إذ يجب تسليمها للمصالح له حتّى يستوفي المنافع، وإن أراد أنه اعتبر عدم انتقال العين إلى غيرهم ملكاً فهذا مشترك الورود بين هذين المبنيين والمبنى الأوّل وهو مالكيّة الواقف كما هو واضح.

هذا بحسب ما أفاده إنشاء الواقف بضميمة قوله - عليه السلام - : «الوقوف على حسب النخ» وأمّا أدلّة المنع عن شراء الوقف فالحقّ أيضاً عدم التفرقة حسب المباني في الاستدلال بها وعدمه، لأنّ الحال لا يخلو عن أمرين، إمّا أن نقول بأنّها منصرفة إلى الوقف المؤبد فيسقط عن الاستدلال على جميع المباني، وإمّا أن نقول بأنّها شاملة لكلّ من المؤبد والمنقطع وعلى هذا لا ينقدح في الذهن أبداً فرق في شمول الأدلّة حسب المباني المذكورة، فالتفصيل ليس له وجه.

بيع أم الولد مسألة

ومن أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً صيرورة المملوكة أم ولد لسيدها، فإن ذلك يوجب منع المالك عن بيعها بلا خلاف بين المسلمين على الظاهر المحكي عن مجمع الفائدة، وينبغي أولاً التبرك بأخبار المسألة فنقول:

منها: الصحيح على المحكي عن محمد بن مارد عن أبي عبد الله - عليه السلام - في الرجل يتزوج الأمة فتلد منه أولاداً ثم يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها، ثم يبدو له في بيعها؟ قال: هي أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك وإن شاء اعتق^(١).

ومنها: رواية السكوني عن أبي عبد الله - عليه السلام - : أن أمير المؤمنين - عليه السلام - قال في مكاتبة: يطؤها مولاها فتحمل، قال: يرد عليها مهر مثلها وتسعى في قيمتها، فإن عجزت فهي من أمهات الأولاد^(٢).

ومنها: رواية عمر بن يزيد قال: قلت: لأبي إبراهيم - عليه السلام - : أسألك قال: سل، قلت: لم باع أمير المؤمنين - عليه السلام - أمهات الأولاد؟ قال: في فكاك رقابهن. قلت: وكيف ذلك؟ قال: أيما رجل اشترى جارية فأولدها ثم لم يؤدّ ثمنها ولم يدع

١- الوسائل: ج ١٤، الباب ٨٥، من أبواب نكاح العبيد والأماء، ص ٥٨٩، ح ١.

٢- المصدر نفسه: ج ١٦، الباب ١٤، حكم ولاء مكاتب وولده، ص ٩٧ ح ٣، و ١١٥ ح ٢.

من المال ما يؤدى عند أخذ ولدها منها فبيعت وأدى ثمنها، قلت: فيبيعن في ما سوى ذلك من دين؟ قال: لا^(١).

ومنها: رواية السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه أن علياً -عليه السلام- أتاه رجل فقال: إن أمتي أرضعت ولدي وقد أردت بيعها، فقال -عليه السلام-: خذ بيدها وقل من يشتري مني أم ولدي.

إذا عرفت ذلك فلا بد أولاً من التكلم في أنه هل يمكن استفادة الكلية من هذه الأخبار بحيث كانت هي المرجع عند الشك في قبال عمومات صحة البيع، وعلى تقدير عدم الدلالة هل يمكن تحصيلها من كلمات العلماء على وجه علم اتفاقهم على العموم المضروب للقانون ثم الكلية المستفادة لا بد أن تكون فعلية وإلا فإن اشتملت على المنع الاقتضائي الغير الناظر للطوارئ فلا ينفع لموارد الشك كما هو واضح.

وحينئذ فنقول: أما الرواية الأولى فمحل استفادة الكلية منها مفهوم الغاية في قوله: هي أمتة إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل، يعني إن حدث عنده حمل فليس له البيع، ولكن استشكل شيخنا الأستاذ -دام أيام إفاداته العالية- في عموم المفهوم نظراً إلى أن قيد الإطلاق إذا صار مصرحاً به في المنطوق فحاله حال العموم المأخوذ فيه في أن المفهوم في كليهما يكون انتفاء ذلك الإطلاق أو العموم المأخوذ في المنطوق ورفعها لا ينتج إلا قضية جزئية.

مثال الأول قولك: إن جاء زيد فأكرمه مطلقاً، فإن المفهوم أنه إن لم يجئك فيرتفع هذا الخطاب، وهذا يلائم مع إثبات الوجوب بنحو الإيجاب الجزئي.

١- الوسائل: ج ١٣، الباب ٢٤، من أبواب الحيوان، ص ٥١، ح ١ و ٢.

ومثال الثاني: ما دمت معي فلا تخف أحداً، حيث إنه ليس المفهوم أنه إن لم تكن معي فلا بد أن تخاف من كل أحد، وعلى هذا فالرواية من هذا القبيل، لأن قوله -عليه السلام-: إن شاء باع، معناه كون المالك مطلق العنان، فكأنه قال: يجوز بيعها مطلقاً ما لم يحدث الحمل، فيصير المفهوم ارتفاع الجواز المطلق عند حدوثه وهو لا ينافي ثبوت الجواز الجزئي، نعم لو كان الإطلاق بمقدمات الحكمة فنسبته إلى كل من المنطوق والمفهوم على السواء، وقد قرّر ذلك في محله.

وأما الثانية: فالمذكور فيها ليس بأزيد من إلحاق المكاتبه الموطوءة الحاملة بعد السعي والعجز عن أداء مال الكتابة بأمهات الأولاد من غير تعرض لحكم أمهات الأولاد وأنه المنع عن البيع في كل مورد أو في مورد مخصوص.

وأما الثالثة: فمحل الاستشهاد منها فقرتان، الأولى: قول السائل: لِمَ باع أمير المؤمنين -عليه السلام- أمهات الأولاد؟ فإنها كاشفة عن كون ممنوعة بيع أم الولد على سبيل الكلّية مرتكزة في ذهن السائل، حتّى سأل عن وجه جواز بيع الأمير -عليه السلام-، والإمام -عليه السلام- قد قرّره على هذا، والثانية: ذيل الرواية، حيث سأل عن يبعهنّ في ما سوى ثمن رقبتهنّ من سائر الديون، فأجاب -عليه السلام-: لا.

والأخيرة لا يستفاد منها الكلّية إلّا في خصوص أداء الدين وأما في غير ذلك من الموارد فلا، وأما الأولى فيكفي في صحّة هذا السؤال من السائل كون قضية منع بيع أم الولد على نحو الاقتضاء مرتكزة في ذهنه، ألا ترى أنك لو رأيت أحداً يحترز عن لحم الغنم يصحّ السؤال عنه: لِمَ تحترز؟ بل ربما يقال إنّ قوله: «لِمَ باع»، دليل على قابلية المنع للمرخص وهو لا يصحّ إلّا مع كونه اقتضائياً.

وأما الرابعة: فالمانع من التمسك بها قوله: أَرْضَعْتَ وَلَدِي فَإِنَّ كُنْهَ كُنْهَ عَنْ الْأُمِّ غَيْرَ ظَاهِرٍ، إذ لا ملازمة بين الأمومة والإرضاع، نعم لو لم تكن هذه الجهة

كانت دلالتها على الكليّة على نحو الفعلية بل كون البيع من المنكرات في صدر الإسلام واضحة ولكنّ الجهة المذكورة مانعة، ولا يبعد حملها على الأمة المرضعة، والتعبير المذكور للدلالة على كراهة بيعها يعني أنّ حزاة ذلك بحدّ يدركها أهل السوق أيضاً، فالمراد وإن كان الاستنكار العرفي لكن لما كان بداعي الإمضاء وتقريب الكراهة الشرعية إلى ذهن السائل لا يرد أنّ الدلالة على الاستنكار العرفي بعيد عن شأن الإمام مع كون السائل بصدد استفهام الحكم الشرعي.

ثمّ إنّه يمكن استفادة الكليّة على الوجه المقيّد بحال الشك من كلمات العلماء - رضوان الله عليهم - ، فهذا نظير قاعدة: من أتلف مال الغير فهو له ضامن .

ثمّ إنّ عنوان أم الولد لا فرق في صدقه عرفاً بين حدوث الولد في ملك المالك أو قبله لكن قد عرفت من الصحيحة الأولى اختصاص المنع بما إذا كان الولد من المولى في حال المولوية، فالمنوع أم الولد لمولاهما كما تقدّم في العنوان، وأيضاً هذا العنوان عرفاً لا يصدق على الحمل فلا تصير المرأة أمّ الولد وذات الولد إلّا بعد انفصال الولد لكنّ المنع شامل لذات الحمل أيضاً بدلالة الصحيحة المذكورة لقوله فيها: ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك، وتشترك معها في هذه الدلالة الرواية الثانية حيث إنّ في كلام السائل قوله: «فتحمل».

والنظر في دلالتها بملاحظة أنّ زمان الحكم بعد تحقق السعي والعجز عقيب الحمل، والغالب ولوج الروح حينئذ فلا يدلّ على كفاية مسمّى الحمل، يمكن منعه أولاً أنّ تعيين عجزها عن أداء مال الكتابة لا يحتاج إلى مضيّ مدّة دائماً بل من الممكن أن يتبيّن ذلك لها في عرض أيّام قلائل بأن يعلم من حالها عدم وفائها إلّا للمكاسب اليسيرة الغير الوافية.

وثانياً: الرواية ظاهرة في أنّ وجه هذا التفصيل الذي ذكره الإمام -عليه السلام- من أنها تسعى في قيمتها إن كانت قادرة وإن كانت عاجزة فهي من أمّهات الأولاد ليس إلا الحمل فيعلم أنّه المعيار لمنع البيع.

ثمّ بعد تبيّن أنّ الحمل كاف في المنع فهل معيار الحمل ماذا ومبدأ صدقه من أيّ زمان؟ فإنّ هنا مراتب من الجنين والمضغة والعلقة والنطفة المستقرّة في الرحم والنطفة الغير المستقرّة وهي مختلفة في الوضوح والخفاء، فالجنين معلوم الصدق والنطفة الغير المستقرّة معلوم العدم، والظاهر صدق الحمل على المضغة.

ويدلّ عليه مضافاً إلى شهادة العرف حيث يسمّونها عند الإلقاء سقطاً، لأنّ معناه إسقاط الحمل ما ورد في باب عدّة الحامل من صحيحة ابن الحجاج «عن أبي الحسن -عليه السلام- قال: سألت عن الحبل إذا طلقها زوجها فوضعت سقطاً ثمّ أو لم يتمّ أو وضعته مضغة؟ فقال -عليه السلام-: كلّ شيء يستبين أنّه حمل ثمّ أو لم يتمّ فقد انقضت عدّتها، وإن كان مضغة» ^(١) فإنّ الرواية في مقام التفسير لقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ ^(٢) وبعد ما استفدنا مفاد الحمل من الرواية ترتّب عليه جميع آثاره الشرعية، نظير إذا ما ورد خبر الواحد بتفسير معنى الصعيد فإنّه يوجب ترتيب آثار الصعيد بلا شبهة، وقيد الاستبانة ليس جزءاً من الموضوع بأن يكون أوّل مراتب الحمل هو الاستبانة أعني الكون بحيث يفهمه كلّ أحد ويحكم بأنّه حمل ولا يكون ذلك مخصوصاً بأهل الخبرة من القوابل وذلك لاستلزامه الدور؛ لأنّ دخل الاستبانة في تحقّق متعلّقها، ومفهومه محال فهو مأخوذ طريقاً محضاً، ووجه ذكره أنّ المقام مع الشك يكون من موارد استصحاب بقاء

١- الوسائل: ج ١٥، الباب ١١، من أبواب العدد، ص ٤٢١، ح ١.

٢- الطلاق / ٤.

العدّة فاعتبر الاستنابة لانقطاع هذا الاستصحاب. وبالجمله لا يعلم من الرواية أنّ حدّ الحمل ماذا، وقوله -عليه السلام-: وإن كانت مضغة تقرير كلام السائل لا بيان أقلّ مراتب الحمل.

وأما العلقه وهي القطعة الجامدة من الدم فالظاهر أيضاً صدق الحمل عليه عرفاً والمعيّار ظاهراً صدق اسم السقط عند الإسقاط، وهذا متحقّق في العلقه.

وأما النطفة المستقرّة التي هي مبدأ نشوء آدمي فالظاهر عدم صدق الحمل عليها لانتفاء المعيار المذكور فيها، لأنّه لا يصدق عليها اسم السقط وما نرى من التعبير عن المرأة التي تأخر حيضها شهراً مثلاً أنّها صارت حبلى منذ شهر فهي مسامحة في التعبير، والمقصود أنّ أسباب صيرورتها حبلى قد تحقّقت فهو من باب المجاز بالمشاركة.

ثم إنّ المنع مختصّ بعدم هلاك الولد، فلو هلك جاز لارتفاع عنوان أمّ الولد عنه، كما أنّ ضرب العالم يرتفع بارتفاع وصف العالمية عن المضروب، ولو مات الولد وخلف ولداً فالظاهر عدم إجراء حكم المنع، لعدم صدق الولد المضاف إلى هذه الأمّ عليه وكذا الأمّ المضافة إلى هذا الولد عليها، وعلى فرض الشك فلا مجال لاستصحاب عنوان أمّ الولد؛ لأنّ الشبهة مفهوميّة ولا شبهة في الخارج، وتقرّر في محله عدم جريان الاستصحاب في مثله، ولا لاستصحاب بقاء المنع بعد وجود الأدلّة الاجتهاديّة على الجواز، وهي عمومات صحّة البيع والعقود، فإنّ العقد الصادر بعد هلاك ولد الصلب فرد مغاير للصادر قبل الهلاك، فالشك في التخصيص الزائد والمرجع في اجمال المخصّص المنفصل المرّدّد بين الأقلّ والأكثر إلى عموم العام.

بقي الكلام في المستثنيات عن قاعدة عدم جواز بيع أمّ الولد، فقال شيخنا

المرتضى - قدس سره الشريف - هي صور يجمعها تعلّق حقّ للغير بها أو تعلّق حقّها بتعجيل العتق أو عدم تحقّق الحكمة المانعة عن النقل.

فمن موارد القسم الأوّل ما إذا كان عن رقبته ديناً على مولاها ومات المولى ولم يكن له ما يؤدّي هذا الدين، والدليل على الجواز في هذه الصورة في مقابل القاعدة المانعة ما رواه المشايخ الثلاثة من صحيح عمر بن يزيد المتقدّم.

وفي رواية أخرى لعمر بن يزيد عن أبي الحسن - عليه السلام - عن أمّ الولد تباع في الدين؟ قال: نعم في ثمن رقبته، والصحيح المتقدّم حكى رواية الفقيه له بهذا الوجه: أخذ من ولدها ثمنها منه بيعت، بدل قوله في رواية الكافي: أخذ ولدها منها، وقد يؤيد الأوّل بأنّه واضح الانطباق على قوله - عليه السلام - في فكاك رقابهنّ، فإنّ البيع من ولدها يوجب اعتاقها عليه بخلاف ما في الرواية الثانية، فإنّ النقل من مالك إلى مالك آخر يستقرّ ملكه لها لا يوجب فكاك رقبته.

وفيه: أنّ فكاك الرقبة بملاحظة تعلّق حقّ الديان بعد الموت بأعيان التركة فكأنّها مرهونة للدين، إن امتنع الوارث من فكّها تباع تلك الأعيان ويوفي الدين، وعلى هذا فإطلاق اسم الفكّ هنا كما في باب الرهن، هذا مع أنّ رواية الفقيه يبعدها أمران.

الأوّل: أنّه لو كانت الرواية على هذا فلا شبهة أنّ بيع أمّ الولد على هذا الوجه أعني كونه مستعقّباً للعتق ليس فيه استيحاش وكان خارجاً عن الموضوع الذي استوحش منه السائل، وكان حقّ الجواب أن يقول: استهنت في اسناد البيع المستنكر إلى الأمير - عليه السلام -، والظاهر من الجواب أنّه - عليه السلام - بصدد بيان المجوّز مع حفظ الموضوع كما يدلّ قول السائل عقيب: فيعين في ما سوى ذلك، والحاصل: أنّ المستوحش هو البيع الغير المستعقب للعتق، فإنّ المستعقب تعجيل

العتق وهو غير المستوحش، وظاهر الرواية بيان المجوز للبيع الغير المستعقب.

الثاني: أنّ الغالب في ولد مثل هذه الأمّ والأب الفاقدا لما يؤدّي دينه عدم كونه ذا مال، وفرض كونه كبيراً وقد اكتسب المال بسعي نفسه فرض نادر، فكيف يصحّ سوق هذه الكلّية بملاحظة هذا الفرض النادر.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّ شيخنا المرتضى - قدس سرّه الشريف - بعد ذكر صحيحة عمر بن يزيد وروايته قال: ومقتضى إطلاقها بل إطلاق الصحيحة كما قيل ثبوت الجواز مع حياة المولى، كما هو مذهب الأكثر بل لم يعرف الخلاف فيه صريحاً، نعم تردّد فيه الفاضلان، وعن نهاية المرام والكفاية أنّ المنع نادر لكنّه لا يخلو عن قوّة.

وربّما يتوهم القوّة من حيث توهم تقييدها بالصحيحة السابقة بناءً على اختصاص الجواز فيها بصورة موت المولى كما يشهد به قوله فيها: «ولم يدع من المال إلى آخره» فيدلّ على نفي الجواز عمّا سوى هذا الفرد إمّا لورودها في جواب السؤال عن موارد بيع أمّهات الأولاد فيدلّ على الحصر، وإمّا لأنّ نفي الجواز في ذيلها في ما سوى هذه الصورة يشمل بيعه في الدين مع حياة المولى، واندفاع التوهم بكلا وجهيه واضح.

والظاهر أنّ مراده - قدس سرّه - أنّ السائل لم يسأل إلّا عن مجوز خصوص البيع الصادر عن الأمير - عليه السلام -، وحيث كان جميع بيوعه - عليه السلام - في صورة موت المولى فالإتيان بكلمة «لم يدع» الظاهرة في الموت من باب الموردية وليس في مقام الضابط الكلّي لمطلق بيع أم الولد حتّى يكون ظاهراً في القيدية، ومن هنا يظهر وجه ضعف الوجه الثاني؛ فإنّ الموت في الذيل أيضاً ملحوظ على وجه الموردية، والحاصل: لا ظهور في شيء من الفقرتين في أخذ قيد الموت المستفاد من

كلمة «لم يدع» قيداً لا مورداً.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته العالية -: قول السائل: «لِمَ باع أمير المؤمنين - عليه السلام - أمهات الأولاد» يحتمل وجهين، الأول: أن يكون لإضافة البيع إلى الأمير - عليه السلام - دخلاً في السؤال، يعني أنه - عليه السلام - لِمَ أقدم؟ والثاني: أن يكون السؤال محضاً في وجه جواز ذلك البيع من أي شخص صدر، وتخصيصه الأمير - عليه السلام - بالذكر من باب المورد .

فإن كان السؤال على الوجه الأول كان ما ذكره - قدس سرّه - متيناً؛ فإنه من المحتمل حينئذ أن يكون - عليه السلام - في مقام الذب عن الأمير - عليه السلام - ذكر قيد «لم يدع» لكون الموت مورد بيعه - عليه السلام -، فإنه حيث كان ولي أمور المسلمين كان تصديّه في موارد عدم إقدام المالك التي منها موت المالك وصغارة ورثته أو كبارتها مع الامتناع عن الإقدام.

وأما إن كان على الوجه الثاني فكأنه أُشير إلى طائفة من البيوع الخارجية وقيل ما المجوز في هذه البيوع من دون نظر إلى أن فاعلها أي شخص، ولا شبهة أنه إذا ذكر في الجواب في مقام الضابط للجواز كلمة «لم يدع» الظاهرة في الموت كان ظاهراً في القيدية، وهو نظير قولنا: أكرم الرجل العالم، فإنه وإن كان لا يفهم منه حصر الوجوب في العالم - فلا يبقى احتمال قيام العادل مقامه - لكن لا شبهة في أنه يفهم منه عدم وجود ملاك الوجوب في ذات الرجل مع قطع النظر عن ضمّ صفة خارجية، فالاستظهار المذكور غير متين على القول بمفهوم الوصف.

وعلى هذا فنقول في المقام: إنه لو كان نفس دينية ثمن الرقبة مع عدم ما بقي بالدين كافياً من غير فرق بين الموت والحياة كان ذكر «لم يدع» مستدركاً كذكر العالم في المثال لو كان الرجل تمام موضوع الوجوب؛ إذ لو فرض الاقتضاء

في الوصف أيضاً كان المعلول مستنداً إلى أسبق العلتين، وبالجملية ينفي هذا المعنى ظاهر اللفظ فإنه ينفي مساواة الحياة والموت في الحكم هذا.

والظاهر من هذين الوجهين هو الثاني، فإن الجهات الراجعة إلى تصدي الأمير - مبه السلام - مفروغ عنها وموكولة إلى محلها من كونه مثلاً في مال من يحتاج إلى ولي كالميت والصغير والغائب والممتنع، فالسؤال ممحّض في حكم أصل بيع أم الولد، وعلى هذا فإطلاق رواية عمر بن يزيد لا بد من تقييده بالصحيحة.

ثم على فرض الغض وتسليم عدم ظهور الصحيحة في القيدية قال شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف -: يمكن أن يقال في وجه القوة - أي قوة المنع عن البيع حال الحياة - بعد الغض عن دعوى ظهور قوله: يباع في الدين في كون البائع غير المولى في مابعد الموت: إن النسبة بينها وبين رواية ابن مارد المتقدمة عموم من وجه، فيرجع إلى أصالة المنع الثابتة بما تقدم من القاعدة المنصوصة المجمع عليها، إلى أن قال - قدس سره الشريف -: فالأولى في الانتصار لمذهب المشهور أن يقال برجحان إطلاق رواية عمر بن يزيد على إطلاق رواية ابن مارد الظاهرة في عدم كون بيعها في ثمن رقبته كما يشهد به قوله: «فيمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها ثم يبدو له في بيعها» مع أن ظاهر البداء في البيع ينافي الاضطرار إليه لأجل ثمنها.

وبالجملية فبعد منع ظهور سياق الرواية في ما بعد الموت لا إشكال في رجحان دلالتها على دلالة رواية ابن مارد على المنع كما يظهر بالتأمل، مضافاً إلى اعتضاها بالشهرة المحققة، والمسألة محل إشكال، انتهى المقصود من كلامه.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة -: وجه كون النسبة بين الروایتين عمومياً من وجه اختصاص رواية ابن مارد مورداً بحال حياة المولى، فإن

مفهوم الغاية فيها أنّه إن حدث عند المولى حمل بعد ما ملك الأمة فليس له يبيعهها، وعمومها من حيث كون البيع الممنوع في ثمن رقبته أو غيره، واختصاص رواية عمر بن يزيد بالبيع في ثمن الرقبة وعمومها لحال الموت وغيره، فالبيع حال الحياة في ثمن الرقبة يصير مورداً للتعارض، فمقتضى إطلاق المفهوم المذكور منعه، ومقتضى إطلاق الأخيرة جوازه.

وأما ما ذكره - قدّس سرّه - في وجه رجحان إطلاق رواية عمر بن يزيد على رواية ابن مارد فمعارض بالمثل؛ إذ كما أنّ إطلاق رواية ابن مارد كما أفاده بالنسبة إلى البيع في ثمن الرقبة ظهور ضعيف، كذلك إطلاق رواية عمر بن يزيد لحال الحياة ظهور ضعيف، لأنّه - قدّس سرّه - جعل هذا الظهور قابلاً للإنكار، بل دعوى ظهور سياق «بيع في الدين» في ما بعد الموت، وإذن فكلّ من الظهورين في الضعف بالنسبة إلى شمولهما لمورد الاجتماع متماثلان، غاية الأمر أنّ ضعف أحدهما من جهة خصوصيّة البيع في ثمن الرقبة، وضعف الآخر من جهة خصوصيّة حال الحياة.

وهنا وجهان آخران لرجحان إطلاق رواية عمر بن يزيد خاليان عن الخدشة المذكورة.

أحدهما: ما ذكرناه سابقاً في منع الكلية من رواية ابن مارد من جهة أنّه إذا أخذ الإطلاق في المنطوق صريحاً فالمفهوم المأخوذ منه ليس إلّا قضيّة جزئية، فمفهوم قوله - عليه السلام - : «هي أمتة إن شاء باع وإن شاء أعتق ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك» أنّه إن حدث الحمل ترتفع هذه الكلية فلا ينافي ثبوت الجزئية، وهذا الوجه إنكار لأصل إطلاق المفهوم المذكور.

والثاني: سلّمنا استفادة الإطلاق والكلية من المفهوم لكنّ اللازم مع ذلك

تقديم إطلاق رواية عمر بن يزيد، وذلك لأنّ قضية منع بيع أم الولد في كلتا الروايتين كانت مرتكزة للسائل مع تقرير الإمام - عليه السلام - له، لكن في أحدهما مورد التقرير هو الكلية القابلة للتخصيص.

وبعبارة أخرى: العموم القانوني الأعمّ من الإنشائي والجدّي، فعين - عليه السلام - محلّ هذه الكلية وضرب القانون في حال حدوث الحمل في ملكه، وفي الآخر وقع السؤال عن مورد تخصيص هذه الكلية وأنّ المورد الكذائي مراد جداً أو إنشاءً، فيكون للثاني لسان الحكومة بالنسبة إلى الأوّل، لأنّه بصدد تعيين كمية تلك الكلية بحسب المراد الجدّي، فشمول أحدهما للبيع حال الحياة في ثمن الرقبة بنحو العموم المضروب للقانون، وشمول الآخر بنحو الاستثناء والشارحيّة.

وأما خروج حال الموت عن مدلول الأوّل فهو من باب السكوت وعدم التعرّض لا من باب الاستثناء، نعم لو كان مدلوله أنّ المنع عن بيع أم الولد مخصوص بحال الحياة دون الموت كانت المعارضة في محلّها، لكون كلّ منهما بصدد الاستثناء عن القضية الكلية الارتكازية القانونيّة، هذا.

ثمّ على فرض الغضّ وتسليم عدم رجحان إحدى الدالتين على الأخرى فلا شكّ أنّ المرجع حينئذ قاعدة المنع عن بيع أم الولد الثابتة بالنص والإجماع إن قلنا ببثوتها، لأنّ المرجع في المخصّص المجلّ المرّد بين الأقلّ والأكثر هو العام وإن كان الإجمال من جهة تعارض الخاصّين في مورد الاجتماع بناءً على أنّ العام ليس من أحد طرفي هذا التعارض كما هو المحقّق في محلّه، وإن لم نقل بثبوت هذه القاعدة فالمرجع قاعدة «أحلّ الله البيع» لا قاعدة السلطنة، لعدم كونها مشرعة، وهذا كلّ واضح.

وإنّما الكلام في أنّه على فرض ثبوت قاعدة المنع ومعارضتها بوجوب أداء

الدين كما توهم - وإن كان التوهم على خلاف التحقيق كما أفاده شيخنا المرتضى لعدم كون وجوب الأداء مشرعاً وكونه متقيداً بالقدرة العقلية والشرعية وقاعدة المنع تنفي القدرة الشرعية، وبعد الغض عن أنّ المرجع حينئذ عمومات صحة البيع - هل الأصل العملي ماذا؟

الذي صرح به شيخنا المرتضى - قدس سره - أنّ المرجع حينئذ أصالة بقاء جواز بيعها في ثمن رقبته قبل الاستيلاء ولا يعارضها أصالة بقاء المنع حال الاستيلاء قبل العجز عن ثمنها، لأنّ بيعها قبل العجز ليس بيعاً في الدين كما لا يخفى، انتهى.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة -: توجيه مراده - قدس سره - أن يقال: ظاهر قوله «بيع في الدين» أخذ «في الدين» قيداً للبيع، وقوله: «نعم في ثمن رقبته» بمنزلة أنّ البيع في ثمن الرقبة جائز، والحاصل أنّ قيد «في الدين» من القيود المفردة للبيع، فالبيع المضطرّ إليه لأجل ثمنها فرد، والبيع الغير المضطرّ إليه فرد آخر، فالباقى تحت قاعدة المنع يصير معنوياً بغير المضطرّ إليه، وأمّا المضطرّ إليه ففي حال الموت مقطوع التخصيص وفي حال الحياة مشكوكة مع عدم جريان أصالة عدم التخصيص، وقاعدة صحة البيع أيضاً يصير معنوياً بالمضطرّ إليه، لأنّ الخارج عنه غيره.

وإذن فقبل الاستيلاء كانت قاعدة الصحة في الفرد المضطرّ إليه مفيدة للحكم الجذّي وبعدها قبل العجز كانت قاعدة المنع مفيدة للجذّي في غير المضطرّ إليه وللإنشائي المشكوك التخصيص الغير المجري لأصالة عدم التخصيص في المضطرّ إليه.

فبعد العجز إن استصحب هذا الحكم الإنشائي فهو مجامع مع ذلك

الحكم الجدّي الآتي من قبل قاعدة الصّحة، لأنّها مع القطع بهما كانا مجتمعين فكذا مع استصحابهما، وإن استصحب الحكم الجدّي فهو في الفرد الغير المضطرّ إليه، وهو مغائر مع المضطرّ إليه هذا، ولكن جعل قيد «في الدين» مفرداً محلّ منع، فإنّ البيع فرد واحد عرفاً، والاضطرار وعدمه من حالاته والمتّبع في الاستصحاب هو العرف، مع أنّ ظاهر الدليل أيضاً جعله قيداً للنسبة لا للموضوع كما هو الظاهر في سائر القيود في القضايا، فإذن فاستصحاب المنع جار دون الجواز، لانقطاعه.

وهيهنا فروع

الأوّل: قد اشترط في جواز بيع أمّ الولد في ثمن رقبته اعسار المولى، وعدم ملك شيء غيرها، فإن كان المدرك قوله في رواية عمر بن يزيد: «يباع في ثمن رقبته» بتقريب أنّه لا يصدق عنوان البيع في الدين وفي ثمن الرقبة إلّا عند انحصار المخلص في البيع، ففيه: أنّه يصدق هذا العنوان في صورة عدم الانحصار لكن كان أمّ الولد بالبيع أقرب من غيرها، كما لو ملك قرية وأمّ ولد ودار الأمر بين بيع القرية أو أمّ الولد، فلأنّه يصدق لو اختار الثاني أنّه باعها في الدين وفي ثمن رقبته.

وإن كان المدرك قوله - عليه السلام - في صحيحة عمر بن يزيد: «ولم يدع من المال ما يؤدّي عنه» فمضافاً إلى اختصاصها بحال الموت والمدعى أعمّ - مقتضاها عدم شيء غيرها حتّى من المستثنيات؛ لأنّها أيضاً شيء يؤدّي الدين عن صاحبها، غاية الأمر لا يجب عليه صرفها فيه، فما ذهب إليه المشهور من اعتبار عدم ما زاد على المستثنيات في حال الحياة لا يتمّ على كلّ حال.

اللّهم إلّا أن تنشبت لإثبات أصل الإعسار بالمناسبة المقامية وهي معلومية

ملاحظة الشارع الجمع بين الحقين مهما أمكن، أعني حق الديان وحق أم الولد، وتقديم الأول على الثاني عند الدوران وهو صورة الإعسار، ولإثبات عدم مضرية المستثنيات بما هو المعلوم حسب الارتكاز من أن الشارع لاحظ حق الدائن في إسقاط حق أم الولد، وإذا كان حق الدائن مزاحماً بحق المالك فكيف يزاحم حق المالك ما يزاحمه حق الدائن أعني حق أم الولد؟

الثاني: لا إشكال في ما إذا كان نفس الثمن ديناً على المولى، وأمّا إذا استدان فاشتراها وأدى ثمنها أو اشتراها في الذمة ثم استدان وأداه فظاهر قوله في رواية عمر بن يزيد: «في ثمن رقبته» شمول هذين القسمين أيضاً؛ إذ يصدق فيها أن البيع لأجل الثمن، ومقتضى قوله -عليه السلام- في صحيحة عمر بن يزيد: «ولم يؤد ثمنها» عدم شمولها؛ إذ يصدق فيها أنه أدى الثمن، ولا يبعد أن يقال: إن ظهور الثاني أقوى و التصرف في الأول أهون، هذا بالنسبة إلى حال الموت، وأمّا حال الحياة فإن ثبت عدم الفصل فكذلك وإلا فالمتبع هو الرواية لاختصاص الصحيحة بحال الموت، ومن هنا ظهر أن الفرق بين القسمين لا وجه له.

الثالث: لو أدى بعض الثمن وبقي بعضه ديناً عليه، فمقتضى قوله -عليه السلام- «لم يؤد ثمنها» عدم شمول هذه الصورة، فإن الثمن وإن كان اسماً للمجموع ويصدق أنه ما أدى المجموع، ولكن المجموعة عند العرف في هذا المقام غير ملحوظة، ألا ترى أن من أكل بعض القرصة لا يصح أن يقال ما أكل القرصة؟ ومقتضى قوله: «في ثمن رقبته» شمولها، والظاهر هنا أظهرية الأخير على الأول، وهذا بالنسبة إلى ما بعد الموت وأمّا قبله فكما تقدّم.

الرابع: لا إشكال في ما إذا تبرّع المتبرّع وأدى الثمن، إنمّا الكلام في ما إذا أدى الولد ثمن نصيبه، فقال شيخنا المرتضى -قدس سرّه- انعتق عليه وحكم

الباقى يعلم من مسائل السراية.

واستشكل عليه بأنه لو قصد بذلك شراء النصيب فلا معنى لشراء ما هو ملكه، نعم بناءً على البقاء على ملك الميت يصحّ لكنّه خلاف التحقيق، ولو قصد الفكّ فاللازم انفكاك مقدار نصيبه مشاعاً في كلّ الأمة فينعتق مقدار نصيبه من هذا المقدار لا أنّه ينعتق تمام هذا المقدار؛ لأنّ الدين مقسّط على العين، فالنصف المشاع منها متعلّق النصف والثلث المشاع متعلّق الثلث وهكذا، وبعد كون المكسور مشاعة في الكلّ لا وجه لتعيّن بعضها في نصيب الولد بقصده، إذ هو نظير دفع أحد الشركاء مالاً لاستخلاص مقدار حقّه من العين المغصوبة.

والتحقيق أن يقال: إنّ الموت سبب لورود أمرين في عرض واحد على العين أحدهما ملك الورثة والآخر حقّ الديان، فكما أنّ ملك الولد مثلاً يتعلّق بالثلث من أصل الأمة كذلك حقّ الديان أيضاً وارد على عين هذا، فالمعروض للأمرين شيء واحد، نعم لو كان ملك الوارث متقدّماً في الورود على حقّ الديان كان متعلّق ملك الولد مثلاً ثلث الأصل ومتعلّق حقّهم هو الثلث المضاف إلى العين المملوكة، ولازم هذا هو الإشاعة في الإشاعة فيكون كلّ من أثلاث متعلّق الحق مشاعاً في الأثلاث المملوكة مثلاً لو كان هنا ثلاثة أبناء.

الخامس: لو امتنع المولى المورس من دفع الثمن بغير عذر فهل للبائع بيع أمّ الولد مقاصّة مطلقاً أو بإذن الحاكم؟ قال شيخنا المرتضى - قدّس سرّه -: له وجه، وربّما يستوجه خلافه، لأنّ المنع لحقّ أمّ الولد، فلا يسقط بامتناع المولى، ولظاهر الفتاوى وتغليب جانب الحرمة وفي الجميع نظراً، انتهى.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفادته الشريفة -: أمّا الوجه المقتضي للجواز فهو صدق عنوان كون البيع في ثمن رقبته، إذ لا فرق بين عدم المال رأساً ووجوده

مع امتناع المالك عن الأداء، وأمّا وجه النظر في الوجه الأوّل من الوجوه الثلاثة للمنع فلم يعلم وجهه، إذ بعد ما علمنا أنّ منع الشارع لمراعاة حقّ أمّ الولد، فسقوط هذا الحقّ إن كان بواسطة قصور المولى وعدم إمكان دفع الثمن كان له وجه، لا ما إذا قصّر المولى وامتنع مع يساره بغير عذر، والحاصل: أنّ الرواية بواسطة الاحتفاف بهذه القرينة منصرفة عن شمول هذه الصورة.

ثمّ إنّ هنا وجهاً آخر للمنع أقوى من هذا الوجه وهو أنّ المقاصّة حيث إنّها من باب الولاية كان مشروعيتها في موارد جواز تصدّي نفس المالك، وفي المقام لو فرض أنّ المولى أراد التصدّي بملاحظة كونه ممتنعاً فلا يشكّ أحد في عدم استفادة جوازه من الرواية فكيف يجوز لغيره التصدّي بعنوان الولاية عليه في ما ليس له مباشرة.

السادس: قد علم حال البيع في ثمن رقبته، وهل يجوز بيع أمّ الولد في الدين الآخر أو لا؟ قد نقل الإجماع على العدم مع حياة المولى، وأمّا مع موته فقد حكى عن شيخ الطائفة - قدس سرّه - جوازه في الدين المستوعب، والمهمّ ملاحظة مقتضى أدلة الباب.

فنقول وبالله المستعان: لا إشكال في أنّ مقتضى روايتي عمر بن يزيد مفهوماً ومنطوقاً نفي الجواز في الدين الآخر غير ثمن الرقبة، وليس بلإزائها إلّا عموم المفهوم في مقطوعة يونس في «أمّ ولد ليس لها ولد مات ولدها ومات عنها صاحبها ولم يعتقها هل يجوز لأحد تزويجها؟ قال: لا هي أمة لا يحلّ لأحد تزويجها إلّا بعق من الورثة فإن كان لها ولد وليس على الميّت دين فهي للولد، وإذا ملكها الولد فقد عتقت بملك ولدها لها، وإن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيب ولدها وتستسعى في بقية ثمنها»^(١).

١- الوسائل: ج ١٦، الباب ٥، باب أمّ الولد إذا مات ولدها قبل أبيه، ص ١٢٦، ح ٣.

لكنّ المعارضة إنّها هي لو جعل المفهوم أنّه إن كان على الميت دين فليس للولد، يعني يكون للدائن بيعها، ولكن يمكن منع هذا وأنّه لا معارضة في البين أصلاً؛ إذ الحكم الثابت في جانب المفهوم نقيض المذكور في جانب المنطوق والمذكور فيه أنّه يصير للولد وينعتق عليه، فالثابت في المفهوم رفع هذا، يعني ليس له حتّى ينعتق عليه.

والحاصل منه بقائها وعدم انعقادها، ولا منافاة لهذا مع ممنوعيّة بيعها كما هو مقتضى الأولين، وحيث إنّ المنع عن الانعتاق معلوم أنّه لرعاية حال الديان وعدم ذهاب حقّهم من البين رأساً يدور الأمر بحسب مقام الثبوت بين أمرين، أحدهما: إلزام الولد لدفع القيمة ثمّ الانعتاق عليه، والثاني: استسعاء الدائن أمّ الولد إلى أن استوفى دينه ثمّ ينعتق.

والحاصل: أنّه لو لم يكن في البين إلّا عمومات المنع عن بيع أمّ الولد وأدلة ملك الوارث للتركة، وأدلة انعقاد الأمة على ولدها من نصيبه لقلنا بأنّ حال أمّ الولد كحال الكفن وسائر مؤن التجهيز في عدم وقوعها متعلّقاً لحقّ الديان أصلاً فيملك بالموت وينعتق قهراً كما في صورة عدم الدين، أو قلنا بأنّها تنعتق بالضمان فيضمن الولد قيمتها للدائن، لكنّ الرواية نفت احتمال كونها كالكفن حتّى لا يقع مورداً لحقّ الديان، وكذا احتمال كونها منعتقة بالضمان على الولد، والدليلان السابقان أيضاً ينفيان البيع فيبقى الاحتمالان المذكوران.

وأما الترجيح بين هذين الاحتمالين فيمكن أن يقال: إنّ الأوّل منهما ليس مقتضى شيء من القواعد، فمقتضى الأصل خلافه، وأمّا الثاني فهو من شؤون كون الأمة باقية لرعاية حقّ الديان، فإنّه إذا عرض على العرف هاتان القضيتان أعني قولنا: هذه الأمة لا ينعتق على الولد بواسطة استظهار الديان، وقولنا: لكنّها

لا يجوز بيعها، يفهمون منها أنّ الديّان يأخذون دينهم من منافعها، فإنّ ذلك مقتضى حرمانهم من عينها وبقائها وثيقة لدينهم بخلاف اجبار الولد، فإنّه اجنبي عن كون أمّها وثيقة، فإنّ معناه ابتلاء الأمّ دون الولد، هذا.

ولكن هنا رواية ربّما يستظهر منها تعيين الوجه الأوّل أعني اجبار الولد بدفع القيمة. وهي ما رواه الشيخ في الموثّق عن أبي بصير «قال: سألت أبا عبد الله -عليه السلام- عن رجل اشترى جارية فولدت منه ولداً فمات؟ قال: إن شاء أن يبيعها باعها، وإن مات مولاهما وعليه دين قومت على ابنها وإن كان ولدها صغيراً انتظر به حتى يكبر ثمّ يجبر على قيمتها، فإن مات ولدها بيعت في الميراث إن شاء الورثة»^(١).

وظاهر الانتظار بالصغير إلى حين الكبر أنّ هذا مجرّد تكليف بدون اشتماله على الضمان الوضعي وإلاّ لما اختصّ بحال الكبر وكان المتصدّي وليّه ولكنّ التعبير بالإجبار يناسب الحقّة، فيكون التأخير إلى زمان الكبر وعدم المطالبة قبله تعبدي يكون تقيّد.

والأولى التيمّن بذكر الأخبار المروية عن أبي بصير فإنّها أربع روايات، الأولى: ما ذكر، والثانية: ما رواه الشيخ في الموثّق أيضاً على المحكي عن أبي بصير عن أبي عبد الله -عليه السلام-: قال بعد كلام لا يتعلّق بالمسألة: «وأيّ رجل اشترى جارية فولدت منه ولداً فمات إن شاء أن يبيعها في الدين الذي يكون على مولاهما من ثمنها باعها، وإن كان لها ولد قومت على ابنها من نصيبه، وإن كان ابنها صغيراً انتظر به حتّى يكبر ثمّ يجبر على ثمنها، وإن مات ابنها قبل أمّه بيعت في

١- الوسائل: ج ١٣، الباب ٢٤، من أبواب بيع الحيوان، ص ٥٢، ح ٥.

٢- المصدر نفسه: ج ١٦، الباب ٦، باب حكم أمّ الولد إذا مات سيدها، ص ١٠٨، ح ٤.

ميراثه إن شاء الورثة»^(٢).

والثالثة: ما رواه أيضاً عن أبي بصير عن أبي عبد الله - عليه السلام - في رجل اشترى جارية يطأها فولدت له أولاداً فمات ولدها قال: إن شأوا باعوها في الدين الذي يكون على مولاهما من ثمنها، وإن كان لها ولد قومت على ولدها من نصيبه»^(١).

وله في هذه المضامين أيضاً رواية أخرى وهي الرابعة وهي ما رواه الشيخ في الصحيح عن أبي بصير أيضاً: «قال: سئل أبو عبد الله - عليه السلام - وأنا حاضر عن رجل باع من رجل جارية بكرأ إلى سنة فلمّا قبضها المشتري أعتقها من الغد وتزوجها وجعل مهرها عتقها ثمّ مات بعد ذلك بشهر؟ فقال أبو عبد الله - عليه السلام -: إن كان للذي اشتراها سنة مال أو عقده يوم اشتراها وأعتقها تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها فإنّ عتقه وتزويجه جائز، وإن لم يكن للذي اشتراها وتزوجها مال ولا عقده يوم مات تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها، فإنّ عتقه ونكاحه باطل؛ لأنّه أعتق ما لا يملك وأرى أنّها رقت لمولاهما الأوّل. قيل له فإن كانت قد علقت من الذي أعتقها وتزوجها ما حال ما في بطنها؟ فقال: الذي في بطنها مع أمّه كهيتها»^(٢).

وهنا روايتان أخريان لمحمّد بن قيس واردتان في هذه المضامين، وأولاهما ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمّد بن قيس «عن أبي جعفر - عليه السلام - قال: قضى عليّ - عليه السلام - أيّما رجل ترك سرية لها ولد أو في بطنها ولد أو لا ولد لها فإن كان أعتقها ربّها عتقت وإن لم يعتقها حتّى توفي فقد سبق فيها كتاب الله وكتاب الله

١- الوسائل: ج ١٣، الباب ٢٤، من أبواب بيع الحيوان، ص ٥٢، ح ٤ و ٥.

٢- المصدر نفسه: ج ١٤، الباب ٧١، أبواب نكاح العبيد والأماء، ص ٥٨٢، ح ١.

أحق فإن كان لها ولد وترك مالا جعلت في نصيب ولدها ويمسكها أولياؤها حتى يكبر الولد فيكون هو الذي يعتقها إن شاء ويكونون هم الذين يرثون ولدها ما دامت أمة، فإن أعتقها ولدها عتقت، وإن توفي عنها ولدها ولم يعتقها فإن شاؤا أرقوا وإن شاؤا أعتقوا»^(١).

ولما ذكر الشيخ في الكتابين هذا الحديث حمله على ما إذا كان ثمن الجارية ديناً على المولى ولم يقض شيئاً فلما تم توقف إلى أن يبلغ ولدها فإن أعتقها - بأن يقضي دين أبيه - انعتقت وإن لم يفعل ومات قبل البلوغ بيعت في ثمنها إن شاؤا وإن شاؤا أعتقوها وضمنوا الدين واستدل على ذلك بالموثق وبها دل على اعتناق الأثم بملك الولد مع الاستسعاء أو بدونه.

وثانيهما: ما رواه الصدوق في الحسن كالصحيح عن محمد بن قيس عنه - عليه السلام - قال: «قال أمير المؤمنين - عليه السلام - : أيها رجل ترك سرية لها ولد أو في بطنها ولد أو لا ولد لها فإن كان أعتقها ربها عتقت وإن لم يعتقها حتى توفي فقد سبق فيها كتاب الله وكتاب الله عز وجل أحق، فإن كان لها ولد وترك مالا جعلت في نصيب ولدها ويمسكها أولياؤها حتى يكبر الولد فيكون هو الذي يعتقها إن شاء ويكونون هم يرثون ولدها ما دامت أمة، فإن أعتقها ولدها عتقت، وإن توفي عنها ولدها ولم يعتقها فإن شاؤا أرقوا وإن شاؤا أعتقوا، وقضى أمير المؤمنين - عليه السلام - في رجل ترك جارية وقد ولدت منه ابنة وهي صغيرة غير أنها تبين الكلام فأعتقت أمها فتخاصم فيها مولى أبي الجارية فأجاز عتقها لأمها»^(٢).

ورواه الكليني والشيخ في الحسن كالصحيح عن محمد بن قيس عنه - عليه

١- الوسائل: ج ١٦، الباب ٦، أن أم الولد إذا كان ولدها حياً، ص ١٠٧ ح ١ و ٢ وص ١٢٨ ح ٢.

٢- المصدر نفسه.

سلام- نحو ذلك وأسقطا قوله: ويمسكها إلى قوله وقضى.

ثم التكلّم في وجه الجمع بين هذه الأخبار ورفع الاختلاف عمّا بينها على عهدة مقام آخر، والذي على عهدة هذه المسألة هو التكلّم في الخبر الأوّل من أخبار أبي بصير الذي هو مستند ابن حمزة - قدّس سرّه الشريف - القائل بأنّه متى كان على الميت دين في غير ثمن رقبته ولم يخلف سواها قومت على ولدها، فإذا بلغ الزم أداءها، فإن لم يكن له مال استسعى فيه، فإن مات قبل البلوغ بيعت في الدين.

فنقول: أمّا سند الرواية فقد عرفت موثقيّتها، وأمّا دلالتها فواضحة، لكن الإشكال في أنّها غير معمول بها على ظاهرها، وذلك لأنّه يلزم عليه - كما نبّه عليه صاحب المقاييس - قدّس سرّه الشريف - في الردّ على كلام صاحب المسالك أنّه متى كان نصيب الولد من أصل التركة بأجمعها يساوي قيمة الأمّ كما إذا كان تمام التركة من أمّ الولد وغيرها ثلاث مائة دينار وكان الورثة ثلاثة أبناء أحدهم من أمّ الولد فإنّ نصيب هذا الولد من المجموع مائة وفرض أنّ قيمة الأمّ أيضاً مائة وفرض أنّ الدين أيضاً مائة مثلاً تقوّم عليه والزم بأداء المائة إلى الدّين من ماله الآخر غير الإرث، فإنّ نصيبه من سائر الإرث أيضاً يقع في الأمّ وينعتق من نصيب ولدها من تمام التركة فيصير تمام ما بقي خالصاً للابنين الآخرين بدون تعلّق دين بهما أصلاً.

وهذا الولد علاوة على اعتناق أمّها قد لزمه تمام الدين في ماله، وكذلك لو فرض أنّ تمام نصيب الولد من تمام التركة يساوي نصف قيمة الأمة أو ثلها أو غير ذلك، كما إذا فرض في المثال المتقدّم أنّ قيمة الأمة كانت مائتين وكذلك الدين، فإنّه يلزمه أداء المائة من ماله.

ولو فرض في المثال الأول أنّ الورثة ابنان فنصيب كلّ مائة وخمسون فتساوي قيمة الأمّ مع زيادة النصف فيسلّم هذا النصف الذي هو الخمسون إلى الدائن ويطالب الولد بالخمسين الباقية، هذا إن اقتصرنا في التقويم على الولد بمقدار قيمة نصيبه من أمّ الولد الذي هو مساوق مع نصيبه من مجموع التركة.

وإن بنينا على ما هو ظاهر الخبر من التقويم المطلق بدون التقييد بنصيبه فاللازم أشنع، إذ يلزم في المثال الوسط تحميل تمام المائتين على الولد في ماله إن كان له مال وإلاّ ففي ذمّته، وهذه اللوازم ممّا نقطع بمخالفتها للواقع، وتخصيص الرواية بمورد وحدة الوارث تخصيص وإخراج للمورد، فإنّ ذيلها صريح في فرض تعدّد الورثة.

وإذن فاللازم طرح الرواية والتكلّم في الجمع بين عموم «لا تباع» لما بعد الموت بالنسبة إلى الدين غير ثمن الرقبة وبين مقطوعة يونس المتقدّمة، وقد عرفت أنّ مقتضى مفهوم الشرطيّة فيها — أعني قوله - عليه السلام - : «فإن كان لها ولد وليس على الميّت دين فهي للولد، وإذا ملكها الولد فقد عتقت الخ» — أنّه لو كان للميّت دين لم يثبت الحكم المذكور.

وحيثنذ فإن قلنا - في صورة استغراق الدين - بعدم انتقال التركة إلى الورثة فالمعنى واضح، يعني لا يملكها الولد حتّى ينعقد، وإن قلنا بمقتضى القواعد بالانتقال إليهم فالمعنى أنّه ليس على حدّ الملك المستقرّ الثابت الذي يقدر المالك على الاستنفاع به ويكون مطلق العنان فيه، وبواسطة انعدام ذلك لا يتحقّق الانعقاد لعدم الموضوع، إذ المفروض ترتبه على هذا النحو من الملك في جانب المنطوق.

وبالجملة فعلى كلّ حال مفاد المفهوم عدم انعقاد أمّ الولد في صورة وجود

الدين، وهذا وإن كان مخالفاً للظاهر الأولي للدليل المنع عن بيع أم الولد - حيث إن ظاهره كون أم الولد كمؤنة التجهيز لا يتعلّق به حقّ الديان أصلاً - لكن بعد ملاحظة حكم الشرع بعدم الانعتاق المعلوم كونه لرعاية حال الديان يكون وجه الجمع استيفاء الدين من الأمة بغير وجه البيع وسائر النواقل الواردة على العين إما باستخدامها أو إيجارها في مدة طويلة يفي وجهها بالدين، أو يتعلّق ذلك في ذمتها ورقبتها فتسعى في فكّك رقبتها.

لكن لابدّ من المراجعة وملاحظة أنّ هذا المعنى أعني عدم الانعتاق إلى أن يوفي الدين وتحقّقه بعد ذلك ليس على خلافه إجماع، هذا كلّهُ هو التكلّم في المسألة على ما هو المختار في الجمع بين أخبارها.

وأما على طريقة القوم - رضوان الله عليهم - حيث جعلوا المقطوعة معارضة لأخبار «لا تباع». فاعلم أنّ شيخ الطائفة - قدس سرّه الشريف - في المبسوط جوّز البيع إذا كان الدين مستغرقاً للتركة بحيث لا يفضل عنه شيء يتعلّق به الإرث.

وحجّيته على ذلك - على ما حكى - ما دلّ على أنّها تعتق من نصيب ولدها كروايات أبي بصير وابن قيس المتقدّمة، وكذا ما في بعض الأخبار أنّ علياً - عليه السلام - أوصى في أتهات الأولاد التي كان يطوف عليها من كان فيهنّ لها ولد فهي من نصيب ولدها، وهذا وإن ذكر في الوصيّة الخاصّة لكن معلوم أنّه من الأحكام العامّة، وقد أجمع الإماميّة على أنّها لا تتحرّر بموت المولى، والمعروف أنّها تعتق من نصيب ولدها كما دلّت عليه تلك الروايات، ومن المعلوم أنّه لا نصيب له أصلاً مع استيعاب الدين للتركة بحيث لا يفضل منها شيء للورثة، إذ لا ريب في تقدّم الدين على الإرث للإجماع، وللآية وللنصوص الكثيرة، فإذا انتفى العتق الذي كان هو الغرض من منع المولى والورثة من التصرفات، وليس بعد موت المولى أمر يترقّب

للإعتاق تعيّن جواز البيع، إذ الواسطة بينها غير معقولة هنا، وهذا هو المدعى، ويؤيد ذلك أيضاً مقطوعة يونس المتقدمة بعد حملها على صورة استغراق الدين.

وقد حاول الشهيد الثاني - قدس سرّه الشريف - للجواب عن هذا الدليل وقال: إنّ الأقوى انتقال التركة إلى الوارث مطلقاً وإن منع من التصرف فيها على تقدير استغراق الدين فيعتق نصيب الولد منها، كما لو لم يكن دين ويلزمه أداء مقدار قيمة النصيب من ماله، انتهى.

وقد قدح في هذا الجواب صاحب المقاييس - قدس سرّه الشريف - من وجوه أربعة:

أحدها: أنّ المستفاد ممّا دلّ على أنّها تعتق من نصيب ولدها أنّ ذلك من جهة استحقاقه لذلك النصيب من غير أن تقوم عليه أصلاً، وإنّما الكلام في باقي الحصص إذا لم يف نصيبه من جميع التركة بقيمة أمّه هل تقوم عليه أو تسعى هي في أداء قيمتها، وهذا مخالف لما ذكره.

ثانيها: أنّ النصيب إذا نسب إلى الوارث فلا يراد منه إلا ما يفضل من التركة بعد أداء الدين وسائر ما يخرج من الأصل، والمقصود منه النصيب المستقرّ الثابت لا النصيب الذي يحكم بتملك الوارث له تفصيلاً من لزوم بقاء الملك بلا مالك.

وثالثها: أنّ ما ادّعه من الاعتاق على الولد بمثل هذا الملك ممّا لم ينصّ عليه الأصحاب ولا دلّ عليه دليل معتبر، وما يوهمه الأخبار وكلام الأصحاب من إطلاق الملك فالظاهر أنّ المراد به غير هذا القسم، ولذا لا يحكم باعتاق العبد الموقوف على من ينعق عليه بناءً على صحّة الوقف وانتقال الموقوف إلى الموقوف عليه.

ورابعها: ما أشرنا إليه في الجواب عن التمسك بخبر أبي بصير من لزوم ما لا يقول به أحد من الأصحاب.

وقد ناقش في هذه الوجوه شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف ، أمّا في الوجه الأول: فإن مقتضى دليل المنع عن بيع أم الولد ليس بأزيد من أنه ليس للوارث دفعها وفاء عن دين مورثه ولا للدائن أخذها ولو مع امتناع الوارث عن فكّها بالقيمة، وبالجمله مقطوعه يد الوارث والدائن عن التصرف العيني فيها، فيرتّب على هذا الملك الذي ثبت للوارث الانعتاق؛ لأنّ الفرض أنّه كلّما ثبت ملك غير مزاحم بحقّ الديان يتعقّبه الانعتاق، وقد فرض هنا حصوله، فيكون الانعتاق على قاعدته من دون لزوم أحد من الوجه الثاني والثالث. والحاصل: دليل المنع بإطلاقه يصير منقحاً لموضوع دليل الانعتاق على الولد من نصيبه الثابت المستقرّ للملوك له بغير مزاحم.

ثمّ بعد ذلك إمّا أن نقول بأنّ الدائن كما صار محروماً عن العين فهو محروم عن القيمة أيضاً إمّا في ذمّة الولد أو في رقبته فيكون حال أمّ الولد حال مؤنة التجهيز المنقطع عنها حقّ الدائن عيناً وقيمة، وإمّا أن نقول بأنّه وإن كان محروماً عن العين لكنّه مستحق للقيمة إمّا في ذمّة الولد لأنّه الذي تلفت العين في ملكه بالانعتاق عليه، وإمّا في ذمّة المملوكة فيكون حال الدائن حال الزوجة حيث إنّها محرومة عن إرث عين البناء دون قيمتها.

أو نقول: إنّّه وإن كان محروماً عن التشبّث بالعين لكنّه مستحقّ للمنافع فلمهم أن يؤجروها مدّة طويلة يفى اجرتها بدينهم فيكون حالهم حال الغرماء بالنسبة إلى أمّ ولد المفلس على ما قيل، فالوجه الأول طرح لما دلّ على بقاء حقّ الديان متعلّقاً بالتركة وعدم سقوطه بالمرّة كما في مؤنة التجهيز، فيدور الأمر بين الوجهين الأخيرين وهو التعلّق بالقيمة بأحد وجهيهما والتعلّق بالمنافع، فتكون الأمة منعقة على كلّ حال مع استحقاق قيمتها أو منفعتها، هذا.

واستشكل على هذا الكلام شيخنا الأستاذ - أطال الله أيام أبحاثه الشريفة - بأن شيئاً من الوجهين بعد فرض الانعتاق لا يجدي في العمل، بدليل بقاء حق الديان متعلقاً بالتركة، بل هما مع الوجه الأول في طرحه مشتركان، نعم لو قيل بعدم الانعتاق وبقيائها مملوكة كان القول باستحقاق منافعها أخذاً بذلك الدليل.

أما وجه عدم الأخذ مع الانعتاق في كلتا صورتيه من مستحقية القيمة ومستحقية المنفعة أن التعلق بشيء يدخل تحت عنوان متروك الميِّت عمل بذلك الدليل، وأما التعلق بأمر أجنبي عن المتروك فلا، ومقامنا من الثاني، أما على تقدير التعلق بالقيمة فلأن القيمة سواء اعتبرت في ذمة الولد أم في ذمة المملوكة ليست من متروكات الميِّت حتى يكون تعلق حق الدائن بها تعلقاً بمتروك الميِّت وهذا واضح.

وأما المنافع فهي وإن كانت مالا في حدّ نفسها لكن يمكن منع صدق المتروك عليها في المقام؛ لأن انتقال المنافع إلى الوارث إما يكون من باب التلقّي من الميِّت فهو يتلقّى منه شيئين في عرض واحد، أحدهما العين والآخر المنفعة، أو يقال كما هو الظاهر أن المنفعة تابعة للعين، فبالارث، لا ينتقل إلا العين وملك العين من حكمه عرفاً وشرعاً ملك المنافع كما هو الحال في النواقل الاختيارية الواردة على العين حيث إنها مستقلة بنقلها، وانتقال المنافع يكون حكماً وأثراً لانتقال العين.

فإن قلنا بالأول فهنا ثلاثة آفات، أن الحياة وأن الموت وأن ملك الوارث، فإن اعتبر بالإضافة إلى أن الحياة يخرج عن عنوان كون المال منتقلاً من الميِّت إلى الحي، فيكون انتقالاً من الحي إلى الحي، فلا بد من اعتبار الإضافة إلى أن الموت في

صدق هذا العنوان، ولا يخفى أن الملكية المعتبرة أنا ما للميت لتحقق موضوع الإرث ملكية عارية عن ملك المنافع بل الملكية الآتية التي نقولها في كل مقام حفظاً للقواعد كما في ملك من يعتق عليه لحفظ «لا عتق إلا في ملك» وغير ذلك كلها ليست بملكية بالحقيقة؛ لأنه اعتبار صرف في ذات الرقبة المسلوقة عن كل المنافع لا بمعنى ملاحظة سلبها، بل لعدم قابليتها في الآن العقلي لشيء من الانتفاعات فلا يليق حقيقة اسم الملكية بالنسبة إلى الذات أيضاً، ففي الحقيقة يكون تخصيصاً لأدلة لا عتق إلا في ملك ونحوه في اللب بلسان الحكومة.

وإن قلنا بالشاني: فالتلقي من الميت محتاج إلى استقرار ملك الوارث للعين المتلقاة من الميت، وأما إذا كانت هو أيضاً ملكاً أنا ما لحفظ قاعدة لا عتق إلا في ملك فلا تصل النوبة إلى تحقق ملك المنافع تبعاً للعين بل يعدمها العتق المترتب قهراً على ذلك الملك الآتي.

نعم لو استقر ملك الوارث للعين صدق أن ملكه للمنافع من تبعة متروكات الميت يعني أنه لما ملك العين من الميت فقد ملك منافعها، فالمنافع وإن لم تكن متروكاً استقلالياً لكن يصدق عليه أنه من شؤونها وتبعاتها، ومن هنا يظهر صدق ما ادّعينا من حفظ قاعدة بقاء حق الديان متعلقاً بالتركة مع فرض تأخر الانعقاد واستقرار المملوكية، ولهذا يكون استنفاع الديان لأعيان التركة مثل سكنى الدار واستخدام العبد أو إيجارتهما وجهاً من وجوه أخذ دينهم من تركه الميت^(١).

وعلى هذا فقد تحقق أنا ولو أغمضنا عن المقطوعة إمّا للخدشة في سندها وإمّا في دلالتها فمجرد ملاحظة الجمع بين دليل لاتباع ودليل بقاء حق الديان لا يقتضي الانعقاد ثم القول بتعلق حقهم بأحد الأمرين لما عرفت من أن ذلك ليس

حفظ ظهور للدليل الثاني، فالجمع يقتضي تخصيص الأول للثاني وأنَّ أمَّ الولد بالنسبة إلى الديان كمؤنة التجهيز ولو كان هذا خلاف الإجماع وأنَّ حقَّ الديان لا يسقط رأساً.

وبعبارة أخرى لم يختصَّ عموم دليل حقَّ الديان في التركة، فهذا يكشف عن بقاء الأمة على المملوكية حتَّى يستوفوا دينهم من منافعها بالاستخدام أو إجازتهم إياها، أو تكون الأمة تسعى في فكك رقبته، فيكون هذا وجه الجمع بين لا تباع والعموم المذكور، ولو كان تأخر الانعتاق أيضاً خلاف الإجماع وكان منعقداً على تعجيله فيكون حكماً تعبدياً خاصاً بمورده وليس من باب العمل بأدلة ثبوت حقَّ الديان في التركة.

ثمَّ إنَّه - قدس سره الشريف - أجاب عن الإشكال الرابع وهو لزوم ما لا يلتزمه أحد بأنَّ ذلك إنَّما يلزم من الجزم بثبوت القيمة بعد الانعتاق متعلّقاً بدمّة الولد، وأمّا إن قلنا باستسعائها فلا يلزم شيء، ثمَّ قال: فالضابط حينئذ أنَّه ينعق على الولد ما لم يتعقَّبه ضمان من نصيبه، فإن كان مجموع نصيبه أو بعض نصيبه يملكه مع ضمان أداء ما قبله من الدين كان ذلك في رقبته.

قال شيخنا الأستاذ - أدام الله أيام إفاداته الشريفة -: إنَّ مقصوده - قدس سره - ليس رفع هذا الإشكال عن المسالك بل في مقام أنَّ هذا الإشكال لا يصحَّح ما ذهب إليه الشيخ - قدس سره - كما كان المنتصر بمقام تصحيحه، فإنَّه قال بعدم الانعتاق ولا يلزم من هذا الاشكال صحته بل معه يصحَّ قول المسالك بالانعتاق وإن كان يبقى عليه الإشكال في حرمة ثبوت القيمة على الولد.

فحاصل معنى العبارة أنَّ القول بالانعتاق لازم على كلّ تقدير، غاية الأمر أنَّ الضابط بعد هذا الإشكال يصير أنَّ أمَّ الولد تنعق على ضرر الولد حيث لم

يتعقبه ولم يلزمه ضمان من نصيبه العائد إليه من مجموع التركة، ووجه ضرورية الانعقاد أنه لولا الانعقاد كان مالاً للملك بلا مزاحم.

وأما إذا تعقبه ولزمه من ملك النصيب ضمان أداء ما قابله من الدين يعني أنه لا يستقر له هذا الملك إلا بالضمان وأداء ما قابل الدين، فحينئذ لا يكون الانعقاد ضرورياً عليه، فإنه لولا الانعقاد لم يكن له ملك بلا مقابل. فعلى كل حال لم يسلم له ملك مقابل الدين بدون تفاوت بين صورة الانعقاد وعدمه؛ لأنه في صورة عدمه إما يسلم الأمة إلى الدائن أو يدفع قيمتها من ماله، وفي صورة الانعقاد أيضاً خرجت الأمة عن ملكه بدون لزوم شيء عليه؛ لأن حق الدائن إنما انتقل إلى ذمة المملوكة، فلم يتفاوت حال الولد في الصورتين، وعلى هذا يصير حال الولد كحال غيره لو كان غيره أيضاً وارثاً لشيء منها بالإرث، فإنه أيضاً لا يملك نصيبه منها مجتأناً، بل إما يدفع إلى الديان ما قابل نصيبه من الدين من ماله فتصير أم الولد كما لو لم يكن دين فينعتق نصيب غير الولد عليه مع ضمان الولد أو ضمانها قيمة حصته التي فكها من الديان على الخلاف المقرر في محله، وإما كلي بينهما وبين الديان فيتعين عليهما مع ضمان أحدهما، وإما حرمان الديان عنها عيناً وقيمة وإرث الورثة لها وأخذ غير ولدها قيمة حصته منها أو من ولدها وصرفها في غير الدين، فمخالف لأدلة ثبوت حق الديان من غير أن يقتضي النهي عن التصرف في أم الولد لذلك.

ومن موارد القسم الأول أيضاً تعلق كفن مولاهما بها، أعلم أن من الممكن ثبوتاً مع قطع النظر عن مقام الإثبات أن يكون حق الكفن مقدماً على حق الاستيلاء في صورة وحق الاستيلاء عليه في غيرها، وليس الدليل على تقديم حق الكفن في مورد خاص دليلاً عليه بنحو الكلية.

توضيح ذلك: أننا علمنا من الشرع في صورة موت المولى ودين ثمن رقبتها وانحصار التركة فيها وفي ما يقابل مؤنة التجهيز أنه حكم بصرف ما يقابل في التجهيز دون أداء الدين وصرف أم الولد في دين ثمن رقبتها، فقدّم حق الميت على حق البائع، وحق البائع على حق أم الولد، وليس لنا بمجرّد ذلك أن نحكم في صورة وجود دين ثمن رقبتها دون ما يقابل مؤنة التجهيز بتقديم حق الميت على حق البائع، إذ من الممكن لنا اختصاص تقديمه بصورة وجود ما يقابل، وكذلك ليس لنا أن نحكم في صورة عدم الدين رأساً وعدم ما يقابل مؤنة التجهيز بتقديم حق الميت على حق أم الولد بأن نقول إنه كان في الصورة الأولى مقدّماً عليه برتبتين، فكيف لا يتقدّم عليه في هذه الصورة بلا واسطة.

وبعبارة أخرى: نرتّب قياس المساواة ونقول: المقدّم على المقدّم على الشيء مقدّم على هذا الشيء، فإنّ هذا لا يورث القطع لإمكان اختصاص ذلك بصورة وجود الدين ووجود ما يقابل مؤنة التجهيز.

هذا بحسب مقام الثبوت، وأمّا الكلام في مقام الإثبات فلا إشكال في صورة وجود دين ثمن الرقبة وعدم ما يقابل مؤنة التجهيز في تقديم الكفن على الدين بعموم أدلّة الكفن ثم الدين، لأنّ ذلك مقتضى الجمع بينها وبين الدليل السابق على تقديم دين ثمن أم الولد على حقّها، وأمّا صورة عدم الدين وتردّد الأمر بين حقّها وحقّ مولاها الميت فعموم قاعدة المنع عن بيع أم الولد بناءً على تسليمه يقتضي تقديم حقّها، وعموم قاعدة تعلّق حقّ الكفن بهال الميت يقتضي تقديم حقّ الميت فيتعارضان أو يتزاحمان.

لا يقال: لا محيص عن تقديم الأول؛ لعدم اقتضاء الثاني الحكم الوضعي وهو نفوذ البيع، ألا ترى أنّه لو انحصر تركة الميت بالخمر لا يصحّ قاعدة تعلّق

الكفن بالتركة نفوذ بيع الخمر؟ وكذلك لو انحصر الأمر ببيع التركة لتحصيل ثمن الكفن بالبيع الربوي أو الغرري أو القمار أو غير ذلك من التصرفات الغير المشروعة، وليس هذه الموارد تخصيصاً في تلك القاعدة كما لا يخفى، فيستكشف من ذلك أنه لا اقتضاء لها إلا في المورد القابل من دون نظر إلى مقام التشريع فيكون الدليل الدال على عدم المشروعية وارداً عليها.

لأننا نقول: إذا فرضنا دخول أم الولد تحت عموم التركة في دليل تعلّق الكفن بالتركة فلا بدّ أن يكون نقل أم الولد بوجه من وجوهه مجوزاً شرعاً، وحينئذ فلا يرد شيء من النقوض المذكورة، وأمّا الخمر فلايتها ليست بهال شرعاً فليست من التركة، وأمّا البيع الربوي وغيره من الأسباب الغير الشرعية، فالمال في تلك الموارد مشمول للتركة، والشرع أيضاً جعل له طريق نقل صحيح، غاية الأمر لم يقدر المكلف على إعماله فهو كما إذا لم يوجد من يشتري المتاع رأساً في عدم منافاة ذلك مع عموم الدليل المذكور.

نعم يبقى الفرق بين المقام والمال المرهون حيث يقال هناك بتقدّم حق المرتهن، ولعلّه لأجل أنّ حق المرتهن كان ثابتاً في حال الحياة أيضاً، وحقّ الكفن يحدث بالموت، ومن المعلوم عدم تأثير السبب اللاحق بعد تحقّق السابق، وأمّا الاستيلاد فلا يتولّد منه حقّ حال الحياة وإنّما هو صرف حكم أن لا يباع ولا يتصرّف فيها بسائر التصرفات الناقلة، وصرف هذا الحكم لا يصير منشأ انتزاع الحقّ، فإنّ وجوب البقاء على مالّة مالك واحد وعدم التعدي إلى غيره لا يستحقّ اسم الحقّ في جانب المموك، نعم هي بحيث ينعتق بعد الموت، لكن مجرّد هذا الأمر التعليقي متحقّق في الدائن والوارث أيضاً؛ لأنّها أيضاً بحيث لو مات المديون والمورث يستحقّون المال، فكما لا يولد فيها حقّاً فكذلك هنا.

فالتحقيق أنّ في المقام عند الموت يتوارد حقّان في المال في عرض واحد، حقّ الانعتاق وحقّ الكفن، وهذا ما قلنا من تعارضهما أو تزامهما، وعند ذلك فتارة يقع التكلّم في الأصل المرجوع عند اليأس عن الدليل الاجتهادي، وأخرى في الدليل الاجتهادي.

أمّا الأوّل: فقال شيخنا المرتضى - قدّس سرّه الشريف -: ولو فرض تعارض الحقيّن فالمرجع إلى أصالة فساد بيعها قبل الحاجة إلى الكفن فتأمل، انتهى كلامه الشريف.

قال شيخنا الأستاذ - دام أياّم إفاداته الشريفة -: تارة يجعل قيد كون البيع للكفن مفرداً للبيع وأخرى يجعل من الحالات الطارئة على الفرد الواحد، فعلى الأوّل فالمتعین استصحاب الجواز الثابت قبل الاستيلاء دون المنع الثابت بعده حال الحياة، لأنّه متعلّق بالبيع لا للكفن وهو فرد آخر كما تقدّم نظيره في البيع في ثمن رقبته.

وعلى الثاني كما هو الظاهر حيث ليس المراد البيع بداعي الكفن أو البيع المصروف ثمنه في الكفن فيكون من قبيل الشرط المتأخّر ضرورة عدم توقّف صحّة البيع على شيء من الأمرين، فالمراد طرؤ حالة الاضطرار إلى البيع للكفن، وهذه شرط في الحكم لا قيد في الموضوع، فالمرجع استصحاب الفساد الثابت قبل الموت وقبل طرؤ هذه الحالة، ولا مجرى للاستصحاب التعليقي بأن يقال: قبل الاستيلاء كانت بحيث لو مات مولاهما واحتاج إلى الكفن كان بيعها نافذاً فالآن كما كان؛ ضرورة عدم دخالة شيء من الأمرين، أعني: الموت والاحتياج في نفوذ البيع، بل كان بيعها هناك جائزاً سواء مات أم لم يمّت وسواء احتاج إلى الكفن أم لم يحتج.

نعم وجوب البيع كان مشروطاً بالأمرين لكن كلامنا في أصل النفوذ، وعلى

هذا فيبقى الإيراد على شيخنا - قدّس سرّه - بأنه ما وجه التفرقة بين المقامين، أعني: البيع في الكفن والبيع في ثمن الرقبة حيث رجّحتم استصحاب المنع في الأول والجواز في الثاني مع أنّهما من واد واحد.

وأما الكلام في الدليل الاجتهادي فلا إشكال أنّه عمومات ﴿أحلّ الله البيع﴾، لكنّ التمسك بها مبنيّ على أنّه إذا خرج الفرد في زمان ثم شكّ في ما بعد ذلك الزمان فهل المرجع استصحاب حكم الخاص أو عموم العام كما قرّره شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - في الأصول؟

قد يقال: إنّ تلك العمومات في مقامنا هي المرجع، ولو قلنا في تلك المسألة بأنّ المرجع استصحاب الخاص وذلك لأنّ التخصيص في مقامنا راجع إلى فرد آخر غير ما علم خروجه في الآن الأول، وفي مثله لا شبهة في الرجوع إلى العام، وذلك ضرورة أنّ البيع المسببي، أعني: الانتقال والمبادلة بنظر العرف مع قطع النظر عن حكم الشرع يصدق على كلّ من الواقع قبل الموت وبعد الاستيلاء والواقع بعد الموت؛ فإنّ ما لا يقبله المال الواحد إنّما هو الانتقالان النفس الأمرّيان دون ما لا واقعية له سوى النظر.

نعم الحكم الشرعي يتعلّق بأيّ منهما كان قابلاً، فمع قابلية كليهما يقع أولهما لا محالة، لانطباق العنوان عليه وعدم المانع، وأمّا مع عدم قابليّة الأول فيتعيّن الثاني، فالعموم الأفرادي كاف ولو لم يكن عموم أزماي، هذا ما يقال.

ولكنّ الحقّ خلافه، وذلك لأنّ المراد بالبيع العرفي الذي هو موضوع ﴿أحلّ﴾ ليس هو البيع الإنشائي الذي يكفي التشريع القلبي من واحد، بل المراد به ما اجتمع تمام أهل العرف على رؤيته والحكم به، وهذا المعنى أيضاً في المال الواحد لا يقبل التكرار كقتل زيد، فإذا فرض أنّ المقام لا نظر فيه إلى الزمان أصلاً فلا وجه للرجوع إليه.

والحق أن يقال بعدم ابتناء مرجعية العام على العموم الأزماني، ولكن بتقريب آخر تقدّم نظيره، وهو أنّ الباب باب التقييد ولا إشكال في مرجعية العام فيه فإنه يقال: القدر المتيقّن من تقييد ﴿أحلّ الله﴾ الاستيلاء مع عدم الاحتياج إلى الكفن، وأمّا معه فيشكّ في تقييده فيرجع إلى إطلاقه الأحوالي وهو غير منوط بالعموم الأزماني، هذا.

ثم إنّ شيخنا المرتضى - قدس سرّه الشريف - ذكر في آخر كلامه نظير ما اختاره في المسألة المتقدّمة فقال بعد الكلام المتقدّم: نعم يمكن أن يقال: نظير ما قيل في الدين من أنّ الولد يرث نصيبه وينعتق عليه ويتعلّق بذمته مؤنة التجهيز أو تستسعى أمّها ولو بإيجار نفسها في مدّة وأخذ الاجرة قبل العمل وصرفها في التجهيز والمسألة محلّ إشكال، انتهى كلامه الشريف.

وقد تقدّم استشكال شيخنا الأستاذ على هذا الكلام في البحث السابق وزاد هنا على ما تقدّم - زاد الله في طول عمره الشريف - أنّ ملك الوارث للمنفعة إمّا بيع للملك العين وإمّا في عرضه، والثاني يرد عليه أنّه إذا فرض استغراق الدين لجميع المنافع، فالعين المسلوقة لا ماليّة ولا ملكيّة لها ولا حقّ أولويّة فيها، أمّا الأوّل فواضح، وأمّا الثاني والثالث فلاختصاص اعتبار الثاني بما يتحقّق له ماليّة ملفقة من انضمامه إلى أمثاله كجبة الخنطة، واختصاص الثالث بما يؤوّل إلى المال كحقّ التخلييل، أو يكون له بعض المنافع الجزئية كمكسور الأواني، وشيء من ذلك غير موجود في العين المذكورة، وإذا فرض الحال هكذا فلا معنى لعدّها من التركة ولا للملك الوارث ولا لانتعاقها.

هذا مضافاً إلى كون الوجه المزبور خلاف الواقع، لأنّ المتقل إلى الوارث ليس إلّا العين؛ لأنّ المنفعة لا يعدّ مالاً في عرض العين حتّى يكون متروكاً فيشملة

أدلة الإرث، ألا ترى أنّ الحال في سائر النواقل أيضاً كذلك؟ فيتعيّن الأمر في الوجه الأول، أعني: كون ملكيّة المنفعة من آثار ملكية العين وتوابعها وأحكامها.

وحينئذ فيخرج ملكيّة المنافع عن باب المتروكية للميت، إذ معنى المتروك أن يكون النقص راجعاً إلى عدم قابلية الميت للملكية كما هو المتحقق في العين، وأمّا المنفعة فالقصور من جهة عدم ملكية متبوعها، وبعبارة أخرى: لا بدّ في صدق المتروكية كون المقتضي للملك موجوداً وكان الموت مانعاً، وعدم ملكيّة الميت للمنافع ليس من هذا القبيل، لأنّه مستند إلى عدم المقتضي لا وجود المانع الذي هو الموت، فالمنافع تخرج عن باب متروك الميت بالمرّة فلا وجه لتعلّق الدين بها.

ومنها: ما إذا جنت على غير مولاهما في حياته، أمّا بعد مماته فقال شيخنا المرتضى - قدس سرّه الشريف -: لا إشكال في حكمها؛ لأنها بعد الموت يخرج عن التشبّث بالحرية إمّا إلى الحرية الخالصة أو الرقيّة الخالصة، انتهى.

واستشكل عليه بأنّه إذا فرض الولد بعد وفاة المولى نطفة أو علقه أو مضغة فإنّه يتشبّث بالحرية وليس رقاً خالصاً قطعاً ولا منعقاً، لأنّه لا عتق إلاّ في ملك، والنطفة والعلقة والمضغة ليست قابلة للملكية حتّى يملكها فينعتق عليها، وكذا لو كان للولد مانع عن الإرث كالكفر وورثها غيره ممّن لا تنعتق عليهم فإنّها حينئذ مملوكة متشبّثة بالحرية، يعني لا يجوز بيعها لإطلاق أدلّة المنع عن بيع أم الولد، انتهى.

ويمكن دفع الأول بأنّه لا يخلو الواقع عن أحد الأمرين، لأنّه إمّا ينفصل حيّاً أو لا، فعلى الأوّل يستكشف كون الأمة من الأوّل منعقاً، وعلى الثاني يستكشف كونها من الأوّل للوارث الآخر فيندرج في الفرض الثاني، ودعوى عدم قابلية النطفة وأختيتها للملكية يمكن منعها، إذ ليس حالهما بأقصر من الميت، وأمّا

الفرض الثاني فيظهر حاله من التكلم في أصل المسألة.

فنقول: قد يفرض الكلام في الجناية العمدية وقد يفرض في الخطائية، أما الأولى فربما يتخيل أنه يمكن أن يقال أن رقبته للمجنّي عليه لا تزيد على رقبته للمالك الأول، لأنها تنتقل إليه على حسب ما كانت عند الأول، ثم ادّعي أنه يمكن أن يدّعي ظهور أدلة المنع خصوصاً صحيحة عمر بن يزيد المتقدمة في عدم بيع أم الولد مطلقاً.

واختار شيخنا المرتضى - قدس سرّه الشريف - أنه إن كان في مورد ثبت القصاص للمجنّي عليه القصاص نفساً كان أو طرفاً، وله استرقاقها كلاً أو بعضاً على حسب جنايتها، فيصير المقدار المسترق منها ملكاً طلقاً، وقال بعد ذكر كلام المتخيل: والظاهر أن مراده بإمكان القول المذكور مقابل امتناعه عقلاً، وإلاّ فهو احتمال مخالف للإجماع، والنص الدالّ على الاسترقاق الظاهر في صيرورة الجاني رقاً خالصاً.

وما وجه به هذا الاحتمال من أنها تنتقل إلى المجنّي عليه على حسب ما كانت عند الأول، فيه: أنه ليس في النصّ إلّا الاسترقاق وهو جعلها رقاً له كسائر الرقيق لا انتقالها عن المولى الأول إليه حتّى يقال: إنه إنّما كان على النحو الذي كان للمولى الأول.

والحاصل: أن المستفاد بالضرورة من النص والفتوى أن الاستيلاء يحدث للأمة حقاً على مستولدها يمنع من مباشرة بيعها ومن البيع لغرض عائد إليه مثل قضاء ديونه وكفنه على خلاف في ذلك، انتهى كلامه الشريف.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة -: النهي الوارد عن بيع أم الولد يحتمل ثلاثة احتمالات، الأول: أن يكون المراد المنع من مطلق انتقال أم الولد

من مالكها إلى غيره سواء كان بسبب اختياري للمالك كالبيع والهبة ونحوهما أم غيره كفسخ ذي الخيار إذا كان الخيار لبائع الأمة من مولاهما المستولد، وسواء كان الانتقال عن ملك المالك المستولد للأمة أم ملك من ملكها بعدها كالوارث منه، وسواء كان الانتقال من المالك الثاني لغرض عائد إلى المستولد كأداء ديونه وكفنه أم لا، وعلى هذا فيكون أصل إرث أم الولد على خلاف قاعدة المنع، وكذلك الاسترقاق، وكذلك لو فرض صحة الإرث في الفرض المتقدم، أعني: كفر الولد ووجود من لا ينعق عليه من الوارث، وكذلك صحة الاسترقاق في مقامنا، فلا يجوز للوارث ولا للمسترق البيع وغيره، فيكون كلام المتخيل على هذا الاحتمال متوجهاً.

لكن يرد عليه أنه ما وجه صحة أصل الانتقال بالاسترقاق؟ فإن مقتضى هذا كما عرفت عدم صحة أصل الاسترقاق، هذا مع قطع النظر عن المعارضة، وأما بملاحظة معارضة هذا الدليل مع إطلاق دليل التخيير بين القصاص والاسترقاق للمجني عليه أو ورثته، فمقتضى القاعدة هو الرجوع إلى استصحاب المنع الثابت قبل الجناية، ولو فرض عدم المعارضة وأن المقام مقام التزاحم بين حق أم الولد وحق المجني عليه، فمقتضى كون الأول تعييناً والثاني تخييرياً هو الجمع بينهما بتعيين الشق الآخر من التخيير وهو القصاص.

الثاني: أن يكون المراد المنع عن مطلق الانتقال اختياريّاً أم غيره عن ملك المستولد أم غيره لكن بشرط أن يكون بغرض عائد إلى المستولد كأداء دينه وغير ذلك، وعلى هذا يكون الإرث والاسترقاق المذكوران خارجين عن مورد المنع، لعدم عود نفعهما إلى المستولد، وكذلك نقل الوارث والمسترق إلى غيرهما، نعم يبقى فسخ البائع للأمة من المستولد داخلاً فيه؛ لأنه يوجب رجوع ثمنها إلى المستولد فيكون

كلام شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - على هذا متوجّهاً.

وكذا على الاحتمال الثالث وهو: أن يكون المراد المنع عن النقل الاختياري الصادر من المالك المستولد أو من يقوم مقامه كوارثه إذا باعها لأجل كفن مولاها أو ثمنها أو سائر ديون المولى الميت، لكن على هذا الاحتمال يخرج الفسخ أيضاً عن مورد المنع؛ لأنه لم يصدر من المالك ولا مَن يقوم مقامه ويعمل سلطنته.

ثم من الواضح أنّ الظاهر هو أحد الاحتمالين الآخرين وذلك لأننا بعد القطع بإلغاء خصوصية البيع في النواهي المذكورة وكذلك خصوصية الغرض لا نفهم منها مطلق الانتقال الشامل لمثل الانتقال بالإرث والاسترقاق، بل المنصرف منها إمّا النقل الصادر من المالك وكذلك من يعمل سلطنة المالك، وأمّا النقل العائد نفعه والغرض منه إلى المستولد ولو لم يكن صادراً منه ولا مَن يعمل سلطنته - وعلى هذا فمسألتنا هو الاسترقاق - ليست من أفراد النقل الممنوع، ويكون الاستثناء منقطعاً، فيكون أدلة الاسترقاق بلا مانع ومزاحم، وهذا مراد شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - من مخالفة الاحتمال المذكور المبني على الاحتمال الأول من هذه الاحتمالات للنص، وأمّا مخالفته للإجماع فربّما يستشكل فيها بأنّه كيف يمكن تحصيل هذا الإجماع مع أنّه لم يحك التعرّض لهذا الاستثناء من جميع العلماء.

ويمكن الجواب بإمكان استفادته من حكمهم في باب القصاص والجنايات بتخير المجتبي عليه أو وليّه بين القصاص واسترقاق المملوك الجاني بما يوجب القصاص على الإطلاق من دون فرق بين أن يكون المملوك عبداً أو جارية، أمّ ولد أو غيرها؛ فإنّ هذا الحكم منهم ليس على حدّ حلية لحم الغنم حكماً طبيعياً لا ينافيه الارتفاع بمزاحمة حقّ آخر بل هو حكم فعلي.

وحيثذ فمن المقطوع أن ليس من ديدن أرباب الفتوى ذكر الفتوى الفعلية بنحو الإطلاق وإحالة التقييد بباب آخر، فإنّ بناءهم على ملاحظة مدارك المسألة ثم ذكر ما يستفاد من مجموعها من مطلقها ومقيدها.

ألا ترى أنّه لم يذكر فقيه أنّ الماء طاهر لا ينجسه غير التغيير بدون استثناء القليل إحالة فيه إلى ذكره في محل آخر؟ بل يتصدّون أولاً لتشقيق الماء إلى أقسامه، ثم يذكرون حكم كلّ مستقلاً، وبالجمله ليست الطريقة المعمولة في الأخبار معمولة في الفتاوى، فبعد حكمهم فعلاً بالتخير المذكور في جنابة المملوك مع كون أم الولد نوعاً شائعاً منه وعدم التعرّض لاستثنائها شاهد قطعيّ على العموم.

وأما الثانية: أعني الجنابة الخطائية فالمشهور أنّ أم الولد فيها كسائر الممالك وحكم جناباتهم خطأ أنّ التخير إلى المولى إن شاء يدفع المملوك أو مقدار الجنابة إلى المجنيّ عليه، وإن شاء يفديه ويخلص رقبتة، وقد اختلفوا في مقدار الفداء، فقال المشهور: إنّ أقلّ الأمرين من قيمة المملوك وأرش الجنابة، وقال الشيخ - رحمه الله - : إنّ الأرش ولو زاد على القيمة، فالمشهور أنّ هذا الحكم بهذا الخلاف جار في أم الولد أيضاً.

قال شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - بعد ذكر ذلك: وعن الخلاف والسرائر واستيلاد المبسوط أنّه لا خلاف في أنّ جناباتها يتعلّق برقبتها، والظاهر أنّه أراد - قدّس سرّه - تأييد المشهور؛ فإنّ المراد بالتعلّق برقبتها كون حقّ المجنيّ عليه متعلّقاً بعينها، نظير تعلّق حقّ الديان بأعيان التركة، غاية الأمر أنّ للمولى الفكّ بأداء الفداء، وليس المراد أنّ الدية تتعلّق بذمة أم الولد تتبع بها بعد الحرية حتّى يكون مراده - قدّس سرّه - بيان مخالف المشهور.

والشاهد على إرادة المعنى الأوّل من العبارة ما حكى عن استيلاد المبسوط

بعد العبارة المذكورة من قوله: وهو «أي المولى» بالخيار بين أن يفديها أو يبيعها عندنا، وعندهم على السيّد أن يفديها ويخْلَصُها من الجناية، وما حكى عن كتاب أمّهات الأولاد من السرائر بعد العبارة المذكورة أيضاً من قوله: والمولى بالخيار بين أن يفديها أو يسَلِّمها للبيع عندنا، وعند المخالف على السيّد أن يفديها ويخْلَصُها من الجناية.

ثم قال شيخنا - قدّس سرّه -: لكن عن ديات المبسوط أنّ جنائتها على سيّدها بلا خلاف إلّا عن أبي ثور فإنّه جعلها في ذمّتها تتبع بها بعد العتق وهو مخالف لما في الاستيلاء من المبسوط.

وظاهره أنّ هذا مخالف للمشهور كما يدلّ تخصيص هذا بتصديره بكلمة (لكن) وجه المخالفة أنّ الظاهر من كلمة «على سيّدها» ثبوت الدية في ذمّة السيّد وهو ينافي مع التعلّق بالعين وجواز الفكّ للمولى، كما أنّ هذا أيضاً هو الظاهر من رواية مسمع عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «أمّ الولد جنائتها في حقوق الناس على سيّدها»، قال: «وما كان من حق الله عزّ وجلّ في الحدود فإنّ ذلك في بدنّها»^(١).

ومثلها ما أرسل عن عليّ - عليه السلام - في المعتق عن دبر «هو من الثلث وما جنى هو وأمّ الولد فالمولى ضامن لجنايتهم»، لكنّه - قدّس سرّه - حمل الكلّ على أنّ المراد خروج دية الجناية من مال المولى المردود بين ملكه الجاني أو ملك آخر، فمعنى كونها على السيّد عود خسارة الجناية على السيّد في مقابل عدم خسارة المولى لا من عين الجاني ولا من مال آخر وكونها في ذمّة نفسها تتبع بها بعد العتق، وليس المراد وجوب فدائها في مقابل التعلّق بالعين.

قال - قدس سره -: وكيف كان فإطلاقات حكم جنابة مطلق المملوك سليمة عن المخصص ولا يعارضها أيضاً إطلاق المنع عن بيع أم الولد؛ لأن ترك فدائها والتخلى بينها وبين المجني عليه ليس نقلاً لها، انتهى.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة -: أما توجيهه - قدس سره - لعبارة ديات المبسوط جمعاً بينها وبين عبارة استيلاء المبسوط ففي غاية المتانة، وكذلك ما ذكر أخيراً من عدم المعارضة بين إطلاقات حكم جنابة المملوك والنهي عن بيع أم الولد وقد تقدم تقريب ذلك.

وأما ما ذكر من عدم كون الرواية الأولى مخصصة لتلك الإطلاقات فغاية تقريبه أن الرواية إما يتساوى فيها احتمال كون عنوان أم الولد له مدخلية في الحكم المذكور حتى يصير المراد هو الثبوت في ذمة السيد، أو الحمل على كون الخسارة عليه ينافي مدخلية العنوان؛ لأنه حكم كل مملوك، واحتمال كون تخصيص هذا العنوان لا لأجل المدخلية بل لنكتة دفع توهم امتيازها عن سائر المالك بواسطة تشبهاً بالحرية حتى يصير المراد كون الخسارة واردة على المولى، أو يقال بأظهرية الأول من الثاني لا لأجل ظهور العنوان في الاختصاص بل لكون كلمة «على سيدها» في الثبوت في الذمة أظهر من كونها لمطلق الخسارة والضرر.

وعلى كل حال يتعين العمل بالإطلاقات المزبورة أما على الأول فواضح، وأما على الثاني، فلأن الأظهرية في نفس الرواية لا تنافي أظهرية الإطلاقات منها وصرفها إلى خلاف ظاهرها، إذ قد يصير الجمع العرفي حمل المقيّد على المطلق إذا كان الثاني أظهر، ومقامنا من هذا القبيل، هذا غاية تقريب ما ذكره.

وفيه: أن هذا مسلم لولا ما ذكر في ذيل الرواية من قوله - عليه السلام -: «وما كان من حقوق الله في الحدود فإن ذلك في بدنها» فإن هذا ينفي احتمال كون القضية

مسوقة لأجل دفع التوهم، إذ يصير المعنى بناءً على كونها كذلك أن أم الولد مثل غيرها في أن جنائتها في حقوق الناس يرد خسارتها على مولاها ومثل غيرها أيضاً في أن الحدود تجري في بدنها، وهذا من الحزاة بمكان؛ إذ لا يتوهم أحد اختلاف حكم أم الولد في الحدود عن غيرها إما بأن يسقط عنها بالمرّة أو يجري على سيدها.

فهذا قرينة واضحة على أن المراد إعطاء المدخلة للعنوان وأنه يمتاز عن غيره في هذا التفصيل؛ فإنّ غيره يكون جنائته في حقوق الناس وفي حقوق الله كلاً متعلّقة برقبتها، غاية الأمر أن المولى يجوز له فكّه في الأولى بإعطاء الدية بخلاف أم الولد فإنّ فيه التفصيل، فجنائتها في حقوق الناس لا ربط لها برقبتها وإنما توجب اشتغال ذمة مولاها، وجنائتها في حقوق الله توجب جريان الحدّ على بدنها ولا ربط لها بسيدها.

نعم الرواية الثانية يبيح فيها ما ذكره - قدّس سرّه - بل يتعيّن بملاحظة اشتغالها على المدبّر، والظاهر كما قيل عدم الخلاف في التخيير بالنسبة إلى المدبّر، فلو صحّت سندها أمكن أن تجعل قرينة بالنسبة إلى الأولى لكن اعتبارها غير ثابت، إلّا أن توهن الرواية الأولى بإعراض المشهور عنها من حيث عدم إفتائهم بمضمونها فتدبر.

ومنها: ما إذا جنت على مولاها بما يوجب صحّة استرقاقها لو كان المجنّي عليه غير المولى، فهل تعود ملكاً طلقاً بجنائتها على مولاها فيجوز له التصرف الناقل فيها أو لا كما هو المشهور؟

ظاهر شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - انتصار الثاني، وعلّله بأنّه لم يتحقّق بجنائتها على مولاها إلّا جواز الاقتصاص منها، وأمّا الاسترقاق فهو تحصيل للحاصل، انتهى. وجه كونه تحصيلاً للحاصل أن الملكيّة حاصلة للمولى بلا

قصور فيها، غاية الأمر المحكومية بمنع التصرفات الناقلة أو كون الأمة مستحقة على مولاهما لذلك، ولا يوجب ذلك نقصاً في الملك حتى يقال: الذي يراد تحصيله هو المرتبة الكاملة، كيف وهما من آثار الملكية فكيف يؤثران نقصاً فيها، وهذا واضح.

ولكن قد يقال: إن الحق عند المحققين أن الحاجة إلى العلة إنما هي من جهة الإمكان لا من جهة الحدوث، فالممكن محتاج في بقائه إلى العلة كما في حدوثه، لاشتراكهما في الإمكان، لأن بقاء الممكن ممكن بالضرورة، وحينئذ فإذا فرض بقاء ممكن كملكية أم الولد في ما نحن فيه يكون بقاءه مستنداً إلى العلة لا محالة، فإذا فرض عروض علة أخرى لوجود الملكية لو لم تكن موجودة بالسبب المزبور يكون نسبة الأمر الباقي بعد وجود هذه العلة إلى كل من علتين على السواء، فاستناده إلى أحدهما ترجيح بلا مرجح، فيشتركان في السببية للبقاء كما لو اجتمعتا على الحدوث.

وحينئذ أمكن أن يقال: إن القدر المتيقن من الملكية المانعة هو المستندة إلى خصوص السبب المقدم على الاستيلاد دون المستند إلى مجموع السابق واللاحق، كما لا يمنع المستندة إلى خصوص اللاحق على ما دلّ عليه رواية ابن مارد.

وأجاب عنه شيخنا الأستاذ - أدام الله أيام إفاداته الشريفة - بأن المفهوم من لفظ الاسترقاق كظائره من الاستفهام والاسترحام ونحوهما هو طلب أصل الحقيقة في مقابل عدم الأزلي، ولا شك أن هذا المعنى لا يصدق على البقاء، فلزوم تحصيل الحاصل إنما هو بالنسبة إلى خرق عدم الأزلي حيث إنّه غير قابل للتكرار، فما ذكر في الإشكال إنما هو مجرد تصوير عقلي، وأما مع الالتزام بما هو ظاهر الاسترقاق المأخوذ في الأدلة فلا محيص عن لزوم تحصيل الحاصل.

ومن هنا يظهر وجه ضعف ما قيل في توجيه الاسترقاق في المقام من أنَّ الأسباب الشرعيّة يؤثّر بقدر الإمكان، فإذا لم يؤثّر الجناية الاسترقاق أمكن أن يتحقق للمولى أثر جديد وهو استقلال جديد في التصرف فيها مضافاً إلى أنَّ استرقاقها لترك القصاص كفكاك رقابهن الذي انيط به الجواز في صحيحة ابن يزيد المتقدمة، مضافاً إلى أنَّ المنع عن التصرف لأجل التخفيف لا يناسب الجاني عمداً.

أما الأول: فلأنَّ الاستقلال في التصرف أثر للملكيّة، فإذا اعترف بعدم حصول السبب فلا مورد لثبوت أثره بناءً على ما هو الظاهر من الشرع والعرف من كون الملكيّة أمراً واقعياً، إذ جعلنا يترتب عليه تلك الآثار، نعم لو جعلنا الملكيّة عبارة عن نفس الآثار أو منتزعة منها بأن يقال: الملكيّة عبارة عن كون الشيء بحيث يجوز فيه جميع التصرفات أمكن أن يقال: إنَّ سبب الملك سبب لنفس الآثار حقيقة، فإذا تعدّر تأثيره في بعضها لسبق مؤثّر آخر تعيّن تأثيره في البعض الذي لا مانع له، لكنَّ التحقيق خلاف أصل المبنى.

وأما الثاني والثالث: فمضافاً إلى كونها مجملاً غير قابل للتمسك يكون التمسك فرع القابلية والإمكان العقلي، وبعد ما عرفت امتناعه عقلاً فلا مجال لإقامة الدليل الشرعي.

وأما الجناية على مولاها خطأ فلا إشكال في أنها لا يجوز التصرف فيها، لأنها في غير المولى يوجب اختيار المولى بين دفع الأمة حتّى يسترّقها المجنّي عليه أو وليّه وبين دفع الفداء، وشيء من الأمرين غير معقول في حقّ نفس المولى؛ إذ لا معنى لأخذه الفداء من مال نفسه ولا لاسترقاقه مال نفسه.

ولكن هل تثبت قيمتها في ذمتها حتّى تستسعى فيها بعد العتق؟ الروايات

في هذا الباب متخالفة، فروى الشيخ في الموثق على المحكمي عن غياث عن جعفر عن أبيه عن عليّ -عليه السلام- «قال : إذا قتلت أم الولد سيدها خطأ فهي حرة ليس عليها سعاية»^(١)، وعن الشيخ والصدوق باسنادهما عن وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه -عليه السلام- : «أنّ أم الولد إذا قتلت سيدها خطأ فهي حرة لا سبيل عليها وإن قتله عمداً قتلت به»^(٢).

وعن الشيخ عن حماد عن جعفر عن أبيه -عليه السلام- : «إذا قتلت أم الولد مولاهما سعت في قيمتها»^(٣) وفي بعض النسخ زيادة لفظ خطأ، وجمع الشيخ -قدس سرّه الشريف- بحمل الأولين على الخطأ المحض والآخر على شبه العمد، وقال شيخنا المرتضى -قدس سرّه الشريف- : يمكن حملها -يعني الأخيرة- على سعيها في بقية قيمتها إذا قصر نصيب ولدها، انتهى.

واستشكل على الأخير شيخنا الأستاذ -دام علاه- بأنّه جمع لا يساعده العرف بل يرى العرف قضيّة «لا سعاية عليها» وقضية «سعت في قيمتها» متناقضتين، فما ذكره -قدس سرّه- جمع تبرعي.

ومنها : ما إذا جنى حرّ عليها بما فيه ديتها، فإنّها لو لم تكن مستولدة كان للمولى التخيير بين دفعها إلى الجاني وأخذ قيمتها وبين إمساكها ولا شيء له لثلاً يلزم الجمع بين العوض والمعوّض، ففي المستولدة يحتمل ذلك ويحتمل أن لا يجوز للمولى أخذ القيمة ليلزم منه استحقاق الجاني للرقبة.

قال شيخنا الأستاذ -دام أيام إفاداته الشريفة- : لا شبهة في أنّه لو قلنا في

١- الوسائل : ج ١٩، الباب ١١، أبواب ديّات النفس، ص ١٥٩، ح ٢.

٢- المصدر نفسه : ح ٣.

٣- المصدر نفسه : ح ١.

أصل المسألة بأنّ الباب باب العوضيّة تعبدًا وقلنا بذلك في ما نحن فيه أيضاً كان هذا استثناء عن قاعدة المنع، وأنّه لو قلنا بالعوضيّة في أصل المسألة لأجل دليل عام يشمل المقام فنسبته مع دليل النهي عن بيع أمّ الولد عموم من وجه، فنرجع بعد التساقط إلى استصحاب منع المعاوضة الثابت قبل الجنائية، وفي أنّه لو قلنا في أصل المسألة بعدم تعبد خاص ومقتضى القاعدة أيضاً عدم كون باب الدية باب العوض، فكما لا يوجب في الحرّ مملوكيّته فكذلك في الحرّ، والسّر أنّه ليس عوضاً عن نفس الرقبة بل عمّات بالجنائية، فليس المقام من الاستثناء في شيء.

ومنها: ما إذا لحقت بدار الحرب ثمّ استرقّت حكاها في الروضة، قال شيخنا الأستاذ - دام أياّم إفاداته الشريفة -: إمّا أن نقول بأنّ اللّحوق بدار الحرب لا يوجب زوال رقيتها لمولاهها، وإمّا نقول بإيجابه لذلك، فإن قلنا بالأوّل فإن استرقّها هو، فلا معنى لاسترقاقه ملك نفسه، وإن استرقّها غيره فكذلك أيضاً، إذ دليل الاسترقاق لا يشمل مملوك المسلم حتّى يقال بأنّه بنفس الاسترقاق يزول ملكه ويصير ملكاً للمسترق نظير الالتقاط.

وإن قلنا بالثاني فلا إشكال مع استرقاق الغير، وليس جواز نقله استثناء عن قاعدة المنع، وأمّا مع استرقاق المولى فيمكن القول بجواز التصرفات الناقلة أيضاً بدعوى انصراف النهي إلى غير هذه الصورة وهو ما إذا بقى الملك الذي وقع فيه الاستيلاء، ألا ترى أنّه لو باعها في ثمن رقيتها ثمّ صار موسراً فاشترها ليس مشمولاً للنهي؟ فكذا في المقام، ولا أقلّ من أنّ المتيقّن من النهي غير هذه الصورة فتدبر.

وقد ألحق بهذه الصورة ما لو أسرها المشركون ثمّ استعادها المسلمون فكانت في ما أسرها غير مولاهها فلم يثبت كونها أمة المولى إلّا بعد القسمة، وقلنا

بأن القسمة لا تنقض، ويغرم الإمام - عليه السلام - قيمتها مالمالكها، لكن المحكي عن الأكثر والمنصوص أنها ترد على مالكها ويغرم قيمتها للمقاتلة.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة -: إن كان الأسر موجباً لخروجها عن الرقبة لمولاهما فالكلام كما تقدم، وإن كانت باقية على رقيتها له فمجرد وقوع القسمة جهلاً بكونها ملكاً له لا يوجب حسب القاعدة خروجها عن ملكه، بل مقتضاها نقض القسمة بعد انكشاف الحال، لوضوح أنه لا يحل مال أحد بقسمة الغير له، وحينئذ فلا ينطبق شيء من الأمرين من الغرامة لمولاهما من بيت المال ومن الغرامة للمقاتلة على القاعدة.

وأما القسم الثاني: وهو ما إذا عرض لها حق لنفسها أولى بالمراعاة من حق الاستيلاء، فمن موارده ما إذا أسلمت وهي أمة ذمّي فإنتها تباع عليه، بناءً على أن حق إسلامها المقتضي لعدم سلطنة الكافر عليها، أولى من حق الاستيلاء المعرض للعتق.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة -: لا إشكال في حكم المسألة بعد حكومة آية نفي السبيل^(١) على جلّ القواعد التي منها النهي عن بيع أم الولد، إننا الإشكال في تصحيح كلام شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف - حيث إنه بعد ما فرض تكافؤ الدليلين جعل المرجع عمومات صحة البيع دون قاعدة السلطنة المقتضية لعدم جواز بيعها عليه لحكومة الآية على القاعدة.

فإنه يرد عليه أولاً: أن المرجع على فرض تسليم التعارض هو استصحاب المنع الثابت قبل الإسلام دون العمومات المذكورة كما كان هذا مختاره في نظيري المسألة من مسألة البيع في ثمن الرقبة حال الحياة والبيع في الكفن، فجعل المرجع

في الأوّل أصالة الجواز، وفي الثاني استصحاب المنع، ولم يجعل المرجع في شيء منهما العمومات المذكورة، فإن كان لها عموم أزمني فما وجه ما ذكره فيهما وإلا فما وجه ما ذكره في هذا المقام.

وثانياً: أنه بعد ما فرض التعارض فما وجه تعليل عدم مرجعية القاعدة بحكومة الآية؟ فإنّ الحكومة مع فرض التعارض لا يجتمعان.

قال شيخنا الأستاذ - دام ظلّه -: يمكن ذبّ الإشكالين عن كلامه - قدّس سرّه - بأن يقال: إنّه - قدّس سرّه - أولاً تمسك بالوجه الاعتباري بعد إحراز المقتضي لكلا الحقيقتين من إطلاق مادّة الدليلين، فإنّه قد يستفاد ذلك من الدليل الناظر إلى الحكم الفعلي كأكرم العلماء، وبعد هذه الاستفادة تمسك لترجيح حقّ الإسلام على حقّ الاستيلاء بأهميّة الأوّل اعتباراً، فلو كان الدليلان متعارضين أيضاً كنّا نقدم حقّ الإسلام لأوليّيته بالمراعاة.

وثانياً: بعد تسليم أنّ هذا الاعتبار لا اعتبار به وأنّ إطلاق المادة لو خلّي وهو متكافئان تمسك بالحكومة وأنه بسببها نستكشف إنّ أهميّة جانب الإسلام.

ثمّ بعد محكومة دليل النهي بدليل نفي السبيل يدور الأمر بين أمور، الأوّل: بقاء ملكيّة الذمّي وعدم جواز إخراجها عن ملكه، والثاني: العتق أو الانعتاق عليه قهراً، والثالث: البيع عليه قهراً، فالأوّل مناف لنفي السبيل ويكون كراً على ما قرّر، والثاني مناف لاحترام مال الذمّي، والثالث مدلول دليل بيع المملوك الكافر على المسلم مع عدم منافاته لقاعدة إلّا قاعدة السلطنة المفروض ارتفاعها بحكومة دليل نفي السبيل.

فمراده - قدّس سرّه - من تكافؤ الدليلين تكافؤ إطلاق مادّتهما في إثبات المقتضي الغير المنافي مع حفظ حكومة الهيئة في أحدهما، والشاهد على هذا تصريحه

في ذيل الكلام بحكومة دليل نفي السبيل على جلّ القواعد، ومراده - قدّس سرّه - بعمومات صحّة البيع هو عموم بيع المملوك المسلم على المولى الكافر، وهو وإن كان نسبته مع دليل النهي عن بيع أم الولد عموماً من وجه لكن مقتضى ذلك تعارضهما مع عدم وجود حاكم على أحد الطرفين في البين وقد فرض حكومة دليل نفي السبيل على الثاني فيكون الأول سليماً عن المعارض، وهذا معنى مرجعيّته، وعلى هذا فيكون كلا الإشكالين مندفعاً.

أمّا الأول؛ فلأنّ وجه عدم الرجوع إلى الاستصحاب إمّا في جانب الجواز وإمّا في طرف المنع هو وجود الدليل الاجتهادي وليس هو عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ و ﴿أحلّ الله البيع﴾ بل عموم ما ورد في بيع المملوك المسلم على الكافر، وأمّا الثاني فليس المراد بالتكافؤ تكافؤ الهيئتين بل تكافؤ المادتين مع حفظ حكومة إحدى الهيئتين على الأخرى فتدبر.

فإن قلت: بعد حكومة دليل نفي السبيل يدور الأمر بين رفع اليد إمّا عن دليل الاحترام والالتزام بالعتق أو الانعتاق القهرين وبين رفع اليد عن دليل النهي عن بيع أم الولد والالتزام بجواز البيع عليه، ولا ترجيح للثاني على الأول فما وجه تعينه؟

قلت: مقتضى الجمع الدليلي ما ذكرت، ولكنّ الظاهر أنّ الأول خلاف الإجماع وبضميمته يتمّ المطلب.

بيع المرهون

مسألة

ومن أسباب خروج الملك عن كونه طلقاً كونه مرهوناً، فإنّ الظاهر بل المقطوع به في كلام شيخنا المرتضى - قدس سرّه - الاتفاق على عدم استقلال الملك في بيع ملكه المرهون وروي مرسلاً عن النبي ﷺ أنّ الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف، إنّما الكلام في أنّ بيع الراهن هل يقع باطلاً من أصله أو يقع موقوفاً على الإجازة أو سقوط حقه بإسقاطه أو بالفك؟

والذي قواه شيخنا المرتضى - قدس سرّه - هو الثاني للعمومات السليمة عن المخصّص؛ لأنّ معقد الإجماع والأخبار الظاهرة في المنع عن التصرف هو الاستقلال كما يشهد به عطف المرتهن على الراهن مع ما ثبت في محله من وقوع تصرف المرتهن موقوفاً لا باطلاً.

قال شيخنا الأستاذ - دام علاه -: الجمع العرفي بين إطلاقات وعمومات صحّة البيع، وخصوص النهي عن بيع الراهن ليس إلّا ارتفاع أصل النفوذ عن هذا القسم ببطلانه رأساً كما هو الحال في الجمع بين تلك الإطلاقات والعمومات، والنهي عن بيع الوقف وبيع أمّ الولد وبيع الغرر وغير ذلك، ولو كان مقتضى الجمع هو الحمل على رفع الاستقلال مع إثبات أصل الصحّة التأهليّة لكان اللازم ذلك في تلك المقامات أيضاً.

فنقول: مفاد النهي مع ذينك الإطلاق والعموم قابليّة أصل العقد للتأثير والحالة الكذائية مانعة عن استقلاله فيه، فلا ينافي تأثيره الضمني بضميمة زوال تلك الحالة، فعمقتضى الإطلاق هو التأثير عند زوال أمّ الولديّة أو الوقفيّة أو الجهالة، والحال أنّ أحداً لا يقول بذلك بل من المسلّم احتياج المعاملة بعد زوال تلك الحالة إلى صيغة جديدة، وعدم فائدة في الصيغة الأولى رأساً، وإذن فما الفرق بين تلك المقامات ومقامنا، وهل النهي عن بيع الراهن الواقع بلا إجازة المرتهن إلّا مثل تلك النواهي.

فالأسدّ في إثبات القول المزبور هو اختيار طريقة أخرى اخترناها في تصحيح عقد الفضولي بعد ردّ الطريق المذكور فيه أيضاً بمثل ما ذكرنا وهي أن يقال - بعد أن قوله: ﴿أحلّ الله البيع﴾ ظاهر في البيع المسيبي، أعني: النقل والانتقال، دون السبيبي، أعني: الإنشاء المظهر باللفظ، وهذا المعنى محمول على مصاديقه العرفيّة، فكلّمًا حكم فيه العرف بتحقيق المبادلة والنقل والانتقال يحكم عليه الشرع بحكم ﴿أحلّ﴾ -: أنّ الشارع ربّما يخطّي العرف في تشخيص بعض المصاديق ويقول: ما حكمتم بمصادقيته ليس بمصدق واقعاً، وهذا هو الحال في بيع الغرر وأمثاله ممّا انفكّ نظر العرف فيه عن نظر الشرع، وربّما يقرّره في تشخيص بعض آخر ويقول: قد أصبتم في حكمكم بالمصادقيّة أو بعدمها في مورد فلاي.

ومن هذا القبيل مقامنا وبيع الفضولي، فإنّ العرف كما لا يرى المبادلة متحقّقة بإنشاء صادر من غير المالك كذلك لا يراها حاصلة بمجرد إنشاء المالك بدون إجازة المرتهن، وكما لا يفرّق في حصولها بين حصول إجازة المالك في الفضولي قبل العقد أو معه أو بعدها، كذلك في المقام أيضاً لا يفرق بين الصور المذكورة بالنسبة إلى إجازة المرتهن في الحكم بالحصول في جميعها، فإذا قال الشارع:

الراهن ممنوع من التصرف البيعي فمعناه عند العرف أنّ حقيقة المبايعة والمبادلة لا يتحقّق منه إلّا بعد لحوق إجازة المرتهن وليس للقول المذكور إطلاق شامل لما بعد الإجازة؛ لأنّه حينئذ يصير من باب التعبد والتخطة المصادقية وقد فرضناه ليس بهذا الصدد، وإنّما هو بصدد التقرير والمشّي على طبق ارتكازهم وطريقتهم، والمفروض أنّ طريقتهم إنّما هو المنع قبل الإجازة لا بعدها، نعم هذا يحتاج إلى إثبات كون القول المذكور وارداً في هذا المقام لا في مقام التعبد والتخطة.

هذا مضافاً إلى ما أشار إليه شيخنا المرتضى - قدس سرّه - من أنّه على تسليم الظهور في بطلان التصرف رأساً يمكن التمسك بأدلة الفضولي بعد الأولوية القطعية، فإنّه إذا كان بيع الأجنبي للعين المرهونة سواء كان لقرّب الإجازة أم باعتقاد المالكية أم بالبناء الغصبي العدواني صحيحاً نافذاً عند إجازة الراهن والمرتهن بواسطة تلك الأدلة، فمن المقطوع أنّ حال الراهن الذي هو المالك ليس بأدون من ذلك الأجنبي، ولازمه صحّة البيع الصادر منه عند لحوق إجازة المرتهن، وبالجمله يمكن التصرف في الظهور المذكور بالحمل على ما ذكرنا بملاحظة تلك الأدلة بضميمة هذه الأولوية القطعية.

ثمّ قال شيخنا - دام أيّام إفاداته الشريفة -: وهنا طريق آخر لتصحيح البيع المزبور عند إجازة المرتهن، وهو أن يقال: ليس المقام كعقد الفضولي؛ فإنّ العرف كما عرفت لا يرون المبادلة هناك حاصلة إلّا بعد إجازة المالك، وأمّا هنا فمصادق المبادلة والبيع المسببي محقّق عندهم قبل حصول إجازة المرتهن، لأنّ حال العين المرهونة حال العين المستأجرة، فكما لا يمنع الاستئجار هناك عن تحقّق البيع - بل يرون العين مع سلب المنافع منتقلة إلى المشتري - كذلك هنا أيضاً الرهانة غير مانعة، فالعين على حال الرهانة وكونها وثيقة لدين المرتهن تصير

منتقلة إلى المشتري.

وكما أنّ سلب المنافع هناك لا يوجب عدم صحة اعتبار الملكية والمبادلة وذلك لوجود ما يصحّ انتزاع ذلك عنه وهو المنافع المتجدّدة بعد انقضاء المدّة كذلك هنا أيضاً ليس الممنوعة عن التصرفات موجبة لعدم اعتبار الملكية والبيع، إذ يكفي في صحة انتزاعها كون العين جائز التصرف من البيع والإجارة وغيرهما من المشروطة بالملك عند إجازة المرتهن وكون نهاءاتها للمالك.

وإذن فنقول: مقتضى عموم ﴿أحلّ الله البيع﴾ صحة هذا البيع ولو لم يلحقه إجازة المرتهن، غاية الأمر كون المشتري مع جهله بالحال مختاراً في الفسخ والإمضاء، فحال المقام حال بيع الغرر وبيع أمّ الولد ممّا يرى فيها العرف حقيقة المبادلة، ومقتضى العموم المذكور فيها أيضاً هو الوقوع. ولكن الفرق بين المقامين أنّ النهي الخاص المتعلّق بخصوص البيعين تخصيص ذلك العموم ومقتضى إطلاقه عدم الفرق بين زوال الجهالة والاستيلاد بعد ذلك وعدمه.

وأما المقام فالنهي الوارد فيه وارد على الراهن مع عطف المرتهن عليه؛ فإنّ الخبر الوارد في المقام قوله في المرسل: «الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف» ولم نعر فيه على خبر آخر بناءً على شمول التصرف لمثل هذا الإنشاء المستعقب للانتقال العرفي وكونه حراماً وفاسداً.

وحيثئذ فنقول: قد قام الدليل من الخارج على أنّ المرتهن لو باع يصحّ بيعه بإجازة الراهن، فالأمر دائر في الخبر المذكور بين أن يراد من المنع ظاهره من الممنوعة الرأسيّة المنافية للصحة التأهليّة أيضاً، غاية الأمر نلتزم بتخصيص المرتهن في تصرفاته الناقلة وبين أن يحمل التصرف على عمومته وإطلاقه بالنسبة إلى المرتهن، ولكن نلتزم بحمل المنع على خلاف ظاهره من ممنوعة الاستقلال في

التصرف الغير المنافية مع الصحة التأهليّة.

فحال المقام حال ما إذا ورد أكرم العلماء وعلم بأن زيد العالم يستحب إكرامه فإن الأمر دائر بين التصرف في المادة بتخصيص العلماء بها سوى زيد، وبين التصرف في الهيئة بحملها على مطلق الطلب، وحيثنذ فلو لم نقل بأظهرية المادة في المقام المقتضية لحمل الهيئة على ممنوعية الاستقلال فلا أقل من الإجمال، فيكون إطلاق ﴿أحلّ الله البيع﴾ بالنسبة إلى ما بعد لحوق الإجازة سلباً عن المعارض والمقيّد، وبعبارة أخرى يكون القدر المتيقّن الخروج هو البيع الغير المرضي به فيبقى البيع المرضي به داخلاً تحت الإطلاق.

فلا وجه للقول بالبطلان وإن قوّاه بعض الأساطين - قدّس أسرارهم - كما لا وجه لما قد يقال في توجيه البطلان من أنّ الرهن والبيع متنافيان، وعلى القول بكاشفية الإجازة يلزم اجتماعهما في زمان واحد وهو ما قبل الإجازة.

وفيه أولاً: أنّه لا منافاة بينهما عقلاً كما عرفت، لإمكان رهن مال الغير.

وثانياً: سلّمنا المنافاة بواسطة إرسالهم إيّاها إرسال المسلّم، ولكنّ القائل بالكشف كما يقول بانتقال الملك من حين العقد يقول بزوال الرهانة أيضاً من حينه، فلم يجتمعا في زمان واحد.

وثالثاً: لا يلزم من القول بالكشف في الفضولي بعد كونه خلاف القاعدة كما قرّر في محله وكون النقل على وفقها، القول به هاهنا مع اختصاص الدليل - وهو صحيحة محمد بن قيس - بذلك الباب وعدم إجماع في المقام أيضاً.

ورابعاً: لو قال بالكشف في الإجازة فلا وجه للقول به في الفكّ والإسقاط والسقوط بالإبراء حتّى يقال: لا معنى لكشف عن سبق زوال الرهن فيها، وذلك للقطع بتأخر زوال الرهانة، أعني: حصوله حينها، وحيثنذ فكيف التوفيق بين

الفك الحالي والانتقال الماضي، وجه عدم الوجه اختصاص دليل الكشف بالإجازة فلا بدّ في غيرها من الفك وأخويه من المشي على طبق القواعد من النقل، و عليه فلا يلزم شيء، هذا.

بقي الكلام في كاشفية الإجازة والفك والإسقاط والإبراء وناقليتها أو التفصيل بين الإجازة وغيرها بكاشفية الأولى وناقليّة غيرها كما يظهر تقويته من كلام شيخنا المرتضى - قدس سره الشريف -.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته العالية -: القول بالكشف في مسألة الفضولي تارة مستند إلى القواعد وأخرى إلى التعبد، وعلى الأول قد نختار تقريب صاحب الفصول من جعل الشرط وصف التعقّب الحاصل حال العقد فيخرج عن الشرط المتأخّر ويكون من الشرط المتقدّم، وقد نختار تقريب صاحب الكفاية - أعلى الله مقامه - من كون الشرط هو الوجود اللحاظي لا الخارجي وهو مقارن سواء قارن الوجود الخارجي أم سبق أم لحق، وهذا أيضاً يخرج عن الشرط المتأخّر إلى المتقدّم.

وهذان ممّا لا يلتزم بلازمهما القوم مضافاً إلى كونها خلاف ظاهر الأدلّة، أمّا الأول فلأنّ اللازم منهما جواز تصرفات المشتري من الفضولي في المبيع قبل الإجازة إذا علم بلحوقها ولا يلتزم به القوم، وأمّا الثاني فلأنّ الظاهر من الأدلّة أنّ الشرط إجازة المالك وهذا إجازة غير المالك.

وقد نختار تقريب آخر هو ظاهر المشهور القائلين بالشرط المتأخّر وهو أن يقال كما هو عبارة جامع المقاصد والروضة على المحكي: بأنّ العقد سبب تامّ في الملك لعموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ ونعناه في الفضولي إنّما يعلم بالإجازة، فإذا أجاز تبين كونه تامّاً، يوجب ترتّب الملك عليه وإلّا لزم أن لا يكون الوفاء

بالعقد خاصّة بل به مع شيء آخر، انتهى.

وتوضيح المراد منه أنّ مقتضى العمومات أنّ متعلّق الوفاء هو العقد، ومعنى الوفاء به هو الجري على طبق مفاده ومضمونه وهو إمّا النقل من حينه بناءً على دخل الزمان في المنشأ قيداً على خلاف التحقيق، وإمّا النقل على وجه الإرسال والإطلاق من دون تحديد في أوّله ولا في آخره، ومقتضى هذا مقارنة زمان المعلول الذي هو المضمون لزمان علته الذي هو العقد، كما أنّ النار ليس مؤثراً في الإحراق المقيّد بالحال وإنّما الحال ظرف تأثيرها، ولكن حيث إنّ أثرها الإحراق المطلق المرسل لا المبهم المهمل فلازم ذلك عدم تأخّر الإحراق عن زمان وجود النار، هذا مقتضى العمومات.

وأما الدليل الدلّ على اعتبار الرضا وطيب النفس من المالك أو من له الاختيار فإن كان ظاهراً في اعتبار خصوص الرضا المقارن دون المتأخّر لم يكن بدّ من رفع اليد عن العموم في غير صورة مقارنة الرضى، وأمّا إذا كان المتيقّن منه اعتباره في قبال عدم وجوده رأساً لا سابقاً ولا مقارناً ولا لاحقاً، فمقتضى الأخذ بالعموم في ما سوى القدر المتيقّن والاختصار في التخصيص على مقدار المتيقّن هو القول بلزوم الوفاء عند تأخّر الرضا كما في صورة مقارنته، وقد عرفت أنّ قضية الوفاء بالعقد والجري على مضمونه من التملك من حينه أو التملك المرسل الملازم مع التملك من حينه هو الحكم بعد الإجازة المتأخّرة لحصول هذا المضمون، أعني: حصول الملكية من حين العقد، لأنّ غير ذلك أجنبى عن العقد ومفاده خارج عن اسم الوفاء به والجري على طبقه.

غاية الأمر يبقى هنا إشكال أنّه يلزم اجتماع المالكين في مال واحد في قطعة واحدة من الزمان وهي ما بين الإجازة والعقد، وأيضاً كيف يمكن التأثير من

اللاحق في السابق؟

والجواب عن كلا الإشكالين يتّضح بملاحظة باب الإجارة، ألا ترى أنّ المؤجر ينقل المنفعة في القطعة المستقبلية إلى المستأجر مع كونها قبل ذلك للمؤجر؟ فلا مانع من وجود المالكين في القطعة الواحدة بعد تعدّد زمان الاعتبار، فالحال في القطعة السابقة في مقامنا حال القطعة اللاحقة في الإجارة، فما قبل الإجارة كان المعتبر ملكية الدار مثلاً للمالك الأصلي وما بعدها يعتبر ملكيتها في تلك القطعة الخاصة الماضية للمشتري من الفضولي.

وفي الحقيقة مرجع هذا الوجه أيضاً إلى الشرط المتقدّم؛ فإنّ الحكم بمضمون العقد إنّما هو بعد الإجازة الخارجية وإن كان المحكوم به متقدّماً، وهذا سالم عن الإشكالين السابقين الواردين على الوجهين المتقدّمين كما هو واضح، إلّا أنّه يرد عليه أنّ مفاد العقد على ما هو التحقيق ليس إلّا إنشاء حقيقة الملكية معرّاتاً عن جميع القيود حتّى قيد الإطلاق والإرسال، وإذن فاللازم تأخّر هذا المنشأ عن كلّ ماله دخل في التأثير، وإذن فالكشف بهذا المعنى غير معقول، وإذا ورد في النصوص ما ظاهره ذلك فلا بدّ من التصرّف وتأويله إلى إرادة الكشف الحكمي بمعنى التعبّد بآثار الملكية السابقة، وعلى هذا فالمطابق للقواعد هو النقل، والكشف الحكمي ثابت بالتعبّد.

إذا عرفت ذلك فنقول في المقام: إن اخترنا مذهب المشهور من كون الكاشفية على وفق القواعد فعين التقريب المتقدّم جار في المقام حرفاً بحرف، فإنّه يقال: إذا لم يكن للدليل الدال على مانعية الرهانة ظهور في أنّ وجود الرهانة حال العقد مانع ولو طرأ عليه الزوال بعد ذلك كما هو الحال في مانعية الوقف والاستيلاء والغرر بل القدر المتيقّن منه دوران المانعية مدار وجودها، ففي أيّ زمان

ارتفعت زال المانع عن تأثير العقد.

وحينئذ فكما قلنا في الفضولي أنه حين حصول الإجازة تحقق شرط نفوذ العقد ومعنى نفوذه تحقق مضمونه من هذا الحين، ومضمونه الملكية من حينه أو ملازم لها، كذلك نقول هنا: إنه حين ارتفاع الرهانة ارتفع مانع نفوذ العقد، ومعنى نفوذه تحقق مضمونه من هذا الحين وهو الملكية المقارنة لحال العقد، إذ لا فرق في الجهة المذكورة بين الشرط والمانع، ومجرد كون الإجازة لها لسان في إمضاء ما هو مضمون العقد بخلاف الفك ونحوها - فإنه من هذا الجهة لا لسان له أصلاً - لا يوجب الفرق فإن هذا إنما يكون فارقاً لو كان المؤثر في حدوث الملك هو الإجازة والفك، وأما إذا كانا موجبين لتامة العقد في التأثير فلا تفاوت بين وجود هذا اللسان وعدمه وهذا واضح.

بل الإجازة في مقامنا من حيث كونها دخيلة لا لسان لها؛ فإنها من حيث نفسها غير معتبرة كما في إجازة المالك، بل المعتبر رفع المانع، فالإجازة إنما يعتبر بها من حيث كشفها عن رفع المرتين يده عن المنع والرد، ومن هنا قالوا بصحة العتق مع كونه من الايقاعات الغير القابلة للوقوف بإجازة المرتين، ومن هنا أيضاً اختار بعض عدم مصرية الرد السابق في الإجازة اللاحقة، إذ ليس بأزيد من عدم رفع اليد عن حقه، والإجازة معناها رفع اليد عنه، هذا بناءً على ما هو المشهور بين القائلين بالكشف.

وأما على ما هو الحق من الكشف الحكمي فلا بد من الاقتصار على مقدار الدليل بعد كون مقتضى العمومات هو النقل، ومقتضى صحيحة محمد بن قيس التي هي المستند في ذلك الباب ليس إلا الكشف في خصوص الإجازة المالكية في باب البيع، وعلى فرض التعدي بضميمة الإجماع على عدم الفرق إلى سائر الأبواب

من الصلح والإجارة وغيرهما من العقود الواقعة على ملك الغير، فلا وجه للتعدي إلى مثل إجازة المرتنن في المقام التي قد عرفت أنها ليست من قبيل تنمة المقتضي، بل رفع المانع فضلاً عن التعدي إلى غيرها من الفك والإسقاط والإبراء، فلا محيص فيها عن المشي على القاعدة من النقل، هذا.

ومّا ذكرنا يظهر النظر فيما ذكره شيخنا المرتضى - قدس سرّه الشريف - من أنّ القول بالكشف في الفضولي يستلزمه هنا بالفحوى، لأنّ إجازة المالك أشبه بجزء المقتضي، وهي هنا من قبيل رفع المانع، انتهى المقصود من كلامه، لأنّ الفحوى المذكورة ممنوعة غاية المنع بناءً على ما هو قضية القواعد من النقل كما هو مختاره - قدس سرّه - أيضاً، فإذا ورد التعبد بالكشف الحكمي في ما هو من قبيل جزء المقتضي لا يمكن التعدي منه إلى ما هو من قبيل رفع المانع، وهل هو إلّا القياس المنوع؟

نعم ما ذكره لا بأس بجعله مؤيداً بناءً على جعل قضية القواعد هو الكشف.

وظهر ممّا ذكرنا أيضاً أنّ الفك في المقام لا شبهة له ببيع الفضولي لنفسه ثمّ تملكه، وذلك لأنّ الإشكال في تلك المسألة أنّ حقيقة البيع هو المبادلة عن شخصي المالكين الموصوفين بالمالكية حال العقد، فإذا تغير الشخص المالك حال العقد مع المالك حال الإجازة، فلا يرتبط الإجازة بالمجاز، وهذا الإشكال غير وارد في المقام في صورة الفك ونحوه، فإنّ الذي تعرّض لنقله المعاملة البيعية إنّما هو الإضافة للملكية وهي وقت العقد والفك ثابتة لشخص واحد وهو الراهن.

نعم الإضافة الحقيقية قد اختلفت من قامت به، فحال العقد كانت للمرتنن وحين الفك صارت للراهن يعني تمحضت العلاقات له، فلو كانت المعاملة

البيعية متصدية لنقل الحق ومبادلته أيضاً كان الإشكال المذكور بالنسبة إلى الحق جاريًا، ولكن من المعلوم أنّ المبادلة إنّما هي بلحاظ ملكية الرقبة من غير تعرض للحقوق المتعلقة بها وعليه فلا إشكال.

ثم إنّ ما تقدّم من الكلام في تصحيح بيع الرهن بإجازة المرتهن يجري حرفاً بحرف في تصحيحه عند فوات موضوع حق المرتهن بالإسقاط أو السقوط وذلك بأن يقال: قضية ﴿أحلّ الله﴾ و ﴿أوفوا﴾ هو الصحة في هذا الفرد سواء قبل السقوط أم بعده، ولكن بعد ورود الدليل على المنع في حال عدم السقوط مع إجماله بحيث لم يعلم أنّه منع دائم أو ما دام عدم السقوط يؤخذ في ما سوى القدر المتيقن بالعموم المذكور.

لا يقال: حيث إنّ الإجمال إنّما نشأ من عطف المرتهن على الرهن، والمنع في المرتهن معلوم أنّه مغنيّ بإجازة الرهن ولا ينفعه شيء آخر، فالمناسب أن يكون في طرف الرهن أيضاً غاية المنع إجازة المرتهن ليس إلّا، فلا إجمال من حيث السقوط بغير الإجازة.

لأنّا نقول: غاية ما ذكرت حدوث احتمال ثالث في العبارة؛ فإنّ المعلوم أنّ المنع في طرف المرتهن منع عن الاستقلال، غاية الأمر قد علم من الخارج أنّ الضميمة المحتاج إليها فيه ليس إلّا الإجازة، فالذي يعلم من ذلك في طرف الرهن إنّما هو كون المنع منعاً عن الاستقلال، وأمّا ما يحتاج إليه في تمامية التأثير ماذا؟ ففي هذا الطرف غير معلوم، فمن الأمور المحتملة كونها كافية في تميم التأثير هو السقوط بغير الإجازة وإن كنّا نحتمل أن يكون خصوص إجازة المرتهن حتّى لا يمكن الصحة بعد زوال موضوع الحق، لامتناع لحق الشرط الذي هو الرضى من المرتهن بامتناع موضوعه، فإذا كان العموم موجوداً يرجع إليه في مورد

الشكّ، فالتقييد الوارد عليه إمّا بتقييد عنوان العقد بما وقع على العين الغير الواقعة تحت الرهن بحيث كلّما خرج عن تحته كان كافياً ولو بعد وقوع العقد عليها مرهونة، وإمّا بتقييد الأمر بالوفاء بجعله مشروطاً بما بعد السقوط.

فليس المقام على كلّ حال من التخصيص الفردي حتّى يقال إنّهُ بعد خروج هذا الفرد في زمان، أعني: ما قبل السقوط، فعموم العام له بعد ذلك الزمان محتاج إلى العموم الأزماني وهو مفقود في المقام فلا بدّ من الرجوع إلى استصحاب عدم النقل والانتقال.

وإن كان هذا المعنى يظهر من شيخنا المرتضى - قدّس سرّه الشريف -؛ فإنّه أولاً استظهر إلحاق الفكّ والإسقاط ونحوهما بالإجازة، لأنّ المانع قد زال، ثمّ احتمل أن لا ينفع الفكّ ونحوه في التصحيح بملاحظة أنّ صحّة بيع الراهن لكونه في ما فيه حقّ المرتهن منوطة برضى المرتهن وهو قد امتنع حصوله بواسطة فوات موضوعه وفوات الموضوع وإن كان متحقّقاً في طرف الإجازة أيضاً إلاّ أنّه فوات مترتب على الإجازة التي هي الشرط، وهذا بخلاف الفكّ ونحوه؛ فإنّه ليس في ذلك دلالة على رضى المرتهن بمضّي البيع أصلاً، فحال البيع في صورة الفكّ ونحوه حال البيع الفضولي الذي صار بعد ذلك مالكاً، فكما أنّ إجازة من له الإجازة حال العقد ممتنعة هناك، فكذلك في المقام، وأيضاً حاله حال نكاح العبد بعد عتقه قبل إجازة المولى حيث لا يثمر العتق في نفوذ النكاح لامتناع حقوق تأثير الشرط في استقلال عقده وهو رضى المولى.

ثمّ قال - قدّس سرّه -: مضافاً إلى استصحاب عدم اللزوم الحاكم على عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ بناءً على أنّ هذا العقد غير لازم قبل السقوط فنستصحب حكم الخاص، وليس ذلك محلّ التمسك بالعام، إذ ليس في اللفظ عموم زماني حتى

يقال: إنّ المتيقّن خروجه هو العقد قبل السقوط فيبقى ما بعد السقوط داخلاً في العام.

وكأّنه — قدّس سرّه — أولاً تمسّك بإطلاق المخصّص الدالّ على إطلاق المنوعيّة في غير صورة رضی المرتهن ولو بعد فوات حقّه، ثمّ بعد الغضّ عن هذا الإطلاق قال: إنّ المقام ليس من مرجعيّة العام لعدم العموم الأزمانى، ثمّ استدرك عن هذا الكلام وقال: لكنّ الإنصاف ضعف الاحتمال المذكور من جهة أنّ عدم تأثير بيع المالك في زمان الرهن ليس إلّا لمزاحمة حقّ المرتهن المتقدّم على حقّ المالك بتسليط المالك، فعدم الأثر ليس لقصور في المقتضى وإنّما هو من جهة المانع، فإذا زال أثر المقتضى.

ومرجع ما ذكرنا إلى أنّ أدلّة سببية البيع المستفادة من نحو ﴿أوفوا بالعقود﴾ و«الناس مسلّطون على أموالهم» ونحو ذلك عامّة، وخروج زمان الرهن يعلم أنّه من جهة مزاحمة حقّ المرتهن الذي هو أسبق، فإذا زال المزاحم وجب تأثير السبب، ولا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب وارتفاعه، فالمقام من باب وجوب العمل بالعام لا من مقام استصحاب حكم الخاصّ فافهم، انتهى ما أردت نقله من كلامه المنيف — أعلى الله مقامه الشريف —.

وحاصل هذا الكلام تسليم سقوط العموم في الحكم الفعلي عن قابليّة الاستدلال؛ لعدم العموم الأزمانى، لكن مع ذلك لا يرجع إلى استصحاب حكم الخاص بواسطة استفادة المناط الشرعي ومعاملة باب المزاحمة بين المناطات في المقام؛ وذلك لأنّنا نستفيد من العمومات — أعني: بإطلاق مادّتها — تاميّة العقد في السببية ونستفيد من دليل مانعيّة الرهن أنّه من جهة المزاحمة وكونه أحقّ بالمراعاة لا من جهة كسره في اقتضاء المقتضى، فمقصوده من أنّ المقام مقام العمل بالعام

هو العمل بالعموم الاقتضائي وأنّ التخصيص إنّما ورد في العموم في الحكم الفعلي دون الاقتضائي.

وحيثئذ فقاعدة باب المزاحمة بحكم العقل أنّ السبب يؤثّر أثره إذا زال المزاحم عن تأثيره، وليس هكذا الحال في نكاح العبد بدون إذن سيّده، فإنّ عدم الاستقلال فيه ليس لأجل المزاحمة بل لقصور المقتضي فلا يمكن بعد زوال الرقبة الحكم بنفوذ تأثير السبب وفعليته لعدم معلومية حدّ المقتضي، فيكون استصحاب عدم اللزوم محكّماً، هذا ما أفاده - أعلى الله مقامه -.

واستشكل عليه شيخنا الأستاذ - أعلى الله شأنه وأدام على الطلاب فيوضات بحثه - أولاً: إذا أسقطتم عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ عن قابلية التمسك عند إجمال دليل المنع وعدم إطلاقه لما بعد السقوط فلمّا ذكرتم ذلك في مسألة الفضولي بعد إجمال دليل اشتراط طيب نفس المالك ورضاه وعدم دلالة على خصوص الرضى المقارن؟

فمقتضى ما ذكرتم هنا أنّ تقولوا بسقوط العموم المذكور أيضاً عن الاستدلال، فإنّ خروج هذا العقد في زمان، أعني: ما قبل إجازة المالك يوجب عدم التمسك بالعموم بعده لعدم العموم الأزمانى، ولكنكم قلتم في ذلك الباب بأنّ الباب باب التقييد لا التخصيص الفردي بمعنى أنّ العقد مطلق أعّم من المجاز وغيره، وأوفوا مطلق غير مشروط بالإجازة وعدمها، فإذا صار دليل الاشتراط مجملاً من حيث اعتبار المقارنة فالمقدار الذي يرفع اليد عن الإطلاق إنّما هو بالنسبة إلى أصل الرضى، وأمّا المقارنة فالإطلاق بالنسبة إليه محكّم، وإذا كان الحال في ذلك المقام بهذا المنوال بل وفي إجازة المرتن في مسألتنا حيث صرّحتم بكونه من باب التنويع لا التخصيص، فلم يعلم ما وجه الفرق بين ذينك المقامين

وهذا المقام، أعني: مسألة فكّ الرهن وسقوطه بالإسقاط ونحوه فإنّ عين هذا الكلام جار فيه بلا فرق وتفاوت.

وثانياً: إذا أغمضنا عن ذلك الإشكال وسلّمنا سقوط العموم عن قابليّة الاستدلال فالمرجع ليس إلّا الاستصحاب وإتمام المرام بمعاملة باب المزاحمة بين المناطات الشرعيّة المعلومة في غاية الإشكال.

أمّا أولاً: فلائنه إذا فرضتم عدم عموم أوفوا في الحكم الفعلي، وخروج الفرد عن تحته في ما قبل السقوط فمن أيّ طريق يستكشف السببيّة والاقتضاء في هذا العقد، والمفروض انحصار طريقه في الاندراج تحت العموم المتعرّض للحكم العقلي المفروض العدم في المقام؟ وإطلاق المادّة إنّما يؤخذ به في قبال التقييدات العقلية الواردة على الخطاب لا في قبال القيود الشرعيّة اللاحقة له ولو بدليل منفصل، فمن المحتمل كون المقام من باب قصور المقتضي، وإذا جاء الاحتمال كفي في مرجعيّة الاستصحاب وإن كان المقصود أنّ ﴿أوفوا﴾ وأمثاله أحكام حيثيّة اقتضائية غير متعرّضة للحكم الفعلي، فما وجه الاستدلال به في مقامات كثيرة لدفع احتمال شرطية أمر أو مانعيته إلّا بناءً على قاعدة المقتضي والمانع، التي تقرّر في محله عدم تماميتها باعترافه - قدّس سرّه -.

وأما ثانياً: فسلّمنا استفادة السببيّة من العموم في الحكم الاقتضائي وأنّ التخصيص إنّما هو بالنسبة إلى الحكم الفعلي دون الاقتضائي المستكشف منه، فمن أيّ طريق يستكشف كون مانعيّة الرهن قائمة بوجوده دائرة مداره إثباتاً ونفيّاً؟ فمن المحتمل كونها قائمة بأصل الحدوث ولو زال ولم يبق فإنّ المفروض إجمال دليل المنع أيضاً من هذا الحيث، فإذا جاء هذا الاحتمال أيضاً كفي في الرجوع إلى الاستصحاب.

فإذن فالأسلم هو الطريقة التي مشيناها من الرجوع إلى العموم في الحكم الفعلي كما مرّ توضيحه، هذا بالنسبة إلى أصل الصحة، وأمّا بالنسبة إلى النقل والكشف فقد عرفت الكلام.

لكن يظهر من كلام شيخنا المرتضى - قدس سرّه - أنّه سواء قيل في الإجازة بالكشف على طبق القاعدة بيناء الاستدلال على ما ذكره جماعة من أنّ مقتضى مفهوم الإجازة إمضاء العقد من حينه، أم قيل فيها بالكشف التعبدي فلا محيص من القول بالنقل في الفلّك والإسقاط، ثمّ نظره بمسألة بيع الفضولي ثمّ تملّكه وأنّ القول بالكشف كما يلزم منه في تلك المسألة محذور اجتماع المالكين في زمان واحد - هو ما بين العقد والانتقال إلى الفضولي - يلزم في مسألتنا اجتماع البيع والرهن مع كونها متنافيين في زمان واحد، هذا ما أفاده.

واستشكل عليه شيخنا الأستاذ - أطال الله أيام إفاضاته الشريفة - أولاً: بأنّه لو قيل بالكشف على طبق القواعد فكون الإجازة لها لسان بالنسبة إلى إمضاء مفاد العقد دون الفلّك لا يجدي نفعاً، لأنّ الإجازة ليست معتبرة في هذا المقام إلّا من جهة دلالة على رفع المنع، وهذه الجهة مشتركة بينها وبين الفلّك، وعلى فرض الغضّ عن ذلك وكونها معتبرة من حيث نفسها فالمبنى المذكور يقتضي عدم الفرق وعدم اجداء في اللسان المذكور في الكشف.

وذلك لأنّه بعدما فرض تسليم القائل - بمقدّمين الأولى: كون مفاد العقد النقل من حينه لا أنّ مفاده حقيقة النقل وقيد من حينه مأخوذ في الإجازة، فإنّ الإجازة لا تتعلّق إلّا بمفاد العقد كيف ما كان فظاهر كلامه أنّ قيد من حينه مأخوذ في مفاد العقد، والثانية: إمكان تحقّق هذا المضمون في المستقبل كما هو مبنى كلامه - فلا محيص له عن القول بالتسوية بين الإجازة والفلّك في القول بالكشف، وقد مرّ تفصيل ذلك.

وثانياً: لو كان الوجه في الفرق بين المقامين ما ذكره أخيراً من لزوم المحذور المذكور من كاشفية الفكّ - حيث إنّ ظاهر الكلمات أنّ الرهن بعد تعلّقه بالمال سواء مال نفس الراهن أم غيره لا يمكن تعبيره عن مالية صاحبه وكون ذلك مسلماً فيما بينهم يتلقونه بالقبول من غير إنكار - ففيه: أنّ القدر المتيقّن من ذلك ما دام الرهن باقياً غير مفكوك، أمّا بعد الفكّ فلا مانع من سراية البيع من المستقبل إلى الزمان الماضي الذي كان ظرفاً للرهن، وهو غير ما يلزم في مسألة الفضولي، فإنّ اللازم هو الحكم بملكيّة النماءات مع كونها ملكاً للمالك الأصلي للمشتري من الفضولي، ومن المعلوم عدم إمكان القول به، هذا.

ثمّ إنّ شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - جعل في هذا المقام وفي مسألة الفضولي من الثمرة بين الكشف والنقل جريان حكم الوفاء في حقّ الأصل والفضولي هناك، وفي حقّ البائع والمشتري هنا قبل لحوق الإجازة من المالك والمرتهن بناءً على الكشف، وأمّا بناءً على النقل فالحال كما بين الإيجاب والقبول حيث لا وجوب في حقّ الموجب ما لم يلحق القبول.

قال شيخنا الأستاذ - دامت بركات أبحاثه الشريفة -: إلى الآن لم أفهم ما مراده - قدّس سرّه - وأتّه على أيّ معنى حمل قول الكشف حتّى أفاد هذه الثمرة، وهل القائل يقول بنقصان في تأثير العقد وعدم كونه تامّاً في التأثير ومنتظراً للحقوق شيء آخر، أو يقول لا دخل لشيء أصلاً وهو علّة تامّة، فإن كان الثاني فما وجه التوقّف عن ترتيب آثار البيع التام من جميع الجهات؟ وإن كان الأوّل فلا فرق بين المقام وبين ما قبل القبول، والذي نعقله أنّ قضية كلّ من النقل والكشف جواز التصرفات المنافية لكلّ من الطرفين ما دام لم يلحق الإجازة، وإن علم بلحوقها إلّا بناءً على القول باشتراط التعقّب، فإنّ لازمه عدم الجواز مع العلم

باللحوق، والجواز مع العلم بالعدم وكذا مع الشك لأصالة عدم اللحوق.

ثم إن شيخنا المرتضى - قدس سره - قرع على ما ذكره من ثمرة الكشف أنه لا يجوز للبائع الراهن بيع العين المرهونة، لأنه خلاف الوفاء بعقد البيع ثم احتمل أن يقال بوجوب فكّه من مال آخر لكونه مقدّمة للوفاء بعقد البيع ثم قال: يمكن أن يقال: ليس مقتضى الوفاء إلا عدم نقض البيع، وأمّا الفكّ والتخليص عن حقّ الغير فليس من مقتضاه، فلا دليل على وجوب الفكّ من جهة أوفوا بعقد البيع.

قال شيخنا الأستاذ: على هذا يلزم بطلان الرهنية، إذ الإيجاب على البيع أو تصدّي الحاكم له فرع قابلية العين لتصرف نفس الراهن، لأنّ الحاكم وكيل ونائب عن الراهن والنيابة فرع عدم المانع، في ذات العمل للمنوب عنه، وليس قضية عقد الرهن إلا بيع العين المرهونة في تقدير سلطنة الراهن ومشروعية أصل البيع في حقّه، فإذا فرض خروجها عن ذلك فقد فات المحلّ، وعلى هذا فيخرج العين عن كونها وثيقة للدين؛ لعدم الطريق إلى تحصيل الدين منها، وهذا معنى بطلان الرهانة، هذا على ما ذكره - قدس سره - وأمّا على ما مضى فما لم يلحق الإجازة لا مانع من شيء من التصرفات المنافية لا للمشتري في الثمن ولا للبائع في الثمن من ناحية هذا العقد، فلا مانع من بيعه.

مسألة

إذا جنى العبد بما يوجب قصاصه في النفس أو الطرف أو استرقاق كله أو بعضه فهل بيع المولى له صحيح أو باطل من رأس، وعلى الأول هل يقع مراعى بالافتكاك - وإلا يصير باطلاً من رأس كالفضولي - أو يقع صحيحاً غير مراعى، غاية الأمر ثبوت الخيار للمشتري مع الجهل بالحال.

فهنا موقعان من الكلام، أما الأول: فقضية العمومات هو الصحة وكون العين متعلق حق الغير - مالم يدل دليل كما في الرهن - لا يصلح تخصيصاً بعد فرض بقاء ملكية المولى بعد الجناية على حالها كما هو ظاهر لفظ الاسترقاق الواقع في بعض الأخبار، ولا مزاحمة بين البيع وحق المجني عليه، لأن الحق قائم بالعين في ملك أي مالك دخل ولا يتقوم بخصوص ملك مولى الذي وقع الجناية في ملكه، ومن هنا يعلم أن حال البيع أسهل من العتق، فإنه له مزاحمة من جهة تفويته للمحل بالنسبة إلى الاسترقاق الذي هو أحد طرفي الحق التخيري للمجني عليه بخلاف البيع فإن الحق بكلا طرفيه قابل للإعمال بعده كما كان قبله بلا تفاوت أصلاً، ومن هنا يظهر أن قضية القاعدة في الموقع الثاني هو القول بالصحة وعدم المراعاة، غاية الأمر ثبوت الخيار مع الجهل بالحال.

لا يقال: الأمر دائر بين تخصيص عمومات صحة البيع أو حفظها وتخصيص قاعدة الناس بالنسبة إلى المشتري لتسلط المجني عليه على ماله المنافي لسلطته.

لأننا نقول: قاعدة الناس بالنسبة إلى هذا المال مقطوع التخصيص، ولا فرق بين بقائه على ملك مالك واحد أو تبادل الأملاك عليه ولا يوجب الثاني كثرة

تخصيص في القاعدة بعد كون خروج الجميع بعنوان واحد وهو كون مالك هذا المال أي شخص كان غير مختار بالنسبة إلى الاسترقاق والقتل، وعلى هذا فيبقى تخصيص عمومات صحة البيع بلا وجه.

والفرق بين المقام والمقام السابق، أعني: باب الرهن - حيث لم نقل فيه بالصحة على طبق القواعد مع ثبوت الخيار - وجود الدليل الخاص من الإجماع والمرسل المتقدم المانع من القول بذلك هناك وعدم مثله هنا، وإلا فقضية القواعد بالنسبة إلى كلا المقامين ما ذكرنا بلا تفاوت.

ويمكن أن يقال: إن هذا الكلام في مورد علم المشتري بالحال أو جهله وفسخه قبل وقوع أحد الأمرين من القتل أو الاسترقاق صحيح، وأما إذا جهل ولم يطلع إلا بعد الوقوع فإن قلنا من القاعدة الكلية أن التلف أو الإتلاف الغير الضماني الواقعي في زمن خيار أحد الطرفين يكون من غير ذي الخيار فكذلك لا كلام، إذ يحكم في المقام بأن العبد من ملك البائع ورد عليه التلف فيرجع المشتري بثمنه.

وأما إن قلنا: بأن ذلك لم يثبت على وجه الكلية وإنما الثابت تحققه في بعض الخيارات فاللزام في غيره هو المشي على طبق قاعدة الفسخ، فحيث مقتضى قاعدته أن يصير العقد منحللاً كالأول، ومعناه رجوع كل إلى عين عوضه مع البقاء وإلى بدله مع التلف، فكما يرجع المشتري في مقامنا إلى ثمنه عند المولى البائع، يرجع هو أيضاً إلى بدل عبده، إذ الفرض تالفيته، فالفسخ المذكور يكون كراً على ما قرّر، إذ الفرض أن الغرض من جعله دفع ضرر الاسترقاق أو القتل عن المشتري، فإذا فرض أن الفسخ أيضاً يوجب تدارك العبد عليه فهو من باب الأكل من القفا، فيبقى مطابق القاعدة بعد ملاحظة ذلك هو القول بعدم اللزوم والمراعاة،

فإن افتك لزم وإلا بطل من الأصل، لأن لا ضرر مقطوع التخصيص بالنسبة إلى المولى إلا أن يقال: مقتضى الجمع بينها وبين عمومات الصحة هو القول بالانفساخ القهري أنا ما قبل الاسترقاق أو القتل، ولكنه يحتاج إلى الدليل والمفروض عدمه.

ويرد على أصل الكلام بالنسبة إلى الشق الأول من التردد أنا سلّمنا عموم كون التلف في زمن الخيار على من لا خيار له في جميع الخيارات لكن هذا لا ينفع في إثبات أصل الخيار، فإن الخيار لابد أن يثبت من الخارج، ثم يتفرّع عليه هذا الحكم ولا يمكن إثباته بنفس هذا الحكم. وبعبارة أخرى لابد أن يكون الخيار في نفسه مشمولاً لقاعدة لا ضرر حتى يفيد الحكم المذكور، ولا يمكن كون هذا الحكم جاعلاً تحت القاعدة، هذا مضافاً إلى عدم العموم وأنّ الظاهر أنّ المراد بزمن الخيار الزمن الذي يكون حدّاً للخيار، فلا يشمل إلاّ الخيار الزماني وهو خيار الحيوان والشرط والمجلس.

ويرد على الشق الثاني أنّ قاعدة الفسخ جعل كلّ من المالين مالاً لصاحبه الأصلي، فلو تلف في يد المالك العرضي ينزل من حين الفسخ منزلة مال المالك الأصلي الذي تلف في يد الثاني فيكون الضمان على قواعده، ففي الموارد الأخر يكون بحكم ثبوت اليد على ملك الغير، وأمّا في المقام فاليد غير موجبة للضمان، لأنّ الفرض أنّ المسترق أو المقبض من يد المشتري ذو حقّ على المال فقد أدّى اليد المال إلى ذي الحقّ وهو غاية الضمان.

والقول بأنّ التنزيل إنّما هو من حيث الرجوع إلى العوض والضمن وأمّا من حيث المهدوريّة والمهتوكيّة فلا، مدفوع بأنّ المهتوكيّة حكم على نفس المال لا باعتبار إضافته إلى مالك دون آخر، فإذا أضيف هذا المال المهدور الذاتي إلى

البائع تنزيلاً فمعناه رفع الضمان، ولولا هذا فلا ينفع القول بالمراعاة والبطلان الرأسي على تقدير عدم الافتكاك أيضاً شيئاً، فإنّ البائع يرجع إلى المشتري ويقول: عين مالي وقعت في يدك وتلفت فأنت ضامن، وإذن فالقول بالصحة وعدم المراعاة والفسخ مع عدم رجوع البائع إلى العوض أقرب إلى القواعد.

لا يقال: كيف يكون أقرب إليها والأمر دائر بين رفع اليد عن قاعدة لا ضرر في جانب البائع بالقول بالخيار كما ذكرت وبين رفع اليد عنها في جانب المشتري بالقول بعدمه ولزوم العقد، فالمقام من الدوران بين ضرر أحد الشخصين ولا مرجح.

لأننا نقول: ضرر المشتري أولى بالمراعاة؛ لأنّ هذا من موارد ما أفاده شيخنا المرتضى - قدس سره - من أنّه إذا كان الضرر بطبعه متوجّهاً إلى أحد الشخصين فلا يجوز دفعه عن نفسه بإيراده على الشخص الآخر وإن كان هذا المنع ضرراً عليه، وبيانه في الأصول، ففي المقام أيضاً الضرر إنّما يوجّه إلى البائع أولاً دون المشتري.

وقد يستند في إثبات الخيار في المقام إلى إدراجة في الغبن، فإنّ العبد الذي عرضة للاقتصاص أو الاسترقاق أقلّ قيمة ممّن ليس كذلك، فإذا فرضنا قيمته مع هذه الحالة عشرين وبدونها مائة وقد اشتراها بالمائة جاز له الفسخ والرجوع إلى البائع بما زاد على العشرين، وأمّا العشرون فقد فرض مساواة العبد له في المالّة فلم يتلف عليه مجتأناً، فيعود هذا المقدار إلى البائع لأنّه عوض التالف وهذا سالم عمّا يرد على الأول لكنّه لا كلفة له، إذ لا يشمل ما إذا اشترى العبد المذكور بالعشرين، أعني: بما يساوي قيمته الفعلية، فاللازم حينئذ هو اللزوم وعدم الخيار.

أو يقال في هذه الصورة بل في الصورة الأولى أيضاً على فرض التنزل

وتسليم عدم الاندراج تحت الغبن أنّ العقد صحيح لازم لا يجوز الفسخ ولكن على البائع رفع ضرر المشتري لأنّه هو السبب لوقوع هذا الضرر عليه ولو فرض أنّه كان أيضاً جاهلاً بالحال وأنّ عبده جان، فإنّ محلّ إجراء قاعدة السببية كلّ مورد كان في البين مباشر ضعيف الداعي كالإلقاء عند السبع أو قويّ الداعي لكن لم يكن منهياً من قبل الشرع بل محقّقاً مرخصاً في إتلافه فإنّ الضمان في الموردين يتوجّه إلى السبب من غير فرق بين علمه وجهله، كما لو وضع طعام الإنسان بين يديه بزعم من كليهما أنّه لغيره فإنّ الواضع ضامن بقاعدة السببية.

لا يقال: السبب هو العقد وهو مشترك بينهما، لأنّ البائع موجب والمشتري قابل، لأنّا نقول: نعم ولكن استناد الأثر إنّما هو إلى الموجب لأنّه المملّك وإنّما المشتري يقبل فعل البائع، ولكن هذا الوجه أيضاً لا كلفة له، إذ غاية الأمر ثبوت ذلك فيما إذا كان البائع هو الذي دعا المشتري إلى المعاملة، وأمّا لو فرض كون الأمر بالعكس وأنّ المشتري جاء إلى البائع ودعاه إلى المعاملة فلا يصدق السبب عليه عرفاً.

ومّا ذكرنا ظهر أنّ ملاك قاعدة لا ضرر أيضاً لا كلفة له، لعدم جريانه في ما إذا ساوى قيمته السوقية مع الثمن المسمّى، لأنّ تلف العبد حيثنذ مثل موته إلّا أن يقال بجريان قاعدة لا حرج، فإنّ ممنوعة المالك عن المدافعة عن ماله حرج عليه.

وكيف كان قال شيخنا الأستاذ - دام أياّم إفاداته -: أنّه يمكن التشبّث لإثبات الخيار بطريق آخر جار حتى في المورد المذكور أيضاً وهو أن يقال: لا فرق في الأوصاف المبنية عليها المعاملة على وجه التقيد لا الداعي والتعليل بين كونها مذكورة في اللفظ أو منظورة ملحوظة حال المعاملة وكان الإنشاء واقعاً بحسب

اللاحاظ على المقيد ومن هذا القسم الأخير وصف الصحة فإنّ المتاع يشتره الانسان فهو ينظر إليه بنظر الصحة ويوقعه بهذا الوصف بحسب الشراء والمعاوضة، فنقول إذا كان وصف الصحة هذا حاله لا أنّه من قبيل الداعي، والعقد واقع على العين المجردة كما هو الحال في المساواة مع الثمن حيث إنّ داخل في الداعي لا أنّه منظور إليه بنحو التقييد، فالذي هو الطرف نفس العين ومساواتها علّة وداع للإقدام، يكون الحال في مقامنا، أعني: سلامة العبد عن حالة استحقاق الغير أخذه كذلك بطريق أولى، فالعقد يقع على العبد الملحوظ كونه بحيث ليس لأحد حقّ انتزاعه عن يد مالكة، فإذا ظهر الخلاف ولو اشترى بها يساوي قيمته يثبت الخيار على تفصيل مذكور في باب خيار تخلّف الوصف كما يأتي إن شاء الله تعالى ثمّ، بقية الكلام كما سبق حرفاً بحرف.

هذا كلّ بناء على عدم انتقال العبد بمحض الجناية إلى المجنيّ عليه، وأمّا لو قلنا بذلك غاية الأمر إمكان المصالحة مع المولى باختيار الأرض فحال المقام حال الفضولي لكن عند إجازة المجني عليه، وأمّا عند الافتكاك فهو من أفراد مسألة من باع ثمّ ملك.

وأما مسألة الانتقال وعدمه فظاهر قوله في حسنة زرارة في العبد إذا قتل الحرّ: «دُفِعَ إلى أولياء المقتول، فإن شأوا قتلوه وإن شأوا استرقّوه»^(١)، وفي آخر قال: «إذا قتل العبد الحرّ فلاهل المقتول إن شأوا قتلوا وإن شأوا استعبدوا»^(٢).

وفي ثالث عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال الراوي: سألت عن عبد قتل أربعة أحرار واحداً بعد واحد قال: فقال - عليه السلام -: «هو لأهل الأخير من القتل إن

١- الوسائل: ج ١٩، الباب ٤١، من أبواب القصاص في النفس، ص ٧٣، ح ١.

٢- المصدر نفسه: ص ٧٤، ح ٤.

شاؤا قتلوه وإن شاؤا استرقوه؛ لأنّه إذا قتل الأوّل استحقّ أولياؤه، فإذا قتل الثاني استحقّ من أولياء الأوّل فصار لأولياء الثاني، فإذا قتل الثالث استحقّ من أولياء الثاني فصار لأولياء الثالث، فإذا قتل الرابع استحقّ من أولياء الثالث فصار لأولياء الرابع إن شاؤا قتلوه وإن شاؤا استرقوه»^(١)، حيث دفع الاسترقاق في الجميع في قبال القتل محفوظيّة ملك المالك وإنّما ينتقل بالاسترقاق، وليس في قباله ظهور إلّا ما يتوهّم من ظهور «دُفِعَ» وظهور اللام ولا ظهور لهما بعد ما ذكرنا؛ لملائمتها مع كون الحقّ مفوضاً إليهم، ولا اختيار للمولى كما يكون له في جنابة الخطاء ثمّ على فرض التسليم فلا أقلّ من التكافؤ فيرجع إلى استصحاب الملكية، هذا تمام الكلام في مسألة جنابة العمد، وأمّا الخطاء فالأمر فيه واضح ممّا مرّ في العمد.

والفرق إنّما هو في أنّ التخيير بين الأرض أو أقلّ الأمرين وبين دفع العبد أو ما قابل الجنابة يكون للمولى، وقد كان هناك التخيير للمجنّي عليه، ومن هنا قد يتوهّم هنا أنّ اختيار البيع التزام من المولى بالفداء، وفيه: أنّ البيع لا دلالة فيه على الالتزام أولاً، وعلى فرضه فلا دليل على صيرورته بمجرد الالتزام متعيّناً في الذمّة بمعنى انقطاع يد المجنّي عليه عن الرقبة، فلا يكون له الانتزاع لو امتنع المولى عن الفداء، فإنّ كون التخيير بيده لا يدلّ على كون اختيار تعيين الفداء في ذمّته أيضاً بيده، ولو لم يرض المجنّي عليه. وبالجمله فالبيع هنا متعلّق لحقّ الغير، غاية الأمر لحقّ تقديره يقدّرها امتناع المولى عن دفع الفداء، فيجري هنا عين ما تقدّم في العمد حرفاً بحرف.

١- الوسائل: ج ١٩، الباب ٤٥، أبواب القصاص في النفس، ص ٧٧، ح ٣.

الثالث من شروط العوضين

القدرة على التسليم

واستدلوا عليه بأنه «نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر»^(١) وهذا غرر، والغرر اسم مصدر للتغريض ومعناه الخطر في كلام بعضهم، وفي آخر أن التغريض التعريض للهلكة والاسم الغرر، وفي ثالث أن الغرر ما كان له ظاهر يغتر المشتري وباطن مجهول، وفي رابع أن التغريض هو الحمل على غير ثقة والغرر ما كان على غير عهدة ولا ثقة.

والظاهر أن مآل الكل إلى عدم الوثوق والاطمئنان كما هو المروي عن أمير المؤمنين - صلوات الله عليه - من أن «الغرر عمل ما لا يؤمن معه من الضرر»، وعلى هذا فالأمر دائر مدار الوثوق وعدمه لا الواقع وعدمه، بمعنى أنه لو وثق بحصول القدرة يحكم بالصحة ولو كان غير قادر واقعاً، ولو لم يثق فسد البيع ولو كان قادراً كذلك، فبين ما وقع في العنوان من اشتراط القدرة الظاهرة في الواقعية وبين ما يستفاد من النهي المذكور من اشتراط الوثوق عموم من وجه.

هذا ومع الغرض عن ذلك ربما يستشكل في الاستدلال بالنهي للمقام بأن ظاهر النهي المذكور حيث تعلق ببيع الغرر هو ممنوعة الغرر الواقع في البيع الذي

١-الوسائل: ج ١٢، الباب ٤٠، أبواب آداب التجارة، ص ٣٣٠، ح ٣.

هو مبادلة مال بمال وهو لا محالة إنّما يكون بعدم الوثوق بالوجود أو الصفات أو المقدار في واحد من العوضين أو كليهما، وأمّا بعد تحقّق الاطمئنان والثقة بكلّ ذلك فعدم الاطمئنان بحصول التسليم الخارجي وعدمه لا يوجب غررية البيع، لأنّ التسليم والتسلّم الخارجيين من متفرّعات التملك والتملك الإنشائيين، والبيع هو المتفرّع عليه والغرر إنّما هو في المتفرّع، ولو كان الغرر في البيع يشمل الغرر في متفرّعاته، فلا بدّ أن يقولوا بالبطلان في ما إذا اطمأنّ بأصل الحصول في اليد ولكن لم يبق ببقائه فيها، كعبد خاف المشتري أن ينهزم من يده بعد ساعة أو يغصبه غاصب كذلك والحال أن أحداً لا يلتزم بذلك، فالفرق بين المقامين في المشمولية وعدمها تحكّم.

واستدل على الاشتراط المذكور بوجهين آخرين، الأول: ما اشتهر عن النبي ﷺ من قوله: «لا تبع ما ليس عندك»^(١) بناءً على أن كونه عنده لا يراد به الحضور، لجواز بيع الغائب والسلف إجماعاً، فهي كناية لا عن مجرّد الملك لأنّ المناسب حيثنذكر لفظة اللام، ولا عن مجرّد السلطنة عليه والقدرة على تسليمه لمنافاته لتمسك العلماء من الخاصّة والعامة على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير ثمّ شرائها من مالکها خصوصاً إذا كان وكيلاً عنه في بيعه ولو من نفسه، فإنّ السلطنة والقدرة على التسليم حاصلة هنا مع أنّه مورد الرواية عند الفقهاء، فتعيّن أن يكون كناية عن السلطنة التامة الفعلية التي تتوقّف على الملك مع كونه تحت اليد حتّى كأنّه عنده وإن كان غائباً، وعلى أيّ حال فلا بدّ من إخراج بيع الفضولي عنه بأدلّته أو بحمله على النهي المقتضي لفساده بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو أراد ذلك.

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ٢، أبواب أحكام العقود، ص ٣٦٨، ح ٤.

وقد أورد عليه شيخنا الأستاذ - دام أيام بقائه - بأن المراد به الإشارة إلى ما هو المتعارف في تلك الأزمنة من بيع الشيء الغير المملوك ثم تحصيله بشرائه ونحوه ودفعه إلى المشتري، والشاهد على الاختصاص قوله في بعض تلك الأخبار: «لا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها وتشتريها»^(١) وفي آخر بعد سؤال الراوي قال: «أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به»^(٢).

حيث إن من المعلوم أن مواجهة البيع في ملك الغير مع البناء على كونه ملك الغير لا يصدر من أحد إلا على الوجه المزبور، أعني: المبايعة على العين الشخصية على أن تكون ملكاً للمشتري في عهدة البائع نظير بيع الكلبي في السلف، فيكون النهي بدلالة الاقتضاء مصروحاً إلى خصوص هذا القسم، وحيث إن هذه الأخبار كما يعلم بملاحظتها تكون ناظرة إلى شرح النبوي ﷺ «لا تبع ما ليس عندك» تكون دالة على اختصاصه بهذا المورد.

الوجه الثاني: أن لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين إلى صاحبه، فيجب أن يكون مقدوراً، لاستحالة التكليف بالمتنع، ويضعف بأنه إن أريد أن لازم العقد وجوب التسليم وجوباً مطلقاً منعنا الملازمة، وإن أريد مطلق وجوبه فلا ينافي كونه مشروطاً بالتمكّن، كما لو تجدد العجز بعد العقد، وقد يعترض بأصالة عدم تقييد الوجوب ثم يدفع بمعارضته بأصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط.

قال شيخنا المرتضى - قدس سره -: وفي الاعتراض والمعارضة نظر واضح، انتهى. ولعل مراده - قدس سره - أن المستدلّ حيث إنه تمسك بالقطع الخارجي

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ٧، أبواب أحكام العقود، ص ٣٧٤، ح ٢.

٢- المصدر نفسه: ص ٣٧٥، ح ٥.

بالملازمة بين الصحة والوجوب المنجز فليس جوابه إلا المنع عن هذا القطع، ولا يمكن ذب هذا المنع عنه بأصالة الإطلاق في الوجوب، إذ لم يستند في دعواه إلى شيء من الأدلة اللفظية حتى يكون مورداً للأصول اللفظية، كما لا وقع لمعارضة هذا الإطلاق بإطلاق البيع الواقع في الأدلة، فإنه يسقط الإطلاق عن الحجية بعد القطع المزبور.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته -: يمكن توجيه كلام المستدل على وجه يندفع عنه المنع المزبور وهو أن يدعى أن مقتضى عقد البيع ليس هو الالتزام بملكية هذا بإزاء ملكية ذاك فقط، بل هو هذا الالتزام مع الالتزام بتسليم المبيع إلى المشتري وتسليم الثمن منه، ولو كان مقتضاه هو الالتزام الأول لزم في ما إذا يقطع الطرفان بانقطاع يد كل منهما عن المال إما لوقوعه في قعر البحر بحيث لا يرجى التمكن منه، أو وقوعه في أيدي بعض الظلمة والسراق الغير القابل بحسب العادة لاسترجاع المال من أيديهم أن يتمشى القصد الجدّي إلى البيع والشراء، والظاهر عدمه وأنّ حاله بعينه حال ما إذا لم يمكن فكّ الملكية عن البائع، فكما أنّ القصد الجدّي حينئذ من البائع إلى البيع يرجع إلى قصد المتناقضين كذلك في هذا المثال أيضاً قصد البيع الجدّي.

وعلى هذا فتسمية التسليم الخارجي من كل من الطرفين وفاء مع كون الوفاء عبارة عن الجري على طبق مقتضى العقد يكون على القاعدة، وإلاّ فمجرد كون حكم العقد بإيجاب التسليم مع كونه صرف الالتزام بالملكية من باب وجوب تسليم مال الغير إليه لا يستحقّ اسم الوفاء، مع أنّه يكفي في الجري على طبق الإنشاء المتكفّل لتبادل المالكين إمساك كلّ منهما المال بعنوان الغصب من صاحبه، فضرورة خصوص التسليم وفاء لا يستقيم إلاّ على ما عرفت من وجود

الالتزامين العرضيين في حقيقة البيع إمّا على وجه التركيب وإمّا على وجه البساطة والاندماج.

لكن نتيجة هذا البيان هو اشتراط العلم بالقدرة لا واقعها، إذ يكفي في تمثي القصد العلم بها ولو كان جهلاً مركّباً، ولا يخفى أنّ هذا البيان لا يدفع الإشكال الذي تقدّم على الاستدلال برواية نفي الغرر، فإنّ ظاهر الرواية نفي الغرر اللازم بعد انعقاد أصل البيع وتحقيق موضوعه العرفي الإنشائي، وعلى ما ذكرنا نخرج العقد المقرون بالقطع المزبور عن كونه بيعاً.

فإن قلت: يدفع الدعوى المزبورة باب البيع الفضولي حيث إنّ بيع لم يستشكل أحد بأنّه لا يتمشى منه البيع مع أنّه غير قادر على التسليم، وكذلك بيع العبد مَن ينعق عليه، وكذلك بيع الأبق مع الضميمة.

قلت: أمّا الفضولي يمكن تصوير تمثي القصد الجدّي منه إمّا بالبناء على كونه المالك وإمّا للقطع بأنّه سيرضى المالك، نعم لازم البيان المزبور عدم تمثيه مع الشكّ ولكن لا يضرّ [قول] ذلك القائل بصحّة الفضولي، لأنّه إنّما يقول بصحّته بعد الفراغ من جهات أخر، وأمّا بيع العبد مَن ينعق عليه فالمقدار المعتبر وهو رفع البائع يده عن سلطنته ممكن والالتزام به حاصل، غاية الأمر لا يصل إلى يد المشتري وليس عليه عهدة ذلك، وأمّا بيع الأبق مع الضميمة فنلتزم بأنّه حكم تعبدي خرج بالنص.

ثمّ إنّ شيخنا المرتضى - قدس سرّه - استظهر من معاهد الإجماعات كون القدرة شرطاً، وأورد على من استظهر أنّ العجز مانع قائلاً بأنّ الثمرة تظهر في موضع الشكّ بأنّ العجز أمر عدمي، لأنّه عدم القدرة عمّن من شأنه صنفاً أو نوعاً أو جنساً أن يقدر فكيف يكون مانعاً مع أنّ المانع هو الأمر الوجودي الذي

يلزم من وجوده العدم.

ثم لو سلّم صحّة إطلاق المانع عليه لا ثمرة فيه لا في صورة الشك الموضوعي أو الحكمي ولا في غيرهما، فإنّا إذا شككنا في تحقّق القدرة والعجز مع سبق القدرة فالأصل بقائها أو لا معه فالأصل عدمها، أعني: العجز سواء جعل القدرة شرطاً أو العجز مانعاً، وإذا شككنا في أنّ الخارج عن عمومات الصحّة هو العجز المستمرّ أو العجز في الجملة أو شككنا في أنّ المراد بالعجز ما يعمّ التعسّر كما حكى أو خصوص التعذّر، فاللازم التمسك بعمومات الصحّة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطاً أو العجز مانعاً، والحاصل أنّ التردّد بين شرطية الشيء ومانعية مقابله إنّما يصحّ ويشمر في القيدتين مثل الفسق والعدالة لا في ما نحن فيه وشبهه كالعلم والجهل، انتهى.

قال شيخنا الأستاذ - دام أياّم علاه -: قد عرفت أنّ في المسألة مبنيين، الأوّل: مختار شيخنا المرتضى من التمسك بنفي الغرر، والثاني مختارنا من التمسك بأخذ الالتزام بالتسليم في حاقّ معنى البيع، وعلى كليهما البحث المذكور ساقط، فإنّه مناسب لأن يكون المعيار والمناط هو الواقع من القدرة أو العجز وهو ممّا لا يساعده شيء من المبنيين، وأمّا على ما هو الحقّ من عدم العبرة بالواقع وأنّ المناط هو العلم والوثوق فيسقط البحث المذكور من أصله.

أمّا على المبني الأخير، فلأنّه بعد أخذ الالتزام المذكور في البيع لا يتمشّى قصد البيع جدّاً في صورة الشكّ في القدرة كما في صورة العلم بعدمها، وهذا بخلاف الحال في العمل الإنشائي مثل التملك حيث إنّ مع القطع بأنّ النتيجة والأثر يتوقّف على تحقّق أمر آخر كالقبول أو القبض يصحّ للموجب بنظره الإنشائي جعل الإيجاب والتمليك جدّاً إذا كان حصول ذلك الأمر مرجوّاً بعد

ذلك، وأما العمل الخارجي فلا يتمشى الالتزام الجزميّ الجدي من الفاعل مع الشكّ في القدرة. نعم يتمشى التقديري التعليقي، ولا ينفع الاستصحاب في رفع هذه الغائلة وتمشي القصد البيعي كما هو واضح.

وأما على المبنى الأول فالمدار على تحقق الغرر وهو عدم الوثوق والشكّ، فمن الواضح أيضاً بقاء صفة التردد والتزلزل النفساني الوجداني وعدم ارتفاعه باستصحاب القدرة.

فإن قلت: نعم ولكن أي فرق بين المقام - حيث إنه حكم الشارع على موضوع الشكّ وعدم الوثوق بالفساد - وبين أدلة الأصول حيث حكم على موضوع الشكّ في الحلّة بالحلّة فكما قلتم فيها بتقدّم الاستصحاب لأجل الحكومة بناءً على أخذ الشكّ بمعنى الصفة ولأجل الورود بناءً على أخذه بمعنى عدم الطريق فلا نقول بمثله هنا؟

وبتقريب آخر قد قرّر في مبحث القطع قيام الأمارات وبعض الأصول الذي هو الاستصحاب مقام القطع المأخوذ في الموضوع على وجه الطريقة، وعدمه مقام المأخوذ على وجه الصفتية، فالقطع والوثوق بالقدرة في المقام إن أخذ على وجه الطريقة فلا مانع من قيام الاستصحاب مقامه.

قلت: قد قرّر في هذا الباب أيضاً أنه مشروط بعدم كون القطع تمام الموضوع، فإنه حينئذ ليس للواقع أثر حتّى يجري فيه الاستصحاب ويكون حاكماً على تقدير أخذ الشكّ صفة ووارداً على تقدير أخذها بمعنى اللاتريق، والمقام على حسب ما تقدّم من المبنيين من هذا القليل.

نعم إن قلنا باعتبار كلا الأمرين معاً، أعني: القدرة الواقعية للإجماعات والعلم بها لحديث نفي الغرر صَحّ حينئذ التمسك بالاستصحاب ودخل في ذلك

الباب، هذا فالبحث المذكور يجيئ على تقدير كون العبرة بالواقع فقط أو به وبالعلم على وجه الطريقتة والأخير صريح شيخنا المرتضى - قدس سره - في ما يأتي، فلا يتوجّه عليه إيراد على مبناه.

ثم إنّه - قدس سره - جعل العبرة على زمان استحقاق التسليم، فلا ينفع وجودها حال العقد مع العلم بعدمها حال الاستحقاق، ولا يقدر عدمها حال العقد مع وجودها حال الاستحقاق وقرع على ذلك فروعاً:

منها: سقوط اعتبار هذا الشرط في ما إذا كانت العين في يد المشتري.
ومنها: سقوطه في ما لا يستحقّ المشتري التسليم رأساً كما إذا اشترى من ينعق عليه.

ومنها: سقوطه في ما إذا لم يستحقّ التسليم بمجرد العقد إمّا لاشتراط تأخيره مدّة، وإمّا لتزلزل العقد ومراعاته كما إذا اشترى فضولاً، فإنّه لا يستحقّ التسليم إلّا بعد الإجازة، فلا يعتبر القدرة قبل زمان الاستحقاق.

ثمّ استشكل بناء على الكشف من حيث إنّه لازم من طرف الأصيل فيتحقّق الغرر بالنسبة إليه إذا انتقل إليه ما لم يقدر على تحصيله، نعم هو حسن في الفضولي من الطرفين، ثمّ عطف على بيع الفضولي بيع الرهن قبل إجازة المرتهن أو فكّه، وكذا بيع السلم والصرف فلا يضرّ عدم القدرة حال العقد، لأنّ القبض في المجلس شرط تأثيرهما والتعذّر إنّما يكون مانعاً في بيع يكون التسليم من أحكامه لا من شروط تأثيره.

والسرّ أنّ التسليم فيه جزء الناقل فلا يلزم غرر من تعلّقه بغير المقدور، والحاصل الاعتبار بالقدرة على التسليم حال تمام النقل، ولهذا لا يقدر كونه عاجزاً قبل القبول إذا علم بتجدّد القدرة بعده، والمفروض أنّ المبيع بعد تحقّق الجزء الأخير من الناقل وهو القبض حاصل في يد المشتري.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيتام إفاداته - : أما الفرع الأول فلا إشكال فيه بناءً على مبنى التمسك بالغرر إذ لا غرر للمشتري بالنسبة إلى شراء العين التي في يده، ولو كان البائع عاجزاً من التسليم، وأما الثاني والثالث فما الفرق بينهما وبين ما ذكروه في الغرر في الأوصاف من أنه لو باع عبداً من عبيدين كان باطلاً، وكذا في كل مورد لم يكن خطر للمشتري في شراء المبيع مع كونه مجهولاً فجعلوا المعيار على كون المعاملة خطيرة بحسب نوعها ولو لم يكن كذلك بحسب المورد الشخصي، فنقول في الفرعين أيضاً وإن كان لا خطر على المشتري فيهما إلا أنه من باب خصوصية المورد وإلا فنوع المعاملة المجهول فيها التسليم خطري، وبالجمله مقتضى اكتفائهم في الحكم بالفساد بمطلق الجهالة في الأوصاف وإن انفكت عن الخطر بحسب الشخص اكتفائهم هنا أيضاً بذلك ومقتضاه الفساد في الفرعين، هذا.

وأما الرابع فاللزام على ما ذكره - قدس سره - جواز الجهل بالأوصاف والكم في حال عقد الفضولي وكفاية المعلوماتية حال الإجازة، ومن المستبعد التزام ذلك، والظاهر بناءً - قدس سره - ذلك على جعل البيع المسيبي متعلقاً للنهي كما يظهر منه ذلك في الفرع اللاحق.

وربما يستشكل بأنه فرق بين وقوع البيع موضوعاً لمثل أحل وموضوعاً للنهي، ففي الأول يحمل على السبب، وأما في الثاني فالظاهر إرادة العمل البيعي وهو البيع الإنشائي وفي مسألة الفضولي وإن كان المسبب مرتباً على مجموع الإيجاب والقبول والإجازة ولكن لا يسمّى بالبيع إلا الأولان، فالمجيز يجعل فعل المتعاقدين معنوياً بالبيعية لا أن عمله إيجاد البيع، وبالجمله فالملحوظ انتفاء الغرر في حال الإيجاب والقبول.

ولكن هذا مخدوش من وجهين: الأول: أنه لا داعي إلى صرف لفظ البيع عما هو ظاهره من المسبب إلى السبب بعد ما تقرّر من قابليّة المسبب للنهي، والمسبب لا شبهة في تحقّقه حتّى بنظر العرف بعد الإجازة، والثاني: سلّمنا حمله بقرينة النهي على العمل البيعي لكنّ اتّصاف الإيجاب والقبول بعنوان البيع لا شبهة في كونه متأخراً عن الإجازة، فعلى كلا التقديرين اللازم ملحوظيّة الغرر في حال حصول الانتقال، هذا.

وأما ما ذكره - قدّس سرّه - من الإشكال بناءً على الكشف فغاية ما يتصوّر فيه أنّه تارة يقال به من باب جعل الشرط هو التعقّب أو الوجود للحاظي، وأخرى من غير هذا الباب، فعلى الأول أمر العقد بحسب الواقع دائر بين أمرين لا ثالث لهما لحقوق الإجازة وعدم لحوقه، فعلى الثاني لا بيع أصلاً حتّى عرفاً، وعلى الأول البيع متحقّق من حين العقد ولكنّه متّصف بالغرريّة فيكون باطلاً، فحاصل الإشكال على هذا أنّه مردّد بين اللابيع والبيع الفاسد، لكنّ الظاهر عدم إرادته - قدّس سرّه - هذا المبني.

وأما على الثاني فالملكيّة غير حاصلة سواء على تقدير لحوق الإجازة أم على غيره، ولكن خطاب أوف قد يوجّه إلى الأصيل وصار من أثره ممنوعيته من التصرفات في الثمن فيكون حاصل الفرق بين النقل والكشف أنّ العقد على الأول لو لم يؤثّر هذا الأثر الناقص أيضاً في حقّ الأصيل فلم يتحقّق في حقّه غرر، وأمّا على الثاني فقد أوجب ثبوت ذاك الأثر تحقّق الغرر في حقّه لأنّه ممنوع عن التصرف في ماله ولا يعلم وصوله إلى عوضه لعدم علمه بإجازة المالك وزمانها على تقدير اللحوق، ولكن هذا مبنيّ على أنّ كلّ عقد وقرار أوجب الغرر كان منهياً ولم يكن خاصّاً بالبيع كما يظهر من بعض الكلمات حيث يجرونه في الصلح الغير المبنيّ

على التسامح.

ثم إنّه لم يعلم وجه لما ذكره من أنّه على الكشف يسلم الفضولي من الطرفين عن هذا الإشكال، فإنّ أمره أيضاً دائر بين عدم لحوق الإجازة أصلاً فيكون فاسداً من الأصل وبين أن يلحق كليهما الإجازة، وحيثنذا فالغالب عدم اقترانها في الزمان ووقوع احدهما أسبق من الأخرى، وحيثنذا يجري فيه إشكال صورة أصيلية أحد الطرفين، نعم يبقى فرض نادر وهو أن يكون الإجازتان حاصلتين في آن واحد.

وأما ما ذكره - قدّس سرّه - من التفرقة بين ما إذا كان التسليم من أحكام العقد، فالقدرة عليه شرط وبين ما إذا كان من شروط تأثيره كما في الصرف والسلم فليست بشرط فهو مبنيّ - كما نبّه هو قدّس سرّه عليه - على أن يكون البيع المنهيّ عن الغرر فيه هو البيع المسببي الشرعي، أعني: تعلق النهي بمصاديق المبادلة الواقعية التي كان تشخيصها من وظيفة الشرع دون ما عيّنها العرف وهو خلاف التحقيق المحقق في محله وإن ذهب المحقق الخراساني - قدّس سرّه - إلى خلافه.

وحاصل المطلب أنّ الأحكام المعلقة على المفاهيم هل يتعلّق بها باعتبار التطبيقات العرفية أم باعتبار التطبيقات الدقّية؟ والحقّ هو الأوّل، فكما أنّ المتبّع في الاختلاف المفهومي الواقع بين العقل والعرف هو العرف كذلك في الاختلاف التطبيقي بعد الاتفاق في المفهوم بلا فرق.

ومن هذا القبيل ما نحن فيه، فإنّه لا اختلاف بين العرف والشرع في مفهوم المبادلة، وإنّما الاختلاف في التطبيق، فالعرف يطبّقه في الصرف والسلم قبل القبض والشرع لا يطبّق إلّا بعده، فإذا ورد في لسان الشرع المنع عن المبايعة الغررية فالمتبّع في تعيين موضوع هذا المنع هو ما عيّن العرف من مصاديق المبايعة، وقد عرفت أنّه يعيّنها في الموردين قبل القبض.

فإن قلت: بعد فرض الاتفاق في المفهوم الحال لا يخلو من أمرين، إما أن نقول بالتقييد بمعنى أنه أراد من لفظ البيع معناه وقيده بالعرفية، وإما أن نقول بإطلاق اللفظ وإرادة معناه بدون تصرف فيه، ولا إشكال أن الأول خلاف الظاهر؛ إذ الألفاظ موضوعة للمعاني النفس الأمرية والأنظار طريق إلى تعيينها لا أنها مأخوذة في معانيها، فتعين الثاني، ومن المعلوم أن لازم ذلك سرية الحكم إلى ما للمفهوم من المصاديق الواقعية النفس الأمرية دون ما يراها العرف مصداقاً له خطأً، وعلى هذا فالنواهي الواردة في البيوع الفاسدة ليست على حقيقتها؛ إذ كونها على وجه الحقيقة فرع تحقق المصداق للمبادلة النفس الأمرية في تلك الموارد، والمفروض عدمها، فمعنى لا تبيعوا: لا تريدوا إيقاع المبادلة، لأنها لا تقع في هذه الموارد.

قلت: لو فرض كون الناهي واحداً من الموالى العرفية بالنسبة إلى عبيده فهل يشك أن النهي يتعلّق بالمبادلة بلحاظ المصاديق العرفية مع ما هي عليه من الخطأ في التطبيق في كثير من الموارد؟ مع أن هذا المولى لم يتصرّف في لفظ البيع ولم يخرج عن حقيقته ولا تصرف في النهي بجعله بمعنى طلب ترك إرادة الإيقاع، فكما تصوّرنا ذلك في أهل العرف الغير الملتفتين إلى الواقع فنقول في حق الشارع أن الفرق بينه وبين ذلك المولى العرفي أنه ملتفت إلى حقيقة الحال، فلا يتمشى في حقه التطبيق الخطائي كما تمشى في حق ذلك المولى.

ولكن إذا تكلم الشارع مع أهل العرف مع ما يراهم عليه من التطبيق الخطائي بحيث لا يرى من يسلم عن هذا الخطأ إلا الأوحدي المتوغل في العلميات والناشئ في الدقيّات فلا محالة لابد من صرفه النظر عن اطلاع نفسه بحقيقة الحال و تنزّل نفسه عن تلك المرتبة ويتكلّم على قدر عقول المخاطبين،

لأنه لا طريق إلى تحصيل المراد بغير هذا الوجه.

وإن شئت مثلاً لتوضيح الحال فافرض أن لك عبداً أحول العين يرى الشيء الواحد اثنين فهل ترى بدءاً عند إرادتك منه إتيان ذلك الشيء الواحد إلا أن تقول مثل قوله: اتيني هذين الاثنين؟ وأنت في هذا الحال لم تستعمل لفظ الاثنين في غير حقيقته بل استعملته في عين معناه كعين استعمال ذلك الأحول، إنها نزلت نظرك في مقام التطبيق.

وما أشبه المقام من هذه الجهة بالحقيقة الادعائية السكاكية حيث إن التصرف هناك أيضاً ليس في اللفظ وإنما هو في الأمر العقلي، ثم حيث إن هذا النظر اختياري وقد اجتمع مع ذلك النظر الصحيح الغير المخطئ عن الواقع فالردع والنهي والحكم بالفساد وأمثال ذلك يكون مبنياً على ذلك النظر الصحيح، وإلا ففضية استمرار النظر الأول هو ترتيب الآثار وعدم الردع والمنع.

وبالجملة بناءً على صحة اجتماع النظرين في الشارع كما هو الحق يرتفع الإشكال من رأسه، وقد حقق في الأصول أيضاً ذلك في وجوه الجمع بين الحكمين الواقعي والظاهري ورفع التهافت بينهما، هذا.

وربما يقال في مسألتنا كما نبه عليه أيضاً - قدس سره - مع التأمل فيه بأنه فرق بين ما إذا رتب الشارع حكم الحلية والصحة على البيع، فالملحوظ هو المصاديق العرفية كما ذكرت، وأما إذا رتب عليه مع خصوصية فلانية مثل الغرر حكم الفساد - فحيث إن المفروض أنه نبه العرف على المصاديق الواقعية وعرفهم خطأهم في الصرف والسلم فاللازم حينئذ تعلق النهي بملاحظة ما للمفهوم من المصاديق المنبّه عليها وهو ما بعد القبض في الموردين، وإن شئت فقل يكون لبيان الشرع في باب السلم والصرف وأنه لا مصادق للبيع إلا بعد القبض شبه حكومة

على ما دلّ على المنع عن بيع الغرر.

ولكن هذا الكلام مبنيّ على ملاحظة الدليل الوارد باشتراط القبض في البيعين سابقاً على دليل المنع عن الغرر، وقد حقّق في الأصول أنّه لا وجه لذلك وأنّه لا بدّ من ملاحظة الدليلين في عرض واحد ثمّ ملاحظة النسبة بينهما، وإلّا فلقائل أن يعكس الأمر ويجعل دليل المنع سابقاً على دليل الاشتراط، هذا.

ثمّ إنّّه - قدّس سرّه - جعل القدرة على التسليم شرطاً بالتبع وإنّما المقصود الأصلي هو التسلّم، ومن هنا يكفي قدرة المشتري في الصحّة، بل الوثوق بالحصول في يد المشتري كاف ولو لم يستند إلّا إلى قدرة الأجنبي أو سبب آخر كعود الطائر بواسطة الاعتياذ ونحو ذلك.

قال شيخنا الأستاذ - دام علاه -: لو فرض قدرة البائع وعدم الوثوق بالتسليم بواسطة امتناعه فاللزام من كون الاشتراط تبعياً هو الحكم بالبطالان، فإنّ الخطر حاصل وإن اكتفي بصرف وجود القدرة نظراً إلى الاجماع، فهذا معنى أصاليته في الاشتراط فلا دليل على التعديّ إلى ما ذكره من الفروع، اللهم إلّا أن يدعى أنّ الشرط أحد الأمرين إمّا قدرة البائع وإمّا الوثوق بالحصول ولا دليل عليه أيضاً.

ثمّ إنّ شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - حمل الغرر في النبوي ﷺ على معنى الخطر وهو الموجود في كلمات كثير من أهل اللغة، ولكن يفسّرون هذه المادة في غير هذه الهيئة بمعنى الغفلة والخديعة كما هو المعنى في قول الفقهاء: المغرور يرجع إلى من غرّ، ويقولون: التغرير بالنفس المخاطرة بها وتعريضها للهلكة، والاسم الغرر وهو الخطر، وحمل - قدّس سرّه - ما في نهاية ابن الأثير من تفسيره بأنّه ما كان له ظاهر يغرّ المشتري وباطن مجهول على تفسير الخطر، فقال - قدّس

سرّه :- ليس في المحكميّ عن النهاية منافاة لهذا التفسير كما يظهر بالتأمل.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة :- إنّ من البعيد أن يكون لمادّة الغرر في هذه الهيئة معنى مغايراً لمعناها في سائر الهيئات، فإذا رأينا أنّ معنى المادة في غيرها هو الغفلة والإغفال فمن القريب أن يكون التعبير بالخطر من باب أنّه غالباً مسبّب عن الغفلة، فقد عبّروا بالمسبّب وأرادوا خصوصيّة السبب ودخلتها في المعنى أيضاً وأهمّلوا ذكره للوضوح وإن كان يمكن فرض الانفكاك بأن يحصل الخطر ولا يكون ناشئاً عن الغرور والغفلة كما هو الحال في الإقدام على القمار، فإنّ المقدم مطلع على الحال ومع ذلك يقدم برجاء التفوّق وليس دخوله في هذا الأمر الخطري مسبباً عن إغفال أحد أو غفلة نفسه ولكنّ الغالب في موارد الوقوع في الأعمال الخطريّة نشوؤها عن الغفلة وعدم اطلاع الحال.

والحاصل: أنّ معنى الخطر هو تردّد الواقعة ومعرضيّتها لعدم الوصول إلى المهم وعدم طريق على الوصول، فقد يكون السبب للإقدام هو الرجاء للوصول وقد يكون هو الاغفال وإراءة الوصول، والغالب هو الثاني.

فإن كان نظر من فسّره بالخطر إلى خصوص القسم الثاني ولم يتعرّض للخصوصيّة للغلبة ناسب مع معنى هذه المادّة في سائر هيئاتها ويكون تفسير النهاية باقياً على ظاهره من دخالة وصف الغرور في حقيقة المعنى.

وإن كان نظره إلى مطلق الخطر ولو كان مسبباً عن رجاء الواقع كما هو المتراءى من تمثيلهم له ببيع السمك في الماء والطير في الهواء، فلا محالة تغاير مع معناها في سائر الهيئات ويكون وجه الجمع بينه وبين تفسير النهاية أنّه كان غرضه مجرد ذكر السبب الغالب من دون تعلّق غرضه بجعله دخیلاً في المعنى، وحيثنذ فلا وجه للجزم بشيء من الطرفين بل كما عرفت لعلّ الوجه الأوّل بملاحظة سائر

الهيئات أولى وأقرب بالجزم، فلم يعلم وجه جزمه - قدّس سرّه - بالوجه الثاني.

ثمّ سلّمنا حمل الغرر على مطلق الخطر لكن لا ينطبق على جميع موارد التطبيقات؛ فإنّ من موارد شراء العبد المجهول كتابته لأجل حاجة خاصّة غير مرتبطة بالكتابة مثل الطبخ وغيره، فإنّ المشتري ليس في خطر من جهة هذا الجهل، أو شرائه لأجل العتق، فإنّ الجهل بشيء من الصفات لا يجعله في الخطر، فإنّه نائل بغرضه على كلّ حال.

وأما حمل الخطر على النوعي فلا وجه له بعد كون الظاهر هو الشخصي كما هو المسلّم في قاعدة نفي الضرر، وبالجمله حمل الغرر في النبوي ﷺ على مطلق الخطر أولاً ثمّ النوعي منه ثانياً لم نعلم له وجه.

نعم لو فرض الإطمئنان من تطبيقات العلماء - رضوان الله عليهم - بأنهم إنّما أخذوا ذلك من الشرع فكان إجماعاً منهم على إرادة هذا المعنى من هذا اللفظ كان هو أيضاً حسناً، ولكن أنّى لنا بهذا الاطمئنان لقوّة احتمال استناد هذه التطبيقات إلى تفسير أهل اللغة إيّاه بالخطر وفهمهم منه مطلق الخطر واستظهارهم منه في الحديث كونه نوعياً، وحينئذ فلا يبقى لنا إلّا التشبّث بذيل الإجماعات في خصوص كلّ مورد مورد ولا يضّر استدلال المجمعين أو بعضهم بالحديث، فإنّ من المعلوم أنّ ذلك بعد مسلميّة أصل المطلب بينهم.

ثمّ إنّّه - قدّس سرّه - قال: إنّ الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين؛ لأنّ الغرر لا يندفع بمجرد القدرة الواقعيّة، ولو باع ما يعتقد التمكن فتبيّن عجزه في زمان البيع وتجدّدها بعد ذلك صحّ، ولو لم يتجدّد بطل. انتهى.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة -: كلامه - قدّس سرّه - مبنيّ على أنّ الاعتبار ذو جزئين، أحدهما: العلم لرفع الغرر ويكفي فيه الجهل المركّب،

لارتفاعه بسببه أيضاً، وثانيهما: القدرة في بعض أزمنة الاستحقاق، ولو انفكّ هذان الجزءان أحدهما عن الآخر كما في المثال الذي فرضه - حيث إنّ ما تعلّق به العلم غير واقع وما هو واقع لم يتعلّق به العلم - كفى في الصّحة.

وعلى هذا يرد عليه - قدّس سرّه - أنّ هذا الكلام مناقض مع ما تقدّم منه من التصريح بأنّه لو لم يقدر أحدهما على التحصيل لكن يوثق بحصوله في يد أحدهما عند استحقاق المشتري للتسليم كما لو اعتاد الطائر العود صحّ. انتهى؛ فإنّه قد نفى صريحاً اعتبار قدرتهما رأساً بحيث لو عجزا إلى الأبد صحّ بمجرد الوثوق المذكور.

والقول بأنّه - قدّس سرّه - جعل اشتراط القدرة توصلياً تبعياً فلعله يجعل الجزء الواقعي نفس الوصول. يدفعه أنّه يلزم حينئذ في ما لو كانا قادرين وعالمين ولكن اتّفق عدم وصول المال إلى المشتري أن يكون البيع باطلاً لعدم حصول ما هو الشرط الحقيقي وهو الوصول، ولا يلتزم به أحد، اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ الشرط مجرد عدم المانع عن الوصول لا الوصول الفعلي.

ثمّ إنّّه - قدّس سرّه - قال: لا اشكال في اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكا لا ما إذا كان وكيلاً في مجرد العقد، فإنّه لا عبرة بقدرته كما لا عبرة بعلمه، وأمّا لو كان وكيلاً في البيع ولوازمه بحيث يعدّ الموكل أجنبياً عن هذه المعاملة فلا إشكال في كفاية قدرته، وهل يكفي قدرة الموكل؟ الظاهر نعم مع علم المشتري بذلك إذا علم بعجز العاقد، فإن اعتقد قدرته لم يشترط علمه بذلك. انتهى.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفادته -: هذا أيضاً يدل على ما قلنا أنّه مبنى كلامه المتقدّم - من أنّه علاوة على العلم يعتبر أمر واقعي - فإنّ الجزء العلمي المعتبر لرفع الغرر قد صرح هو - قدّس سرّه - بعدم اشتراط تعلّقه بالقدرة، بل

يكفي اطمئنان الحصول من أيّ طريق كان.

وحينئذ فالقدرة التي هي شرط واقعي تعبّدي إن علمنا أنّه خصوص قدرة المالك أو خصوص قدرة الأعمّ منه ومن الوكيل المطلق فلازمه عدم كفاية قدرة الوكيل في إجراء الصيغة، وإن احتمل كون قدرته أيضاً كافية فالمرجع عمومات الصحة، وما ذكره - قدس سره - من أنّه يشترط علم المشتري إذا علم بعجز العقاد فإن اعتقد قدرته لم يشترط مبنيّ على ما تقدّم من عدم اشتراط تعلّق العلم بالجزء الواقعي، بل يكفي وجودهما منفكّين، هذا.

ولكن لم نفهم ما وجه هذا الاشتراط، فإن قيل لعلّه استند في اشتراط واقع القدرة بالإجماعات، وفي اشتراط العلم بالغرر، ففيه: أنّه ينافي ذلك استناده في اشتراط أصل القدرة بحديث نفي الغرر، وقد تقدّم الاستشكال في دلالة الحديث على اشتراط العلم فضلاً عن القدرة الواقعيّة، ولم يبق ما يصحّ الاعتماد عليه في هذا الباب بالنسبة إلى اشتراط العلم وحده ولو كان جهلاً مركّباً ولم يلحقه القدرة رأساً إلّا ما أشرنا إليه سابقاً من التثبت بمأخوذية الالتزام بالتسليم الخارجي في حقيقة البيع لا كونه شرطاً خارجاً.

ويدلّ عليه أنّ المرتكز في أذهان العرف عند تمام المعاملة عدم كون مطالبة المشتري للمبيع أو البائع للثمن من باب مطالبة ذي الحقّ حقّه حتّى يكون ذلك من أحكام البيع كالمطالبة من الغاصب بل يعدّونه إلزاماً بها التزم ومطالبة للعمل بالقرار البيعي.

مسألة

لا يجوز بيع الأبق منفرداً على المشهور بين علماثنا، وينبغي التكلّم في مقامين: الأول: في مقتضى القواعد، والثاني: في مقتضى النصّ الخاص، أمّا الأول: قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاضاته الشريفة -: مقتضى القاعدة بناءً على ما

تقدّم منهم من التمسك بنفي الغرر وحمله على الخطر أن يقال هنا بالتفصيل بين ما إذا كان غرض المشتري من الشراء عتق العبد كما لو اشتغلت ذمته بالكفارة فيصح مطلقاً سواء مع اليأس أم مع الرجاء، إذ لا تلف مع الأوّل بعد إمكان نيل الغرض منه مع حالة الإباق ولا ضرر وخطر مع الثاني، إذ الخطر عبارة عن المعرضة للوقوع في خلاف الغرض وهذا مأمون هنا، وبين ما إذا كان الغرض الانتفاعات الآخر من العبد المتوقّفة على الحصول في اليد فيبطل مطلقاً سواء مع اليأس أم مع الرجاء، أمّا مع اليأس فلاّنه سفهيّ وأكل الثمن في مقابله أكل بالباطل، وأمّا مع الرجاء فللغرر المنفي لعدم الاطمئنان بعدم الوقوع في مخالفة الغرض.

والحاصل أنّ الغرر بعد ما عرفت تسليم كونه بمعنى الخطر لا الغرور والخديعة فلا وجه لحمله إلّا على الخطر الشخصي، كما في لا ضرر، وحيث فلا محيص عمّا ذكرنا، نعم لو ثبت إجماع منهم على أنّ المراد بهذه اللفظة في لسان الشرع هو النوعي فلا بدّ من الحكم بالفساد في كلتا الصورتين، ومن هنا يعرف الحال في ما هو قضيّة القاعدة في العبد الضالّ والمحجور والمغصوب وكذا الجارية وأنّه التفصيل بناءً على الخطر الشخصي والبطلان مطلقاً بناءً على النوعي، فلم يعلم وجه لما في بعض الكلمات من الفرق بينها وبين الآبق.

فإن قلت: يمكن التفصيل في صورة الرجاء بين تعهّد البائع وضمانه لإيصال العبد وعدمه بالصحة في الأوّل والبطلان في الثاني، وهذا نظير ما ذكره في الأوصاف من أنّ ذكرها في العقد الذي هو بمنزلة الاشتراط يكفي في الصحة ولو لم يحصل الاطمئنان، فهذا يدلّ على أنّ المعتر أحد الأمرين إمّا الوثوق بالوجود وإمّا التعهّد به، وكذلك في المقام أيضاً المعتر أحد الأمرين إمّا الوثوق بالحصول أو التعهّد بالإيصال.

قلت: المفروض هو التكلّم على القواعد ولم يعلم مسلميّة ما ذكرت في باب

الأوصاف عندهم، وعلى هذا فمع الجهل بالقدرة الغرر موجود ولا يرتفع موضوعه بالتعهد كما هو واضح، هذا.

ولكن شيخنا المرتضى - قدس سره - بعد ما تمسك للحكم بالبطلان بحديث الغرر استشكل فيه بمنع الغرر بقاعدة ضمان المبيع قبل القبض على البائع بعد فرض كون اليأس هنا كالتلف، والمفروض عدم تسلط البائع على مطالبة الثمن لعدم تسليم المثل.

وأجاب بأنّ الضمان حكم شرعي لا ينافي صدق الغرر عرفاً، وناقش في هذا الجواب بمنع إطلاق الغرر على مثل هذا بعد اطلاعهم على الحكم الشرعي.

واستشكل عليه شيخنا الأستاذ - دام أيام إفادته - أولاً: بمطالبة الفرق بين المقام وبيع الفضولي على الكشف حيث سلم هناك صدق الغرر في جانب الأصيل وحكم بعدم صدقه في المقام لو كان الضمان حكماً عرفياً مع أنّ الأمر في كليهما دائريين أمرين لا يلزم على كل منهما خطر.

أمّا في المقام فبين التسليم الذي هو المطلوب وبين عدمه المأمون عن تضرر الثمن بواسطة الضمان، وأمّا هناك فبين الإجازة التي هي المطلوب وبين عدمها الموجب لبقاء الثمن على ملك المشتري.

ولكنه - قدس سره - اكتفى هناك في صدق الغرر بمجرد المنوعية عن التصرفات في الثمن مع عدم العلم بوصول المثل، وعين هذا موجود في المقام أيضاً إلا أن يكون الثمن كلياً، وكلامه - قدس سره - مطلق شامل لما إذا كان عيناً شخصية.

وثانياً: بأنّ كلامه - قدس سره - مبني على كون الخطر في البيع عبارة عن خوف فوت الثمن على تقدير عدم وصول المثل وهو ممنوع، بل هو عبارة عن خوف عدم وصول المثل ولو كان مطمئناً من الثمن، وذلك لأنّ خطر كلّ شيء

عبارة عن خوف عدم ترتب الأثر المترقب منه عليه، نعم يعتبر أن يكون الغرض الشخصي أيضاً قائماً بذلك الأثر ولا شبهة أن الأثر المقصود من البيع وصول المثل من لا حفظ مقدار مالية الثمن، لأنه كان حاصلًا قبل البيع، فالمعتبر في صدق الغرر في البيع أمران، خوف عدم وصول المثل من قيام الغرض الشخصي بالوصول، إلا أن يكتفى بالغرر النوعي فيكفي الأمر الأول، وعلى كل حال لا ينفع المأمونية من مالية الثمن في عدم صدق الغرر بعد عدم المأمونية من المثل مع قيام الغرض بوصوله أو مطلقاً على الوجهين.

ومن هنا يعلم أن شرط الضمان أيضاً لا ينفع سواء أريد به ضمان نفس العبد أو قيمته أو مثله، أما الأول فلأنه مع عدم الوثوق بالقدرة كما هو الفرض لا يجدي الضمان شيئاً، وأما الثاني فلأنه يوجب الاطمئنان في طرف الثمن لا المثل من، وأما الثالث والمراد اشتراط ملكية مثله على نحو شرط النتيجة فهو تدارك للغرر ولا يوجب ارتفاعه لوضوح حصوله بالنسبة إلى شخص المبيع.

وكيف كان فهل يلحق بالبيع الصلح عمّا يتعدّر تسليمه فيعتبر فيه القدرة على التسليم؟ قال شيخنا المرتضى - قدس سرّه الشريف -: وجهان بل قولان من عمومات الصلح وما علم من التوسع فيه كجهالة المصالح عنه إذا تعدّر أو تعمّر معرفته بل مطلقاً، واختصاص الغرر المنفي بالبيع، ومن أن الدائر على السنة الأصحاب نفي الغرر من غير اختصاص بالبيع حتى إنهم يستدلّون به في غير المعاوضات كالوكالة.

قال شيخنا الأستاذ: لم يعلم ما المراد بالغرر في الوكالة، فإن كان الغرض تعميم متعلّق الوكالة بأن يجعله وكيلًا مطلقاً في عامة أمواله يفعل فيها ما يشاء فللغرر وجه؛ لأنّ الموكل لا يعلم أن ما يفعله الوكيل في ماله خير له أو شرّ، ومجرد الإقدام لا يرفع الغرر كما في المعاملة، وكذلك التعميم والإطلاق لا يوجب ارتفاع

الجهالة في النتيجة التي هي مناط الغرر، كما أنّ التصريح في بيع العبد بالتعميم وأنه بأيّ صفة كان متعلّق للبيع لا يخرجّه عن الغرريّة، ولكن لا يلتزم أحد ببطلان هذا القسم من الوكالة فراجع.

ثمّ إنّّه قد يكون الحكم في لسان الدليل معلقاً على عنوان البيع أو الشراء ونحوهما ومع ذلك نتعدّى منهما إلى كلّ نقل وانتقال ولو بسبب آخر كالصلح والهبة، وذلك بواسطة اقتضاء المناسبة المقاميّة الواقعة بين الحكم والموضوع ومن هذا القبيل حكمهم في مسألة تعلّق الخمس بالأرض التي اشتراها الذمّي من المسلم بإلحاق مطلق الأرض المتقلّة إليه بصلح أو هبة أو غيرهما.

وحينئذ لقائل أن يقول: ليست المناسبة بين الحكم والموضوع في ذلك الباب بأجلّ وأوضح منها في مقامنا: أعني: النهي المتعلّق ببيع الغرر، فإنّه يمكن دعوى ظهور الكلام في أنّ مراد المتكلّم سدّ باب الخطر في عامّة الأبواب التي بناءها على المداقة لا مثل الصلح^(١) المبنيّ على المسامحة، وذكر البيع من باب المثال كذكر لفظ الشراء في ذلك الباب وإن كان اللازم من هذا اغتفار الغرر في البيع أيضاً إذا لم يكن مبنياً على المداقة كبيع المحاباة.

المقام الثاني: في مقتضى النص الخاص وهو روايتان: الأولى: صحيحة رفاة النخّاس^(٢) قال: سألت أبا الحسن موسى - عليه السلام - : «قلت له: أيصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقة وأعطيهم الثمن وأطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراءها إلا أن تشتري منهم معها ثوباً أو متاعاً فتقول لهم: أشتري منكم جاريتمكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً؛ فإنّ ذلك جائز»^(٣).

١- القيد احترازي، منه - دام ظلّه - .

٢- بيع الرقيق، منه - دامه ظلّه - .

٣- الوسائل: ج ١٢، الباب ١١، أبواب عقد البيع وشروطه، ص ٢٦٢، ح ١.

والثانية: موثقة سماعاً عن أبي عبد الله -عليه السلام- في «الرجل يشتري العبد وهو أبق عن أهله؟ قال: لا يصلح إلا أن تشتري معه شيئاً آخر وتقول: أشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده في ما أشتري منه»^(١) وهاتان الروايتان ناصتان بالبطلان في مسألتنا مع الانفراد وبالصحة مع الانضمام ولا كلام في ذلك، إنما الكلام في أن قوله -عليه السلام- في ذيل الأخيرة: فإن لم يقدر الخ هل يمكن استفادة القاعدة الكلية منه حتى يعمل بها في سائر الموارد أو لا؟

ربما يقال بإمكان ذلك نظراً إلى أن مساقه مساق التعليل فيستفاد منه أولاً: أن للقدرة الواقعية أيضاً مدخلاً في صحة المعاملة علاوة على العلم بها الذي استفيد اعتباره من حديث نفي الغرر؛ فإن ظاهره أن وجه الحكم بالفساد وعدم الصلاح مع الانفراد هو عدم القدرة الواقعية.

وثانياً: أن ما ذكره في صورة وجود الضميمة يقوم مقام ذلك الشرط ويجبر النقص الوارد من فقدانه، ثم يعلم منه بقرينة المقام أن الجابر لذلك أن لا يصير ما أعطى بإزاء الأبق بلا مقابل في الخارج رأساً بل يقع في يد مالكة الذي خرج منه شيء كائناً ما كان، وعلى هذا فالمرود وإن كان صورة كون الأبق مثنياً لكن بعموم العلة مع قرينة المقام يمكن التعدي إلى صورة كونه ثمناً.

وكذا يمكن التعدي عن العبد إلى كل مبيع كان معرضاً لتعذر التسليم لا ما تعذر تسليمه قطعاً، وذلك بدلالة «إن» على كون الشرط محتملاً لا مقطوعاً، فيفيد الجابرية في صورة الرجاء لا اليأس.

بل ويمكن التعدي من البيع إلى سائر المعاوضات، وبالجملة بعد استظهار

١-الوسائل: ج ١٢، الباب ١١، أبواب عقد البيع وشروطه، ص ٢٦٣، ح ٢.

أن الوجه في الحكم بالصحة والصلاح مع الضميمة هو وقوع ما يعطيه المشتري بقبال الضميمة وعدم صيرورته بلا مقابل خارجي لا محيص عما ذكرنا من إلغاء الخصوصيات، وأما استفادة العلية مع عدم ما يدل عليها من «اللام» ونحوها؛ فلائها المساق من نظائره في المحاورات، ألا ترى أن قولك: جالس المؤمن ولا تجالس الفاسق فإن لم ينفك المؤمن ما ضرّك، يستفاد منه التعليل؟

نعم لو نوقش في استظهار العلية واحتمل كون الشرطية مسوقة لبيان حكم آخر وهو تقسيط الثمن على المجموع مع القدرة وعلى الضميمة فقط مع عدمها كان المتعين الاقتصار على جميع الخصوصيات المحتمل دخلها في الحكم، لكن لا وجه للمناقشة؛ فإنّ ظهور كون الذيل إنّما جيئ به لتصحيح ما ذكر في الصدر من التفصيل بين الصورتين لا لحكم مستقلّ ممّا لا ينكر ظاهراً.

ولكن يمكن أن يدفع بأنه وإن كان لا شبهة في ظهور الذيل في أنه جيئ به لتصحيح الصدر لا لحكم مستقل ولكن حيث إنّه ليس مشتملاً على اللام ونحوها لا يستفاد منه العلية التامة، وذلك لأنّ مثل هذه القضية كما يذكر في مقام العلة التامة - كما في المثال - يذكر في مقام تميم العلة الناقصة أيضاً، كما إذا كان مقتضي في الصدر محزراً ولكن زيد فيه خصوصية لأجل رفع المانع فيذكر عقيبهِ القضية الشرطية لبيان نكتة زيادة تلك الخصوصية، وليس ذلك خلاف ظاهرها، مثاله قولك: اذهب إلى منزل زيد وحدك لا مع الجماعة، فإن شتمك لم يلتفت غيرك، فلا يجوز التعدي من هذه الشرطية وإجراء الحكم في كلّ من تجري فيه هذه القضية، بل المفهوم من الكلام أنّه عند حصول مقتضى الذهاب إلى منزل زيد يكون هذا وسيلة لرفع المانع.

وعلى هذا فمن المحتمل أنّ تفصيل الإمام - عليه السلام - بين صورة الضميمة

وغيرها كان خاصاً بالعبد الأبق لوجود مقتضى غير موجود إلا فيه، وكان ضمّ الضميمة رافعاً لمنقصة ذلك المقتضي، فلا يمكن التعدي إلى مورد آخر، وليس في قبالة هذا ظهور في الكلام.

ثم إن في معنى العبارة احتمالين:

الأول: أن تكون كلمة «إن» للترديد والشك كما هو الغالب فيها، وتكون القدرة كناية عن الظفر والحصول باليد، ويكون المراد بالجزء أن النقد الذي نقده يصير بمقابل ما اشتراه، فالمعنى أن العقد يؤثر في انتقال المبيع الذي هو مجموع العبد والضميمة بإزاء الثمن ويكون الثمن مقسماً على المجموع على ما هو قضية المبادلة والبيع، ولكن عند حصول اليأس وعدم الظفر على العبد يصير ما وقع من الثمن بإزاء العبد واقعاً من هذا الحين بإزاء الضميمة بحكم الشرع تبعداً، فيبقى العبد على ملك المشتري مجاناً وبلا عوض.

ويترتب على هذا أنه لا يرجع المشتري على البائع بشيء إن قلنا بأن العبد بواسطة اليأس عن الظفر يصير في حكم التالف، وجواز العتق ليس منافياً لعدّه تالفاً، فتكون قاعدة التلف قبل القبض بلا موضوع هنا، إذ لا ثمن في مقابل التالف حتى يحكم باسترداده من البائع.

الثاني: أن يكون المراد بالقدرة نفس معناها لا كناية عن الظفر، وحيث إنها حالة وجدانية غير قابلة للشك والترديد كانت كلمة «إن» هنا مثلها في قوله تعالى: ﴿إِنْ يَسْرِقْ فَقَدْ سَرَقَ﴾^(١) الآية، ويكون الكلام إشارة إلى القدرة المعبرة في البيع، كأن قائل يقول: إذا جاز بيع الأبق مع الضميمة والمفروض خروجه عن حيلة اقتدار المشتري فأين اعتبار القدرة على التسليم في صحة البيع؟ فأجاب - عليه

السلام: أنه إن لم يقدر لكن نقده الذي نقده يكون مبدولاً في هوى ما اشتراه ويكون هو تسلياً لقلبه وجابراً لفقد القدرة، وهذا المعنى أنسب بكلمة «في» من المعنى الأول، إذ المناسب له حرف الباء كما يشهد بذلك ملاحظة نظائره، مثل بيع أم الولد في ثمن رقبتها، وعلى هذا يبقى جميع لوازم صحة البيع بحالها من التقييد على الكل والرجوع بما يقابل العبد عند تلفه وغير ذلك.

بقي الكلام في أنه هل جواز العتق موجب لعدم صدق التالف مع اليأس عن الظفر أولاً؟ يمكن أن يقال بالثاني نظراً إلى أن العتق ليس من المنافع المنظورة الملحوظة المتقوم بها مالية العين، فإنه عبارة عن إخراج العبد عن ربة المالية، فهو نظير كسر الكأس حيث لا يعدّ منفعة منظورة مصححة لاعتبار المالية ومن المعتبر في المنفعة المقومة للمالية ذلك، ولهذا لا يعدّ الخمر مالاً مع جواز العلاج بها عند الضرورة، فالمنظور من العبد غير العتق من سائر الانتفاعات والاستخدامات، فإذا فرض انتفاء الجميع وبقي العتق فحاله حال الكائن المنحصر فائدته في إمكان كسرها، بل لولا مسلمية جواز العتق في الأبق لقلنا بعدم قبوله له أيضاً بملاحظة أن معنى العتق هو الإطلاق عن قيد الرقة والكون تحت الشدة وهو في الأبق حاصل.

[العلم بالثمن والمثمن]

مسألة

المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرأً، فلو باع بحكم أحدهما بطل إجماعاً كما عن التذكرة، قال شيخنا الأستاذ - دام أيتام إفاداته -: إتمام المطلب بغير الإجماع مشكل؛ لأنّ حديث نفي الغرر الذي تمسك به على هذا المطلب مخدوش بوجود الغرر في بعض الموارد عرفاً - مع أنّ العلم بقدر الثمن موجود - وارتفاعه في بعض آخر مع أنه مجهول.

أما الأول: فهو كما لو عيّن قدرأً وتردّدت القيمة السوقية عنده بين الأقلّ والأكثر، فإنّ الحال في تحقّق الخطر بعينها هي الحال في ما لم يعيّن القدر وباع بما في الصندوق مثلاً وكان متردداً بين الأقلّ والأكثر.

وأما الثاني: فهو كما لو باع بما في الصندوق مع الاطمئنان بأنّ ما فيه إمّا مساوٍ مع القيمة السوقية أو أكثر، وحينئذ فكيف يكون دليل اعتبار العلم بالقدر ما لا يدور مدار العلم لا وجوداً ولا عدماً؟ فإن كان على أصل المضمون إجماع كاشف عن تلقّيه من صاحب الشرع - سلام الله عليه - فهو ويكون الحديث أيضاً مؤيداً في بعض الموارد، وإلا فالاستناد إلى الحديث في غاية الإشكال.

ثم لو فرض تمامية دلالة الحديث لكن لا بدّ من رفع اليد عنه بالنسبة إلى

خصوص مورد البيع بحكم المشتري بواسطة صحيحة رفاة النخّاس «قال: قلت لأبي عبد الله - عليه السلام -: ساومت رجلاً بجارية فباعنيها بحكمي فقبضتها منه على ذلك ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت: هذه ألف درهم حكمي عليك أن تقبلها، فأبى أن يقبلها مني وقد كنت مستتها قبل أن أبعث إليه بالثمن؟ فقال - عليه السلام -: أرى أن تقوم الجارية قيمة عادلة، فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت إليه كان عليك أن تردّ عليه ما نقص من القيمة، وإن كان ثمنها أقلّ مما بعثت إليه فهو له، قلت: جعلت فداك إن وجدت بها عيباً بعد ما مستتها؟ قال - عليه السلام -: ليس لك أن تردّها ولك أن تأخذ قيمة ما بين الصّحة والعيب منه»^(١).

فإنّ الظاهر من إيكال البائع إلى المشتري كما هو المتعارف الآن خصوصاً إذا كان عارفاً مثل رفاة حيث كان يبيع الرقيق وثوقه بعدم تقويمه أنقص من القيمة العادلة، فيكون مورد رضاه هو القيمة العادلة فما فوقها، فكأنّه قال: بعثك بالقيمة العادلة فما فوقها، وعلى هذا ينطبق جواب الإمام - عليه السلام - مع الصّحة؛ إذ الحكم حينئذ ردّ ما نقص عن القيمة العادلة لو كان ما بعث انقص منها؛ لكونها أقلّ مراتب رضاه، وعدم استرداد الزيادة لو كان ما بعث أكثر من القيمة العادلة لفرض اختياره له وصيرورته ثمناً بذلك.

فما ذكره شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - في منع التمسك بهذه الرواية للصّحة - بقوله - قدّس سرّه -: لكنّ التأويل فيها متعيّن لمنافاة ظاهرها لصّحة البيع وفسادها، فلا يتوهم جواز التمسك بها لصّحة هذا البيع إذ لو كان صحيحاً لم يكن معنى لوجوب قيمة مثلها بعد تحقّق البيع بثمن خاص، انتهى - ليس بمرضيّ بعد ما عرفت من ثبوت المراتب للثمن أدناها القيمة العادلة، وكلامه - قدّس سرّه -

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٨، أبواب عقد البيع وشروطه، ص ٢٧١، ح ١.

سرّه - مبني على إرادة البيع بأمر واحد هو ما يراه المشتري قيمةً عادلة كائناً ما كان، إذ حينئذ يرد أنّه لا معنى لوجوب ردّ ما نقص عن القيمة العادلة، وأمّا على ما ذكرنا فلا يرد شيء.

نعم لو ثبت إجماع في مورد الرواية بالبطلان كان مانعاً عن الأخذ بها، فأشكال الرواية حينئذ أنّ مضمونها خلاف الإجماع لا أنّها غير دالة على المطلوب. قال صاحب الحقائق - قدّس سرّه - على ما حكى عنه، ما نصّه: لا يخفى أنّ مدار كلامهم في ردّ الخبر المذكور على الإجماع الذي أدعاه العلامة - رحمه الله - في التذكرة في هذه المسألة وأنّه لا معارض له سوى الخبر المذكور.

وأنت خبير بأنّ من لا يعتمد على هذه الإجماعات المتناقلة في كلامهم والمتكرّر دورانها على رؤوس أقلامهم تبقى الرواية المذكورة سالمة عنده من المعارض، فيتعيّن العمل بها خصوصاً مع صحّة السند واعتضاد ذلك، برواية صاحب الفقيه لها المشعر بقوله بمضمونها والعمل بها بناءً على قاعدته المذكورة في أوّل الكتاب كما تكرّر في كلامهم من عدّ مضامين أخباره مذاهب له بناءً على القاعدة المذكورة، وليس هنا بعد الإجماع المذكور إلّا العمومات التي أشاروا إليها من حصول الغرر وتطرّق النزاع ونحو ذلك، وهذه العمومات مع ثبوت مستنداتها وصحّته يمكن تخصيصها بالخبر المذكور، بل من الجائز أيضاً تخصيص الإجماع المذكور مع تسليم ثبوته بهذا الخبر الصحيح الصريح كما تخصّص عمومات الأدلّة من الآيات والروايات وهو ليس بأقوى منها إن لم يكن أضعف بناءً على تسليم صحّته، وحينئذ فيقال باستثناء صورة حكم المشتري وقوفاً على ظاهر الخبر، وما المانع من ذلك وقد صاروا إلى أمثاله في مواضع لا تحصى. انتهى.

وهذه العبارة كما ترى غير متعرّضة لانصراف الثمن إلى القيمة السوقية حتّى

يرد عليه أنّه ما وجه حكمه - عليه السلام - في صورة زيادة ما دفع عنها بأنّه له، فنسبة ذلك إلى ظاهر كلامه - قدّس سرّه - في غير المحلّ.

نعم ذكر ذلك المحقّق الأردبيلي - قدّس سرّه - في ما حكى عنه مع مضية في المسألة على الإشكال، قال على ما حكى عنه بعد ذكر الرواية وصحّة سندها ما لفظه: وهي تدلّ على جواز الجهل في الثمن وأنّه يقع البيع صحيحاً وينصرف إلى القيمة السوقية إذا بيع بحكم المشتري، ولكن نقل الإجماع في التذكرة على اشتراط العلم مع عدم ظهور خلافه يمنع القول بها وتأويلها مشكل وكذا ردّها، فيمكن أن يكون حكماً في قضية ولا يتعدّاها. انتهى.

وأما توجيه ما في ذيل كلام الحقائق من تجويز تخصيص الإجماع بالخبر المذكور مع أنّ الإجماع قد ادّعاء العلامة في شخص المسألة، أعني: بطلان البيع بحكم أحدهما فهما من قبيل المتباينين لا العام والخاص فهو أن يقال: ليس لنا جزم بانعقاد الإجماع على خصوص هذا الفرع بل من المحتمل أنّه هو الإجماع المنعقد على الأصل، أعني: اشتراط العلم بالثمن قدرّاً إلّا أنّه لما لم يكن في نفس الفرع معارض لذلك الإجماع إلّا الخبر المذكور وكان هو مجملّاً عندهم كما صار كذلك عند شيخنا المرتضى - قدّس سرّه وأسرارهم - أفتوا فيها بمضمون الإجماع مدّعياً في نفسه الإجماع.

لا يقال: يدفع هذا الذي ذكرت ظاهر اللفظ حيث إنّ دالّ على كونه منعقداً في نفس المسألة ابتداءً، فإنّه يقال: نعم لولا كثرة وقوع ما ذكرنا من نقل الإجماع المنعقد على الأصل في الفرع في كلماتهم، فإنّه بعد ذلك يصير الظهور موهوناً، وبالجمله لا نجزم بأنّ الخبر كان عندهم تامّ الدلالة على الصحّة من غير حاجة إلى التأويل كما ذكرنا، ومع ذلك طرحوها استناداً إلى الإجماع، وحينئذ

فالمسألة في كلا طرفيها مشكلة.

ثم إن شيخنا المرتضى - قدس سره - ذكر أن الرواية بناءً على القول بالفساد يحتاج إلى أزيد من التأويل المحتاج إليه بناءً على الصحة، ولعل وجهه أنه بناءً على الصحة ليس المنافي إلاً لفقرة واحدة وهي قوله - عليه السلام - : «إن كان قيمتها أكثر فعليك أن تردّ عليه ما نقص»، وأمّا الفقرتان الأخريان من قوله - عليه السلام - : «إن كان قيمتها أقلّ ممّا بعثت فهو له» وقوله - عليه السلام - في صورة وجدان العيب بعد ما مسحها: «ليس لك أن تردّها ولك أن تأخذ الأرض» فغير محتاجين إلى تأويل، لانطباقهما على القاعدة، وهذا بخلاف الحال بناءً على الفساد حيث إنّه لا يلائمه شيء من الفقرات الثلاثة كما هو واضح.

وأما التأويل الذي نحتاج إليه بناءً على الصحة في الفقرة الأولى فهو الحمل على أنّه وإن كان الثمن ما يحكم به المشتري ولكن ينصرف إلى القيمة السوقية تبعداً سواء كانت أكثر ممّا بعث أم أقلّ، فقوله - عليه السلام - : «وإن كان ثمنها أقلّ ممّا بعثت إليه فهو له» يكون ضمير هو راجعاً إلى ثمنها لا إلى ما بعثت، ووجه التأويلية أن بناء الحكم في الرواية على هذا التعبد بعيد عن ظاهرها.

وأما التأويل المحتاج إليه بناءً على الفساد فهو حمل قوله: «باعنيها بحكمي» على قطع المساومة بتقويم رفاة الجارية على نفسه بما يراه قيمة عادلة لها حيث كان من أهل الخبرة بقيمتها؛ لكونه دلال الرقيق فقومها رفاة على نفسه بألف درهم إمّا معاطاة وإمّا مع إنشاء الإيجاب وكالة والقبول أصالة.

والحاصل كان معنى باعنيها هو التوكيل ولم يقصد به إنشاء البيع حتّى يكون الثمن ما يحكمه المشتري، فتكون الرواية أجنبية عن المقام، لأنّ الثمن في البيع حسب الفرض هو الألف درهم والضمير في قوله - عليه السلام - : «فهو له» راجع

إلى «ما بعثت» وأما وجه لزوم ردّ الزيادة لو كان ثمن المثل أزيد فهو أنّ المالك لم يقبل الألف درهم إمّا لظهور غبن له في البيع وأنّ رفاعة مخطئ في القيمة، وإمّا لثبوت خيار الحيوان للبائع على القول به، فالإلزام بردّ الزيادة يكون للإرشاد إلى طريق إمساك الجارية، يعني حيث إنّ المالك لا حاجة له إلى الجارية فإذا بذل له التفاوت يرضى ويقدم بذلك على إسقاط خياره.

مسألة

العلم بقدر المثلن كالثلثن شرط بإجماع علمائنا كما عن التذكرة، قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته -: الكلام هنا كما تقدّم في سابقه من أنّه لو كان المدرك منحصراً في النبوي ﷺ المشهور فمجال المناقشة واسع، إذ ربّما يكون قدر المثلن مجهولاً ولا غرر كما لو باع أحد الشيئين الخارجيين، وعلم أنّ أحدهما خمسة أمانان حنطة جيّدة والآخر عشرة أمانان حنطة رديّة ولكنّهما في القيمة متساويان ولم يكن له غرض شخصي في خصوص أحدهما، والحاصل كان عالماً بأحد الأمرين من القدر أو وصف الجودة الجابر لنقصان القدر.

وكما لو باع مقداراً من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه أو غيره المتساوي له في القيمة فإنّه لا يتصوّر هنا غرر أصلاً مع الجهل بمقدار كلّ من العوضين إلّا أنّه مساوٍ للآخر في المقدار.

وكما لو كان المقدار المتخلف عن الخرص والتخمين بالزيادة في جانب البائع والنقيصة في جانب المشتري غير قليل المقدار كمنّ وميّن من الثبن إذا باع عدلاً منه حيث إنّ نفس المنّ والميّن يقعان مبيعين مستقلّين ويوضع لهما الميزان ولكن عند بيع العدل والعدلين لا يرضى المشتري والبائع - لتضييع وقتها - بوضع الميزان لإدراك المنّ والميّن، بل يكتفون بالخرص ويتسامحون في المقدار المتخلف

حفظاً لما هو الأهم من مراعاة الوقت.

وبالجملة المجازفة في هذا المثال حاصل بخلاف الأولين ولكن ليس بغر عراً لا أنه عندهم غرر مقدم عليه بخلاف المقدار القليل المتسامح فيه لقلته فإنه لا مجازفة فيه أيضاً؛ فإنّ المجازفة عبارة عن الإقدام بجهالة بالمقدار ودورانه بين القليل والكثير. وبالجملة استفادة شرطية العلم بالقدر بحيث يشمل مثل هذه الموارد من حديث نفي الغرر في محلّ المنع فتبقى الأخبار الخاصة الواردة في خصوص الكيل والوزن، فلا بدّ من التيمّن بذكرها والتكلّم فيها.

فنقول مستمدين من آل الرسول ﷺ من جملة الأخبار المستدلّ بها في المقام صحيح ابن محبوب على المحكي عن زرعة عن سماعة، قال: «سألته عن شراء الطعام وما يكال أو يوزن هل يصلح شراؤه بغير كيل ولا وزن؟ فقال: أمّا أن تأتي رجلاً في طعام قد كيل ووزن تشتري منه مرابحة فلا بأس إن اشتريته منه ولم تكله ولم تنزهه إذا كان المشتري الأول قد أخذه بكيل أو وزن وقلت له عند البيع: إني أربحك بكذا وكذا وقد رضيت بكيلك أو وزنك فلا بأس»^(١).

ومنها: رواية أبان عن محمد بن حمران «قال: قلت لأبي عبد الله - عليه السلام - : اشترينا طعاماً فزعم صاحبه أنه كاله فصّدقناه وأخذناه بكيله؟ فقال: لا بأس، فقلت: أيجوز أن أبيعه كما اشتريته بغير كيل؟ قال: لا، أمّا أنت فلا تبعه حتّى تكيله»^(٢).

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة - : الرواية الأولى ظاهرة في مدخلية خصوص المربحة في الحكم، فإنّ كون النكتة في ذكرها هي العلية خلاف

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ٥، أبواب عقد البيع وشروطه، ص ٢٥٧، ح ٧.

٢- المصدر نفسه: ح ٤.

الواقع، وحينئذ فلو حملناها على مسألتنا من اعتبار الكيل بمعنى معلومية المقدار لم يبق للقيد المذكور مدخلية أصلاً كما هو واضح، والرواية الثانية يبعد تنزيلها على المقام من حيث إنه يلزم التفكيك في اعتبار قول البائع بين مقام البيع ومقام الشراء.

وإذن فمن القريب بل لا يحتمل غيره أن تكون الروايتان غير مرتبطتين بمقامنا ومندرجتين في أخبار مسألة أخرى هي حرمة بيع المكيل والموزون قبل القبض وهي بين مانعة مطلقاً ومرخصة كذلك، ومفصلة بين المربحة والتولية بالمنع في الأولى والتجوز في الثانية. وكيف كان فالناظر لتلك الأخبار وهذين الخبرين يقطع بأن الخبرين من باب تلك الأخبار وغير مرتبطين بمقامنا.

توضيح ذلك: أن السائل في الرواية الأولى توهم من الأخبار المانعة المطلقة أن حصول الملك للمشتري منوط بالقبض ولهذا منعت تلك الأخبار عن ترتيب أثر الملكية وهو مطلق البيع، فمقصوده بقوله: «هل يصلح شراؤه بغير كيل ولا وزن» أي قبل قبض نفسه المبيع عن البائع، إذ المتعارف في عرف الأخبار إطلاق الكيل والاكتيال وإرادة القبض الخارجي أنه هل الشراء متحقق قبل قبضي أو متوقف على القبض؟ فأجابه الإمام - عليه السلام - بأنه إذا كان الرجل الذي تشتري منه قد قبضه كفى في صحة شرائك منه وصيروته ملكاً لك، وذكر قيد المربحة من باب ذكر الفرد الخفي، فيتن - عليه السلام - له أن القبض شرط في البيع من طرف البائع لا أنه متمم سبب الملك، فمع عدم القبض يحصل الملك ولكن لا يجوز بيع المربحة تعبداً إلا بعد القبض، ولفظ «بكيل أو وزن» في قوله: قد أخذه بكيل قيد توضيحي.

وإلى ما ذكرنا من التفصيل بين الملك فلا يشترط في حصوله قبض المشتري،

وبين البيع فيشترط أشار في الفقرة الثانية من الرواية الثانية، فمقصود السائل بقوله: أيجوز أن أبيع كما اشتريته بغير كيل هو السؤال عن بيع التولية قبل قبض نفسه، يعني يجوز بيعه بالقيمة التي اشتريته قبل أن أقبضه؟ فأجاب -عليه السلام-: أما أنت الخ، يعني وإن كان بيع البائع الأول منك غير مشروط بقبضك منه، أما أنت فبيعك مشروط بقبضك، فيكون الخبر من الأخبار المانعة في مطلق البيع.

وعلى هذا يندفع الاستبعاد عن الرواية في الحكم باعتبار إخبار البائع بالكيل في خصوص الشراء منه وعدم اعتباره في بيع المشتري لغيره لو حملناها على اعتبار الكيل من باب رفع المجازفة وحصول العلم بقدر المبيع.

وأما الفقرة الأولى منها فذات وجهين: الأول: أن يكون المراد تصديق البائع في أنه قبضه من المالك الذي هو الشرط في بيعه فيكون أجنبياً عن مقامنا، الثاني: أن يكون الركون إلى تصديقه والاعتماد بقوله في مقام رفع المجازفة وتحصيل العلم بقدر المشمن فيكون مرتبطاً بالمقام، لكن لا دلالة له على أزيد من رفع الغرر، فإن من أحد طرقه الاطمئنان بقول البائع فلا يدل على اعتبار الكيل زيادة على هذا المقدار، وبالجملة فليس فيه إلا الدلالة على الاكتفاء بتصديق البائع مع السكوت عن أن المعتبر في تقدير عدم التصديق ماذا.

ومنها: صحيحة الحلبي على المحكي عن أبي عبد الله -عليه السلام- أنه قال في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكيل معلوم وأن صاحبه قال للمشتري: ابتع مني هذا العدل الآخر بغير كيل فإن فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت؟ قال -عليه السلام-: لا يصلح إلا بكيل وقال: ما كان من طعام سميت فيه كيلاً فإنه لا يصلح مجازفة هذا مما يكره من بيع الطعام^(١).

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ٤، أبواب عقد البيع وشروطه، ص ٢٥٤، ح ٢ و ١.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة - هذه الرواية الشريفة ذات احتمالين بأحدهما دالة على المدعى في خصوص الطعام، وبالأخرى في كل مكيل وموزون، أما الأول: فهو أن يكون المراد من قوله: ما كان من طعام الخ موضوعية الطعام وكان التوصيف للتنوع فيكون الحكم خاصاً بالحنطة والشعير أو مطلق الحبوب دون مثل الفواكه وسائر المطعومات فضلاً عن غيرها من أنواع المكيل والموزون، ويكون التنوع لإخراج مثل الزرع بعد انعقاد الحب خصوصاً عند أوان حصاده فإنه طعام وليس بمكيل، اللهم إلا أن يחדش في كونه مسمى بالطعام.

وأما الثاني: فهو أن يكون ذكر الطعام من باب المثال ويكون المقصود إناطة الحكم بالكيل والوزن، ولكن يبعده أن الظاهر كون قوله: «سميت» تقييداً للطعام لا بياناً وتوضيحاً، وكيف كان فدلالة الرواية في خصوص الطعام قدر متيقن، وأما الحكم بعدم تصديق البائع فمحمول على شرائه سواء زاد أم نقص مع عدم حصول الاطمئنان بقوله، هذا.

ولكن يرد على الرواية أن غاية ما يفيدها هو الفساد في صورة صدق المجازفة ومن الواضح عدم صدقها في المثال الذي تقدّم من صورة معلومية أحد الأمرين من القدر ووصف الجودة الجابر للنقصان وصورة البيع بما يوازي المبيع في الميزان مع المساواة في القيمة؛ فإنّ الجراف هو المساهلة في الأمر وعدم التحقيق، وأما المثال الثالث الذي تقدّم فتدلّ الرواية على منعه لصدق الجراف فيه وإن لم يصدق الغرر، لكن في خصوص الطعام لا في كل مكيل وموزون، لتوقفه على استظهار الاحتمال الثاني وقد عرفت منعه.

ومنها: ما في رواية أبي العطار «قلت فاخرج الكرّ والكّرين فيقول الرجل:

اعطنيه بكيكك، فقال: إذا ائتمنك فلا بأس»^(١) دلّت على قيام إخبار البائع مقام الكيل في صورة كونه مؤتمناً عند المشتري ولو لم يحصل الوثوق الشخصي.

ومنها: رسالة ابن بكير عن رجل سأل أبا عبد الله - عليه السلام - عن «الرجل يشتري الجصّ فيكيل بعضه ويأخذ البقية بغير كيل؟ فقال - عليه السلام - : إمّا أن يأخذ كلّه بتصديقه وإمّا أن يكيّله كلّهُ»^(٢) هذه أيضاً في الدلالة على لزوم أحد الأمرين كالسابقة، وأمّا الإشكال بأنّ المستفاد منه منع التبعض ولا يلتزم به أحد، فغير وارد؛ لأنّ مفروض السؤال بحسب الظاهر استواء الحال في كلا البعضين من حيث حصول إخبار البائع في الكلّ أو عدم حصوله كذلك لبعد حصوله في البعض دون البعض، أو حصوله في الكلّ ولكن لم يكن موثقاً عند إخباره بالبعض فصار كذلك عند إخباره بالبقية.

وحاصل ما استفدناه من سليم الدلالة من هذه الأخبار في باب المكيل والموزون هو اعتبار عدم المجازفة وأنّه لا يكفي الخرص والتخمين والأخذ بالمساهلة، وأمّا مثل ما مثّلنا لك سابقاً من معاوضة الجنسين المتساويين في الميزان والمالية وبيع ما علم فيه أحد الأمرين من القدر والوصف فلم يعلم ممنوعيته من الأخبار.

فإن قلت: فعلى هذا تكفي الصخرة المشاهدة الغير المعلوم وزنها، إذ ليس مرجع الأوزان أيضاً إلّا إلى المشاهدة، وإلّا فليس المنّ بما هو إلّا ما كان منقسماً إلى نصفي منّ بالمشاهدة ونصف المنّ ما كان منقسماً إلى ربعين كذلك وهكذا إلى أن ينتهي إلى المثقال والحمصة والشعيرة، والشعيرة أمر مشاهد.

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ٥، أبواب عقد البيع وشروطه، ص ٢٥٧، ح ٦.

٢- المصدر نفسه: ص ٢٥٦، ح ٣.

قلت: نعم مرجع الوزن أيضاً إلى المشاهدة كما ذكرت، ولكن الفرق بينه وبين الصخرة المشاهدة المجهولة هو انتهاء الوزن إلى ما ذكرت من تلك الأجزاء الصغار المشاهدة فيكون منضبطاً بالمشاهدة بقدر الإمكان، بخلاف الحال في الصخرة المجهولة، وأمّا الفرق بينها وبين الجنسين المتقابلين في الميزان فهو انضباط حدّ المائتين فيهما وعدمه في الصخرة، هذا هو الكلام في المكيّل والموزون. وقد يتمسك بروايات أخر لا اعتبار العلم وعدم الجهالة في مطلق المبيع.

منها: ما عن دعائم الإسلام عن أبي جعفر - عليه السلام - أنه «سئل عن رجلين باع كلّ واحد منهما حصّته من دار بحصّة لصاحبه من دار أخرى؟ فقال - عليه السلام - : ذلك جائز إذا علما جميعاً ما باعاه واشترياه، فإن لم يعلماه أو لم يعلم أحدهما فالبيع باطل»^(١)، وفيه: أنه مورد الرواية حسب الفرض بحيث يلزم من عدم المعلوماتية الجزاف والغرر، ولم يعلم منه البطلان في مورد الانفكاك عن العنوانين كما في بيع أحد العبدین أو إحدى الدارين، وبالجمله عدم معلوماتية الحصّة وأنها الثلث أو النصف أو الربع مثلاً ملازم مع الجزاف والغرر، بخلاف الإبهام في أحد العبدین المماثلين من جميع الجهات أو إحدى الدارين كذلك.

ومنها: ما عن الدعائم أيضاً في حديث «عن أمير المؤمنين - عليه السلام - أنه سئل عن بيع السمك في الآجام - إلى أن قال - : هذا كلّ لا يجوز، لأنّه مجهول غير معروف يقلّ ويكثر وهو غرر»^(٢) والكلام فيه كسابقه، فإنّ دوران الأمر بين القلّة والكثرة فيه لا يشمل مثل الدوران الموجود في ما مثلنا من مورد العلم بأحد الأمرين من زيادة الكمّ أو زيادة الكيف بشهادة تطبيق كبرى الغرر عليه، مع

١- مستدرک الوسائل: ج ١٣، الباب ٤، أبواب عقد البيع وشروطه، ص ٢٣١، ح ٢.

٢- الوسائل: ج ١٣، الباب ١٠، أبواب عقد البيع وشروطه، ص ٢٣٨، ح ١.

وضوح عدم تطبيقه على المثال كما تقدّم.

ومنها: ما عن الدعائم أيضاً عن أبي عبد الله - عليه السلام - عن أبيه عن آبائه - صلوات الله عليهم أجمعين -: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر وهو كل بيع يعقد على شيء مجهول عند المتبايعين أو أحدهما»^(١).

وفيه - على تقدير تسليم كون التفسير عن الصادق أو أحد من الأئمة أو النبي - صلوات الله عليهم أجمعين - دون صاحب الدعائم - أن المراد بالمجهول مجهول، فإنه لا يمكن أن يكون المراد مطلق المجهول ولو من حيث الأمور الغير الدخيلة في المالية مثل العبد المجهول اسمه المرّدّد بين مبارك وياسر مثلاً وهكذا.

وإن كان المراد المجهول من حيث المالية أو من حيث الرغبة النوعية كما لو علم أنه يوازي ديناراً ولكن لا يعلم أنه ممّا يكثر الرغبة إليه أو يقلّ، فلو كان مقدار المالية معلوماً، وكذلك كونه مرغوباً إليه بطباع العامة كما في الخنطة والزيب المتقابلين في الميزان فلا تدلّ الرواية على منعه، وعلى كلّ حال لا يشمل مثل بيع أحد العبدین؛ فإنّ المبيع هنا مبهم لا مجهول، وبين الأمرين بون بعيد، ولهذا لا يقال عند وقوع الأحدث تحت الخطاب أن موضوع الخطاب مجهول.

وبالجملة الذي اعتبروه في الفتاوى في الثمن والثمن سواء في المكيل والموزون أم في المشاهدات لم نعثر له بكلّيته على مدرك في الأخبار فإن كان مدرك كان هو نفس تلك الفتاوى، هذا.

ومن الغريب ما حكى عن المحقّق الأردبيلي - قدّس سرّه - أنه أنكر وجود خبر على اعتبار العدّ في المعدود فناقش بذلك في اعتبار العدد في خصوص المعدود، بمعنى أنه يجوز من غير اعتبار مع التراضي، والحال أن رواية الجوز وإن

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ٤٠، أبواب آداب التجارة، ص ٣٣٠، ح ٣.

كان ليس محطّ السؤال والجواب فيها ذلك، لكن يستفاد منها اعتبار العدد، وهي صحيحة الحلبي وابن مسكان جميعاً عن أبي عبد الله - عليه السلام - أنّه «سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدّه فيكال بمكيال ثمّ يعد ما فيه ثمّ يكال ما بقي على حساب ذلك العدد؟ قال: لا بأس به»^(١).

فإنّ الظاهر منها كون اعتبار العدد مفروغاً عنه عند السائل حتى سأل عن كون ما ذكره علاجاً لحال تعدّره وطريقاً إلى تعيينه فقرّره الإمام على هذا وأنّ الكيل طريق إلى العدّ عند عدم الاستطاعة، وبالجمله تقرير الإمام - صلوات الله عليه - بالنسبة إلى أصل اعتبار العدّ غير قابل للإنكار.

نعم يمكن منع التقرير بالنسبة إلى اختصاص التقدير بالكيل بحال عدم الاستطاعة إذ لم يعلم كون نظر السائل إلى إناطة الجواز بعدم الاستطاعة، فلعلّه ذكره من باب أنّه مع الاستطاعة لا داعي إلى الكيل، فهو نظير قول السائل: إن لم استطع من الصلاة إلى ما بعد نصف الليل؟ ف قيل في الجواب: يكون أداء فلا يستفاد عدم الأدائيّة في صورة عدم الاستطاعة، لأنّ ذكره ليس من باب الإناطة والتقييد للحكم بل لأجل أنّ الإنسان لا يترك الصلاة بلا عذر إلى ما بعد نصف الليل ولا أقلّ من أجمال اللفظ، فتبقى العمومات بالنسبة إلى حالة الاستطاعة والاعتبار بالكيل سلبياً عن المخصّص، هذا.

مسألة

لو قلنا بأنّ المناط في اعتبار تقدير المبيع في المكيل والموزون والمعدود بها يتعارف التقدير به هو رفع الغرر الشخصي وأنّه ليس المعتبر إلّا ذلك لا شيئاً زائداً

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ٧، أبواب عقد البيع وشروطه، ص ٢٥٩، ح ١.

عليه فلا إشكال في جواز تقدير كل منها بغير ما يتعارف تقديره به إذا انتفى الغرر بذلك، بل في كفاية المشاهدة فيها من غير تقدير أصلاً، لكن تقدّم أن بعض الأخبار وإن كان لا مساس لها بالبَاب ولكن صحيحة الحلبي بضميمة المفروغية عند السائل في سائر الأخبار يفيد اعتبار التقدير من غير ملاحظة الغرر الشخصي.

وحينئذ أيضاً لو قلنا بأنّ المعتبر زائداً على رفع الغرر إنّما هو رفع المجازفة، أعني: المساهلة والدخول في الأمر على غير تحقيق فكلّ ما كان رافعاً للمجازفة جائز، حتّى قلنا: إنّ لازم هذا جواز البيع بما يوازي المثلث في الميزان مع التساوي في القيمة، فلا إشكال على هذا أيضاً في اعتبار المكيل بالوزن والموزون بالكيل، ولو قلنا بأنّ المعتبر زائداً على رفع المجازفة أيضاً هو التقدير بالكيل أو بالوزن تبعداً لا بطريق آخر كالمثال المذكور.

فيقع حينئذ الكلام والإشكال في تقدير بعض المقدّرات بغير ما تعارف فيه، فاختلفوا في جواز بيع المكيل وزناً وبالعكس وعدمه على أقوال، ثالثها جواز المكيل وزناً دون العكس، لأنّ الوزن أصل الكيل وأضبط وإنّما عدل إليه في المكيلات تسهلاً.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة - : إنّ الذي ينبغي أن يقال هو الجواز والكفاية في كلا الطرفين وذلك لعدم الإطلاق في الأخبار بالنسبة إلى اعتبار الكيل في المكيل بل إطلاقها منزّل على صورة صعوبة الوزن وأنّه لولا الكيل كان الطريق منحصراً في المشاهدة، فاعتبر الكيل في قبال المشاهدة لا الوزن فيبقى كفاية الوزن تحت القاعدة، وأمّا قيام الكيل مقام الوزن فلا وجه لمنعه إلّا ما عرفت من المفصل من كون الوزن أصلاً وأضبط من الكيل.

ويمكن منع الاضطحية إلا في مقدار يتسامح به، توضيح ذلك، أن وجه رفع المجازفة بالوزن ليس إلا انضباطه وانقسامه إلى أجزاء متساوية بانقسامات عديدة حتى ينتهي إلى الحمصة والشعيرة، فانهاء الأمر فيه إلى المشاهدة لكن بعد مثل هذه المدقة من التقسيم المنتهي إلى مثل الشعيرة، فنقول: عين هذا المعنى جار في الكيل أيضاً؛ فإن وجه الاعتبار به ليس إلا أحد أمرين:

إما كونه عبرة وطريقاً إلى الوزن الخاص، فيكون اعتباره من باب اعتبار الوزن، وإما إجراء التقسيم المذكور في الوزن في نفس الكيل بأن نعتبر القصة منقسمة إلى نصفين قصعة متساويين والنصف إلى فئتين والفئتان إلى الاستكانين والاستكان إلى ضعفي ما يقال له بالفارسية «انگشتانه».

نعم قد يتخلف الكيل عن الوزن لكن مقدار التخلف قليل يتسامح به إلا أن يكون الجنس مما لا يتسامح به بهذا المقدار، فليس عدم اعتبار الكيل حينئذ إلا مثل عدم اعتبار الميزان المعد للمنّ والمئين في بعض الأشياء التي لا يتسامح فيها بالمقدار المتخلف من هذا الميزان، فكما يعتبر فيه الميزان الثقالي يعتبر في الأول الوزن في قبال الكيل.

ومن هنا يعرف أنه لا عبرة بخصوص الوزن المتعارف والكيل المتعارف بل يجوز الاكتفاء بما يصنعه ويخترعانه من الوزن والكيل لكن بالشرط الذي ذكرنا من انتهاء الأمر بالانقسامات العديدة إلى قسمين متساويين إلى الجزء الصغير من الوزن والكيل، فيجوز لهما اختراع الوزن من العدسة على خلاف ما تعارف من اختراعه من الشعيرة.

فإن قلت: إطلاق قولنا: المكيل والموزون يجب فيهما الكيل والوزن منصرف إلى المتعارف فما ذكرت من المخترع والمصنوع خارج عن مفاد الأخبار.

قلت: لا فائدة في هذا الانصراف بعد ما ادّعينا من أن الحكم وارد مورد مقام آخر وأن الحصر إضافي بمعنى أنها في مقام نفي المشاهدة ومثل البيع بالتقابل في الميزان، وأما التقدير الخاص من بين التقادير فليس في الأخبار تعرض للنفي والإثبات فيه، وذلك لأن اعتبار الكيل والوزن من باب المفروغية عند المخاطبين في موارد الأخبار المتقدمة ومواردها كانت بحيث لولا الكيل كانت المعاملة جزافية، فالمفروغية إنما هي في مقام أصل اعتبار التقدير في مقابل عدمه، ولا يكفي انصراف الكيل في هذا المقام كما هو واضح.

والحاصل: أن اعتبار الزائد على تقدير المالية بالنحو المتعارف في العرف - أعني: بانتهاء الأمر إلى الأشياء الصغار المشاهدة بالانقسامات العديدة إلى قسمين متساويين بحيث كان عدد تلك الأشياء الصغار مضبوطاً معلوماً - غير معلوم من الأخبار، فبقى العمومات سليمة عن المخصص فيكفي كل من الكيل والوزن في مقام الآخر سواء المتعارف أم المصنوع المستحدث، هذا.

وقد فصل شيخنا المرتضى - قدس سره - في المقام بعد ما قسم محل الكلام إلى أربعة أقسام: الأول: جعل الكيل أمانة على الوزن، والثاني: جعل الوزن أمانة على الكيل، والثالث: جعل الكيل أصلاً برأسه في مقام الوزن، والرابع: جعل الوزن كذلك في مقام الكيل، فاختار الجواز في الأولين والأخير دون الثالث.

أما الجواز في الأولين فلأن التفاوت المحتمل إما مما يتسامح به وإما لا يتسامح به، فعلى الأول لم يخرج عن مدلول الأخبار، إذ التقدير بالوزن أو بالكيل قد تحقق غاية الأمر بطريقة واحدة منهما للآخر كما لو أخبر من يعلم باخباره، وعلى الثاني فكذلك أيضاً، لأن التفاوت وإن لم يكن يسيراً لكن احتمال موهوم لا يعتنيه العقلاء؛ لأن الفرض كون كل أمانة عرفية على وجود الآخر، فهذا أيضاً غير خارج

عن تقدير الموزون بالوزن والمكيل بالكيل، غاية الأمرين إحراز الأمر بالطريق الحجة العقلانية نظير إخبار البيّنة أو إخبار البائع، فعلم أنّه مع الجمود على مفاد الأخبار من اعتبار التقدير بخصوص الوزن في الموزون وبخصوص الكيل في المكيل أيضاً مقتضى القاعدة هو الحكم بصحة كلا القسمين.

نعم ربّما يتوهم منافاة التقرير في خبر الجوز حيث أناط السائل جواز كيل المعدود بعنوان الطريقيّة للعدّ بعدم الاستطاعة ومقتضاه عدم الجواز مع الاستطاعة وقد قرره الإمام -عليه السلام- لكن عرفت الخدشة في هذا التقرير فراجع.

وأما الجواز في الأخير فعلّله -قدس سرّه- بأنّ الوزن أضبط من الكيل وهو أصل الكيل في المكيلات ولا عكس، وأما عدم الجواز في الثالث، فلاّته داخل في المجازفة، إذ لم يفد في الموزون معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة نظير تقدير الموزون بالصخرة المشاهدة أو معاملة مثل الأعاجم بالوزن المرسوم عند أهل العراق من الحقّة والرطل والوزنة، فإنّ مجرد ذكر أحد هذه العناوين على الموزون وجعله في الميزان ووضع صخرة مجهولة المقدار معلومة الاسم في مقابله لا يوجب للجاهل معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة، هذا محصّل ما ذكره -قدس سرّه الشريف-.

قال شيخنا الأستاذ -دام أيام أبحاثه المفيدة- : أما ما ذكره في القسمين الأوّلين ففي غاية المتانة، أمّا ما أفاده في القسمين الآخرين فمحلّ نظر؛ وذلك لأنّ قياسه الكيل بالمشاهدة لعلّه مبنيّ على أن يكون المراد جعل مكيال غير معلوم المقدار في مقام الوزن أصالة، ولكنّه غير المراد، بل المراد أن يكون المكيال مورثاً لمعرفة مقدار المكيل كما يستكشف مقدار الأشياء الأخر بالمقادير الأخر؛ فإنّ طريق المعرفة في سائر المقامات هو العلم بأنّ الصخرة أو الكيل ينتهي إلى أيّ

عدد من الحمصة مثلاً أو إلى أي عدد من الوعاء الصغير في غاية الصغارة، فالمقصود استعمال الكيل المعروف مقداره بهذا الطريق في مقام الوزن، ومن الواضح عدم شباهته بالصخرة المشاهدة المجهولة؛ إذ مقدار مائتي الحنطة المكيلة بهذا الكيل مثلاً يعلم أنه ماذا ولا يعلم مع الوزن بالصخرة المجهولة كما هو واضح.

وحينئذ فنقول: لا يخلو الأمر إما يستكشف من الأخبار اعتبار عدم المجازفة أو يستفاد منها خصوص الكيل في المكيل والوزن في الموزون بناءً على منع ما ذكرناه سابقاً، وتسليم الإطلاق للأخبار وعدم كونها في مقام الحصر الإضافي، فإن قلنا بالأول فاللازم الكفاية في كل من القسمين لما ذكرنا من رفع المجازفة، وإن قلنا بالثاني فاللازم أيضاً عدم الفرق بينهما بعدم الكفاية، فإن اضطبيّة الوزن لا يوجب صحّة أخذه في مقام الكيل مع كون المستفاد من الدليل اعتبار خصوص الكيل، فلا يعلم لما أفاده - قدس سرّه - من الفرق وجه على كلا المبنيين.

بقي الكلام بناءً على تسليم وجود الدليل على اعتبار الكيل في كل مكيل والوزن في كل موزون في أنّ المعيار أي عصر وأي بلد عند اختلاف الأعصار والبلدان في شيء من هذه الجهة، ويجري هذا في مسألة حرمة الربا فلمّا أيضاً معلّقة على المكيل والموزون.

واعلم أنّ المنسوب إلى الأصحاب - رضوان الله عليهم - أنّ المعتبر في الكيل والوزن ما كان في عهد النبي ﷺ إذا علم ذلك، وإن تغير، وإن لم يعلم فعادة البلدان في وقت البيع، فإن اختلفت فلكلّ بلدة حكمها، هذا ما نسب إليهم، فإن ثبت اتفاق فهو وإلاّ فللخدشة مجال واسع، لأنّ عنوان ما يكال ويوزن الواقع في أدلة البابين لا يخلو الحال فيه إمّا يجعل معرّفاً إلى الأشياء الخاصّة وإمّا عنواناً،

وعلى الثاني أيضاً إمّا يراد به المكيل بقول مطلق المتوقف صدقه على توافق البلاد أو جلّها على الكيل أو المكيل في الجملة، فيوجب الكيل في البلد الواحد جريان الحكمين، أعني: عدم صحّة الجزاف وعدم جواز التفاضل في معاملة المتجانسين منه في جميع البلاد إذ يختلف الحال بحسب كلّ بلد نظير عنوان (المتعارف) وعدم إمكان استفادة الترتيب المذكور بين المراتب الثلاث من العبارة في شيء من هذه التقادير في غاية الوضوح.

وحينئذ فعمومات ﴿أوفوا بالعقود﴾ و ﴿تجارة عن تراض﴾ ونحوهما هي المحكّم في مورد الشكّ مضافاً إلى أصالة عدم كونه مكيلاً في عهد النبي ﷺ.

لا يقال: إذا فرض أنّ العمومات قد خصّصت بما كان مكيلاً أو موزوناً في عهد النبي ﷺ فمورد الشكّ شبهة مصداقية لتلك العمومات. لأنّا نقول: نعم ولكنّ المخصّص لتي، فإنّ الإجماع لم ينعقد إلّا على المضمون لا [على] صدور هذا اللفظ عن المعصوم -عليه السلام- مع أنّه على الثاني أيضاً يمكن استكشاف حال المصداق بأصالة العموم؛ فإنّه من المحتمل أن يكون المتكلّم في قوله: ﴿أوفوا بالعقود﴾ الغير الغرريّة لاحظ جميع الأفراد المتحقّقة إلى يوم القيامة فلم نعر فيها على شيء كان مصداقاً لعنوان المخصّص، أعني: ما كان في عهد النبي ﷺ لعزّة وجوده مقدّراً ثمّ صار في ما بعد لكثرة الوجود يكتفي في رفع غرره بالعدّ أو المشاهدة.

لا يقال: نعم ولكن لنا علم إجمالي بثبوت المخالفة بين الاعصار المتأخّرة وعصر النبي ﷺ في تلك الأشياء المختلفة في البلاد المختلفة ومقتضاه الاحتياط بمراعاة التقدير.

لأنّا نقول أولاً: نمنع هذا العلم، لأنّه على فرض كون العبرة ببلد النبي ﷺ

ولم يعلم إرادته من المجمعين بل الظاهر إرادتهم عصره ويكون لكل بلد من البلاد المختلفة في عصره حكم نفسه، وثانياً: سلّمنا ولكن لما كان طرف هذا العلم غير محلّ للابتلاء لأنّ متعلّقه التكليف المردّد بين المكلفين فكلّ منهما يتمسّك بأصل البراءة في حقّ نفسه، وثالثاً: سلّمنا عدم جريان أصالة البراءة لا عقلاً ولا نقلاً، ولكن أصالة العموم لا مانع من الأخذ بها في مثل هذا المورد ممّا علم بالتخصيص إمّا في المورد المبتلى به أو في مورد آخر غير مرتبط بالإنسان، نظير ما إذا علم العبد بورود التخصيص إمّا على عام صادر من مولاه وإمّا على عام صادر من المولى في الهند بالنسبة إلى عبده، وكذلك لو قال طيب: اشرب الدواء الفلاني وعلمنا بأنّه إمّا كذب في هذا الإخبار أو فيما أخبر به زوجته من الإخبار الأخر، وبالجمله لا يسقط العام بمجرّد طرور هذه الجهة عن قابليّة المحاجة والاحتجاج، هذا.

ولكن يمكن الخدشة بأنّ العمومات غير مبنية على إعمال علم الغيب حتّى يمكن التمسّك بها في الشبهة المصداقية، ويمكن أن يقال: إنّ عنوان معقد الإجماع، أعني: ما يكال في عهد النبي ﷺ مضافاً إلى احتمال كونه إشارة يحتمل على تقدير العنوانية كونه أمانة بمعنى أنّ الشارع رأى بملاحظة تطابق الأزمان والأعصار في عزّة الوجود وكثرته في الأجناس الماليّة كون عصره ﷺ أمانة على سائر الأعصار فحكم بأنّ ما يكال في عهده فهو ميزان رفع الغرر إلى يوم القيامة، وعلى هذا لا تخصيص أصلاً.

ولكن لازم هذا رفع اليد عن الإجماع عند العلم بمخالفة عصر مع ذلك العصر لانكشاف خطأ الأمانة، وهو غير مراد المجمعين ظاهراً، فالظاهر كون العنوان على وجه الأصالة ولازمه التخصيص فيكون مواقع الشك ممّا شكّ في انطباق عنوان المخصّص عليه، وقد عرفت عدم إمكان التمسّك بالعمومات فيه

أيضاً، اللهم إلا أن يتشبَّث بالأصل المنقَّح للموضوع، أعني: أصل عدم كون الجنس مكيلاً في عهده عليه السلام ولكنه مبني على كون قيد في عهده قيداً للمحمول، وإن كان ظرفاً للنسبة فلا مجرى له؛ لعدم الحالة السابقة بالنسبة إلى ما هو موضوع الأثر وهو مفاد كان الناقصة.

إلا أن يقال: إنَّ الأصل عدم تحقُّق قضية «هذا مكيل» في ذلك العهد ويقال: إنَّ هذا العقد غير غرريّ بواسطة تقدير المالية بما يتعارف فيه من العدّ أو المشاهدة بالوجدان وموجب الفساد وهو كونه مكيلاً في ذلك العهد غير متحقّق بالأصل، وليس إحراز حال هذا المال وأنه غير مكيل في العهد المذكور دخیلاً حتّى يكون الأصل مثبتاً بالنسبة إليه، ثمّ لو فرض الخدشة في هذا الأصل كان المرجع لا محالة أصالة الفساد دون الصّحة، لكون الشبهة حكميّة، إلا أن نمنع كشف الإجماع بواسطة التعليل الواقع في كلماتهم أو يقال: إنّه منعقد على الأشياء الخاصّة لا العنوان.

مسألة

لو أخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه على المشهور وعبرة التذكرة مشعرة بالاتفاق عليه. إعلم أنّ الكلام هنا في مقامين: أحدهما: في كون إخبار البائع طريقاً عرفياً أو شرعياً ولو لم يكن بناء. والثاني: في أنّ البناء على المقدار الفلاني كاف في رفع الغرر أو لا ولو لم يكن إخبار.

أمّا الأوّل: فأما العرفي فالمتيقّن من بناء أهل العرف هو الاعتماد على قول ذي اليد في ما يتعلّق بما تحت يده في ما لم يكن مظنة الكذب نظير الإخبار بطهارة الطفل ونحوه، وأمّا مثل المقام ممّا يتعارف فيه المدافّة، ودواعي الكذب فيه موجودة فالبناء غير محرز لو لم يحرز خلافه، وأمّا الشرعي فقد عرفت نفي الاعتبار من

صحيحة الحلبي، بل يمكن استفادة عدم فائدة في البناء أيضاً كما هو المقام الثاني بناءً على ظهور مقام إخبار البائع بوقوع المعاملة مبنية على المقدار المخبر به، هذا .

ويشهد لهذا المضمون، أعني: عدم طريقيّة نفس الإخبار من حيث هو الإخبار الآخر، فإنّ قوله في رواية الكرّ والكرّين: «إذا ائتمنتك فلا بأس» وقوله في مرسله ابن بكير: «إمّا أن تأخذ كلّ بتصديقه، وإمّا أن تكيله كلّ» ظاهرهما الاعتماد على المؤتمنة في الأوّل وعلى الاطمئنان الموجب للتصديق في الثاني.

وأما الثاني: فلم يعلم وجه لكون التباي مع الجهل رافعاً للغرر، لا يقال حيث إنّ الشرط يوجب تخلفه الخيار فلا غرر، لأنّا نقول: صحّة الشرط الموجبة للخيار عند التخلف موقوفة على اجتماع نفس العقد شرائط الصحّة التي منها الغرر، ومن هنا يعلم سراية الإشكال في باب الأوصاف لو لم يحصل الاطمئنان من توصيف البائع، إلّا أن يقال: الخيار عرفي لا شرعي وهو موجب لرفع الغرر، ولكنّه أيضاً مدفوع بأنّه قد مرّ في باب اشتراط القدرة على التسليم أنّه بحسب العرف أيضاً يكون لكلّ من المتعاقدين حبس العوض إلى أن يسلم صاحبه المعوّض ومعه لا غرر، ومع ذلك لا يكتفون بهذا، فلهذا قلنا إنّ ملاك الغرر عدم الاطمئنان بنيل المقصد ولو مع الأمن عن الضرر وهذا موجود في المقام.

ثمّ في كلّ مورد حكمنا بالصحّة فلو تبيّن الخلاف لا إشكال في ثبوت الخيار ولكن هل هذا الخيار خيار تخلف الوصف أو تخلف الجزء؟ مبنى الأوّل أنّ المبيع هذا الشيء وكونه بمقدار كذا من قبيل كون الفرس عربياً فيكون من تخلف الوصف فإمّا يفسخ وإمّا يمضي بتمام الثمن، ومبنى الثاني أنّ المبيع هذا المقدّر بكذا بنحو التقييد، والإشارة ملغاة فحاله حال هذا الفرس لو بان كتاباً، ولكنّ الفرق أنّ التخلف هناك يوجب البطلان ولا يوجبه هنا، لأنّ الكتاب ليس بشيء

من الفرس ولكنّ الخمسة أمان نصف للعشرة فينتج خيار التبعض.

ولا يبعد قوة الثاني بملاحظة أنّ قوام النظر في باب البيع كما يكون بالجنس مثل الحنطية والشعيرية كذلك بما يحدّد مقدار المالية، فلا فرق بين الإتيان في صورة الإنشاء بصورة الشرط والوصف أم بصورة الموضوع، فعلى كلّ حال له سمت الموضوعية لبّاً لكن نتيجة تبعض الصفقة اشتراك الخيار في صورة النقيصة بين المشتري و البائع، وعدم اختصاصه بالأول لاشتراك التبعض بينهما وعدمه رأساً من شيء من الطرفين في صورة الزيادة، فإنّ المبيع عشرة أمان بعشرة دنابر مثلاً فإذا ظهر أحد عشر فلا بدّ من ردّ المنّ الواحد ولا تبعض للمبيع كما هو واضح، فما يظهر منهم في هذا الباب من اختصاص الخيار في الأول بالمشتري وفي الثاني بالبائع يظهر كونه مبنياً على جعل المقام من تخلف الوصف ولكنه مناف مع بيانهم في باب الشروط على جعل المقام من تخلف الجزء.

مسألة

قال في الشرائع: يجوز بيع الثوب والأرض مع المشاهدة وإن لم يمسخا، ولو مسحا كان أحوط لتفاوت الغرض في ذلك وتعدّر إدراكه بالمشاهدة، وعن التذكرة: لو باع مختلف الأجزاء مع المشاهدة صحّ كالثوب والدار والغنم إجماعاً، وعن التحرير التصريح بجواز بيع قطع الغنم وإن لم يعلم عددها.

واستشكل شيخنا المرتضى - قدس سرّه - بثبوت الغر غالباً مع جهل أذرع الثوب وعدد قطع الغنم، نعم ربّما يتفق تعارف عدد خاص في أذرع بعض طاقات الكرابيس، لكنّ الاعتماد على هذا من حيث كونه طريقاً إلى عدد الأذرع نظير إخبار البائع، وبالجمله المعيار هنا دفع الغر الشخصي، إذ لم يرد هنا نصّ

بالتقدير ليحتمل إناطة الحكم به ولو لم يكن غرر كما استظهرناه في المكيل والموزون.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة - : يمكن أن يكون المراد بكفاية المشاهدة الإيجاب الجزئي يعني منع مراعاة رفع الغرر، فإنه كما يرتفع بتعيين عدد الأذرع في الثوب كذلك يرتفع بالعلم بوفائه لقبائين مثلاً لا أزيد ولا أنقص ولو مع تردد ذرعه بين الزائد والناقص، وكذا في الأرض كما يرتفع الغرر بتعيين المساحة يرتفع أيضاً بتعيين أنها وافية لزراعة من من الحنطة مثلاً لا أزيد ولا أنقص ولو مع تردد المساحة بين الزائد والناقص، وكذا في قطع الغنم كما يرتفع بتعيين العدد يرتفع بالعلم بأن ما يحويه المحوطة الخاصة يكفي لطعام أي عدد من النفوس ولو مع تردده بين الزائد والناقص، وهذا نظير ما قلنا في المكيل والموزون من إمكان رفع الغرر بغير طريق أحد التقديرين، غاية الأمر منعنا منه فيها النصوص الخاصة، والمفروض انتفاؤها في المقام، فإن كان المقصود إثبات عدم لزوم التقدير في ما ذكر في قبال المكيل والموزون كان حقاً، وإن كان المقصود الإيجاب الكلي فمن الواضح ورود الإشكال عليه.

مسألة

بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء كصاع من صبرة مجتمعة الصيعان أو متفرقتها أو ذراع من كرباس أو عبد من عبيدين وشبه ذلك يتصور على وجوه:
الأول: أن يريد بذلك البعض كسراً واقعياً من الجملة مقدراً بذلك العنوان، فيريد بالصاع مثلاً من صبرة بكون عشرة أصوع عشرها ومن عبد من عبيدين نصفهما، ولا إشكال في صحة ذلك ولا في كون المبيع مشاعاً في الجملة، ولا فرق بين اختلاف

العبدین فی القيمة وعدمه، ولا بین العلم بعدد صیعان الصبرة وعدمه؛ لأنّ الکسر مقدّر بالصاع فلا یعتبر العلم بنسبته إلى المجموع، نعم لو اختلفت قيمة الصیعان ولم نعلم نسبة الجید إلى الرديّ یلزم الغرر، فیهیعتبر فی هذه الصورة العلم بهذه النسبة ولو لم یعلم العدد.

الثاني: أن یراد به بعض مردّد بین ما یمکن صدقه علیه من الأفراد المتصورة فی المجموع نظیر تردّد الفرد المنتشر بین الأفراد وهذا یتّضح فی صاع من الصیعان المتفرقة، ولا إشکال فی بطلان ذلك مع اختلاف المصادیق فی القيمة کالعبدین المختلفین، لأنّه غرر لأنّ المشتري لا یعلم بما یحصل فی یده، وهذا مبنيّ علی أنّ الجهل فی مقام الوفاء یوجب الغرر وإلّا فلا جهل فی مرحلة الإنشاء؛ لأنّ متعلّقه أحد الشیئین المعلومین وهو معنی مبهم غیر معین، ولكن حیث لا یعلم أنّ هذا المعنی علی أيّ الشیئین یطبّق یحصل الغرر من هذه الجهة، فالغرر هنا مثل الغرر فی مورد الجهل بالقدرّة علی التسليم.

وأما مع اتّفاقها فی القيمة كما فی الصیعان المتفرقة فالمشهور أيضاً كما عن كلام بعض المنع، بل عن الریاض نسبه إلى الأصحاب، وعن المحقّق الأردبیلی - قدس سرّه - أيضاً نسبة المنع عن بیع ذراع من کرباس مشاهد من غیر تعین أحد طرفیه إلى الأصحاب.

واستدلّ علی المنع بوجوه کلّها مخدوشة، الأول: بالجهالة التي یبطل معها البیع إجماعاً، وفيه - بعد تسليم الكبرى - ما عرفت من منع الصغرى وأنّ المقام من باب الإبهام واللاتعیینة الواقیة ولا ربط له بالجهالة.

الثاني: بأنّ الإبهام فی البیع مبطل له لا من حیث الجهالة، وفيه: أنّ الكبرى ممنوعة؛ إذ لا نسلّم كون الإبهام ولو مع قطع النظر عن الغرر یوجب الفساد.

الثالث: بلزوم الغرر، وفيه: أنه لا خطر أصلاً في بيع أحد العبدین المتساويين من جميع الجهات، كيف ولو كان هذا غرراً لكان كذلك على فرض إرادة الكلّي في المعين، فما وجه الفرق بين المقامين كما يظهر منهم؟

الرابع: بأن الملك صفة وجودية محتاج إلى محلّ تقوم به كسائر الصفات الموجودة في الخارج، وأحدهما على سبيل البدل أمر انتزاعيّ من أمرين معيّنين وليس له واقع في الخارج حتّى يقبل الاتّصاف بالصفات مثل السواد والحموضة ومنها الملكية، فلا يقبل الاتّصاف بها أيضاً مثل سائر الصفات.

وفيه: أولاً: أنّ هذا المعنى بعينه موجود في الكسر المشاع، إذ ليس لعنوان النصف المشاع في الجملة واقع في الخارج، بل ليس إلّا انتزاعاً ذهنيّاً، وما في الخارج ليس إلّا الأجزاء المعيّنة الغير الساري إلى غيرها، والمشاع ما كان ساريّاً في الكلّ فلا وجه للفرق بين المقامين.

وثانياً: أنّ أمر الملك أوسع من الصفات الوجودية المتأصلة كالحموضة والسواد بل وكذا من الأمور الاعتبارية.

توضيح ذلك: أنّ الأعراض حسب ما قسمها أهل المعقول منحصرة في ثلاثة لا رابع لها، الأول: أن يكون ظرف العرض والاتّصاف هو الخارج كالسواد والحموضة، والثاني: أن يكون ظرفها الذهن كالكلية للإنسان، والثالث: أن يكون ظرف العروض هو الذهن وظرف الاتّصاف هو الخارج كالفوقية والابوة، وهذا الأخير يسمّى بالأمور الاعتبارية، والأول بالأمور المتأصلة. فعلم أنّ كلاً من الأمور المتأصلة والاعتبارية يعتبر كون المتّصف بها والمعرض لها أمراً خارجيّاً، فلو لم يكن شيء خارجيّ فلا سواد ولا فوقية ولا أبوة ولا عبودية إلى غير ذلك من الاعتبارات. وأمّا الملك فقد يكون المتّصف به أمراً خارجيّاً كملك الأعيان

الخارجية، وحيث حاله حال الأمور الاعتبارية ويكون المتصف به صورة ذهنية حاكية عن الخارج كملك الكلبي في الذمة حيث إنه لا يتعلق ملكه بشيء من الأفراد الخارجية، وليس هذا من قبيل القسم الوسط أعني كلية الإنسان مثلاً وإلا لم يستحق أمراً خارجياً، فليس إلا أن العرف يتخيلون للكلبي وجوداً خارجياً ويرتبون على هذا الوجود التخيلي أثر الواقعي من الملكية، والشارع أيضاً لم يردعهم.

وعلى كل حال هذا المعنى في المقام متحقق كما في المشاع، إلا أن يفرق بأن ملك المشاع يعتبره العرف ولكن لا يعتبرون ملك الأحد البدلي ولكنه منقوض بباب الوصية حيث صرحوا بصحة الوصية بأحد الشئيين بل أحد الشخصين ونحوهما، هذا.

وقد ينكر وجود هذا القسم وأنه راجع إلى القسم الأخير أعني الكلبي، وذلك لأن مفهوم الأحد المقيّد بالخصوصيات لا يصير جزئياً، ولا يسقط عن قابلية الانطباق، ولكنه مدفوع بما في الأصول من أن هذا المفهوم الحاكي لا شك في كونه كلياً، لكن المحكي به جزئي، ولهذا لو وضع لفظاً بإزاء الجزئي الداخل تحت الإنسان مثلاً كان الموضوع خاصاً مع أن عنوان الجزئي الداخل تحت الإنسان كلي، وسره أن المحكي خاص وجزئي، وأما قابلية التطبيق فلا يلائم الكلية؛ لأن ما يلائمها هو كون القابلية لأجل وجود السعة في ذات المعنى حتى يقبل الاحتواء على كثيرين، وأما في المقام فليس في المعنى سعة؛ لأنه ينطبق على الممتاز وما كان كذلك لا يقبل أن يحتوي على الممتازين، نعم يمكن صدقه على كل منهما على نحو التبادل وهو غير الكلية بل جزئية مرددة، وأما عدم وجود هذا المعنى بل عدم إمكان تحققه في الخارج فلا ينافي صحة اعتباره في الذهن، كما أن الكسر المشاع لا

وجود له في الخارج بوصف الإشاعة مع أنّ له اعتباراً منشأً للآثار.

فالإنصاف عدم دليل معتبر على المنع فالدليل هو الإجماع لو ثبت، وقد عرفت من غير واحد نسبته إلى الأصحاب إلّا أن يوهن بوجود التعليقات في كلماتهم الموجب لاحتمال استنادهم إلى أمثالها.

الثالث: من وجوه بيع البعض من الكل أن يكون المبيع طبيعة كليّة منحصرة المصاديق في الأفراد المتصورة في تلك الجملة بمعنى أنّ المبيع هو الذي يصير محمولاً في قولك: هذا الصاع صاع من هذه الصبرة، فكما أنّ المحمول مغاير لا محالة مع الموضوع - لا بمعنى أنّ الحمل بلحاظ المفهومين لعدم اتّحادهما بل المحمول هو مفهوم صاع هذه الصبرة بلحاظ الوجود الخارجي فلهذا لا يسري عرض المحموليّة منه إلى ما يتّحد معه من الخاص أعني الموضوع - كذلك وقع هذا المعروض للمحموليّة في ملاحظة تعريته عن هذا الخاص وذاك الخاص معروضاً للملكيّة بلحاظ الوجود الخارجي.

ففي الحقيقة المعروض هو الصورة الذهنيّة لكن بلحاظ حكايتها عن الخارج، وللطبيعة في الخارج واقعيّة، غاية الأمر لا بوصف الجامعيّة والانطباق وليس هو في الخارج عين الشخص وإن كانا متّحدين وجوداً، ولهذا قد يستند الأمر إلى نفس الطبيعة من دون دخالة للخصوصيّة، مثلاً الحرارة من أثر جامع النار من غير مدخليّة الهيئة الخاصّة وسائر التشخصات الموجودة في النار الشخصية في التأثير أصلاً فما هو الموضوع للأثر صار موضوعاً للملكيّة هنا.

لا يقال: فعلى هذا يكون الحال في الكلّي في الذمّة أيضاً كذلك فلا وجه لتعلّقه بالذهن، وبالجملة لا بدّ إمّا من القول بأنّ المقام أيضاً من قبيل ذلك فيكون الملك ثابتاً في الذمّة غير مرتبط بالخارج، وذلك لأنّ قيد كونه في دائرة هذه الأفراد الخاصّة لا يخرجّه عن الكلّيّة، غاية الأمر يصير كليّاً أضيق، وإمّا من القول

بالعكس فما وجه الفرق؟

لأننا نقول: الفرق بعد اشتراك المقامين في أخذ الطبيعة المعرّاة عن الخصوصية مع قيد الوجود الخارجي موضوعاً أنّ الوجود المأخوذ في المقام حقّ الوجود وواقع الوجود، وأمّا في ذلك المقام فقد نزل كون عهدة البائع معرضاً للخروج منه وقابلاً للاستيفاء عنه بمنزلة الوجود التحقيقي كما نعتبر عمل الأجير مع كونه موجوداً في المستقبل بملاحظة وجود معدّاته وهو قابلية الفاعل لاستيفاء العمل منه موجوداً فعلياً فيعتبر المالمية فيه ويبدل بإزائه المال، ثمّ الفرق بين هذا وبين النكرة هو الفرق بين الطبيعة المقيّدة بالوحدة والموجودة في هذه الدائرة بما هو هو وبالحمل الأولي وبين ما هو مصداق لهذه الطبيعة ويحمل عليه بالحمل الشائع.

ثمّ الظاهر صحّة بيع الكلّي بهذا المعنى كما عن صريح جماعة منهم الشيخ والشهيدان والمحقّق الثاني وغيرهم بل استظهر شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - عدم الخلاف فيه، وأمّا ما أورد من لزوم الإبهام والغرر فقد عرفت منعه في النكرة، لأنّ الكلام هنا في ما إذا كان الأفراد متساوية في الأوصاف وإن كان ربّما يتوهم من عبارة شيخنا - حيث فُرق في النكرة بين صورة التساوي والاختلاف وسوى بينهما في الإشاعة وسكت هنا - أنّه عمّم الحكم بالصحّة هنا في الصورتين لكنّه على خلاف الواقع، فإنّ مقصوده الحكم من حيث الكلية في قبالة النكرة بعد الفراغ من جهات أخرى، ألا ترى أنّه يعتبر تساويها في الجنس، فلو باع الكلّي بين صاع حنطة وصاع بطيخ لا يصحّ، فإنّ الكلّي وإن كان معلوماً لكن بحسب مقام التسليم يلزم الغرر، فكذلك الحال في الأوصاف المختلفة باختلافها القيمة بلا فرق، وأمّا عدم معهوديّة ملكيّة الكلّي بهذا المعنى فممنقوض بباب الوصيّة والإصداق.

مسألة

لو باع صاعاً من صبرة ولم يكن في اللفظ ما يعيّن أحد الاحتمالات الثلاثة وكان الأمر دائراً بين أحد الوجهين الصحيحين أعني الإشاعة والكلي فهل ينزل على الإشاعة أو على الكلي؟ الظاهر الثاني، لأصالة الإطلاق، فإنّ إرادة الكلي لا يحتاج إلى مؤنة أزيد من الطبيعة والوحدة والوجود، وغيره يحتاج إلى هذا وزيادة قيد الإشاعة، فالمتعيّن الحمل على الأوّل عند عدم القرينة الصارفة.

ثم إنّ شيخنا المرتضى - قدس سرّه الشريف - ذكر ثمرة الوجهين أموراً: أحدها: كون اختيار التعيين بيد البائع بناءً على الكلي، فليس للمشتري اقتراح الخصوصية على البائع، لأنّه إنّما ملكه الطبيعة بملاحظة عرائثها عن كلّ من هذا الخاص وذاك الخاص فيبقى الخاصان في ملكه، فمطالبة المشتري لكلّ من الخاصين مطالبة بغير حقّ، وأمّا على الإشاعة فلا اختيار لأحدهما، لحصول الشركة فتحتاج القسمة إلى التراضي.

ثانيها: أنّه لو تلف بعض الجملة وبقي مصداق الطبيعة انحصر حقّ المشتري فيه، لأنّ الطبيعة لا تنعدم إلّا بانعدام جميع الأفراد، والتالف وإن كان قابلاً لمصداقية تلك الطبيعة المملوكة إلّا أنّه لم يصّر ملكاً فعليّاً للمشتري بل كان كذلك للبائع، وبعد التلف خرج عن قابلية التطبيق فانحصر الفرد القابل في الثاني فيتعين فيه قهراً، وهذا بناءً على الكلي لا الإشاعة، ولكنه ما دام لم يعيّن البائع حقّ المشتري في التالف قبل تلفه ممّا لا إشكال فيه.

وأما لو عيّن ولم يقبضه المشتري ثمّ تلف فهل التلف صار وارداً على ملك المشتري أو لا؟ المسألة مبنية على أنّ من ملك كلياً على أحد فلا إشكال أنّ اختيار

التعيين بيد المملوك عليه، ولكن هل يشترط قبض المالك الجديد في تشخص ذلك الكلّي في ضمن الفرد الخاص أو أنّه بمحض تعيين البائع وعزله ذلك الخاص يتشخص الكلّي فيه؟ صريح شيخنا المرتضى اعتبار القبض فيكون في المثال حقّ المشتري متعيّناً في الباقي.

ولكن شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته - رجّح عدم الاعتبار نظراً إلى أنّ ملك الكلّي قد حصل بالإيجاب والقبول، وهذا الذي يعيّنه البائع أيضاً مصداق لذلك الكلّي، فهو عند إقباضه وقبل حصول القبض إنّما يوقع الدفع والإقباض على مال الغير فيصدق عليه أنّه مشغول بدفع مال الغير إليه لا أنّه مشغول بتصيير المال مالاً للغير، والقابض أيضاً يوقع القبض على مال نفسه لا أنّه يوقعه على مال الغير وفي الرتبة المتأخّرة يصير مالاً لنفسه.

وحلّ المقام أنّ وجه عدم حقّ اقتراح الخصوصية للمشتري كونها متعلّق حقّ للبائع، فإذا فرض رفعه اليد عن حقّه، والمفروض أنّ المقتضي بالنسبة إلى الكلّي المنطبق عليه متحقّق، فهذا موجب لتعيين هذا الفرد من بين سائر الأفراد ملكاً للمشتري لحصول العلّة التامّة بالنسبة إليه دون الباقي. ولهذا نقول بتعيين الفرع قهراً عند انحصار الفرد فيه وتلف غيره فإنّه حينئذ لا حاجة فيه إلى تعيين وإقباض قطعاً، ووجهه أنّ حقّ البائع ساقط عن هذه الخصوصية فينطبق الكلّي عليه قهراً، وعلى هذا فيكون في المثال حقّ المشتري متعيّناً في التالف فيصير من أفراد التلف قبل القبض.

ويؤيد هذا أيضاً أنّه لو باع صاعاً لمشتري آخر بعد ما باع صاعاً للمشتري الأوّل وأقبض صاع المشتري قبل إقباض المشتري الأوّل فتلف الجميع إلّا ما أقبضه للمشتري الثاني فعلى القول بأنّه ليس للبائع تعيين الكلّي لأبداً من القول

برجوع المشتري الأول إلى الثاني، ولا أظن أن يلتزموا به، فإذا لم يكن له الرجوع إليه فمعناه جواز أن يعين حقه في الباقي مع عدم حضوره وإطلاعه وقبضه؛ فإنه لو لم يجوز له ذلك فليس له أيضاً ما يستلزم التعيين وهو النقل إلى المشتري الثاني.

وعلى كل حال فاللازم التعرض لحكم هذه المسألة مع قطع النظر عن حكم التعيين، فنقول: لو باع صاعاً من شخص آخر بعد ما باع صاعاً من المشتري الأول فتلف إلا صاعاً واحداً فهل هو للمشتري الأول أو له وللثاني بالاشتراك؟ وجه الثاني أنه كان قبل التلف قابلاً لتطبيق كل من الكلين عليه ولم يحدث ما يوجب تغيير هذه القابلية عنه.

ولكن الحق - كما قاله شيخنا المرتضى وشيخنا الأستاذ - هو الأول، ووجهه أن الصاع المبيع هو الطبيعة باعتبار صرف الوجود، والطبيعة بهذا الاعتبار كما لا يمكن تعلق الطليين به كذلك لا يمكن تعلق المالكين به، فكما أنه لو تعلق طلب بالطبيعة بهذا الاعتبار ثم تعلق طلب مستقل غير تأكيد الأول بها أيضاً لابد من إرجاع الثاني إلى الوجود الزائد على صرف الوجود، كذلك في المقام أيضاً إذا تعلق ملك المشتري الأول بصرف الوجود، فالذي يبقى للمالك من الصبرة المشتملة على عشرة صاع مثلاً تسعة صيعان كلية معنونة بعنوان الزائد على صرف وجود الصاع الواحد. وحيث أنه فالتلف إذا ورد يرد على الزائد دون صرف الوجود، ولهذا نقول في باب الخمس بورود التلف على الربح دون رأس المال.

وعلى هذا فإذا باع البائع صاعاً كلياً من المشتري الثاني أيضاً فهو إنما نقل من تلك الصيعان المعنونة بعنوان الثاني بعد صرف الوجود، فإذا ورد التلف على الجميع إلا واحداً تعين فيه صرف الوجود ويصير التالف هو الزائد عليه الذي يكون ملك المشتري الثاني فيه فينتفي ملكه كملك البائع بانتفاء الموضوع بخلاف

المشتري الأول.

ولازم هذا أنه ليس للبائع تسليم صاع المشتري الثاني قبل تعيين صاع الأول؛ لأنه إنَّما ملك الصاع المعنون بعنوان الآخر وهذا الذي دفعه إليه ليس صاعاً آخر، لفرض عدم تعيين صاع الأول، نعم لو كان من قصده ولو إجمالاً الأداء من الباقي كان هذا تعييناً لحق الأول في الباقي فيتصف المدفوع بالآخرية، وأمّا لو لم يكن من قصده الأداء أصلاً عصياناً فهذا الذي يدفعه إلى الثاني صاع أول لا صاع آخر لعدم تعقل تقدّم الوجود الآخر على الوجود الأول.

ثم إنَّ شيخنا المرتضى - قدس سرّه - قال في هذا المقام: إنَّه إن أقبض البائع مجموع الصبرة ليكون بعضه وفاء وبعضه أمانة حصلت الشركة لحصول ماله في يده وعدم توقّعه على تعيين وإقباض حتى يخرج التالف عن قابلية تملك المشتري له فعلاً وينحصر حقه في الثاني، فحينئذ حساب التالف على البائع دون المشتري ترجيح بلا مرجّح فيحسب عليهما.

والحاصل: أن كلّ جزء معيّن قبل الإقباض قابل لكونه كلاً أو بعضاً ملكاً فعلياً للمشتري، والملك الفعلي له حينئذ هو الكلّي الساري، فالتالف المعيّن غير قابل لكون جزءه محسوباً على المشتري؛ لأنّ تملكه لمعيّن موقوف على اختيار البائع وإقباضه، فيحسب على البائع بخلاف التالف بعد الإقباض فإنّ تملك المشتري لمقدار منه حاصل فعلاً لتحقق الإقباض، فنسبة كلّ جزء معيّن من الجملة إلى كلّ من البائع والمشتري على حدّ سواء، انتهى كلامه - زيد في علوّ مقامه - .

وحاصله: أنّه يتبدّل ملكه إلى النكرة، فصاع واحد نكرة ملك المشتري وتسعة صيعان نكرات ملك البائع، فالتالف لا وجه لترجيح كونه بتمامه من أحد

المالكين دون الآخر فلا بدّ من التوزيع، هذا.

ولكنك خير بأن مقتضى ما ذكرنا من وجه تقدّم البائع برجوع التلف إليه وأنه مالك للصاع الآخر الزائد على عنوان صرف الوجود أن لا يتغيّر الحال بعد قبض المجموع أيضاً، فإنه وإن كان يتعيّن الكلّي في ضمن خصوصيّة ما، إلاّ أنّه مع وصف كونه صرف الوجود وكون ملك البائع زائداً عليه، فالنكرة المملوكة للمشتري من النكرة المنطبق عليها صرف الوجود، والنكرة المملوكة للبائع هو النكرة المنطبق عليها ثاني الوجود، فاللازم أيضاً تقديم البائع بالتلف.

ومن هنا يتّضح الحال في بيع النكرة بناءً على عدم تسليم الإجماع على بطلانه فهو في هذه النتيجة متحد مع الكلّي، هذا، بل يمكن منع كونه نكرة بل هو باق على كليته كما كان قبل القبض.

وتحقيق المقام أنّ بيع الصاع على وجه الكلّي يتصوّر على ثلاثة وجوه، الأول: أن يكون المبيع صرف الوجود الخارق للعدم الذي يتوقّف فناؤه على فناء تمام صيعان الصبرة، وعلى هذا فتأمّل ما تقدّم من الكلام جارٍ، وإن شئت التوضيح للمقام فلاحظ التاجر بمأتين إذا ربح مائتين وصار ما عنده أربعمائة ثمّ تلف مائتان فهل التلف وارد على رأس ماله أو على خصوص الربح؟ لا شبهة في تعيين الثاني عندهم، والمقام نظير ذلك فإنّ ما به قوام العشرة الصيعان مثلاً هو الصاع الواحد الذي يصدق عليه صرف الوجود الخارق للعدم.

الثاني: أن يكون المبيع معنوياً بما زاد على هذا الواحد الذي به القوام وهو ما يكون به قوام التسعة الصيعان أو تمام التسعة، وعلى هذا يكون الحال على عكس ما تقدّم فلو تلف إلاّ واحداً كان للبائع.

الثالث: أن يكون المبيع هو الصاع الملحوظ في عرض سائر الصيعان، وعلى

هذا يشتركان في التالف والباقي لعدم لزوم الترجيح بلا مرجح، وعلى كل واحد من هذه الوجوه لا فرق بين ما قبل القبض وبين ما بعد قبض تمام الصبرة فالمبيع يكون على حاله الذي كان قبل القبض، نعم فائدة هذا القبض عدم انفساخ البيع بتلف تمام الصبرة بعده، هذا.

وعلى ما ذكرنا يسهل الأمر في مسألة الاستثناء التي حكموا فيها بتوزيع التلف على المالكين حيث حكموا بأنه لو باع ثمرة شجرات واستثنى أرطالاً معلومة فخاست الثمرة يسقط من المستثنى بحسابه، فإنه يقال: إن القضية وإن كانت بحسب الصورة والإرادة الاستعمالية ظاهرة في تعلق الحكم بالجميع أولاً ثم إخراج المستثنى عن تحت الحكم فيكون الحكم ثابتاً على ما زاد على المستثنى وما بقي بعد إخراجهم وإفرازه، ولكن الظاهر عرفاً في مقام كشف المراد الجدّي عرضيّة الأمرين أعني إيراد الإثبات في المستثنى منه والنفي في المستثنى أو بالعكس في عرض واحد.

فلو قال: أكرم العلماء إلا زيدا فأهنه، يعلم من هذا الكلام أنه طالب لإكرام ما سوى زيد وطالب لتوهينه في عرض واحد، لا أنه تعلق طلبه أولاً على من عدا زيد ثم بتوهين زيد، فكذلك نقول في المقام إذا قال: بعثك تمام هذه الصبرة إلا صاعاً، فليس الظاهر منه إلا التشقيق بين الصيعان في عرض واحد، فحكم بإخراج تسعة وإبقاء واحد على ملك نفسه لا أنه باع التسعة بعنوان كونها الباقي بعد الصاع والزائد عليه حتى يكون التلف وارداً على ما زاد على الصاع الباقي على ملكه.

فإن قلت: في ما إذا باع صاعاً من الصبرة أيضاً يكون الظاهر هو التشقيق وإخراج الواحد وإبقاء غيره، فما وجه التفكيك بالتوزيع في مسألة الاستثناء

واختصاص التلف بالبائع في مسألة البيع.

قلت: الذي نجزم به إنّها هو استظهار العرضيّة في مسألة الاستثناء، وأمّا مسألة البيع فنحن لا ندعي في مقام الاستظهار شيئاً وإنّما قلنا إنّ في مقام الثبوت ثلاثة تصوّرات.

وحاصل ما قلنا إنّ صرف وجود الصاع الواحد الموجود في ما بين العشرة أصوع باق ما دام واحد من العشرة باقياً، فلو فرض أنّ لوجود هذا الواحد في الدار مثلاً خاصيّة طبيعيّة بحيث كان التسعة الأخر زيادة في تأثير ذلك الأثر فهذه الخاصيّة مرتّبة ما دام من العشرة واحد موجوداً في الدار، وهذا الواحد نسبته إلى كلّ من العشرة على نسق واحد، يعني كلّ منها على فرض وحدته وعدم انضمام ما عداه يترتب عليه تلك الخاصيّة وإن كان في حال وجود الكلّ في الدار يقوم الواحد الصرف بتمام الأفراد العشرة.

لا يقال: فعلى هذا يكون الكلّ صرف الوجود، وبعبارة أخرى الكلّ خارق العدم الأزلي ففرض كون واحد من تلك الأحاد خارقاً دون ما عداه لا وجه له. نعم مع التعاقب في الوجود يتعيّن الخارق في الأوّل ولكنّ المفروض عدم التعارف وكونها موجودة في الدار دفعة، ألا ترى أنّه لو طلب موليّان من عبيدين لهما إتيان صرف وجود الرجل الواحد فأتى كلّ عبد برجل واحد من رجال الدنيا الذين يقوم صرف الوجود بهم في ذلك الوقت كان كلّ من الطرفين صحيحاً وكلّ من العبيدين آتياً بصرف الوجود.

لأنّا نقول: لا إشكال في ما فرضنا من المثال لتوضيح المقام، في كون الزيادة على الصاع الواحد لغواً صرفاً بلا تأثير أصلاً، فالمؤثّر في ذلك المثال واحد لا يقبل التكرار وغير المؤثّر ما زاد عليه، وأمّا وجه عدم الانطباق على الكلّ أنّ الكلّي لم

يوجد بعنوان الحنطة مثلاً بل بعنوان الصاع والصبرة كما أنّها مشتملة على الصاع تكون مشتملة على الزيادة أيضاً بلا شبهة فتنام الصبرة صاع وزيادة لا أنّها صاع فقط نظير ما إذا أدخل في الدار الانسان والبقر دفعة .

ثمّ هذا ما دام تمام الصيعان في الدار، فإذا أخرج الجميع فلنا تعيين الصرف في كلّ منها بإدخاله في الدار.

فنقول: افرض مقام المؤثر مملوك المشتري ومقام غير المؤثر مملوك البائع، فلهذا يطول ملك المشتري بطول العشرة وينقضي ملك البائع بانقضاء التسعة كما هو الحال في المؤثر وغير المؤثر في المثال، وبهذا يتضح حال ما عرفت من اعتبار تعيين مال المشتري الأول قبل الثاني في مقام الأداء، فإنّه لو فرض في المثال خاصيّة طبيعيّة لوجود الصاع الزائد على الواحد الصرف في الدار بقيد الزيادة فاخرجت من تلك الدار فادخل واحد فيها لا يمكن ترتّب هذه الخاصيّة على هذا الداخل وإنّما المترتب عليه خاصيّة صرف الوجود، وخاصيّة الوجود الزائد تتأخّر إلى ادخال الصاع الثاني.

وكلمات شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - بعضها يستفاد منه هذا المعنى وهو قوله في ما لو باع مشترياً آخر بعد المشتري الأول وبقي صاع واحد: إنّه كان للأول؛ لأنّ الكلّي المبيع ثانياً إنّما هو سار في مال البائع وهو ما عدا الصاع من الصبرة فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلّي فيه سارياً فقد تلف المبيع الثاني قبل القبض، انتهى.

ولكن تعليله حساب التالف على البائع دون المشتري بعدم قابليّة التالف للملكيّة المشتري بخلاف التالف بعد الاقباض، فإنّ تملك المشتري لمقدار منه حاصل فعلاً ينافي هذا المعنى، فإنّ مقتضاه التعليل بعدم كون التالف في

كلا الصورتين مصداقاً لعنوان كلّي المشتري أعني خارق العدم، وانطباق عنوان كلّي البائع عليه أعني ما زاد على الخارق.

ومتّما ينطبق من كلامه على هذا المعنى أيضاً قوله في أواخر كلامه في جواب إن قلت حيث يورد على نفسه بأنّ مال البائع بعد بيع الصاع ليس جزئياً حقيقياً متشخصاً في الخارج، فيكون كلّياً كنفس الصاع، فيجيب بقوله: قلت نعم ولكن ملكيّة البائع له ليس بعنوان كلّي حتّى يبقى ما بقي ذلك العنوان إلى آخر ما ذكره فراجع كلامه.

ومقصوده - قدّس سرّه - أنّ ملك البائع يصير بإخراج صاع المشتري كلّياً قهراً يعني أنّه لما أخرج الصاع الواحد الكلّي فصار غيره معنوّناً بالزائد على الصرف، وهذا بخلاف مسألة الاستثناء؛ فإنّ المالكين ملحوظان معاً، فاللازم هو الاشتراك.

وأما وجه ما ذكره من صيرورة ملك البائع كلّياً أنّه لا يتصوّر أن يكون تمام الجزئيات ملكاً له مع خروج صاع واحد عن ملكه، فكما إذا قال المتكلّم: رأيت العشرة إلّا واحداً فلا محالة رأى التسعة، فكذا في المقام لا يبقى ملكيّة على جميع الأشخاص الخاصّة بحالها، ألا ترى أنّ المأمور بإتيان واحد من عشرة رجال بنحو الكلّي لا يبقى على حاله قبل الأمر من التوسعة والمختارّة بالنسبة إلى إتيان كلّ من العشرة وعدمه؟

والمحصّل أنّ الحنطة مثلاً وإن كان يصدق على تمام العشرة أصوع ولكنها مقدّرة بقدر الصاع لا يصدق على الكلّ لا محالة، فالصبرة مشتملة على الصاع وزيادة، فالمنتقل إلى المشتري مقدار الصاع والباقي للبائع ما زاد عليه، فالكلية الطارئة على ملك البائع تتبع إخراج كلّي المشتري، إلّا أنّه اعتبر كلّ من الملكين

كَلِيًّا كما في مسألة الاستثناء، هذا حاصل ما استفدناه من شيخنا الأستاذ - أدام الله أَيَّامَ إِفَادَاتِهِ - مع بعض توضيح من نفسي الحقيرة، وقد نقل هو - دام ظله - ذلك أيضاً عن مجلس بحث سيِّده الأستاذ - طاب ثراه -.

ثمَّ إنَّ شيخنا المرتضى - قدَّس سرّه - ذكر توجيهين لفرق العلماء - رضوان الله عليهم - بين المقامين، أحدهما: وهو الثاني في كلامه ما أشرنا إليه من كون كلٍّ من المالين معتبراً وملحوظاً كليته في عرض الآخر في تلك المسألة دون المقام، فعلى هذا يحصل الإشاعة والاشتراك من أوَّل الأمر.

والثاني: أن يكون بناؤهم على الإشاعة من حين التلف السماوي مع عدمه قبل التلف، فالمسألتان مشتركتان في التنزيل على الكلِّي دون المشاع، ولكنَّ الفرق من حيث بعض الثمرات وهو كون التلف محسوباً عليهما، ويشعر وينبئ عن إراداتهم ذلك أعني عدم الإشاعة من الأوَّل فتوى جماعة منهم بأنَّه لو فرط المشتري وجب أداء المستثنى من الباقي، ولو كان مشاعاً لم يختص ذلك بصورة التفريط، بل الحكم ضمَّانه مطلقاً لعدم جواز تصرف أحد الشريكين في المال المشترك بدون إذن الآخر.

ويؤيِّد هذا أيضاً استمرار السيرة في صورة الاستثناء على استقلال المشتري في التصرف وعدم المعاملة مع البائع معاملة الشركاء، ثمَّ قال - قدَّس سرّه -: لا يحضرني وجه واضح لهذا الفرق إلَّا دعوى أنَّ المتبادر من الكلِّي المستثنى هو الكلِّي الشائع في ما يسلم للمشتري لا مطلق الموجود وقت البيع، انتهى كلامه - رفع في الخلد مقامه -.

قال شيخنا الأستاذ - دام أَيَّامَ إِفَادَاتِهِ العالِية -: يحتمل كلامه وجهين، الأوَّل: أنَّ مقدار تمام الثمرة حيث يكون معلوماً بالتخمين كما لو عيَّن بمائة رطل

فاستثناء عشرة أرتال مثلاً ينصرف إلى استثناء العُشر لا بنحو الكسر المشاع بل بنحو الكلّي في المعيّن، ومن المعلوم أنّ العشر كلّما ينتفي من الثمرة شيء يصير مضيق الدائرة فهو من المائة عشرة ومن الخمسين خمسة وهكذا، وهذا إذا أُضيف إلى ما يسلم للمشتري لا إلى الموجود وقت البيع.

الثاني: أن يكون نفس مقدار العشرة أرتال بها هو هذا المقدار مستثنى لا بإرجاعه إلى العشرة مثلاً، ولكن تقييده بها يسلم بمنزلة الاشتراط لورود التلف عليه بحسابه، هذا.

وقد وقع من بعض الأساطين المحشّين لهذا المقام في توجيه كلام الشيخ ما هو خلاف صريح مراده فراجع كلامه - أعلى الله مقامه - عفى الله عن الزلل في القول والعمل.

فرعان

الأول: على المشهور من المنع في النكرة، لو اتّفقا على أنّها أرادا غير شائع لم يصحّ البيع لاتفاقهما على بطلانه، ولو اختلفا فادّعى المشتري الإشاعة فيصحّ البيع وقال البائع أردت معيّناً، ففي التذكرة الأقرب قبول قول المشتري عملاً بأصالة الصّحة وأصالة عدم التعيين، واستحسنه شيخنا المرتضى - قدس سرّه - لو لم يتسأل على صيغة ظاهرة في أحد المعيّنين، وأمّا معه فالمنع هو الظاهر، وأصالة الصّحة لا تصرف الظواهر، قال: وأمّا أصالة عدم التعيين فلم تحققها، انتهى.

أمّا وجه عدم صرف أصالة الصّحة للظاهر فلأنّه إمّا من قبيل الأصل المحكوم أو المورد للظاهر، وإمّا من قبيل الأمانة ولكن نحو أماريّة الاستصحاب عند بعض من اختصاص أماريّته بما إذا لم يكن أمانة أخرى، والظاهر أماريّته

مطلقة، فهما من قبيل المقتضيين التعليقي والتنجيزي المعلوم تقدّم التنجيزي، وأما وجه عدم تحقق أصالة عدم التعيين فلما سيجيئ إن شاء الله تعالى في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

لو لم يبق من الصبرة إلا صاع وادّعى المشتري إرادة الكلّي ليكون مالاً لتمام الصاع، والبائع إرادة المشاع ليكونا شريكين فيه، فقد يقال بموافقة قول المشتري للأصل؛ لأنّ ملاحظة مهمة الصاع معلومة وجداناً والشكّ في انضمام خصوصيّة زائدة وهي الإشاعة والأصل يقتضي عدم انضمامها.

والحقّ أن يقال: إن كان في البين لفظ وكان الشكّ في اتّصال القيد وعدمه فبناء العقلاء استقرّ على المعاملة معه معاملة العدم ويحززون به حال المهمة، وأنها محدودة بحدّ الإطلاق في ذهن المتكلّم فيحكمون في المقام بملكيّة الصاع بتمامه للمشتري، وفي ما إذا قال المولى: اعتق الرقبة، وشكّ في قيد المؤمنة لسراية الوجوب إلى الكافرة.

وأما إذا لم يكن في البين لفظ أصلاً أو كان ولم يحرز شيء منه أصلاً ففي باب التكاليف وإن اخترنا البراءة عملاً بمعنى أنّ العبد ليس عليه بمقتضى عبوديته سوى التحرك بتحريك إرادة مولاه على مقدار العلم وإن كان شاكاً في تعلّق أمر مولاه بالمطلق أو بالمقيّد ولا يحرز بأصل أحد الحدين، ولكن في هذا الباب نقول بأنّه لا يمكن تعيين محلّ الوضع وأنّه قائم بالمطلق أم بالمقيّد، والإطلاق وإن كان عبارة عن عدم اللحاظ لا لحاظ العدم، ولكن مع ذلك لا يكفي استصحاب عدم اللحاظ الأزلي في الحكم على الموجود من لحاظ المهمة بأنّه محدود بهذا الحدّ العدمي؛ لوضوح ثبوت الأثر للمهمة المحدودة لا لوجودها وعدم القيد ولو منحازين.

وبالجملة منشأ انتزاع وصف الإطلاق وإن كان نفس الذات وعدم القيد ولكن انتزاعه مختصّ بما إذا احرز الأمران وجداناً لا إذا احرز أحدهما تعبدّاً والحكم بسراية التكليف إلى جميع الأفراد، وتملكية الصاع للمشتري في المقام فرع إحراز المنتزع أعني وصف الإطلاق. هذا، وقد يقال بموافقة قول البائع للأصل نظراً إلى أنّ شخص الصاع كان ملكه قبل البيع فالأصل بقاءه بعده على ما كان، وفيه: أنّه معارض مع أصالة بقاء ملك المشتري كلّي الصاع الموجود في يد البائع، وعلى هذا فالمسألة من باب التداعي ظاهراً.

بقي الكلام في أقسام بيع الصبرة التي أنهاها في الروضة تبعاً للمحكّي عن حواشي الشهيد - قدس سرهما - إلى عشرة؛ لأنها إمّا تكون معلومة المقدار وإمّا مجهولة، فإن كانت معلومة صحّ بيعها أجمع وبيع جزء منها مشاع وبيع مقدار كصاع يشتمل الصبرة عليه وبيعها كلّ صاع بدرهم لا يبيع كلّ صاع منها بدرهم.

فرعان

الأول: لو اختلفا في التغير فادّعاه المشتري فهل يقدّم قوله أو قول البائع؟
قد يقال بمطابقة قول البائع للأصل، وذلك لاستصحاب ملكه الثمن بعد فسخ المشتري، نعم عمومات اللزوم لا يفيد لكون التمسك بها بالنسبة إلى المقام تمسكاً بالعام في الشبهة المصداقية.

وقد يعارض هذا بأن اليد تشهد للمشتري بأنه مالك ما في يده من الثمن، فإننا لو رأينا المعاملة قد وقعت بين زيد وعمرو ثم رأينا المشتري يعامل مع ما جعله في تلك المعاملة ثمناً لمعاملة ملك نفسه يجوز لنا الشراء منه أو البيع منه بذلك الثمن لأنّ يده تشهد بأنه عاد إلى ملكه بوجه صحيح.

فحينئذ نقول في المقام: من المحتمل تحقّق التغير في المبيع وحدوث حقّ الخيار للمشتري وكان المفروض أنّه فسخ أول حين إطلاعه حتى لا ينافي مع فورويّة خياره، وعلى هذا التقدير يكون الثمن في يده ملكاً له، فاليد معيّن لهذا الاحتمال، لأنّه أمانة والفرض انحصار المحتمل في هذا وعدم تحقّق سبب آخر للعود إلى المشتري فيكون حاكماً على أصل عدم تحقّق التغير لو كان جارياً وكذا على استصحاب الملك.

لا يقال: نعم ولكن لنا أن نستصحب عنوان اليد؛ لأنّها كانت قبل الفسخ يد أمانة فالأصل بقاؤها على ما كانت فلا شهادة فيها على الملك.

لأننا نقول: كلاً، كيف ونفس اليد مصدق لدعوى صاحبها أنه المالك ونحن أيضاً نحتمل صدقه، ووجه عدم الاعتناء في السابق من جهة العلم بالأمانة حيث لا أمانة في ظرف العلم بالخلاف، وإذا ارتفع العلم فلا مانع من الأخذ بالأمانة، ولهذا لو علمنا بأن ما في يد زيد غصب ثم مضى زمان واحتملنا أنه كان انتقل إليه من المالك بوجه صحيح شرعي وهو كان مدّعياً لذلك فیده تصدّقه ويموز لنا الشراء منه، نعم لا يجري هذا في حق من كان من شأنه السرقة، لحصول الإطمئنان بعدم زوال الغصبة عمّا في يده، هذا.

ولكن يمكن رفع المعارضة بأن أمارية اليد مسلمة ولكن لا تنفع في صيرورة المشتري منكرًا، لأنهم صرّحوا بأن ذا اليد إذا أقرّ بسبب اليد وكان السبب هو الانتقال من الطرف إليه انقلب مدّعياً وطرفه منكرًا، ومقامنا من هذا القبيل؛ لأن المشتري يدعي أن يده مستند إلى الانفساخ الموجب لانتقال الثمن من البائع إليه والبائع ينكر تحقق أسباب الانتقال.

اللهم إلا أن يقال: بناء على ما ادّعاه العلامة في التذكرة من الإجماع على عدم وجوب تسليم الثمن والمثمن في مدة الخيار وإن تسلّم الآخر أن الشك في انقطاع سلطنة المشتري عن الثمن وعدمه، والأصل يقتضي عدم الانقطاع، والحاصل أن سلطنة المشتري كانت بنحو الملكية قبل الشراء ثابتة ونشك في ثبوتها له بعده ولو بنحو آخر غير بنحو الملكية، فلنا استصحاب الجامع بين النحويين بناءً على صحة استصحاب الجامع في القسم الثالث من أقسامه كما هو المقرر في محله، ولكنه مدفوع بالأصل الجاري في سبب الخيار كما يأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

وقد يعارض أيضاً بأن الأصل عدم علم المشتري بالمبيع على هذا الوصف، وفيه: أن الخيار وال لزوم ليسا من آثار العلم وعدمه بل من آثار التقييد بالكتابة مع

التخلف وعدم التقيد أو التقييد بعدم الكتابة وهما وإن كانا ملازمين عرفاً مع العلم بالكتابة والعلم بعدمها، ولكن الأثر لا يترتب إلاّ عليهما لا على العلمين، نعم أثر العلم أنّه رافع الغرر وهو مقطوع الحصول بأحد الأمرين من العلم أو البناء على ما مرّ من كفاية كلّ منهما في رفعه، مع أنّ ترتّب الرفع على أحد الأمرين أيضاً عقليّ، وبالجمله فلم أتعلّق لأصالة عدم علم المشتري محصلاً.

قال شيخنا المرتضى - قدّس سرّه الشريف - ما حاصله: أنّه يمكن بناء المسألة على أنّ بناء المتعاقدين على الأوصاف المشاهدة بل هو من قبيل الاشتراط، وحال الأوصاف حال الشروط المدرجة في ضمن العقد حتّى يرجع دعوى المشتري إلى حصول اشتراط زائد على أصل العقد الواقع على العين متعلّق بكتابتها أو سمنها مثلاً، فالأصل عدم تحقّق تلك الزيادة في هذا المال، فالأصل يكون مع البائع، أو أنّه من قبيل التقييد وحال الأوصاف حال القيود المأخوذة في المعقود عليه، فالدعوى راجعة إلى أنّه هل وقع على هذا العبد مع وصف عدم كتابته عقد أو لا، والمشتري يدّعي عدم الوقوع فالأصل معه فرجّح الوجه الثاني، إذ ليس هنا عقد على العين والتزام آخر بوصف كونها كاتباً مثلاً بل الواقع عقد واحد على المقيّد.

وحينئذ فأصالة عدم وقوع العقد على هذا العبد الغير الكاتب جارية وأثرها عدم وجوب دفع الثمن على المشتري بإزائه، فإنّ هذا الوجوب فرع كون ما يدفعه البائع خارجاً متعلّقاً للعقد وبعبارة أخرى فرع كون ما ينطبق على ذلك المدفوع أعني العبد الغير الكاتب تحت العقد، وأمّا إذا لم يتّصف بهذا فليس خطاب (ف) وادفع الثمن متوجّهاً إلى المشتري.

ودعوى معارضة هذا الأصل بأصالة عدم وقوع ما لا ينطبق على هذا

المدفوع أعني العبد الكاتب تحت العقد بالعدم الأزلي. مدفوعة بأنه لا أثر لهذا الأصل؛ فإن وجوب دفع الثمن إنمّا يترتب بضميمة العلم بوقوع العقد إمّا على الكاتب وإمّا على غيره، فإذا انتفى الأول تعيّن الثاني، فصرف عدم وقوع المقيّد تحت العقد لا يكفي في الحكم على المال الموجود الفاقد للكتابة بأن دفعه موجب للزوم دفع مقابله من الثمن.

والحاصل أنّ هنا أصليين، أحدهما: أصالة عدم تقييد متعلّق هذا العقد الواقع بقيد الكتابة وهذا من أثره على تقدير الجريان وجوب الوفاء، ولكن لا يجري لعدم الحالة السابقة، والآخر: أصالة عدم وقوع العقد على المقيّد بالكتابة بالعدم الأزلي، وهذا وإن كان جاريّاً لوجود الحالة السابقة ولكن لا أثر له، لأنّ الأثر لوقوع هذا الغير الكاتب متعلّق العقد، فهذا نظير الأصليين في الماء المخلوق دفعة المشكوك كرتّه، فإنّه تارة يقال: الأصل عدم وجود الكرّ في هذا المكان فهذا جار لوجود الحالة السابقة، ولكن لا ينفع بحال هذا الماء الموجود ولا يثبت كونه غير كرّ، وأخرى يقال: الأصل عدم كون هذا الماء كرّاً، وهذا نافع على تقدير الجريان لكن لا يجري، لعدم الحالة السابقة.

ومّا ذكرنا يظهر فساد التمسك بأصالة اللزوم حيث إنّ المبيع ملك المشتري والثمن ملك البائع إتفاقاً، وإنمّا اختلافهما في تسلّط المشتري على الفسخ فينفي ما تقدّم من قاعدة اللزوم، توضيح الفساد أنّ الشكّ في اللزوم وعدمه من حيث الشكّ في متعلّق العقد، فإنّا نقول: الأصل عدم تعلّق العقد بهذا الموجود حتّى يثبت اللزوم وهو حاكم على أصالة اللزوم.

قال شيخنا لأستاذ - دامت أيام إفاضاته العالية -: تقريب مراده - قدّس سرّه - أن يقال: إنّنا لا نتعرّض بحال العقد الواقع أنّه خياريّ أو لازم لا يقبل

الحلّ، فإنّ إثبات كلّ منهما يحتاج إلى الوساطة ولا يكفيه مجرد عدم وقوع العقد على المقيّد بالكتابة بالعدم الأزلي، فإنّه كان في الأزل ولم يكن معه لزوم ولا جواز، فلا بدّ من إثبات أنّ العقد الواقع على المقيّد بالكتابة حتّى يثبت الجواز، فيرد عليه عين ما ذكره على المعارض من أنّ الأصول العدميّة لا يثبت الأضداد في مواردّها، فالمراد مجرد عدم وجوب الوفاء من ناحية العقد الواقع على العبد اللاكاتب، فإنّ وجوب الوفاء يحتاج إلى موضوع فبانتفاء الموضوع يصير منتفياً.

وحينئذ أيضاً نحتاج إلى ضمّ ما عن العلامة من عدم لزوم تسليم العوض في مدّة الخيار، فإنّه حينئذ يحتمل أن لا تنقطع سلسلة عدم لزوم الوفاء من الأزل إلى حال إجراء الأصل لا قبل العقد ولا بعده، قبل الفسخ وبعده، أمّا قبل العقد فلعدم الموضوع، وأمّا بعده قبل الفسخ فلاحتمال وجود الخيار، وأمّا بعده وبعده الفسخ فلاحتمال انتقال الملك إليه، هذا حاصل تقريب الأصل الذي أفاد جريانه في طرف المشتري.

وأما الأصل المعارض له الذي نفاه في جانب البائع فمجمّل الكلام فيه أنّ محلّ الخدشة في جريانه أحد أمرين لا ثالث لهما، الأوّل: أن يقال: نفي العقد على المقيّد بالكتابة بنحو الكلّي بالعدم الأزلي من غير تطبيق على العقد الشخصي لا أثر له أصلاً نظير أصالة عدم وجود الكرّ في المكان الخاص حيث لا أثر له إلّا في مورد النذر، والأثر إنّما هو لكون الماء الخاص كرّاً أو غير كرّ.

والثاني: أن يقال: إنّ ذو أثر ولكن الأثر الذي يثبت له لا ينافي الأثر الجائي من قبل الأصل الأوّل بل هما قابلان للاجتماع.

وحاصل الكلام في الأوّل أنّ المنشأ في جانب وجود الخيار أمران، الأوّل وجود التقيّد في العقد بالكتابة، والثاني انتفاء الكتابة في العبد المدفوع، وبعبارة

أخرى مجرد عدم مطابقة المدفوع للمعقود عليه لا يوجب الخيار ؛ ضرورة تحقّقه في الأمة عند العقد على العبد مع عدم الخيار بل البطلان، فالذي يوجب الخيار أن يكون هنا قدر مشترك محفوظ عرفاً بحيث يعدّونه نفس المبيع وأنّ المتخلف بعض صفاته ويكون وجه الخيار حينئذ أخذ الصفة في متعلّق العقد على وجه المدخلة.

وإن شئت قلت: إنّ أثر هذا التقييد أنّ تخلفه يوجب الخيار نظير أنّ الخمر شربه حرام، وحينئذ نقول: إنّ في جانب نفي الخيار يكفي انعدام أحد الأمرين فإذا ثبت بالأصل أنّ العقد على العبد مقيداً بالكتابة ما وقع كفى في رفع الخيار.

فإن قلت: لا بدّ في الحكم بانتفاء الخيار من موضوع، قلت: حاله حالة نفي لزوم الوفاء الذي أثبتّم، فكما قلتم لا وجوب وفاء من ناحية العقد على العبد الغير الكاتب من غير تعرّض بحال شخص العقد الواقع، نقول أيضاً: لا حقّ للمشتري في استرداد الثمن من البائع من ناحية العقد والالتزام الواقع على العبد المقيّد بالكتابة من غير تعرّض أيضاً لحال شخص هذا العقد الصادر، هذا حاصل الكلام في الجهة الأولى.

وأما الجهة الثانية: فالظاهر عدم إمكان اجتماع نفس مفادي الأصلين من نفي لزوم الوفاء ونفي جواز الاسترداد في المورد الشخصي وهو الثمن الشخصي في المعاملة الشخصية؛ للقطع بأنّه ملك البائع إمّا لازم الدفع وإمّا حائز الاسترداد، فبقي كلا الأمرين مقطوع الخلاف، وهذا غير الأثرين في الموردين اللذين نقطع بمخالفة أحدهما مع الواقع، فإنّه لا مانع من إجراء الأصلين إذا لم يكن مخالفة عملية قطعية في البين.

وأما ما ذكره - قدّس سرّه - من حكومة الأصل المذكور على استصحاب الملك بعد الفسخ بناءً على كونه المراد من أصالة اللزوم في كلامه - قدّس سرّه -

ففيه: أنّ أصالة عدم وقوع العقد على الفاقد على ما مرّ من تقرّيبه، ويظهر من كلامه - قدّس سرّه - أيضاً لا تعرّض فيه لنفي أو إثبات الخيار وإلّا جرى فيه مثل ما أورده على معارضه من إشكال المثبتة كما مرّ.

وحينئذ فلا وجه للحكومة أصلاً؛ فإنّ الشكّ في بقاء الملك بعد فسخ المشتري مسبّب عن ثبوت حقّ الخيار وعدمه، وفرضنا بقاء الشكّ السببي بعد الأصل المذكور أيضاً بحاله، غاية الأمر أنّ الأصل المذكور يفيد عدم وجوب الوفاء والدفع إلى البائع، والاستصحاب مفيد لبقاء ملك البائع بعد الفسخ فيتنايان ويتعارضان من دون حكومة في البين أصلاً.

وإن كان المراد عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ و ﴿أحلّ الله البيع﴾ و «المؤمنون عند شروطهم»، ففيه: أنّ التمسكّ بها في المقام من باب التمسكّ بالعام في الشبهة المصداقية، وكذا الحال في ما ذكره بعد هذا من عموم حرمة أكل المال إلّا أن تكون ﴿تجارة عن تراضٍ﴾ وعموم «ولا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه»، وعموم «الناس مسلّطون على أموالهم».

وأما ما ذكره في ذيل كلامه من أصليّن آخرين أحدهما أصالة عدم وصول حقّ المشتري إليه، والثاني أصالة عدم انطباق العين الخارجيّة المنتقلة إلى المشتري على متعلّق العقد. ففي الأول منهما أنّه من قبيل استصحاب عدم الغروب عند تحقّق الاستتار وقبل الذهاب حيث لا شكّ في الخارج، وما هو المشكوك من انطباق عنوان الغروب غير ذي أثر، فإنّ عنوان العوض بما هو هذا العنوان وإن كان مشكوك الوصول لكنّ الأثر لوصول ما هو مصداق هذا العنوان وهو مردّد بين مقطوع الوصول ومقطوع العدم.

وكذلك الحال في الثاني؛ فإنّ عنوان متعلّق العقد حاله حال عنوان متعلّق

النذر في كونه مشيراً إلى الأفراد الخارجية، وحال الوفاء بالعقد حال الوفاء بالنذر والمفروض عدم الشك بحسب الخارج.

وأما الثاني: فقد تقدّم أنّ صرف عدم انطباق عين خارجية مع معقود عليه لا يوجب الخيار كما رأيت من مثال الأمة والعقد على العبد، بل المعتبر أمران: وجود عقد اقتضى انتقال أصل محفوظ عند العرف، وتخلّف وصف اخذ في ذلك العقد قيّداً، فلا بدّ في طرف الخيار من وجود عقد مفروغ الوجود وتحقّق التخلّف في هذا الموضوع المفروغ عنه، فالمحتاج إلى الوجودي هو الخيار، فباستصحاب عدم هذا الوجودي يرتفع الخيار من غير حاجة إلى إثبات موضوع مفروغ عنه، نظير ما إذا رتب الأثر على قضية إن كان زيد قائماً؛ فإنّه يصحّ استصحاب عدم هذا المجموع عند الشكّ في وجود هذا المجموع.

نعم لا يثبت بالأصل المذكور وجوب الوفاء ودفع الثمن، ولكن لا نحتاج إليه ويكفي إثبات عدم ثبوت خيار استرداد الثمن من البائع وإدخاله في ملك نفسه، ولا نحتاج أيضاً إلى تعليق هذا المحمول العدمي أعني الاختيارية على الموضوع الخاص من العقد الخارجي، بل نقول: الأصل عدم وقوع العقد على العبد مقيّداً بالكتابة مع حصول التخلّف، فلا فسخ في الثمن، فيكون معارضاً مع أصالة عدم وقوع العقد على المقيّد بالكتابة؛ لأنّ مقتضاها عدم وجوب الوفاء وجواز الإمساك، ومقتضى الأوّل عدم جواز الفسخ وهما متنافيان.

هذا على تقدير تسليم ما نقل عن العلامة في باب الخيار وإلا سقط الأصل الثاني عن الأثر ويبقى الأوّل بلا معارض، ووجه السقوط ما مرّ من أنّ مجرد عدم وقوع العقد على العبد المقيّد بعدم الكتابة لا يفيد عدم وجوب الوفاء، إذ يمكن تحقّق هذا العدم مع وجوب الوفاء بمعنى حرمة الإمساك عند المطالبة كما في المقام

حيث إنّ حرمة الإمساك متحققة على كلا التقديرين، نعم المتحقق على تقدير الخيار جواز الفسخ والاسترداد وهو غير جواز الإمساك مع مطالبة الطرف وتسليمه العوض بدون فسخ ولا إمضاء هذا.

ثمّ إنّّه لم يعلم ما وجه فرقه - قدّس سرّه - في أوّل المسألة بين صورة كون البناء من باب الاشتراط أو من باب التقييد حيث جعل الأوّل من باب الأقلّ والأكثر، والثاني من باب المتباينين، والحال أنّ الأوصاف المرئية مطلقاً وجوديّة كانت أم عدميّة يكون العقد مبنياً عليها، ولهذا يثبت الخيار للبائع في صورة كون الصفة عدميّة مثل عدم الكتابة وتبيّن الوجود، وعلى هذا لا فرق بين الصورتين في حصول التعارض، فالأمر على الأوّل دائر بين اشتراطين وعلى الثاني بين التقييدين لا الاشتراط والعدم والتقييد والإطلاق كما يظهر منه - قدّس سرّه -.

وأيضاً ليس حال الاشتراط إلّا كالوصيف من حيث إنّّه وإن كان سبباً مستقلاًّ بخلاف الوصف لكنّه التزام في التزام، فلا بد من تحقّق الضمنيّة، وليس حال الالتزامين الغير المرتبط أحدهما بالآخر، وإذن فكما لا يصحّ أصالة عدم التوصيف لعدم الحالة السابقة فكذلك أصالة عدم الاشتراط بلا فرق وحاصل جميع ما ذكرنا أنّ الحقّ تقديم قول البائع.

وأما أصالة عدم التغيّر فإن جعلناه أصلاً عقليّاً يوجد بلوازم متعلّقه فهو، ونتيجته أيضاً تقديم قول البائع، وإلّا فهو أصل مثبت لاحتياجه إلى إثبات أنّ العقد وقع على السمين.

الفرع الثاني

لو اتفقا على التغيّر بعد المشاهدة ووقوع العقد على الوصف المشاهد

واختلفا في تقديم التغير على البيع ليثبت الخيار وتأخره عنه على وجه لا يوجب الخيار فللمسألة ثلاث صور، الجهل بكلا التاريخين أعني: تاريخ البيع وتاريخ التغير، والعلم بالأول فقط، والعكس، ففي صورة العلم بتاريخ البيع - كما إذا علم وقوعه أول صبيحة يوم الجمعة، ولكن الغنم الخارجية لم يعلم ما حالها تلك الساعة هل بقيت على سمنها السابق أو عرض الهزال عليها، قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفادته الشريفة -: لا مانع من استصحاب بقاء السمن إلى زمان وقوع البيع فيقال: المبيع هو الغنم بقيد أنها سمينه وجداناً، وهي في حال البيع كانت سمينه بتطبيق الشرع وبحكم الاستصحاب تعبدًا، فقد تحقق كلا جزئي موضوع اللزوم، أحدهما وجداناً والآخر تعبدًا.

لا يقال: موضوع اللزوم عبارة عن اتّصاف العين الخارجية حال العقد على الموصوف حتى ينطبق العقد على الخارج الموصوف وينعقد فيه، فهذا الانطباق والانعقاد لا يثبت بالاستصحاب.

لأننا نقول: لا منشأ لما ذكرت إلّا صدق عنوان الوفاء بالعقد، فإنّ الوفاء بالعقد على الموصوف إنّما يتحقق وضعا إذا انتقل إلى ملك المشتري العين الخارجية المتصفة، وحيث نقول: لا حاجة لنا إلى توسيط عنوان الوفاء، إذ كما قلنا في الوفاء بالنذر بل كلّ عنوان أخذ باعتبار الوجود الساري يكون عبءا إلى الأفراد وموضوع الحكم نفس الأفراد، ولهذا يصحّ استصحاب حياة الولد إذا نذر التصدّق بدرهم ما دام الولد حيّاً، وحيث نقول في المقام: الحكم مرتّب على نفس عنوان انتقال السمين من دون حاجة إلى تطبيق عنوان الوفاء عليه، وإنّ أبيت إلّا وجود الوسطة عقلاً فلا أقلّ من خفائها عرفاً؛ لأنّ العرف يقولون: هذا عالم وكلّ عالم واجب الإكرام فهذا واجب الإكرام.

لا يقال: سلّمنا أنّ الحكم لنفس العناوين الخاصّة لا لما هو الجامع لها من عنوان الوفاء، إمّا بدعوى الغائها عقلاً أو خفائها عرفاً، ولكن انتقال السمين لا شبهة في كونه محتاجاً إليه واستصحاب السمن إلى حال انتقال الذات لإثبات انتقال الموصوف من الأصول المثبتة.

لأنّا نقول: هذا أيضاً تحقّق في الأصول عدم عدّه من تلك الأصول؛ لأنّ حاله حال حرمة الشرب في استصحاب الخمرية، فكما أنّه مفيد لكون شرب هذا المائع شرب الخمر تعبدّاً، لأنّ من آثار كونه خمراً أنّ شربه حرام كشرب الخمر، كذلك هنا أيضاً نقول: أثر العقد على السمين كون إعطاؤه في الملك موجباً للزوم وعدم الخيار، فاستصحاب السمن في الغنم الخارجيّة مع وقوع العقد عليها بوصف السمن كما هو المحرز وجداناً يفيد أنّ انتقال هذه الغنم الخارجيّة بمنزلة انتقال السمين، فكما كان انتقالها ملزماً للعقد فكذا هذه.

هذا كلّ في صورة العلم بتاريخ البيع، وأمّا صورة العلم بتاريخ الهزال فلا وجه لاستصحاب عدم البيع إلى ما بعد الهزال، لأنّه لا يثبت وقوع البيع على المهزول، إلّا أن يقال أثره عدم وجوب الوفاء، وهو نظير أصالة عدم وقوع البيع مقيّداً باللاكتابة في المسألة المتقدّمة، فيجري فيه ما تقدّم هناك من معارضته بأصالة عدم تحقّق موجب الخيار.

وأما صورة الجهل بالتاريخين فعلى مختار شيخنا المرتضى — قدّس سرّه — من جريان الأصل في المجهولي التاريخ وتساقطهما بالتعارض يتعارضان ويتساقطان، وأمّا على مختارنا من عدم الجريان كما حقّق في الأصول فالمرجع أصالة عدم موجب الخيار لولا معارضته بأصالة عدم موجب الزوم، وإلّا فالمرجع أصالة بقاء ملك البائع بعد فسخ المشتري، وقد تقدّم بيان كلّ هذا في ما تقدّم.

ولو وجد المبيع تالفاً بعد القبض في ما يكفي في قبضه التخلية واختلفاً في تقدّم التلف على البيع وتأخره، فقد يتوهم هنا أيضاً أنّ مقتضى استصحاب الوجود إلى حال البيع عند معلومية تاريخه هو الصحة كما كان مقتضى استصحاب السمن في الفرع السابق هو اللزوم ولكنه في غير المحلّ، وجهه أنّ انتقال المعدوم غير معقول على غير وجه قصد تمليك في طرف الوجود ولا قصد تمليك بلحاظ البديل مثلاً أو قيمة، والحكم الظاهري وإن كان في موضوع تعبدي لكن لا بدّ من قابليّة الموضوع التعبدي لقبول الحكم الظاهري، فإنّه من سنخ الحكم الجدّي والبعث الحقيقي فلا بدّ فيه من قابليّة الموضوع، فلو فرض عدم قابليّة الموضوع للبعث والحكم عند كونه تعبدياً كما إذا ترتّب على وجود العالم وجوب تقبيل يده فلا يمكن باستصحاب الوجوب ترتيب أثر تقبيل اليد، فلا محلّ للاستصحاب حينئذ لعدم قابليّة المحلّ للبعث نحو التقبيل، نعم لو فرض القابليّة كما في استصحاب حياة الزوج الموجب على الوكيل الإنفاق على زوجته فلا بأس، لأنّ موضوع البعث حينئذ موجود وهو الوكيل.

فنقول في المقام أيضاً: بعد كون المعدوم غير قابل للنقل والانتقال لا مجرى لاستصحاب الوجود، إذ معناه الحكم الجدّي بالانتقال ولو ظاهراً، والمفروض أنّ المعدوم غير قابل للانتقال أصلاً ولو ظاهراً، نعم يمكن التعبد في الظاهر بوجود الانتقال في المشكوك؛ لأنّ معناه ترتيب أثر الانتقال، وأمّا التعبد بوجود المشكوك ليكون معناه التعبد بانتقاله وانتقال ما يباذله فلا يمكن.

هذا غاية تقريب عدم جريان الاستصحاب، ومثله الكلام في أصل الصحة على تقدير الجريان مع إمكان الخدشة في جريانه مع قطع النظر عمّا ذكرنا نظراً إلى أنّه محتاج إلى إحراز عنوان العمل ثمّ الحكم بصحته بمعنى ترتّب ما يترتب على

العنوان المذكور، وحينئذ فالذي نحرز هنا إنما هو المعنى الإنشائي السببي الذي يكون لغواً صرفاً عند عدم وجود المعقود عليه، ويعدّ عاقده فاعلاً للقيح، وهذا المعنى ليس له إلا أثر تأهلي وهو مع العلم أيضاً غير نافع، إذ يحتاج إلى ضمّ وجود المعقود عليه بل هو مقطوع به لفرض عدم الخلل من سائر الجهات، والذي يكون إجراء الأصل فيه نافعاً وهو النقل المسببي العرفي الذي يحكم بطقه الشرع ليس عنوانه محرزاً حتى يجري فيه أصالة الصحة.

والحاصل: أن نفس المعنى الإنشائي أيضاً ولو مع تفكيكه عن النقل الحقيقي المسببي العرفي مورد للحكم الشرعي بالصحة التأهلية كما في بيع الفضولي قبل لحوق رضى المالك، هذا.

ولكن ما ذكرنا في منع جريان الاستصحاب من عدم قابلية جعل الحكم الظاهري مع انعدام الموضوع في مثل المقام لا يلتزم العلماء به في نظائر المقام، مثلاً استصحاب النجاسة في الشيء إذا كان ملاقي ملاقيه موجوداً دون ملاقيه يكون من آثاره نجاسة ملاقيه ثم نجاسة ملاقي الملاقي، وحيث إنه ليس إخباراً بل إنشاءً من حينه فلا يعقل جعل النجاسة في الشيء المعدوم في الحال، ولازم ما ذكرنا أنه إذا لم يعقل التعبد في الوسطة فلا يجري في ذبها أيضاً وإلا لانفتح باب الأصول المثبتة كما هو واضح، إذ ليس المانع إلا عدم قابلية الوسطة للتعبد مع أنهم لا يلتزمون بعدم الجريان في ذي الوسطة.

وكذا لو وقع عقد على شيئين موجودين وشككنا في واجديته لبعض شروط آخر غير وجود المعقود عليه وكان حال الشك أحد الشيتين معدوماً فإنه لا شبهة عندهم في جريان أصل الصحة مع جريان ما ذكرنا فيه حرفاً بحرف، وإذن فبعد الغض عن أصالة الصحة بملاحظة ما ذكر فيه من الإشكال لا مانع في

استصحاب الوجود إلّا أحد أمرين كلاهما مدفوع.

الأول: أنّ محلّ حكم الشرع بالصحة أو البطلان إنّما هو المعنى المسيبي وإثباته بأصالة الوجود بضميمة إحراز الإنشاء السببي وجداناً من الأصول المثبتة، والثاني: سلّمنا عدم الحاجة إلى واسطة ذلك المعنى ولكن إحراز تقيّد العقد المحرز وجداناً بوجود المعقود عليه بحكم استصحاب وجوده أيضاً من الأصول المثبتة؛ لأنّ المؤثر العقد على الموجود لا العقد على الصورة إذا كان ذوها موجوداً في الخارج.

ويمكن دفع الأول بأنّ باب المعاملات باب الإمضاء، ومعناه حكم الشارع بطبق ما حكمه العرف لا أنّ حكمه في طول حكمهم، وإذن فكما يحكم العرف على الإنشاء المقرون بوجود المعقود عليه بحصول النقل المسيبي عقيب ذلك يساعد هم الشرع ويحكم أيضاً بحصوله عقيب تلك الأسباب والشروط، ومعنى ﴿أحلّ الله البيع﴾ أيضاً ذلك، يعني ما هو بيع عندكم أنا أيضاً منكم في رؤيته بيعاً ومصدّق لكم، وعلى هذا فواسطة النقل العرفي ملغاة في حكم الشرع بل هو وارد على نفس الأسباب كما هي المورد لحكم العرف أيضاً.

ويمكن دفع الثاني أيضاً بأنّ المعتبر في السبب هل هو وجود عقد على العباء مثلاً ووجود العباء أيضاً حال العقد أو أنّ هنا ثلاثة أشياء معتبرة، هذان مع تقيّد العقد أيضاً بالوجود الخارجي بحيث انتزع عنوان العقد عن الموجود الخارجي؟ لا يبعد أن يقال بالأول؛ فإنّنا لا نحتاج إلّا إلى العقد على العباء المعروض للوجود والعدم مع كونه موجوداً أيضاً، وأمّا تعلّق العقد به بوصف الموجوديّة فيمكن منع اعتباره ولزومه.

مسألة

لابدّ من اختبار الطعم واللون والرائحة في ما يختلف قيمته باختلاف ذلك ولا شبهة في ذلك، إنّما الكلام في خصوصيّة الاختبار كما في باب الكيل والوزن بحيث لو ارتفع الغرر الشخصي بغيره أيضاً كان الاختبار لازماً كما في ذلك الباب، تحقيق المقام أن يقال: تارة يفرض الكلام في الصفات الدخيلة في القيمة التي هي زائدة على وصف الصحّة مثل مقدار الطعم والرائحة بعد الفراغ عن صحّة المبيع وعدم معيبيّته وفساده.

وأخرى يفرض في الصفات التي يدور معها وصف الصحّة والسلامة عن العيوب، ومجمل الكلام في القسم الأوّل أن لا إشكال في انحصار طريق رفع الغرر في الاختبار نوعاً وبحسب الغالب وعدم إمكانه بالتوصيف ولا بأصل عقلائي.

أمّا الثاني فلعدم أصل في هذا المقام، وأمّا الأوّل فلعدم اندراج هذه الأوصاف، أعني: مقدار الطعم والريح واللون وكيفيّاتها ونحو ذلك تحت الانضباط، فالطريق منحصر بذوق شيء من جنسه أو شمه أو إبطاره، ولكن هذا كما عرفت أمر غالبي فيمكن اتفاقاً رفع الغرر في بعض المقام بغير اختبار شيء من جنسه بأن يوصف بأمر مباين معه كما إذا كان المبيع شيئاً من غير جنس الدبس ولكن كان شبيهاً به في مقدار الحلاوة، فاشتراط في متن العقد كونه بمثل تلك المرتبة من الحلاوة مع عدم ذوق شيء من جنسه أصلاً، فلو فرض رفع الغرر بذلك فلا دليل على عدم الكفاية وجوب الاختبار بالذوق ونحوه. وأمّا رواية محمد بن العيص فغير دالّة على الوجوب؛ لأنّ الأمر فيها في مقام الخطر، فغايتة جواز الذوق لا وجوبه، نعم لو بنيّا في باب الغرر على النوعي لا الشخصي لم يرتفع بحسب ما

يرتفع نوعاً ولكن عرفت ضعفه وأنّ المعتبر هو الرفع الشخصي.

وأما القسم الأخير، أعني: ما إذا تمخّض الأمر في استعمال صحّة المبيع وسلامته عن العيب كما في البيض حيث إنّ المقصود عدم حدوث الدم والفساد فيه، وكذا البطيخ في بعض الموارد فقد يتوهم هنا أيضاً عدم كفاية التوصيف بوصف الصحّة والسلامة وعدم كفايته عن الذوق.

ولكن فيه أنّ التوصيف بعد كونه ممكناً هنا ورافعاً للغرر كما تقدّم لوجه لعدم كفايته، والمفروض عدم خصوصيّة في الذوق بالتعبّد الشرعي، فلا وجه لهذا القول وإن حكى عن السرائر.

إنّما الكلام في الاكتفاء عن الأمرين من الاختبار والتوصيف بأصالة الصحّة والسلامة، ومجمل القول فيه: إنّنا نجد من أنفسنا بعد المراجعة وجود بناء العقلاء على العمل بهذا الأصل مع إمكان تعيين الحال بسهولة من ذوق بالذائقة أو شمّ بالشامّة، وإن لم يكن له ذائقة ولا شامّة فالرجوع إلى واجد الحاستين والاستعلام منه أو الاطمئنان بشخص البائع إذا كان عارفاً بحاله ومطمئناً بفعاله، نعم لو ينس من جميع تلك المقدمات فلم يكن له شامّة صحيحة ولا وجد من له ذلك وتمكّن استعمال الحال منه أو كان العيب المحتمل من الأمور المخفيّة التي يشقّ الاطلاع عليها كشرعات العانة وكون الجارية لا تحيض وهي في سنّ من تحيض فالأصل في هذه الموارد معمول به.

ألا ترى أنّ من كان له الشامّة الصحيحة أو أمكنه الاستعلام بمقدّمة سهلة وابتاع جلاباً فتيّن عدم الرائحة له من الأصل يقولون له: لم فعلت ذلك ألم تكن لك شامّة؟ وهذا بخلاف من فقد الشامّة فلا يستنكرون منه هذا، فهذا دليل على أنّ العقلاء يفرّقون في عملهم بين الموردين، ولعلّ نظر العلماء حيث لم يعتبروا

بأصالة الصحة إلى ما ذكرنا بملاحظة إمكان الاستعلام واستخبار الحال؛ لأن موضوع كلامهم ما لا يفسده الاختبار.

نعم في موارد فقد الحواس وعدم مقدّمة سهلة أخرى للاستعلام بناء العقلاء على العمل بأصالة الصحة والسلامة عندهم أمانة حيث لا أمانة ويجب الفحص فيها لتحقيق موضوعها، وهل يفرق في مورد بنائهم بين أن يكون العيب المحتمل على فرض وجوده طارئاً أو خلقياً أصلياً حادثاً من أول الوجود كما يظهر من شيخنا المرتضى - قدس سرّه - تخصيصه بالأول.

الإنصاف أننا لا نجد من أنفسنا الفرق بين الموردين في أنّه بعد اليأس عن الأمارات الآخر يبنون على أصالة السلامة في كلّ من العينين ويحكمون بأنّه لم يحدث فيه من أول وجوده عيب ولا طرأ عليه بعد وجوده.

ثم إنّ شيخنا المرتضى - قدس سرّه - بعد تخصيصه الأصل بما إذا كان الشكّ في طرؤ الفساد فصل بين العيوب التي يستلزم الشكّ فيها الغرر ككون الجارية خنثى وكون الدابة لا تستطيع المشي أو الركوب والحمل عليه، وبين العيوب التي لا يستلزم شكّها غرراً ككون الجارية ممّن لا تحيض في سنّ الحيض وعدم نبات الشعر في عانة الجارية، فأوجب في القسم الأول أحد الأمرين من الاختبار أو الوصف وجوّز في الثاني تركهما، وأمّا حدوث الخيار عند تبين العيب فلأجل انصراف الإطلاق إلى الصحيح كانصرافه إلى النقد لا النسبة.

واستشكل عليه شيخنا الأستاذ - دام بقاءه - بأنّه إذا سلّمتم الانصراف فلم قيّدتم في ذلك القسم من العيوب الموجبة للغرر أحد الأمرين من الاختبار والتوصيف؟ بل يجب القول بكفاية الإطلاق لوجود الانصراف المفيد لفائدة الذكر اللفظي بل هو هو فيرتفع الغرر ويوجب الخيار عند التخلف أو يقال بالفرق في

الانصراف بين القسمين وهو أيضاً بعيد، هذا.

وربما يستشكل في الاكتفاء بالأصل العقلاني إذا لم يوجب الوثوق الشخصي في رفع الغرر الشخصي، وفيه: أنه لو كان الأصل المذكور من الأصول المقررة للشاك بها هو شاك فمن المعلوم أن الأصل المحرز للسلامة الواقعية لا يثبت الوثوق بها على تقدير الملازمة بينهما كيف ولا ملازمة أيضاً، وأما إذا كان طريقاً عقلانياً يمشون على طبقه في أمورهم فلا إشكال، ألا ترى أنه إذا كان سلوك الطريق المظنون الخطر محظوراً عند العرف فقام أمانة عقلانية يعتمد العقلاء عليها في أمورهم ويعاملون معها معاملة العلم على أمن ذلك الطريق فلو سلكه واحد فهل ترى من نفسك أنه مذموم عند العقلاء ولو لم يرتفع عن نفسه ظن الخطر بواسطة تلك الأمانة؟ هذا فتأمل.

مسألة

يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار إجماعاً على الظاهر كما في مكاسب شيخنا المرتضى - قدس سره - والكلام في هذه المسألة أيضاً تارة في الأوصاف الزائدة على وصف الصحة وأخرى في الرجعة إليها.

أما الأول: فالمفروض عدم إمكان الاختبار الغير المفسد وعدم إمكان الضبط والتحديد بالوصف أيضاً ولا أصل عقلاني أيضاً يحجز به، فلا محيص عن اغتفار هذا المقدار، ولو كان الاختلاف بين الأمرين المحتملين كثيراً ولكنهم يسامحون ويقدمون على جهل بتلك الصفات كما في العبد - حيث إن بعض الحالات والصفات الدخيلة في زيادة القيمة أو نقصانها كثير الدخل يكون محتاجاً إلى صحبة تامة وعشرة طويلة حتى يعلم بوجودها أو عدمها - فالبناء على الإقدام

بدون إحراز تلك الصفات، وكذلك في المقام أيضاً لم يجز ديدن المعاملين على وضع بطيخ ليدوق المشترون منه ثم يبيعون على ذلك الطعم والحلاوة مع أنّ مراتب الحلاوة مختلفة في المالّة اختلافاً كثيراً، نعم كلّ مقدار أمكن ضبطه يجب.

وأما الثاني فلا إشكال في إمكان الاعتماد على الأصل العقلاني وكذلك على التوصيف ولا يمكن الاتكال على نفس الحكم الشرعي بالخيار لو ظهر العيب، حيث إنّهُ شامل لمورد عدم التقييد والكون على نحو الداعويّة لما تقدّم من اعتبار رفع الغرر عرفاً مع قطع النظر عن حكم الشرع.

وكيف كان فإذا تبيّن فساد المبيع وكونه معيباً فإنّما يظهر ذلك قبل الكسر وإمّا بعده، ففي الأوّل لا شبهة في الخيار بين الرّد والأرّش، هذا إذا كان الفاسد متمولاً ومعدوداً من أفراد المبيع، وأمّا إذا كان غير متمول أو غير معدود من أفرادهِ فلا شبهة في البطلان، وأمّا بعد الكسر فهذا التصرف وإن كان قبل الاطلاع على الخيار وهو على القاعدة لا يسقط الخيار لعدم دلّالته على الإسقاط، إلّا أنّ في خصوص خيار العيب ورد النصّ بمسقطيّة مطلق التصرف الموجب لخروج المبيع عن صدق كونه قائماً بعينه، وعلى هذا فيثبت الأرّش بمعنى تفاوت ما بين الصحيح والفاسد الغير المكسور.

هذا إذا كان للفاسد قيمة وكان من جنس المبيع، ولو فرض خروجه عن التمولّ بالكسر كما في البيض الفاسد حيث يصلح للوضع تحت الدجاجة قبل الكسر وبذلك يحصل له مالّة قليلة وبعد الكسر يخرج عن المالّة رأساً وأمّا أحد الفرضين فلا إشكال في البطلان.

وأما ما نقله شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - عن الدروس من القول بانفساخ البيع من حين تبيّن الفساد في فرض عدم مالّة الفاسد فلم يظهر له وجه، فإنّه لا

يخلو الحال من أمرين، إمّا يكون متموّلاً قبل الكسر وإمّا غير متموّل، فعلى الأول لا معنى لانعقاد البيع وعلى الثاني لا وجه لانفساخه، غاية الأمر ثبوت الأرض، وأمّا تضمين هذا التلف الوارد بسبب الكسر على البائع بواسطة الغرور أو الإتلاف فلا وجه له بعد جهله وعدم اسناد الكسر والإتلاف إليه مع أنّه على فرضه يوجب الرجوع إلى القيمة دون الثمن.

ثمّ إنّ جعل محلّ ظهور ثمرة هذا الخلاف في مؤنة نقله من الموضع الذي اشتراه إلى موضع الكسر فقيل بأنّها على القول بملكيّة البائع عليه وعلى الآخر على المشتري، وقيل على كلّ تقدير على البائع، وقيل على كلّ تقدير على المشتري.

قال شيخنا الأستاذ - أدام الله أيام إفاداته الشريفة -: لم يظهر لي وجه للتفصيل المذكور؛ لأنّ الحال لا يخلو من أمرين، إمّا نقول بصدق الغرامة على هذه الأجرة التي دفعها المشتري إلى الأجير، وإمّا لا نقول، فعلى الثاني لا غرم حتّى يرجع إلى البائع، لأنّه دفع مالاً وأخذ عوضه، غاية الأمر لم ينفعه المال المذكور، أعني: عمل الأجير ولم يستوف غرضاً له، وعلى الأول فإنّما أن نقول بصدق المتلف على البائع، وإمّا لا، وعلى الثاني أيضاً لا وجه للرجوع بناءً على كلا التقديرين كان ملكاً له أو للمشتري، إذ على تقدير ملكيّة البائع أيضاً لم يكن هذا بأمره، وعلى الأول يتعيّن الرجوع على كلا التقديرين، فلا وجه للتفصيل أصلاً.

ثمّ الظاهر من الوجوه المذكورة هو الأول؛ وذلك لوقوع الإجارة صحيحة، ومعنى صحتها أنّه وصل إلى المشتري في مقابل الأجرة عمل من الحرّ الأجير، غاية الأمر ما وصل نفع هذا العمل بغرضه وهو غير عدم الماليّة فقد دخل في كيسه ما يوازي الأجرة فلا غرم حتّى يرجع إلى البائع ولو في صورة علم البائع وصدق الغارّ عليه هذا كلّّه في مؤنة نقله إلى موضع الكسر.

وأما مؤنة نقل القشور من موضع الكسر إذا طالب ذلك مالك المكان أو كان المكان مسجداً أو مشهداً ففصل فيه شيخنا المرتضى - قدس سره - بين كون تلك القشور بعد خروجها عن المالية باقية على صفة الملكية، وبين كونها خارجة عن الملكية أيضاً، ففي الأول رجح كون الأجرة على البائع على التقديرين لأنها ملكه بعد الفسخ، وفي الثاني جعل المشتري مؤاخذاً به.

قال شيخنا الأستاذ - أدام الله أيام إفادته - كلا الحكمين محل النظر، أما الأول فلأن مجرد إضافة الشيء إلى الانسان لا يوجب كونه مكلفاً بتفريغ ملكه عن [دار] الغير، نعم إذا كان الواضع أولاً هو فالبقاء أيضاً مستند إلى ذلك الاختبار فيكون داخلاً تحت عنوان التصرف في ملك الغير والغصب، وأما إذا كان الواضع شخصاً آخر وكان المتحقق في حق هذا الإنسان مجرد الإضافة مع اقتداره على إزالة البقاء فلا يكفي لصدق عنوان التصرف والغصب، فكيف يمكن الحكم عليه بإيجاب التفريغ.

وأما الثاني فإذا فرضنا أن بقاء الإضافة الملكية كافية لصدق إضافة التصرف البقائي إلى الشخص فلم لا يكفي الإضافة الاختصاصية الباقية عند عدم الملكية في ذلك؟

ثم المحكي عن الشيخ وأتباعه أنه لو تبرأ البائع من العيب في ما لا قيمة لمكسوره صح، قال شيخنا الأستاذ - دام علاه -: قد حملوا هذه العبارة على صورة عدم المالية رأساً قبل الكسر ولكن لا وجه لذلك بعد فتوى الشيخ بالبطلان لعدم المالية وعدم تحقق معنى البيع مع عدمها فكيف يصح مع هذا الشرط، وليس إلا كشرط عدم البيع، بل الظاهر من نفس هذه العبارة حيث قال: لا قيمة لمكسورها اختصاص عدم المالية بها بعد الكسر، وضمير قوله صح راجع إلى التبري، ووجه

اختصاص المقام بالذكر مع صحته في جميع المقامات توهم أن يكون لهذا العيب الذي كان منشأه من عند البائع خصوصية بمعنى أن الخروج عن أصل المالية الذي هو بعد الكسر عيب كان سببه حاصلًا حين كون العين في يد البائع، فيتوهم أنه مضمون عليه فلا يصح شرط البراءة فذكر الصحة دفعًا لهذا التوهم، هذا.

وأما ما أشار إليه شيخنا في آخر الكلام في الاستشكال في عامة موارد هذا الشرط بملاحظة رجوعه إلى عدم الاعتداد بوصف السلامة فيوجب الغرر في المعاملة، فيمكن دفعه بأنه صحيح إذا كان طريق الدفع هو البناء والتقييد بوصف السلامة حيث إنه لا يمكن جمعه مع شرط البراءة، وأما إذا كان المستند في دفع الغرر وجود الطريق المعمول به عند العقلاء على وجود السلامة فلا مانع عن هذا الشرط، وفائدته رفع الخيار عند تبين العيب.

مسألة

بيع المسك في فأره محل إشكاله أمران، الأول: حيث النجاسة والطهارة، والثاني: حيث رفع الغرر والجهالة، أما الأول؛ فإن فرض توقّف طهارته على التذكية نظير الجلود والشحوم أشكل حال المعاملة في موارد يعلم انتهاء يد المسلم إلى يد الكافر كما هو المتعارف الآن في أسواق المسلمين.

وأما إذا فرض هنا فرد لا يحتاج طهارته إلى التذكية ففي موارد الشكّ يسهل الأمر ويجري قاعدة الطهارة من دون حكومة أصالة عدم التذكية عليه كما في الفرض الأول، والظاهر هو تحقق فرض الثاني، فإن بعض أفراد الفأر عند سقوطه عن الحيوان في حياته لا يعدّ من الأجزاء المبانة عن الحي، وذلك بواسطة بلوغه إلى

أوان الانقطاع وصيrote زائداً عن أجزاء بدن الحيوان مثل الثمر على الشجر، هذا بحسب نفس الفأر.

وأما المسك فيه فلا يجري فيه استصحاب النجاسة الثابتة حال الدمية؛ لأنّ هذا من موارد القطع باختلاف الموضوع في نظر العرف، فإنّ هذا الذي يسمّونه المسك ويمسحونه على الوجوه والثياب يعدّ عندهم موضوعاً مغايراً كمال المغايرة مع الدم وإن كان أصله ومنشؤه الحاصل منه هو الدم، نظير الرماد الحاصل من الخشب والبيض الحاصل من الدجاجة، فيأذن لا مانع من قاعدة الطهارة لا في نفس المسك ولا في فأره عند مشكوكيته من جهة كون قطعه بعد أوان اقتطاعه أو قبله حال كونه جزء البدن وورود التذكية على هذا التقدير عليه وعدمه.

وأما الثاني فمحصل الكلام فيه أنه تارة نتكلّم من حيث الصحة والفساد وأخرى من جهة الصفات الزائدة على الصحة الراجعة إلى مراتب الكمال، فالجهة الأولى يمكن رفع الغرر بأصالة السلامة وبالتوصيف بوصف الصحة، وأما الجهة الثانية فإن فرض إمكان رفعه أيضاً إمّا باختبار مسك آخر واشترط مثل تلك المرتبة في المبيع، وإمّا باختبار نفسه ولو بإدخال خيط بأبرة في جوفه وإخراجه وشمّه يتعيّن ذلك، وإن لم يفرض إمكان رفعه بهذه الوجوه بحيث دار الأمر بين ترك المعاملة أو فعلها مع وجود الجهالة، فاستظهر شيخنا الأستاذ - دام علاه - حينئذ أنّ العرف لا يرون الإقدام في مثل هذا من الغرر ولا ينصرف أذهانهم من نهى الغرر إلى مثل هذا.

ثمّ لو فرض حصول النقص بسبب إدخال الخيط للاختبار فهل يضمّنه المشتري لو لم يشتره أو لا؟ مبنيّ على أنّ الإذن من المالك ظاهر في رفع الضمان أو

والتحقيق أنّ التصرف المأذون فيه لو كان ملازماً للنقص كما في المقام إذا فرض إدخال الخيط قبل ذلك كراراً بحيث لو أدخل مرة أخرى حصل النقص، أو كان معرضاً لحصوله كما لو أذن بالإلقاء في الشطّ، إذ من المحتمل عدم ذهابه وبقائه في بعض سواحل الشط فالظاهر من هذا الإذن رفع الضمان، اللهم إلا أن يدعى في خصوص مقام البيع عدم هذا الظهور وأنه إنما أذن من حيث رفع الحرمة التكليفية ولم يهتك ماله من حيث رفع الضمان الوضعي، وعهدة هذا على مدّعيه.

مسألة

لا فرق حسب القاعدة في عدم جواز بيع المجهول بين ضمّ معلوم إليه أولاً؛ إذ ضمّ المعلوم لا يصيّر المجهول معلوماً بل المجموع أيضاً مجهول، مثلاً لو باع الدابة وحملها أو بشرط الحمل فكما يعتبر معلومية الحمل عند بيعه استقلالاً إمّا بإعمال طريق عقلائي رافع للجهل بجهاته الراجعة في زيادة القيمة ونقصانها من الذكورة والأنوثة وتامة الخلقة وعدمها أو باشتراط ذلك في متن العقد، كذلك يعتبر ذلك بأحد النحويين في ما إذا أدرج في المبيع بنحو الجزئية أو الشرطية، ولا يثمر معلومية البقية بحال الحمل.

وهكذا الحال لو باع السمك في الأجام وهو لا يعلم هل هي موجودة أو لا، وعلى الأول بأيّ مقدار من العدد أو الوزن؟ فلا يكفي ضمّ مقدار من السمك الخارجي المعلوم بل لابدّ من رفع الجهل في نفس سمك الأجمة إمّا بتحصيل الطريق الرافع للجهالة بالوجود والمقدار وسائر الأوصاف الدخيلة أو بالاشتراط، ولو لم يمكن شيء من الأمرين فلا بدّ من التوقف وعدم البيع إلا بعد ما برز وخرج عن الماء، وهكذا الحال بعينه في اللبن في الضرع، وهذا واضح.

نعم يمكن أن يقال: إنّ بعضاً من الأشياء التي لا يحتاج انتقالها إلى المشتري

إلى لحاظ في الإنشاء وجعل متعلّق بها إمّا جزءاً وإمّا شرطاً وإمّا استقلالاً بإنشاء آخر متولّد عن الإنشاء الأول لا يوجب جهلها غرراً في البيع، وذلك مثل مفتاح الباب في بيع الدار إذا تردّد أمره بين غالي القيمة ورخيصها لا يوجب هذا غرراً في بيع الدار، إذ البيع لم يتعلّق بحسب الإنشاء بالدار والمفتاح، ولا بها بشرطه، ولا هنا إنشاء مستقلّ بنقل المفتاح معلول إنشاء نقل الدار؛ فإنّ المفروض عدم احتياج انتقاله إلى شيء من ذلك وحصوله ولو مع الغفلة والذهول بل والقطع بعدمه.

وعلى هذا فما وقع تحت الإنشاء البيعي لم يحدث غرراً وما أتى منه الغرر لم يقع تحت الإنشاء، بل ولو فرض تفسير البيع بالمعنى المسبّي، أعني: النقل الحقيقي العرفي؛ فإنه أيضاً أمر مبين مع انتقال مثل المفتاح، نعم لو فرض التصريح في متن العقد باسمه شرطاً أو شرطاً فلا إشكال في مجيئ الغرر بالنسبة إليه.

وبالجملّة كلّ ما دخل تحت الإنشاء بأيّ نحو من الدخول كان لابدّ من مراعاة رفع الغرر فيه من غير فرق بين الكلّ والجزء والشرط والمشروط والتابع بأيّ معنى والمتبوع، نعم ربّما يكون التابع شيئاً حقيراً غير معتنى بشأنه مثل البيض الموجود في بطن الدجاجة المشتراة، فإنّ الجهل في مثله من حيث الصغر والكبر لا يحدث غرراً هذا.

ولكن هنا أخباراً مستفيضة بعضها صحيحة صريحة في جواز الاكتفاء في رفع الغرر عن مجموع المبيع لارتفاع الجهالة في بعضه مثل مرسلّة البنزطي - التي قال شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - إرسالها لوجود سهل فيها سهل - عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «إذا كانت أجرة ليس فيها قصب اخرج شيء من السمك فيباع وما في الأجرة»^(١).

ورواية معاوية بن عمّار عن أبي عبد الله -عليه السلام- في شراء الأجمة ليس فيها قصب إنّها هي ماء «قال: تصيد كفاً من سمك تقول: اشترى منك هذا السمك وما في هذه الأجمة بكذا وكذا»^(١).

ودلالة الخبرين على المدعى المذكور لا يقبل الإنكار ظاهراً إذ هي بإطلاقها يشمل ما إذا علم أصل وجود السمك وشك في مقداره وآنه المائة مثلاً أو الألف، ولا يضرّ ما في الذيل من عدم التصريح بتعيين مقدار الكفّ المخرج، إذ أولاً نقول: كما يوزن السمك يجوز بالعدّ أيضاً كما هو المتعارف الآن، وثانياً ليست الرواية بهذا الصدد، فهو من هذه الجهة محوّل على محلّه من اعتبار تعيين وزنه، فلا يستشكل أنّ الرواية بظاهرها تدلّ على كفاية ضمّ المجهول إلى المجهول فهي غير معمول بها عند أحد.

نعم لا يمكن التعدّي عن مورد الروایتين فليس فيها دلالة على الكليّة المدّعاة كما لا يمكن استفادة العموم من موثقة سماعة عن أبي عبد الله -عليه السلام- كما في الفقيه على ما حكى «قال: سألت عن اللبن يشتري وهو في الضرع، فقال: لا إلّا أن يحلب لك سكرجة فيقول: اشترى منّي هذا اللبن الذي في الأسكرجة وما في ضروعها بثمان مسمّى، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في الأسكرجة»^(٢).

ومثله ما في الصحيح على ما حكى إلى ابن محبوب عن إبراهيم الكرخي «قال: قلت لأبي عبد الله -عليه السلام-: ما تقول في رجل اشترى من رجل أصواف مائة نعجة وما في بطونها من حمل بكذا وكذا درهماً؟ قال: لا بأس بذلك؛ إن لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله في الصوف»^(٣).

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٢، أبواب عقد البيع وشروطه، ص ٢٦٤، ح ٦.

٢- المصدر نفسه: الباب ٨، أبواب عقد البيع وشروطه، ص ٢٥٩، ح ٢.

٣- المصدر نفسه: الباب ١٠، أبواب عقد البيع وشروطه، ص ٢٦١، ح ١.

وجه عدم الإمكان أنّ التعليل مشعر بأنّ النظر ممحّض في جهل الحصول دون الصفة والمقدار فمساقتها مساق ما ورد في الضميمة في العبد الآبق، وكما لا يمكن الحكم هناك بكفاية معلومية الضميمة صفة ومقداراً عن معلومية صفة العبد لعدم ورود الإطلاق في هذا المقام كذلك في المقام بلا فرق، نعم لا بأس باستفادة العموم، مضافاً إلى روايتي السمكة في الأجسام من موثقة إسماعيل بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله - عليه السلام - «في الرجل يتقبل بجزية رؤوس الرجال وبخراج النخل والأجام والطير وهو لا يدري لعلّه لا يكون من هذا شيء أبداً أو يكون، أيشتره وفي أيّ زمان يشتره ويتقبل منه؟ قال - عليه السلام - : إذا علمت أنّ من ذلك شيئاً واحداً أنّه قد أدرك فاشتره وتقبل به»^(١).

وجه الاستفادة أنّه إذا عطف أشياء عديدة غير مرتبطة ووقع السؤال عن الجميع وصار الجواب عن الكلّ بكفاية الضميمة مع أنّ الجهل بالمقدار أيضاً حاصل ولا وجه لاختصاص النظر فيها كما في روايتي السمك بجهل الحصول لأنّ هذا خلاف الإطلاق بدون قرينة شاهدة على التخصيص كما في رواية العبد.

وبالجملة يستفاد من تكرّر موارد الحكم أنّ الحكم غير خاص بموضوع مخصوص، هذا بحسب أصل الدلالة في هذه الروايات الثلاثة على أصل المطلب وعلى عمومها لكلّ مورد، وأمّا الايراد بأنّه لا قائل بهذه الكلية فهو خلاف ما صدر به عنوان البحث؛ فإنّه عنون بضمّ المعلوم إلى المجهول فأسند المنع إلى المشهور والصحة إلى بعض من المتقدمين والمتأخرين.

ثمّ إنّ يعلم من شيخنا المرتضى - قدس سرّه - أنّ هناك قسمين من التابع، أحدهما التابع العرفي، فالجهل به وإن لم يستلزم غرراً إلّا أنّ المجهول منه جزءاً

داخل في معقد الإجماع على إبطال الجهل في المبيع الشامل لأجزائه، نعم لو جعل شرطاً خرج عن بيع الغرر وعن معقد الإجماع، والثاني التابع بمعنى ما يندرج في المبيع من غير إناطة بالجعل بل يدخل ولو مع عدم خطوره ببال المتعاقدين، نظير المفتاح في بيع الدار، فاستظهر عدم الخلاف والإشكال في عدم مضرّة الجهل به إلا إذا استلزم غرراً في نفس المبيع، انتهى المحصل من مراده.

والظاهر أن مراده من استثناء الواقع في آخر الكلام ما إذا عدّ التابع وصفاً من أوصاف المبيع، مثلاً لو فرضنا أن العبد يملك وأن ما يملكه من قبيل ما يندرج في بيع العبد من غير إناطة بالجعل فلا شبهة أن الجهل به من هذا الحيث غير مضر ولكن من أنه منشأ انتزاع وصف التمّول والشروة في موضوع المبيع وباختلافه يختلف قيمته اختلافاً فاحشاً لا بدّ من العلم به، هذا.

ولكنّا لم نعلم ما مراده من القسم الأول من التابع وكيف يكون الجهل بالشيء في حال الجزئية والشرطية مختلفاً. إلا أن يفرض الكلام في أشياء حقيرة في معاملة خطيرة مثل الثمرة على الشجرتين في الدار المرددة بين من أو منين في معاملة الدار بألف دينار، فإنّ الجهل بمقدار الثمرة حتّى بنحو التخمين لا يوجب غرراً في هذه المعاملة وإن كان لو وقعت مستقلة تحت البيع والشراء حصل الغرر، وبعد عدم الغرر يكون المرجع هو الإجماع على إضرار الجهالة وهو ليس إلا في صورة الجزئية.

مسألة

يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقداراً يحتمل الزيادة والنقص على المشهور، إعلم أنه بعد ما عرفت لزوم المعرفة بوزن المبيع تفصيلاً وأنّ ما يصحّحه العرف من البيع كلّ رطل بدرهم مع عدم تعيين عدد الأبطال نظير ما تعارف

عندهم من إجارة الدار كل ليلة بدرهم بدون تعيين عدد الليالي قد منعه الشارع وأنه لا بدّ من المعرفة التفصيلية وإن كان الغرر مندفعاً بالنحو المرسوم، فاعلم أنّ المعاملة على الموزون في الظرف على أن يكون المبيع نفس المظروف من ذلك القبيل أيضاً، فاشتراكهما في عدم تعيين عدد أربال نفس المظروف، نعم يتعيّن هنا عدد المجموع ولكنّه غير المبيع ولكنّه جوّز شرعاً في هذا الباب ما كان ممنوعاً في غيره وهذا لا شبهة فيه.

ولكن هل للإنذار التخميني للظرف مدخل في صحّة المعاملة فيكون الشارع قد قنع عن تعيين مقدار الظرف تحقيقاً بتعيينه تخميناً وأغمض عن هذه الجهالة بمقدار المظروف، أو أنّه قنع بنفس تعيين وزن المجموع ولم يوجب تعيين مقدار المبيع حتّى بنحو الإنذار التخميني للظرف أيضاً؟ وحيثنذ فإن وقع المعاملة بضمن معين لم تقع حاجة إلى الإنذار أصلاً، وإن وقع بنحو التسعير كان المعاملة صحيحة ولكن في مقام تعيين حقّ البائع يحتاج إلى الإنذار.

لا بدّ في تشخيص الحال من هذه المراجعة إلى أخبار المسألة فنقول وعلى الله التوكيل:

منها: موثقة حنان «قال: كنت جالساً عند أبي عبد الله - عليه السلام - فقال له معمر الزيات: إنّنا نشترى الزيت في زقاقة ويحسب لنا فيه نقصان لمكان الزقاق، فقال - عليه السلام -: إن كان يزيد وينقص فلا بأس، وإن كان يزيد ولا ينقص فلا تقربه»^(١).

ومنها: خبر علي بن جعفر المحكّي عن قرب الاسناد «عن أخيه موسى - عليه السلام - قال سألته عن الرجل يشتري المتاع وزناً في الناسية والجوالق فيقول: ادفع

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ٢٠، أبواب عقد البيع وشروطه، ص ٢٧٣، ح ٤.

لنناسية رطلاً أو أقل أو أكثر من ذلك أيحل ذلك البيع؟ قال -عليه السلام-: إذا لم يعلم وزن الناسية والجوالق فلا بأس إذا تراضيا^(١).

ومنها: رواية علي بن أبي حمزة «قال: سمعت معمر الزيات يسأل أبا عبد الله -عليه السلام- قال: جعلت فداك -إلى أن قال-: يطرح لظروف السمن والزيت لكل ظرف كذا وكذا رطلاً قريباً زاد وربماً نقص؟ فقال -عليه السلام-: إذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس»^(٢).

والكلام في مقامات:

المقام الأول: في تعيين أنّ الاستفادة أيّ النحوين من الأخبار فنقول: الظاهر دخل الإندار في الصحة؛ وذلك لأنّ الظاهر أنّ السائل في هذه الأخبار إنّما يسأل عن كفاية الإندار المرسوم عندهم عن الوزن المعتبر الشرعي المرتكز في ذهنه، ومن البعيد أن يكون غرضه أيّ فارغ عن صحة الشراء ولكنّي أسأل عن أنّ هذه الكيفية كافية في تفرغ الذمة في مقام الأداء ويتعيّن به حقّ البائع من الثمن أولاً، وإن كان الإندار بحسب ما هو المرسوم عند العرف لا يتقوم به صحة المعاملة ولكنهم قد عرفت اقتناعهم بإجارة البيت كلّ ليلة بكذا. فالسؤال عن أنّه كما منع عن ذلك في ذلك المقام هل يمنع منه في هذا المقام أو لا.

نعم لا بأس بقرينة كون المتعارف عدم الالتزام بإيقاع الإندار في مجلس البيع أن يقال بأنّ حال هذا الشرط مثل القبض في بيع الصرف حيث إنّ البيع المسيبي الشرعي لا يحصل إلّا بعده ولكنّ الإنشاء لا يلزم أن يكون مقارناً له،

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ٢٠، أبواب عقد البيع وشروطه، ص ٢٧٣، ح ٣.

٢- المصدر نفسه: ص ٢٧٢، ح ١.

فيجوز هنا أيضاً تأخر الإندار عن الإيجاب والقبول ولكن النقل الشرعي متأخر عن وقوع الإندار.

المقام الثاني: في تشخيص الحال من جهة اعتبار التراضي المذكور في الأخبار وأنه ما وجه الاعتبار وقد كان اعتباره مفروغاً عنه في المعاملة شرعاً وعرفاً فيكون ذلك قرينة على أن المراد في الأخبار هو الوجه الآخر، أعني: اعتبار الإندار لتعيين الحق لا لمدخلته في المعاملة.

ويمكن أن يقال إنه لدفع توهم أن يكون العلم الإجمالي بالإندار على نحوه المتعارف بين التجار مع عدم التفات إلى صورته التفصيلية كافياً في صحة المعاملة نظير المعاملة بالثمن الذي بيع به من زيد، فإنه لا يكفي في العلم بمقدار الثمن هذا الوجه الإجمالي، فكذا هنا أيضاً لا يكفي الإندار بما هو المرسوم عند التجار من دون علم بصورته التفصيلية، وحينئذ فنقول: مورد الخبر الأول ظاهراً هو التراضي، فإن الحاسب هو البائع أو وكيله، والمحسوب له هو المشتري فأعني ذلك عن التقييد في كلام الإمام - عليه السلام - فلا إطلاق له حتى ينافي الخبرين الآخرين.

المقام الثالث: لا إشكال أن الأصل على الوجه الذي ذكرنا هو الفساد مع ما عرفت من دخول المورد في عمومات الغرر والجهالة، وأما على ما اختاره شيخنا المرتضى - قدس سره - فقد اختار مذهب المشهور من جواز إندار ما يحتمل الزيادة والنقص، قال - قدس سره -: لأصالة عدم زيادة المبيع عليه وعدم استحقاق البائع أزيد مما يعطيه المشتري من الثمن.

قال شيخنا الأستاذ - دام أيام إفاداته الشريفة -: أولاً: مقتضى الأصلين الاكتفاء بالقدر المتيقن، فما وجه اختيار مذهب المشهور من تعيين ما يحتمل الزيادة والنقص من دون إناطة بالتراضي؟

وثانياً: إن كان المراد بالأصل الأول استصحاب عدم زيادة المبيع بنحو ليس الناقصة فليس له حالة سابقة وليس كاستصحاب عدم زيادة ماء الحوض الموجود تدريجاً فيه على مقدار الكرّ بأن يقال: قد وجد السمن في الجلد تدريجاً وكان أول وروده أقل من ثمانية أمان مثلاً؛ إذ مع عدم جريانه في الظروف المتسعة ليس للوجود في الجلد مدخلية، وأصل الوجود مشكوك الحال من أول الأمر.

وإن كان المراد بنحو ليس التامة فغاية ما يثبت به عدم المبادلة بين المقدار المتّصف بالزيادة وما يوازيه من الثمن، وأمّا إثبات الحال بواسطة ذلك مع ضمنية الوجدان بأن يقال فالواقع محدود بحدّ كذا مبنيّ على الأصل المثبت، نعم الأصل الثاني - حيث إنّ المقام ممّا دار الأمر فيه بين الأقل والأكثر الاستقلاليين - لا مانع منه لإثبات الحدّ الأقل الذي لا يحتمل النقيصة ويحتمل الزيادة لكن لا يثبت به الآثار الوضعية المترتبة على دفع الثمن من سقوط الخيار ونحوه.

المقام الرابع: في قوله -مبهام-: «إن كان يزيد وينقص فلا بأس، وإن كان يزيد ولا ينقص فلا تقرّبه»، الظاهر أنّ المراد بالمتعاطفين فعليتهما لا احتمالهما، والظاهر كونها وصفين لمجموع النقصان المحسوب لا جزئه، وحيثُذ فيتعيّن الحمل على النوع وأنه متّصف بالزيادة تارة وبالنقيصة أخرى، ولازم ذلك كون الشخص مشكوك الحال، والظاهر أنّ المناط الواقعي هو الاحتمال، وإنّما ذكر ذلك توطئة له، والمشهور أيضاً فهموا ذلك لا أنّهم حملوه على الاحتمال ابتداءً حتّى يكون خلاف الظاهر، والظاهر رجوع الضمير كما ذكرنا إلى المقدار المحسوب دون الوزن الواقعي للظرف ودون المظروف.

وتظهر الثمرة في الفقرة الأخيرة؛ فإنّه على التقدير الوسط يكون المراد ظهور المبيع أنقص من تخمين بايعه، وعلى الأول والأخير يكون الأمر بالعكس، ولكن لا فائدة في هذا بعد أنّ الظاهر أنّ القضية الأخيرة في مقام التفريع على الأولى ويكون

المناط هو احتمال الزيادة والنقصية وعدمه إمّا بعلم الزيادة أو بعلم النقصية كما هو الظاهر من أمثاله من القضايا.

ثم إن شيخنا الأستاذ - دام أ أيام إفاداته الشريفة - جعل القضية الأخيرة بملاحظة ما سبق من كون المورد صورة التراضي، وإلا على ما اختاره من الوجه من مدخلية الإنذار في صحّة المعاملة بتقريب أنّه لم يبق وجه للنهي في صورة العلم بالزيادة لو نزلت القضية على مقام إيفاء الحقّ بعد تمام المعاملة؛ لأنّ الفرض حصول التراضي، ولا معنى له عند العلم بتخلّف المدفوع عن الحقّ الواقعي إمّا بالزيادة أو بالنقصية إلاّ الإسقاط أو الهبة، وهذا بخلاف ما لو حملت على مقام تصحيح المعاملة؛ فإنّه حكم تعبّدي يمكن أن يجعله الشارع خاصّاً بمورد دون آخر، هذا.

المقام الخامس: قد ورد الحكم في الأخبار المذكورة في السمن والزيت والمتاع وفي جانب الظرف في ظروف السمن والزيت والناسية والجوالق، وبعد هذا فإمّا أن يجمد على خصوص هذه الموارد - لكنّه من المستبعد التزامه - وحينئذ فلا وجه للتعدي إلى كلّ ضميمة يضمّ إلى المبيع مع عدم قصد بيع المجموع، فإمّا نتعدّى إلى أمثال ما ذكر ممّا يكون مظروفاً ومتعارف البيع في الظرف وكان وزن الظرف على حدة شاقاً، ولم يعلم وجه للتعدي إلى غير ذلك بل لو كنّا والخبر الأوّل زاد على ما ذكرنا احتمال اعتبار كون المظروف مثل السمن في الزقاق ممّا يلتصق بالظرف ويشقّ تخليص الظرف منه.

ثم إنّ هنا رواية أخرى غير الثلاثة التي ذكرناها ربّما يستظهر من شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - جعلها من روايات الباب، ولكن ليس في الرواية ما يشهد بذلك فراجعها في كلامه - قدّس سرّه -.

المقام السادس: في بيع المظروف مع الظرف، اعلم أن بيع الشيتين المختلفي الجنس كالحنطة والشعير بصفقة واحدة ووزن واحد لا إشكال فيه مع إتحداهما في القيمة، إذ لا يعتبر العلم إلا بوزن المبيع جملة لا بكل جزء جزء منه، وكذلك لو حصل من انضمامهما صورة ثالثة ولو اختلفا قيمة كالسكنجين وأمثاله، كما أنه لا إشكال في العدم مع عدم الأمرين، وإن كان أحد المنضمين ظرفاً والآخر مظروفاً كالسمن في البادية من الصفر مع اختلافهما قيمة فلأنه غرر منهى عنه وإن كان يجوز بيع السمن في البادية وحده، فإن ذلك لا يوجب تجويز ما ذكرنا، هذا إذا كان الظرف ممّا يوزن، وأمّا إذا كان ممّا يشاهد كالجلد، فبناءً على ما ذكرنا يمكن الخدشة فيه، إذ مورد الأخبار لا شبهة في أنه صورة إنفراد المظروف بالبيع، فلا بدّ من دعوى تنقيح المناط القطعي وأتى لنا ذلك، فكما أن السمن عند انفراده عن الظرف وحال وجوده فيه اختلف حكمه فما الاستبعاد في اختلاف الحكم بين صورة انفراده بالبيع وانضمامه مع الظرف في حال وجوده في الظرف أيضاً، بل يمكن الخدشة في الحكم لو انضمّ إلى السمن في الجلد شيء آخر مثل الكتاب، نعم لا بأس بسمن آخر في الجلد.

مسألة

في الكلام في وجوب التفقه والتعلّم في الأصول والفروع وبيان الحال عند مزاحمته مع الاكتساب، اعلم أنّ التعلّم في مسائل الأصول واجب بحكم العقل المستقلّ بلزوم دفع ضرر المحتمل؛ لأنّه بعد بعث مدّعي النبوة يحتمل وجود الصانع وصدق المدّعي وأنّه يعاقبه على ترك الفحص.

وبعبارة أخرى يحتمل وجود الحجّة التي لو فحص ظفر بها لا أنّ هذه القاعدة تصير بياناً وحجّةً بل احتمال وجود الحجّة في الواقع بحيث يعلمه تفصيلاً لو فحص كاف في صحّة العقوبة بحكم العقل، وهذا واضح.

وأما التعلّم في مسائل الفروع فينقسم إلى قسمين، الأوّل: ما يجب عينا على كلّ أحد في معاملاته وعباداته لتكليف شخص نفسه، والثاني: ما يتوقّف عليه قيام أمر الشريعة من قبيل «لولا القمّيون لاندurst آثار النبوة» وكذا الواجب في جانب الاكتساب أيضاً، ينقسم إلى قسمين، أحدهما: ما يجب على كلّ شخص عينا لإنفاق نفسه وعياله، والثاني: ما يجب لأجل انتظام أمر نوع العباد والبلاد من صناعة الصناعات وغيرها من الواجبات الكفائيّة.

أما القسم الأوّل: أعني: الواجب العيني من تحصيل العلم، فالإنسان وإن كان يحتمل أنّه لم يتوقّف له في شيء من المعاملات التي يتصدّها في عمره خلاف مشروع أصلاً ولكنه لا يأمن من الوقوع أيضاً، ونفس هذا الاحتمال مع فرض كون الحجّة قائمة ملزم عقليّ لاختيار أحد أمرين إمّا الاحتياط وإمّا تعيين الحال وطلب

العلم اجتهاداً أو تقليداً، فلإن فرضنا استلزام الأول لاختلال النظام كان المتعين هو الثاني.

فعلم أنّ وجوب التعلم ليس من باب المقدمة الوجودية إذ قد عرفت إمكان عدم الوقوع في مخالفة مشروع أصلاً مع الجهل ولكنه واجب عقلاً للأمنية والاطمئنان، ولا فرق بين الالتفات حال العمل والغفلة في الأثناء بالنسبة إلى بعض المعاملات والعبادات بعد وجود الالتفات من الأول ولا يتوقف على العلم الإجمالي بوجود غير المشروع في ما يرتكبه، بل نفس الاحتمال حيث إنّه مساوق احتمال وجود الحجّة على العقاب يكفي للبعث العقلي حذراً عن العقاب المحتمل.

وأما القسم الأخير من تحصيل العلم وهو ما كان مقدّمة لبقاء الآثار وعدم الاندراست فوجوبه ممّا لا يحتاج إلى مزيد بيان بل هو بمرتبة لا يزاحمه حفظ النفوس الطيبة المقدّسة، فلو دار الأمر بين بقاء الدين وبقاء النبي كان المتعين الأول، هذا حاصل الكلام في أصل وجوب القسمين.

وأما الكلام في المزاخمة فنقول: أمّا القسم الأول من التعلم الواجب العيني لو زاحمه وجوب الكسب المتوقف عليه حفظ النظام فلا ريب في أولوية الثاني مع عدم من به الكفاية، وأمّا مع وجوده فلا مزاخمة، ولو زاحمه وجوب الكسب اللازم لقوت نفسه وعياله الواجب النفقة حيث يحرم على ذي المروة السوي بقاءه معطلاً وجعل نفسه كلاً على الناس بأخذ الزكوات والصدقات - فإنّ مستحقّ الزكاة غير ذي مروة - فالواجب عليه التعلم، ويخرج بذلك عن كونه ذا مروة لأنّ الوجوب الشرعي كالعقلي، فيجوز له أخذ الزكاة والتعطّل عن الكسب بالاشتغال بتحصيل العلم الواجب إمّا اجتهاداً أو تقليداً.

وأما القسم الثاني منه: أعني: ما كان مقدّمة لبقاء الدين فلا يزاحمه شيء من

نحوي الكسب لا العيني ولا الكفائي عند عدم من به الكفاية في شيء من الجانبين أو من جانب التعلّم، وأمّا مع وجود من به الكفاية في جانب التعلّم وعدمه في جانب الكسب، المتعين هو الثاني.

ولو فرض في هذه الصورة تزامنه مع الكسب الواجب العيني فقد يقال إنّه من باب التزاحم بين الواجب والمستحبّ، ومن المعلوم تقدّم الكسب الذي هو الواجب أيضاً، ولكن يمكن أن يقال: وإن كان التعلّم مستحبّاً لكن يمكن الاستفادة بقييد دليل ذلك الواجب بدليل هذا المستحب، حيث إنّ في أخبار طلب العلم ما يقرب هذا المضمون من «أنّ الله قد ضمن وتكفّل لطالب العلم رزقه» فيعلم بذلك أنّ الخطاب بالكسب في أدلّته خاص بغير طالب العلم.

إن قلت: ما استندت في حرمة التعطيل عن الكسب عند عدم الاشتغال بالعلم من كونه ذا مرّة سويّاً ولا يستحقّ حينئذ الزكاة موجود في حال الاشتغال أيضاً، لأنّ الاستحباب الشرعي ليس كالوجوب الشرعي حتّى يقال: إنّه كالوجوب العقلي سالب للعنوان المذكور.

قلت: إذا فرض فعلية الاستحباب في حقّه وأراد العمل بهذا الحكم الفعليّ وصار مشتغلاً به فهو عرفاً خارج عن العنوان المذكور ما دام باقياً على بناءه وشغله.

هذا جملة ما استفدته في هذه المسألة من بحث مولانا الأستاذ - أطال الله تعالى إفاداته -.

القول في النقد والنسيئة^(١)

ينقسم البيع باعتبار التقديم والتأخير في أحد العوضين إلى أربعة أقسام: بيع الحاضر بالحاضر سواء كانا كليين أم شخصيّين وهو النقد، وبيع المؤجل بالمؤجل - وهما لا محالة كليّان - وهو بيع الكالي بالكالي، وبيع الحاضر بالثمن المؤجل - سواء كان الحاضر كلياً أم شخصيّاً - وهو بيع النسيئة، وبيع المؤجل بالحاضر وهو السلم.

واعلم أولاً: أنّ عنوان بيع الكالي بالكالي ليس في الأخبار على ما حكى، ولو فرض وجود بيع الدين بالدين فيها لكان الظاهر من هذا العنوان هو الدين الذي ثبت عنوان دينيته مع قطع النظر عن هذا البيع، فينحصر فردّه في ما هو صحيح بالاتفاق من بيع دين ثابت للبائع في ذمّة شخص من ذلك الشخص بازاء دين ثابت لهذا الشخص على ذمّة ثالث، وعلى فرض صدقه على الدين الذي ثبت دينيته بهذا البيع لم يكن وجه لتخصيصه بصورة التأجيل، وذلك لصدق الدين على الثابت في الذمّة من غير فرق بين تعجيله وتأجيله، ألا ترى أنّ الدين عند حلول أجله دين ولا يتفني عنه موضوع الدينيّة؟

١ - كان هذا البحث في نسخة المؤلف - دام ظلّه - كمتاجر الشيخ الأنصاري - رحمه الله - بعد بحث الحيارات فلا تغفل.

فالْحَاصِلُ أَنَّ الْحُكْمَ فِي خُصُوصِ الْفَرْدِ الَّذِي قَالُوهُ، أَعْنِي: الدِّينَ الْحَاصِلَ دِينِيَّتُهُ بِهَذَا الْبَيْعِ مَعَ كَوْنِهِ مُؤَجَّلًا لَا شَاهِدَ عَلَيْهِ إِلَّا الْإِجْمَاعُ عَلَى فَرْضِ ثُبُوتِهِ.

مسألة: اعلم أَنَّ الْعَقْدَ عِنْدَ عَدَمِ تَقْيِيدِ الْأَجْلِ يَفِيدُ الْمِلْكِيَّةَ، وَمَقْتَضَى الْمِلْكِيَّةِ وَجُوبَ الدَّفْعِ إِلَى صَاحِبِ الْمَالِ، غَايَةُ الْأَمْرِ مَعَ شَرْطِهِ الَّذِي هُوَ بِذَلِكَ الْطَرَفِ الْآخَرِ أَوْ تَمَكِينِهِ، وَلَوْ امْتَنَعَ يَجْبِرُ وَلَا خِيَارَ، وَهَذَا مُرَادُ التَّذَكُّرَةِ حَيْثُ عَلَّلَ - عَلَى الْمُحْكَمِ - كَوْنَ الْإِطْلَاقِ مَقْتَضِيًّا لِلنَّقْدِ - بِأَنَّ قَضِيَّةَ الْعَقْدِ انْتِقَالَ كُلِّ مِنَ الْعَوْضِيزِينَ إِلَى الْآخَرِ، فَيَجِبُ الْخُرُوجُ عَنِ الْعَهْدَةِ مَتَى طُوبِلَ صَاحِبُهَا، وَبِالْجُمْلَةِ: النَّقْدُ مَقْتَضَى الْأَصْلِ الْأَوَّلِيِّ فِي الْأَمْلاكِ فَخِلَافُهُ يَحْتَاجُ إِلَى دَلِيلٍ.

وَأَمَّا كَوْنُ الْإِطْلَاقِ مُنْصَرَفًا إِلَى اشْتِرَاءِ النَّقْدِ فَلَا نَسَلَمَ ذَلِكَ وَمَجْرَدُ كَوْنِهِ دَاعِيًّا غَالِبِيًّا لَا يَثْمُرُ، وَيَدُلُّ عَلَى الْحُكْمِ - مُضَافًا إِلَى ذَلِكَ - الْمَوْثُوقُ: «فِي رَجُلٍ أَشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ جَارِيَةً بِثَمَنِ مَسْمُومٍ ثُمَّ افْتَرَقَا؟ فَقَالَ: وَجِبَ الْبَيْعُ، وَالثَّمَنُ إِذَا لَمْ يَكُنَا شَرْطَاهُ فَهُوَ نَقْدٌ»^(١).

ثُمَّ إِنَّ الشَّرْطَ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ لِنَفْعِ الْبَائِعِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ لِنَفْعِ الْمُشْتَرِي، وَالْمُعْتَبَرُ كَيْفِيَّةُ اعْتِبَارِ الْمَنْشِئِ، فَتَارَةً يَكُونُ الْمُلْحُوظُ فِي جَعْلِ الْأَجْلِ - إِمَّا فِي طَرَفِ الثَّمَنِ كَمَا فِي النَّسِيَةِ أَوْ فِي الثَّمَنِ كَمَا فِي السَّلَمِ - نَفْعُ الْمُشْتَرِي فِي الْأَوَّلِ وَالبَائِعِ فِي الثَّانِي، أَعْنِي: لَا يَكُونُ فِي ضَيْقٍ مِنْ جِهَةِ الْأَدَاءِ وَفُورِيَّتِهِ عِنْدَ حُصُولِ الْمَطَالَبَةِ كَمَا هُوَ قَضِيَّةُ طَبْعِ الْعَقْدِ عَلَى مَا عُرِفَتْ بَلْ يَكُونُ التَّأْخِيرُ فِي الْمُدَّةِ الْمَضْرُوبَةِ لَهُ جَائِزًا.

وَرَبَّمَا يَكُونُ الْمُلْحُوظُ فِيهِ نَفْعُ الطَّرَفَيْنِ، أَعْنِي: أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْإِقْدَامُ الْفُورِيُّ عَقِيبَ الْمَطَالَبَةِ، وَالطَّرَفُ الْآخَرُ أَيْضًا يَسْتَحَقُّ عَلَيْهِ فُورِيَّةَ الْأَدَاءِ عِنْدَ حُلُولِ

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ١، من أبواب أحكام العقود، ص ٣٦٦، ح ٢.

الأجل، ففي الصورة الأولى متى حلّ الأجل وسامح كان عاصياً ويجبر وفي الصورة الثانية علاوة على العصيان تخلف عن شرطه، فيحصل للجانب الآخر خيار تخلف الشرط، هذا بالنسبة إلى ما بعد الأجل، وكذا بالنسبة إلى ما قبله، أعني: تارة يكون المملووظ نفع المشتري في النسيئة والبائع في السلم كما عرفت، وأخرى يكون المملووظ نفعهما أعني: أنّ الطرف الآخر أيضاً يستحق الامتناع لو بذل الآخر وأراد تفريغ عهده، والمدار في ذلك كيفية اعتبار المنشئ.

والظاهر المتعارف من الشرط من الحيثية الثانية، أعني: ما قبل الأجل ملاحظة نفع من عليه الحق؛ لأنّ نفع من له الحق فرض نادر لا يحمل عليه الإطلاق، وإذن فمقتضى القاعدة أنّه لو تبرّع المشتري في النسيئة بالأداء قبل الأجل أو البائع في السلم كذلك ليس للطرف الآخر الامتناع عن القبول؛ إذ بعد عدم الشرط - كما هو المفروض من قيام الظاهر عليه - يكون على حسب القاعدة الأوليّة، وهو تسلّط من عليه الحق في مقام تفريغ ذمّته وعدم الحق لمن له الحق في الامتناع عن الأخذ والقبول.

لكنّ الذي يمنع الفقيه عن الفتوى أنّهم ادّعوا الإجماع أو عدم الخلاف في جواز الامتناع، وإن احتمل أن يكون نظرهم إلى سلب عنوان الماليّة عنه قبل الأجل، كما يحتمل أن يكون هذا أيضاً وجه إجماعهم على عدم جواز بيع المشتري في السلم قبل حلول الأجل، ومن المعلوم بطلان هذا الوجه لأنّه مال فعلاً في عهدة الطرف، والأجل ظرف للإمهال في الأداء وإلّا فاللازم بطلان أصل المبايعه، لوقوعها على ما ليس بهال فعلاً وإنّما يصير مالاً بعد ذلك وهو غير كاف، لكنّ الفقيه لا يجسر بمجرد هذا الاحتمال على رفع اليد عن مقتضى الاجماعين، هذا من الحيثية الثانية.

وأما الكلام من الحيثية الأولى، أعني: ما بعد الأجل، فالظاهر من جعل الأقساط للثمن أو المثلثين ملاحظة نفع الطرفين، إذ نشاهد أنه لو سامح في رأس الأجل عن أداء القسط المقرّر يرى نفسه مخلّفاً للقول لا مجرد كونه عاصياً، وهذا دليل على ملاحظة الأمرين معاً في الشروط، وعلى هذا فلو أخرج كان لآخر خيار تخلف الشرط.

ثم المحكي عن المشهور أنّ اشتراط التعجيل تأكيد لمقتضى الإطلاق، وأنت خير بفساد هذا الكلام بظاهره، نعم لو قلنا بانصراف الإطلاق إلى الاشتراط صحّ لكن عرفت منعه، وحينئذ فالإطلاق لا يقتضي إلّا وجوب التعجيل بالوجوب التكليفي، وأما لو انضمّ الاشتراط فيصدق على المسامحة عنوان خلف القول والشرط فيستحقّ الطرف الآخر للفسخ كما في كلّ شرط، فأين التأكيد؟ نعم الظاهر أنّ طبع الشرط طبع ما كان مقتضى العقد لا أنّه جعل شيئاً زائداً عليه، فلا بدّ من التكلّم في مقتضى العقد أنّه ماذا؟

لا إشكال في أنّه ليس مقتضاه الفورية الغير المنوطة برضا من له الحقّ بمعنى أنّه لا يفرق في وجوبه الفوري رضاه بالتأخير وعدمه، بل لا كلام في أنّه برضاه بالتأخير يسقط الوجوب، وأما لو كان غافلاً وخالياً عن الرضا والكراهة، أو يكون ملتفتاً ولا يطالب لأجل مانع من الاظهار مثل الاحتشام عن المطلوب منه، فلا دليل على السقوط فيه، فقولهم: عند عدم المطالبة ينتفي الفورية القدر المتيقّن منه هو الرضا القلبي المستكشف إمّا بطريق قطعي أو كاشف عرفي مثل السكوت في بعض المواضع.

وأما صورة الخلوّ عن الأمرين فهي باقية تحت القاعدة الأولى؛ وذلك لأنّ كلمة عدم المطالبة بحسب اللغة وإن كان أعمّ من صورة الخلوّ ولكنه عرفاً ظاهر

في طلب البقاء، نظير كلمة (فلان غير راض) حيث إنه ظاهر في أنه كاره وإن كان لغة أعمّ منه ومن الغافل الصرف.

إذا عرفت ذلك فنقول: الظاهر من حال المشتراط أيضاً أنه يلزم المشروط بمثل هذا المعنى، أعني: أنه ما لم يرض بالبقاء يكون ملزماً بالأداء، فلا إلزام مع الرضا، فإن كان المراد من التأكيد هذه الجهة فلا كلام، هذا.

مسألة

لا إشكال في أنه لو اشترط أجلاً في النسبة غير معيّن مفهوماً، مثل أن يجعله (مهرجان) ولم يعلم ما المراد بهذه اللفظة وأنه أول الاعتدال الخريفي يكون باطلاً للغرر.

وأما إذا عرفا المفهوم كالنيروز أو رأس شهر رجب ولكن لم يعرفا ماذا مقدار ما بينهما وما بين الأجل لعدم علمهما بأن هذا اليوم أي يوم من الشهر أو لعدم العلم بأن الشهر ثلاثون كاملاً أو تسعة وعشرون، وكذا التأجيل بآخر اليوم مع عدم العلم بساعات يقين من اليوم فإنه لا إشكال في بطلان صورة الاشتراط بنفس المردّد بين هذه الأمور وكونه غرراً، كأن يجعل الأجل مردّداً بين ثلاثين أو تسعة وعشرين أو ست ساعات أو خمس.

وأما في صورة جعل الأجل نفس المفهوم المردّد مصداقه فقد يقال بالصحة، ويقاس بالبيع بعيار البلد مع عدم المعرفة بالمصداق، فإنه قليلاً ما يعرف المتعاقدان اشتغال المتنّ مثلاً على أي مقدار من المثاقيل على التفصيل، مع أنه لو تردّد في الوزن بين مقدارين من المثقال فهو غير جائز، وربما احتتمل الاكتفاء بالمعرفة عند العامة.

قال شيخنا الأستاذ - أطال الله بقاءه - : الظاهر صحة المعاملة في كلا الفرضين، أعني: صورة عدم المعرفة بمصداق الأجل مع معرفة المفهوم، وصورة عدم المعرفة بمصداق وزن البلد مع معرفة المفهوم، لكن كلّ من البايين بملاك خاص به غير جار في الآخر.

أمّا في التوقيت بالأجل، فلأنّ الأجل وهو رأس المدة ولو لم يعلم مقدار المسافة الفاصلة في البين أمر معلوم، فأخر الشهر أو آخر السنة أو أوّل رجب أجل معلوم عرفاً لا جهل فيه، بخلاف يوم موت زيد ويوم الحصاد وقدم الحاج، فإنّه ليس تحت انضباط بحيث وقع في كلّ شهر في يوم معيّن مثلاً، أو في كلّ سنة كذلك، ونحن إذا راجعنا أخبار باب السلم ورأينا الاكتفاء فيه بالأجل المعلوم فنعلم أنّ باب النسية ليس فيه شيء أزيد من ذلك الباب.

وأمّا الجهل بمقدار الفصل حيث إنّه مردّد بين عددين متفاوتين متفاوتاً فاحشاً فلعلّ السرّ في عدم لزوم الغرر أنّ حوائج الناس غالباً مقسّطة على تلك الآجال، مثلاً احتياج الناس إلى النقد غالباً في رأس النيروز أو في رأس الشهر، والحاصل يحدث عند هذه الآجال حوائج مخصوصة ويحصل الحاجة إلى النقد فيها لأجل رفع تلك الحوائج، فإذا علم أنّ رأس الاعتدال الخريفي يحصل بيده النقد، والمفروض أنّه يوم شراء الكتيراء، أو القطن أو الحاجة الكذائية فهو عالم بوصوله إلى النقد يوم احتياجه للحاجة الكذائية، فلا غرر.

وأمّا في المعاملة بعيار البلد مع عدم العلم بمقدار مثاقيله، فلعلّ الوجه في عدم الغرر أنّ الاتكال غالباً في تعيينها على تعيين شخص خبير رئيس في المملكة فهو قد عيّن العيار بالمداقة، وسائر الناس اتكلوا على تعيينه، فهم عارفون إجمالاً

بصحته وانضباطه، وأما احتمال كفاية علم العامة ففيه ما لا يخفى من الوهن بعد أن المعتبر رفع الغرر عند المتعاقدين.

وبالجملة: حال الأجل غير حال العيار، فإنّ الأجل معلومة مضبوطة في حدّ أنفسها من غير اتكال على أحد، فرأس الشهر من المواقيت المعلومة ولو لم يعلم المسافة إليه وعدد الأيام الواسطة في البين، وأما وزنه البلد فهي قطعة حجر أخرى غير وزنه متساوية في عدم المعرفة إلاّ بجسمهما المحسوس، فالاتكال على تشخيص الخبر المؤسّس.

ثم بعد تعيين مدّة الأجل لا فرق بين القصير والطويل ما لم يخرج عن حدّ العقلانية وأما إذا فرض - من جهة كثرة طول المدّة كالف سنة - صيرورة المعاملة سفهية مثل بيع ما يساوي عشرة دراهم بعشرة آلاف دينار إلى رأس ألف سنة، فإنّ كثرة الثمن لا تخرج عن كونها سفهية لأنّه لا يعلم ماذا يصير حال المشتري بعد الألف هل يكون موجوداً بوارثه أو منقرضاً وهل يكون ذا مال أو بلا مال ففي الحقيقة يعدّ هذا تفويتاً لعشرة دراهم. وبالجملة الحكم بالفساد لأجل كون المعاملة سفهية متّجه، وأما احتمال خروجها عن ذلك بواسطة حكم الشارع عليه بالحلول عند الموت ففاسد؛ لأنّ حكم الشارع يتعلّق بالموضوعات بملاحظة حالها قبل الحكم ولا يلاحظ أنّها بماذا تتّصف بعد ورود الحكم، فإذا فرضنا أنّ الحكم في المعاملة مخصوص بالمعاملة الغير السفهية فالمتّبع وجود هذا العنوان مع قطع النظر عن حكم الشارع، ولا ينظر إلى عدمه بملاحظة حكم الشارع كما هو الحال في الضرر والغرر، هذا.

ولكن شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - جعل هذا من أفراد الشرط المخالف للسنة بملاحظة أنّ الشارع جعل الموت سبباً للحلول، وجعل الأجل ألف سنة

ينافي ذلك، وهو منه عجيب، فإن الشرط إذا كان مخالفاً للسنّة لا يكون صحيحاً، وإذا كان فاسداً فلا ينعقد من الأوّل فكيف يحكم بكونه حالاً عند الموت، فهذا الحكم مفروض في الشرط الصحيح.

وبعبارة أخرى: الالتزام الشرطي لا إطلاق له بالنسبة إلى ورود نفسه، والحكم وارد بهذه الملاحظة، ومثل هذا لا يعدّ مخالفاً، وإن شئت قلت: الموضوع هو الشرط الذي يكون صحيحاً لولا هذه الجهة، نعم لو شرط أنّ الموت لا يكون سبباً للحلول كان مخالفاً للسنّة، وأمّا شرط الأجل فلا، كيف وإلّا يلزم سدّ باب صيرورة الموت سبباً للحلول رأساً لصيرورة الشرط فاسداً من الأوّل بواسطة طرق الموت قبل الأجل، ولعلّه - قدّس سرّه - أشار إلى هذا بقوله - قدّس سرّه -: فافهم.

مسألة

لو باع نقداً بثمن ومؤجلاً بأزيد منه فهل يحكم بالفساد رأساً وعدم ترتّب الأثر عليه مطلقاً - لا المقصود ولا غيره كبيع أحد العبدین - أو يحكم بالصحة وترتّب الأثر المقصود أو يحكم بعدم ترتّب الأثر المقصود ووقوعه موضوعاً لحكم شرعي تعبدي وهو استحقاق البائع أقل الثمنين في أبعد الأجلين؟

وليعلم أولاً: أنّ محلّ كلامنا صورة التريديد في الثمن، فيخرج منه ما إذا جعل الثمن واحداً معيّناً وشرط أنّه لو أخر زاد عليه مقداراً، فإنّه من شرط الربا ويكون فاسداً وغير مفسد على ما مرّ من عدم إفساد الشرط الفاسد، ويخرج أيضاً ما إذا باع بالثمن الأقلّ معلقاً على النقد وباع يبعاً آخر بالثمن الأكثر معلقاً بالتأجيل، فإنّه فاسد من جهة التعليق.

فالكلام ممحّض في البيع المنجّز مع الترديد في الثمن، وهو الذي وقع التعبير عنه في الأخبار بشرطين في بيع تارة، وبيعين في بيع أخرى، وصفقتين في صفقة ثالثة، والأقوى فيه القول بالفساد بمعنى عدم ترتّب الأثر المقصود وكونه موضوعاً للحكم شرعاً باستحقاق البائع بإزاء المبيع أقلّ الثمنين في أبعد الأجلين.

أما الفساد؛ فلأجل ما ورد من النهي عن شرطين في بيع وبيعين في بيع و صفقتين في صفقة، وقوله -عنه السلام-: «من ساوم بثمانين أحدهما عاجل والآخر نظرة فليسّم أحدهما قبل الصفقة»^(١) فإنه إمّا يحمل ذلك النهي وهذا الأمر على الإرشاد وإمّا على التحريم، فعلى الأول يدلّ على الفساد، بمعنى أنّه إذا أردت أن ينفذ مقصودك فافعل هكذا، وعلى الثاني لا ينافي مع ما دلّ على الفساد بهذا المعنى مع ترتّب أثر آخر وهو ما دلّ على المطلب الثاني وهو روايتان.

إحداهما: رواية محمد بن قيس المعتبرة «قال أمير المؤمنين -عنه السلام-: من باع سلعة فقال: إنّ ثمنها كذا وكذا يبدأ بيد وثمانها كذا وكذا نظرة فخذها بأيّ ثمن شئت وجعل صفقتها واحدة فليس له إلّا أقلّها وإن كانت نظرة»^(٢) فإنّ هذا ظاهر في أنّه ليس للبائع استحقاق أزيد من الأقلّ، وإن كان على وجه النظرة فليس له استحقاق الزيادة ولا استحقاق المطالبة قبل الأجل، نعم لا ينافي هذا مع وجوب التعجيل على المشتري وكونه عاصياً بالتأخير نظير من اشترى نسيئة ونذر قبل الأجل أداء الثمن، فإنّه عاص بالتأخير لمخالفة النذر ولكنّ البائع غير مستحقّ للمطالبة قبل الأجل.

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ٢، من أبواب أحكام العقود، ص ٣٦٧، ح ١.

٢- المصدر نفسه.

والثانية: رواية السكوني «عن جعفر - عليه السلام - عن أبيه عن آبائه - عليهم السلام - : أن علياً - عليه السلام - قضى في رجل باع بيعاً واشترط شرطين بالنقد كذا وبالنسيئة كذا، فأخذ المتاع على ذلك الشرط؟ فقال - عليه السلام - هو بأقل الثمنين وأبعد الأجلين، يقول: ليس له إلا أقل النقدين إلى الأجل الذي أجله بنسيئة»^(١).

وهذا صريح في عدم استحقاق البائع لا الأزيد من الأقل ولا المطالبة قبل الأجل، نعم، هذا أيضاً لا ينافي مع عصيان المشتري بالتأخير، وأمّا حمل الروایتين على صورة البيع بثمن نقداً واشترط الربا، أعني: لو أخر يزيد مقداراً فبأبى عنه ظاهرهما من كون جعل الثمن على هذا النحو أي التريّد، غاية الأمر أطلق في الثانية لفظ الاشتراط على هذا الجعل، لكن فيه ما هو أظهر من هذا يدلّ على كون المراد أنّ الثمن المَجْعُول أمر مردّد، ولا داعي إلى الصرف والتأويل بعد عدم منافاة ظاهر الخبر مع عقل أو نقل قطعي.

وأبعد من هذا حمل الخبرين على صورة التلف ومساواة ثمن المثل للثمن النقد، فيدلّ على الفساد رأساً. وأنت خير بأنّ هذا من التأويلات التي لا يجوزها إلا قيام عقل أو نقل قطعي على خلاف متفاهم الرواية، وأين هذا من المقام؟

نعم هذا الحكم مخالف للقواعد والعمومات الدالّة على أنّ العقود تابعة للقصد ولكنها قابلة للتخصيص^(٢) ورفع اليد عن مقتضاها بالدليل، والروایتان صالحتان للدليلية وجامعتان لأركانها، فإنّ سندهما عرفت أنّه في غاية الاعتبار، وكذلك دلالتهما غير قابلة للتأويل، وأمّا وجه الصدور فالأصل العقلاني قائم على حمل كلام المتكلّم على الصدور بغرض الجذّ وبيان الواقع.

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ٢، من أبواب أحكام العقود، ص ٣٦٧، ح ٢.

٢- كما في نسيان الأجل في نكاح المتعة فإنّه ينقلب دائماً. منه دام ظلّه.

نعم ربّما تكون الرواية في غاية الاعتبار سنداً ودلالة ولكنّ الأصحاب أعرضوا عن الافتاء بمضمونها مع ما هي عليه من قوّة السند والدلالة كما هو الحال في ما دلّ على إجزاء الأغسال المستحبّة عن الوضوء الواردة بمضمون «أي وضوء أنقى من الغسل»^(١) فلإنّها صحيحة صريحة في المطلب، ومع ذلك أعرض الأصحاب عن الافتاء بمضمونها، فيوجب إعراض هؤلاء المهرة سقوط ذلك الأصل العقلائي في حقّه كسقوط أصل عدم السهو في حقّ من رأينا منه السهو كثيراً.

وهذا المعنى أيضاً غير متحقّق في المقام، فإنّ العلماء طرّاً عاملون بهذين الخبرين متكلّين عليه، غاية الأمر إنهم بين عامل بظاهرها كما اخترناه وبين موجّه لهما بأحد الاحتمالين السابقين، ولا يخفى أنّ التوجيه أيضاً شاهد على الاعتماد بجهات السند، غاية الأمر إنّه لم ينهض عندهم دلالتها على حدّ تأسيس حكم جديد في مقابل العمومات والقواعد، وبواسطة هذا الاستبعاد والاستيحاش وقعوا في ما وقعوا.

وأنت خير بأنّ هذا غير مستوحش بعد ورود الدليل، وقد عرفت تماميّة من الجهات الثلاث والله العالم بحقائق أحكامه، ثمّ إنّ الحكم لمّا يكون على خلاف القاعدة يجب الاقتصار فيه على مورد النصّ فلا يتعدّى إلى ما إذا جعلنا ثمينين في أجلين بل يحكم فيه على حسب القواعد بالبطلان.

مسألة

لا يجب على المشتري دفع الثمن المؤجل قبل الأجل وإن طال به البائع، لأنّه

١- الوسائل: ج ١، الباب ٣٤، من أبواب الجنابة، ص ٥١٥، ح ٤.

فائدة التأجيل، إنّما الكلام في أنّه لو تبرّع بالدفع قبل الأجل يجب على البائع القبول أو لا؟ ومثله الكلام في السلم وفي كلّ دين مؤجلّ إذا تبرّع المديون بالدفع قبل الأجل، والظاهر أنّ جواز إسقاط المديون أجل الدين أيضاً وأنّه يسقط أو لا متحدّ الملاك مع المسألة السابقة.

فقد يقال في كليهما بأنّه لا وجه لعدم الوجوب وعدم السقوط بعد أن شرط التأجيل — على ما هو الغالب الذي يكاد يلحق خلافه لغاية شذوذه بالمعدوم — شرط روعي فيه نفع المديون والإرفاق بحاله فينتزع منه الحق له فقط.

وأما الانتزاع للبائع بأن يكون له حقّ أن يبقى الدين في المدّة في ذمّة المديون ففي غاية الندرة ولا يحمل عليه المتعارف في أيدي الناس، وعلى هذا فإسقاط المشتري حقّه يسقط كسائر الحقوق الحاصلة بالشرط، وكذا يجب على البائع القبول عند تبرّعه بالأداء قبل الأجل، اللهمّ إلّا أن يكون هنا إجماع وأنّه من قبيل الحكم^(١) وغير قابل للإسقاط والتغيير، فلا يجب ولا يسقط، هذا ما يقال.

ولكن يمكن توجيه ما نسب إلى المشهور من غير خلاف يعرف إلّا من العامّة بما يستفاد من كلام العلامة — أعلى الله مقامه — في التذكرة، وحاصله: أنّه تارة يكون المبيع والثلث نفس المتاع والنقد، والتأجيل شرط خارجي كشرط الكتابة، فحينئذ يجيء فيه ما ذكر حرفاً بحرف، وأخرى يكون هذا الاختلاف راجعاً إلى الاختلاف في المبيع والثلث، لا بمعنى أنّ المبيع هو الكلّي في ذلك الوقت أو النقد كذلك حتّى يكون بارداً، بل بمعنى أنّ المبيع موصوف بكونه مستقرّاً في ذمّة البائع إلى رأس الأجل الكذائي، وكذا الثلث في النسبة في ذمّة المشتري، وهذان وصفان

١- وأنّ النقد والنسبة نوعان، لا من قبيل المطلق والمشروط فيه الأجل.

كالعربية في ما إذا باع الفرس العربي، لا أتهما شرطان، فإن المتبادر من بيع النقد والنسيئة والسلم والكمالي بالكمالي أن تلك أوصاف للعوضين فيتّصف بها البيع وتنصير أقساماً له.

وعلى هذا فيتّجه ما ذكره في كلا الفرعين؛ إذ التبرّع بالأداء حينئذ أداء لغير ما كان وقع عليه العقد، نظير إعطاء البائع الحنطة الجيدة مع كون المبيع الحنطة الرديّة، فلمّا وإن لوحظ في هذا الوصف إرفاق البائع ونفعه ولكن ليس له التبرّع بإعطاء الجيد وإلزام المشتري بقبوله، وكذلك لا يقبل الإسقاط.

نعم، يلزم على هذا أنّه لا يقبل التقايل أيضاً مع أنّ ظاهر بعضهم قبوله، فإنّ الوصف بانفراده لا يقبل التقايل، كما لو تقايلا على إسقاط وصف الجودة أو الرداءة.

ويمكن توجيه كلام ذلك البعض بأن يقال: إنّ مراده بالتقايل هو الإعطاء لغير الجنس بتراضي الطرفين، فإنّه يعدّ مصداقاً للوفاء عرفاً، كما إذا طالب أحدهما الحنطة فتراضيا بالشعير، فإنّه يعدّ وفاءً جعلياً حينئذ، فكذا في المقام إذا تراضيا على إسقاط الأجل وإعطاء العوض نقداً، فإطلاق التقايل عليه من باب المسامحة.

نعم يبقى ما في كلام هذا البعض من عدم تصوير التقايل في صورة نذر التأجيل معللاً بأنّ التقايل في العقود لا في النذور، فإنّه إن كان المراد نذر أن يوقع المشتري شراءً موجّلاً أو البائع يبيعاً كذلك فبالإيقاع خرجا عن عهدة النذر ويقبل العقد.

وإن كان المراد أنّه بعد إيقاع العقد موجّلاً لو نذر المشتري أن لا يؤدّي قبل الأجل فلا يقبل التقايل، ففيه أنّه عاص بهذا التراضي وحانت للنذر لا أنّه غير

مؤثر أثره الوضعي، وكذا إن أُريد نذر البائع بعد العقد مؤجلاً أن لا يأخذ الثمن قبل الأجل فإن تراضيه مفوّت لموضوع نذره، نظير ما إذا نذر غسل الميت فأحرقه فإنه عاص ولكنّ التكليف ساقط، فكذا في ما نحن فيه التقايل يؤثر أثره، ويجب على البائع القبول وعلى المشتري الأداء بعده، وهما عاصيان بإقدامهما على التقايل المفوّت لموضوع النذر، لأنّ موضوعه صورة عدم سقوط الوصف وبقائه متعلّقاً للحق.

مسألة

قالوا: كلّ دين حال يجب على مالكة قبوله عند دفع المديون إليه؛ إذ لا حقّ له في إبقاء ذمّة الغير مشغولة بحقه، فهذا إضرار وظلم ومخالفة لسلطنة الناس على أنفسهم، ثمّ لو امتنع تنتقل ولاية القبض إلى الحاكم الشرعي لأنّه وليّ الممتنع. واستشكل عليه شيخنا الأستاذ - دام ظلّه - أولاً بأنّه ما الدليل على أنّ الكلّي الثابت في ذمّة شخص في حال كونه متعيّناً بأسبابه للملكيّة لشخص آخر محتاج في تطبيقه على مصداق إلى قبض الدائن وقبوله بحيث لو لم يقبض لم يتعيّن في المدفوع، فإنّ الثابت في ذمّة المديون قد تحقّق أسباب ملكيّته للدائن بالإيجاب والقبول أو بسبب آخر، فيكون ما في الذمّة متّصفاً بالملكيّة للدائن، فإذا خوطب المديون بأداء هذا المال إلى صاحبه فمعناه أنّ اختيار التطبيق إليه، لأنّه يدفع إليه ماله.

نعم لو أراد التملك بنفس هذا الإعطاء يوجّه أن يقال لا بدّ من قبوله، وأمّا إذا فرض كونه ملكه من قبل فحاله حال الوديعة والأمانة حيث ليس المعتبر من الأداء فيهما إلّا إحضار الودعي والأمين العين عند المالك، ولو امتنع هو عن

القبض فإنَّ الأداء يتحقَّق بهذا، وكذا في ما نحن فيه، الكلِّي صار ملكاً للدائن وإذا خوطب المديون بأداء هذا المال فاللزام كون الاختيار إليه كما في مرحلة الامتثال للأمر.

ومثل ما ذكرنا يجري في الفقير الكلِّي الذي قد ملكه الله الزكاة حيث قالوا يعتبر في مالكيته قبضه وقبوله، فإنه يرد أيضاً أنه ليس إعطاء لغير المالك حتَّى يحتاج إلى القبول بل إلى المالك بالأسباب السابقة على الإعطاء، فإذا قيل أعط مال الفقير إياه فعند الإعطاء يعطيه ماله لا ما يحتاج في المالِيَّة له إلى قبوله، وبالجملَة معنى أداء مال الفقير كون الاختيار بيد المعطي في التشخيص من دون مدخلة لقبول المعطى (بالفتح).

وثانياً: سلّمنا الاحتياج في التعيّن إلى قبول المعطى ولا يكفي صرف الإقباض الحاصل من ناحية المديون، ولكن ما الدليل على أن هذا القبول واجب على الدائن، فإنه ليس في التأخير إضرار على المديون كليّة. نعم، ربّما يفرض كونه كذلك لكنّ الحكم على وجه الكلّيّة استناداً إلى قاعدة لا ضرر محلّ كلام، فإنّ لنا أن نفرض مورداً لا ضرر ولاخوف على المديون أصلاً.

وثالثاً: سلّمنا أنه خلاف قاعدة لا ضرر فيجب عليه القبول، لكن ما الدليل على قيام الحاكم مقامه مع الامتناع إمّا ابتداءً أو بعد الإكراه على الكلام فيه؟ فإنّ القبض لو قلنا به ليس المراد به إلا الرضا الباطني من دون حاجة إلى إنشاء خارجي، فليس حاله كالعقد الانشائي الذي ينوب الحاكم منابه في إجرائه لو امتنع كما في بيع العين المرهونة، وأمّا الرضا الباطني الغير المحتاج إلى الإنشاء فاللزام بقاعدة لا ضرر سقوطه عن الاعتبار عند امتناعه؛ لأنّه أمر غير حاصل

على كلّ حال سواء رضي الحاكم أم لا، فأيّ دليل على أنّه بعد سقوط رضاه يكون الأمر دائراً مدار رضا الحاكم؟ هذا.

ولكن يمكن أن يقال: إنّنا لو أغمضنا عن الإشكال الأول وقلنا إنّ الوفاء أمر يحتاج إلى طرفين كالعقد فالإشكالان الأخيران قابلان للذّب، أمّا الأول: فلاّ نفس الكون تحت دين الغير عرفاً ضرر وإيذاء على الشخص ولو كان الدائن في كمال الرفق والملاطفة، ولا أقلّ من أنّه في معرض أن يموت بلا مال يتركه ولا وارث يؤدّي عنه فيبقى تحت الدين.

لا يقال: سلّمنا أنّه ضرر ولكنّه مقدّم في أصل إحداث الدين الذي لازمه الاحتياج في الأداء إلى قبول الطرف على هذا الضرر.

لأنّا نقول: وإن كان الاحتياج من أحكام الدين شرعاً وعرفاً لكنّه غير الإقدام عليه، مثلاً لو أقدم على عارية خشبة للوضع في البناء فوضعها ثمّ عاد المعير وطالبها، فلا يمكن أن يقال: إنّ تخريب البناء ضرر قد أقدم المستعير عليه، كما حكي ذلك عن صاحب المسالك — قدّس سرّه —؛ لأنّه وإن كان ذلك من أحكام العارية لكن ليس بناء العارية لأجل الغرض المذكور على العود، بل المستعير مطمئن الخاطر بأنّه لا يعود، وهكذا في مقامنا هو مطمئن الخاطر بأنّه متى أحضر عنده المال يقبله، فعدم القبول أمر غير مقدّم عليه وإن كان أمراً جائزاً.

وأما الثاني: فيمكن أن يقال: إنّّه بعد فرض كون الأداء والوفاء محتاجين إلى طرفين والمفروض وجوب القبول لأجل الضرر وامتناع الدائن عنه فسقوط القبول عن الجزئية في التأثير يكون مثل ما إذا وجب البيع لأجل الضرر وامتنع البائع

فيقال بتحقق الملكية بلا بيع، فإنه لا يمكن ذلك بل اللازم القول بتصدي الحاكم للبيع لأجل دفع الضرر عن الفقراء، وهكذا هنا يقال بتصدي الحاكم للقبض والقبول لأجل دفع الضرر عن المديون، ولا أقل من أن يقال: إن دليل لا ضرر إنما يسقط بمقدار الضرورة، فإذا لم يمكن القبض بمباشرة الدائن ورضاه يسقط قيديّة الرضا لا أصل القبض ولا قيد المباشرة، فإذا لم يتمكّن من قيد المباشرة أيضاً فلا وجه لرفع اليد عن أصل القبض فيتصدّاه الحاكم.

وتحصّل من جميع ما ذكرنا من أوّل المسألة أننا قلنا بالدليل على لزوم القبول في تحقّق البيع الخارجي مع أنّ مفهومه عبارة عن المبادلة - فمن الممكن أن يكتفي الولي من الطرفين كالولي عن الصغيرين بلفظ (بعت) في بيع مال أحدهما من الآخر - كذلك نقول: ما الدليل على لزوم القبول في أداء الدين الكلّي وتشخيصه في الخارج وعدم كفاية التخلية بين صاحب الدين وبين المصدق الخارجي؟ وكذا في باب الزكاة ما الدليل على لزوم قبول الفقير الزكاة وعدم كفاية التخلية المذكورة؟ فإنّ دليل لزوم الايفاء والأداء مع وضوح صدقهما بنفس التخلية ولو لم يرض الطرف دليل على أنّ اختيار التعيين بيد المديون في البابين.

ودليل السلطنة على النفس أو المال لا يفيد اشتراط التعيين برضا صاحب الدين بعد دلالة الدليل المذكور على الاختيار المذكور، فتتصرف السلطنة إلى أشياء آخر من البيع وسائر التصرفات دون التطبيق.

وعلى فرض التسليم ودلالة دليل السلطنة على اشتراط القبول ففي باب البيع قد علمنا بالاحتياج إليه وعدم سقوطه بحال، وأمّا هنا فلم نعلم ذلك، والقاعدة حاکمة على جميع العمومات التي منها دليل السلطنة، فلم لا نقول

حيثئذ - أعني: صورة لزوم الضرر من امتناع صاحب الدين على المديون - بسقوطه عن الشرطية وكفاية التخلية.

وعلى فرض التسليم وأنه في هذا المقام أيضاً لا محيص عن تحقق القبول فالقول بأنه لا بدّ حيثئذ من إجبار الحاكم لصاحب الدين على القبول مبنى على القول بأن طيب النفس المعتبر في الباب متحقق مع الإكراه على خلاف ما اختاره شيخنا المرتضى في محلّه من عدم تحقّقه ولو كان متحقّقاً في صورة الإلجاء والاضطرار.

وأما على القول بعدم تحقّقه كما اختاره الشيخ فلا وجه للإجبار، بل لا بدّ من قبول نفس الحاكم، والقول بأنّ نفس القبول وراء الرضا وطيب النفس، فالرضا معتبر من الحاكم والقبول من الدائن، ففيه أنّ القبض معتبر من باب الكاشفية والمظهرية للرضا والطيب، فإذا علم عدمهما فهو ساقط عن الاعتبار.

والحاصل: تارة نقول: القبول شيء، وطيب النفس شيء آخر قيد له فإذا لم يمكن القيد فلا وجه لرفع اليد عن الأصل، وأخرى نقول: القبول ليس شيئاً مستقلاً بل اعتباره من باب الكشف عن الطيب فإذا علم عدم المكشوف فهذا اللفظ الخالي غير مفيد شيئاً فلا بدّ من الانتقال إلى قبول الحاكم.

ثمّ على القول الآخر، أعني: تحقق الطيب مع الإكراه لا وجه لتخصيص الإجبار بالحاكم بما هو حاكم وصاحب ولاية، فإنّ معنى ولايته أنّه يقوم مقام من هو وليّه كالصغير والغائب أو الممتنع، غاية الأمر هما قاصران وهذا مقصّر، فيفعل الحاكم ما كان فعلاً للمولّى عليه، وهذا غير متحقّق هنا، نعم من باب الأمر بالمعروف جاز أن يجبره ولكن هذا ليس شأنه من حيث هو حاكم كما هو

واضح.

ويجري هذا الكلام في باب الشروط الفعلية أيضاً إذا امتنع المشروط عليه عن الوفاء، حيث يفتون بإجبار الحاكم، فإنه يرد أيضاً أنه إن كان من باب الولاية فليس هذا محلها، لأن محلها تصديده فعل المولى عليه القاصر أو المقصر، وإن كان من باب الأمر بالمعروف فليس وظيفة للحاكم بما هو حاكم، إلا أن يقال: وجه الاختصاص به أنه ذو قوة واقتدار و تمكن من الإجبار دون غيره بحسب الغالب.

ومن العجب أن شيخنا المرتضى - قدس سره - قد صرح بعد فرض تعذر إجبار الحاكم وتعذر قبضه بإجبار المؤمنين وإن لم يكونوا عدولاً، معللاً بأن هذا من المعروف الذي أمر به كل أحد فلا اختصاص له بالعدول، ومع هذا جعل إجبار الحاكم مقدماً على إجبار غيره.

ثم إنه - قدس سره - قوى في صورة عدم تمكن الإجبار عدم تصدي العدول للقبض وعدم قيامهم مقام الحاكم، وفيه أيضاً إشكال، فإنه وإن كان دليل ولاية السلطان على الممتنع لا يشمل إلا الحاكم، ولكن الدليل الذي دل في أمور القصر بولاية العدول - وهو أنه أمر نعلم بعدم رضا الشارع بإهماله وعدم إجرائه، والأمر دائر بين مساواة جميع الطبقات أو الاختصاص بطائفة دون غيرها فتكون هذه الطائفة متيقناً - بعينه موجود في الممتنع في كل باب، مثلاً لو امتنع الراهن عن بيع المرهون وتعذر الحاكم ولم يمكن للعدول إجباره ولكن تمكنوا من مباشرة البيع فهل يمكن أن يقال بعدم الجواز؟ وإن قلنا به فما الفرق بينه وبين المقام؟

ثم إنه - قدس سره - بعد اختيار عدم في قبض العدول اختار في مقام

التفصّي عن ضرر المديون بأنّه يعزل المدفوع من جملة أمواله ويكون هو معدوداً من أمواله إلى أن يقبضه الدائن فيخرج حينئذ عن ملكه إلى ملك الدائن، ولكن لو تلف قبل قبضه فتلفه من مال الدائن دون مالكة الذي هو المديون؛ وذلك لأنّ هذا مقتضى الجمع بين دليل لا ضرر وسائر القواعد؛ فإنّ ما دلّ على اشتراط ملكيّة الدائن بالقبض يمكن حفظه مع دفع الضرر عن المديون.

لا يقال: لا يخلو أنّ الذمة إمّا مشغولة بالدين وإمّا بريئة، فعلى الأول لا وجه للضمان على الدائن، وعلى الثاني فقد تشخّص الحقّ بالمدفوع.

لأنّا نقول: بل الذمة بريئة ولم يتشخّص مع ذلك الدين بالمدفوع، بل متعلّق به تعلّق حقّ المجنيّ عليه برقبة العبد الجاني، وهذا مثل ما ذكره في باب الزكاة من تعلّق الحقّ برقبة العين الخارجية لا بذمة المالك مع كون المال ملكاً للمالك، هذا ما ذكره - قدس سرّه -.

وأورد عليه شيخنا الأستاذ - دام بقاءه - أولاً: بأن قاعدة لا ضرر شأنها رفع الحكم الذي نشأ من قبله الضرر لا رفع الضرر بأيّ نحو أمكن، فلا بدّ من النظر إلى أنّ أيّ حكم في المقام يولّد الضرر من ناحيته، ولا شكّ أنّه الحكم بمدخلية القبض في انتقال الذمة إلى الخارج، فلا بدّ من رفع هذا والقول بأنّ المعبر حينئذ هو الأداء والتخلية، وأمّا جعل ضمان المال على الدائن مع كونه مالاً للمديون فهو حكم رافع للضرر، لكن ليس شأن القاعدة؛ لأنّها ناظرة إلى الأحكام المجمولة في الشريعة المتولّد منها في بعض الموارد الضرر، والذي يتولّد منه الضرر طبعاً هو ما ذكرنا لأنّه بعد بقاء المدخلية بحالها حتّى في الحال التي فرضناها فالمدفوع مال للمديون وذمته مشغولة وضمان ماله على نفسه، فالذي نشأ منه الضرر هو الحكم

بالمدخلية المذكورة لا الحكم بكون ضمان المال على مالكة. و ترتب ما ذكر، أعني: كون المال باقياً على ملك صاحبه وكون الذمة بريئة عن الدين وتعلق الدين برقبة المال على العزل سلّمنا إمكانه في مرحلة الثبوت ولكنّا نطالب بدليله في مرحلة الإثبات، فإنّ لا ضرر لا يحدث كلّ شيء ممكن، والأحكام الثبوتية في مقامنا أمور:

أحدها: أصل بقاء الدين، والثاني: مدخلية القبض في التشخيص بالمدفوع من حيث براءة الذمة، والثالث: مدخلية فيه من حيث حصول الملكية ولم يكن هنا حكم ضرري على موضوع العزل حتّى ينفي بالقاعدة ويثبت خلافه، فترتيب الأحكام المذكورة على موضوع العزل وإن كان رافعاً للضرر لكنّه خارج عن عهدة دليل نفي الضرر.

نعم يمكن أن يقال مع الغض عمّا ذكرنا سابقاً: إنّ الأداء أمر بسيط، ومحققه في الخارج أمران، الإقباض والقبض، فالذي ارتفع بدليل لا ضرر مدخلية القبض في ابراء الذمة، وأمّا دخله في الملك فباق بحاله، ولا تنفيه القاعدة، ولكن هذا غير العزل والتخلى؛ فإنّهما متحقّقان بأن يعيّن المال عنده وفي منزله ولو لم يعلم الدائن بالحال، ولا ينافي كونه ممتنعاً فإنّه يتحقّق بأن أظهر له أولاً الحضور للاستيفاء فأنكر وامتنع ثم أتى المديون منزله وعيّن الدين في مال، فإنّ ظاهر كلام شيخنا الأجل كفاية ذلك، بل وكذا ظاهر كلام المحقّق الثاني وصاحب المسالك حيث ينقل منها التفصيل في مسألة وجوب الحفظ بين صورة الإتيان والطرح عنده فلا وجوب، وبين صورة العرض أو الإعلام بالحال فالوجوب ثابت، فإنّ الظاهر تسليمهما أنّ العزل الخالي عن الإعلام والعرض كاف في مسألة التبرئة وأنّ هذا تفصيل في مسألة وجوب الحفظ، نعم أهملنا صورة واحدة وهو العزل الخالي.

ولعلّ مقصود المفصل أنّه بالإتيان والطرح تحصل الملكية فلا يجب الحفظ بملاحظة أنّه ليس المعتبر في حصولها أزيد منه كما قويناه، وأمّا لو لم يأت يعني في صورة تعدّد ذلك فحينئذ يتعيّن براءة الذمّة بالعزل فيجب الحفظ.

ثمّ بعد تعلّق الحقّ برقبة المال الظاهر أنّ التصرف المتلف غير جائز وإن كان موجباً للضمان ولكنه حرام شرعاً كما هو الحال في كلّ مال متعلّق لحقّ الغير؛ فإنّ تفويته حرام شرعاً وموجب للضمان، فلا وجه لما صرح به شيخنا في المقام من الحكم بالجواز ولا فائدة في كون الدائن راضياً بالتصرف؛ فإنّ رضاه بالشبوت في الذمّة وعدم التعلّق بالخارج، والمفروض عدم حصول ذلك.

ثمّ إنّ من العجيب تردّد جامع المقاصد في ما إذا أجبر الغاصب أحد الشريكين على دفع نصيب شريكه أو غصب نفس الغاصب سهم بعض الشركاء في العين المشتركة بنيّة كونه سهم بعضهم، حيث تردّد في ثبوت ولاية القسمة للشريك الآخر حتى يكون محفوظاً من ضرر ظلم الغاصب بأن يعيّن نصيب نفسه في غير ما أخذه الغاصب ونصيب الشريك في ما أخذه.

وجه الاستعجاب أنّ الأخذ والغصب يوجّه إلى العين الخارجية المفروض كونها بجميع ذراتها مشتركة بين الاثنين، فالضرر متوجّه إليهما بنسبة واحدة وصرف كون الغاصب يأخذه بعنوان كونه مال فلان لا يخرجّه عن واقعه، وقاعدة لا ضرر لا تنفي في مثل هذا بإيراد الضرر على شخص آخر ليحفظ مال المورد عن الضرر، فلا وجه لتوهم ثبوت ولاية القسمة بقاعدة لا ضرر، نعم هنا طريق تفصّل عن الضرر وهو أن يبيع الشريك نصف نفسه المشاع، فإنّ النصف المشاع مختصّ به وليس مشتركاً، فإذا عيّنه بكونه مختصّاً به ولا يطلق لفظ النصف حتى يقع مورد

الإشكال، فلا إشكال في وقوع البيع حينئذ بتماه في مال هذا الشريك ويتمحض الغصب في مال الشريك الآخر، هذا.

مسألة

لا إشكال في أنه كما يصدق الربا بقرض عشرة دراهم مثلاً بشرط أداء اثني عشر يصدق أيضاً بقرض عشرة بمثلها إلى شهر ثم إذا انقضى الشهر أضاف مدة أخرى بإزاء درهين؛ إذ لا فرق في صدق الربا بين الإحداث والابقاء، فإن حقيقة أخذ الزيادة عن رأس المال بإزاء الأجل وهذا متحقق في المسألتين.

إنما الكلام في ما ذكره للتفصي عن الربا من أن يبيع المقرض شيئاً بأقل من ثمنه ويشترط الإمهال في الدين السابق إلى مدة والزيادة في أجله، فهل يخرج بهذا عن عنوان الربا المحرم أو لا؟ فإن العنوان الذي وقع تحت المنع هو القرض الذي جرّ النفع بواسطة جعلها وشرطها ولم يتقيد بوقوع الاشتراط والجعل في نفس عقد القرض، بل لو وقع في ضمن عقد خارجي أيضاً ولكن صدق كون القرض هو الذي جرّ النفع بتوسط جعلها كفي في الحرمة.

مثلاً لو اشترط في ضمن بيع شيء يساوي مائة بخمسين أن يقرضه المشتري ألفاً إلى سنة فهذا القرض الخارجي وإن كان ليس في ضمنه اشتراط نفع، ولكن يصدق أنه بالشرط في ما بين المقرض والمقرض صار هذا القرض مما يجرّ النفع، فإنّه بسببه يخرج عقد البيع الواقع مع الشرط عن التزلزل الذي يحدث فيه على فرض التخلف عن القرض المشترط، وهذه فائدة جرّها فعل القرض خارجاً وتحقق له ببركة الاشتراط، والقول بانصراف كلمة جرّ النفع إلى صورة كونه باشتراط في ضمن نفس عقد القرض غير مسموع من قائله.

وحيث نذ نقول: نحن وإن استشكلنا في الفرع المذكور وفقاً للوحيد البههاني في رسالته الفارسيّة المعمولة في المعاملات - حيث قوّى صدق الربا وإن علّق عليه الميرزا الشيرازي - قدّس سرّهما - بأنّ العبارة غير صافية - ولكن الظاهر عدم جريان ذلك الإشكال في مسألتنا، أعني: ما إذا اشترط زيادة الأجل في ضمن عقد بيع ما يساوي مائة مثلاً بخمسين.

وجه الفرق أنّ فائدة خروج عقد البيع عن التزلزل التي جرّها فعل القرض خارجاً في تلك المسألة غير متفرّعة في هذه المسألة على هذا الإبقاء الذي في ضمن البيع، لأنّ عقد البيع غير متزلزل، بواسطة تحقّق شرطه بتحقّق نفس البيع؛ فإنّه شرط النتيجة وليس لها تخلف، فلا يكون العقد في معرض التزلزل حتّى يرفع تلك المعرضيّة إبقاء القرض.

وحاصل الدعاوي في المقام أمور :

الأوّل: أنّه كما أنّ القرض ابتداءً بزيادة شيء بإزاء الأجل ربّاً عرفاً، كذلك القرض الحال تأخير مدّته وإضافة مدّة على مدّته بزيادة شيء أيضاً قرض ربويّ عرفاً ولا نحتاج في إثبات الحرمة والفساد إلى أزيد من عمومات الربا من غير حاجة إلى أخبار خاصّة مضافاً إلى وجودها.

الثاني: أنّه لا فرق بين جعل ذلك، أعني: الزيادة بإزاء طول المدّة بنحو الشرط الابتدائيّ أو بجعله شرطاً في ضمن عقد بيع أو صلح، فإنّه من قبيل الشرط الفاسد.

الثالث: لو جعل الزيادة التي تكون بحسب الغرض بإزاء طول الأجل وتأخيره ثمن بيع محاباتي، واشترط في ضمنه الإمهال في مدّة القرض الحال بنحو

شرط الفعل فهذا داخل في عنوان القرض الذي جرّ النفع بتوسط الاشتراط؛ إذ كما أنّ الاشتراط في ضمن القرض يوجب صدق العنوان المذكور كذلك في ضمن عقد آخر. فيقال: فعل القرض الخارجي بواسطة الاشتراط في ضمن ذلك البيع المحاباتي مع نفس ذلك البيع أوجبا نفعاً للمقرض وهو حصول ملكيّة عشرة توأمين غاية الأمر أصل الملك معلول البيع، ولزومه وعدم انفكاكه بالقرض الخارجي وهو شيء أتى من قبل الشرط؛ فإنّ الشرط وإن يتعلّق بمفاده بهذا المعنى إلّا أنّ لازمه العرفي حصول هذه الخاصيّة للقرض، فيصحّ أنّ الالتزام الواقع بين الشخصين أعطى هذه الخاصيّة للقرض.

ودعوى انصراف الأدلة العامّة في باب الربا القرضي إلى صورة الاشتراط في ضمن نفس القرض دون خارجه، أو إلى ما إذا كان الالتزام بمفاده الابتدائي متعلّقاً بالنفع دون لازمه العرفي، كما ترى، ولا أقلّ من أن يكون احتمالاً موجّباً للإشكال وعدم الجزم بالصحة كما هو المشهور، وأمّا الأخبار الخاصة في الباب فظاهرها غير هذه الصورة، أعني: الصورة التي سنذكرها.

الرابع: لو اشترط في ضمن البيع المحاباتي المذكور نفس طول مدّة القرض السابق الذي حلّ أجله فالظاهر عدم انطباق العنوان المتقدّم عليه.

لا يقال: في هذه الصورة أيضاً لو لم يتحقّق شرط النتيجة لمانع لكان ملكيّة ذلك الثمن الأزيد متزلزلاً، فصدق أنّ هذه النتيجة، أعني: حصول زيادة المدّة التي هي القرض الاستمراري أوجبت نفعاً للمقرض وهو بواسطة الاشتراط، فما الفرق بينه وبين صورة شرط الفعل؟

لأنّا نقول: الفرق أنّ نفس انعقاد طول القرض وانعقاد المبادلة البيعيّة

متحققان في عرض واحد بصيغة البيع، لا أن يكون انعقاد المبايعة أولاً بنحو التزلزل ثم انعقد القرض البقائي في طوله وأوجب استحكام ذلك المنعقد الأولي، وإن كان لو فرض فساد هذا الشرط كان موجباً للخيار لكن لا يلزم أن يكون استحكام العقد البيعي في صورة الصحة مستنداً إلى انعقاده، بل هما معلولان لعلّة ثالثة، ألا ترى أنّ اجزاء المبيع كلّ منها يحصل النقل والانتقال فيها بسبب العقد في عرض واحد ومع ذلك لو تبيّن فساد بعضها يوجب الخيار في البقية، هذا مضافاً إلى أنّ أخبار المسألة كلّها ناظرة إلى هذه الصورة، أعني: شرط النتيجة وهي ناصّة في الصحة.

مسألة

لا إشكال حسب القواعد في صحّة بيع ما اشتراه الإنسان مؤجّلاً بثمن حالّ أو مؤجّل من بائعه أو غيره بذلك الثمن أو أزيد أو أنقص قبل الأجل أم بعده، بل ولو اشترط ذلك في ضمن العقد الأول، فإنّ مقتضى القاعدة صحّة الجميع، نعم خالف المشهور في صورة اشتراط بيعه من بائعه، وخالف الشيخ مع عدم الشرط في صورة البيع من البائع بأنقص من الثمن إمّا بعد حلول الأجل أو في الأعمّ منه ومما قبله، واستند إلى بعض الأخبار.

واللازم أولاً النظر فيها، وعلى فرض تماميّة الدلالة، النظر في الأخبار المقابلة الدالّة على الصحة في هذه الصورة وإن كنّا غير محتاجين إلى هذه الطائفة لولا تلك الأخبار لموافقة الصحة مع القواعد، لكن لأجل التقابل مع تلك الأخبار صارت محتاجاً إليها.

فنقول وبالله الاستعانة والاستمداد من آل الرسول ﷺ: أمّا الخبر الأول فلا

دلالة فيه على مدعى الشيخ من وجوه، الأول: إنَّ المدعى بحسب الظاهر مشتمل على قيود: أن يكون البيع الأول مؤجلاً ويكون الثاني بأنقص من ثمن الأول ويكون المثلث في الثاني عين المثلث في الأول بشخصه، ويكون الثمن مجانساً لثمن الأول ويكون الثاني واقعاً بعد الأجل في الأول، أو أنَّ المدعى أعم من هذه الجهة كما يظهر من الحدائق، والمذكور في الخبر لا ينطبق على تمام هذه القيود؛ لأنَّ الموجود فيه كلمة (طعام)، وظاهره المغايرة مع الأول شخصاً. وإلاَّ ناسب الإتيان بها محلاً باللام.

والثاني: لو أغمضنا عن ذلك فليس فيه كون الثمن في الثاني أنقص أو أزيد أو مساوياً، والثالث: قوله: لا تشتريه؛ فإنَّه لا خير فيه يلوح منه الإرشاد إلى كراهة هذا الشراء لفساده.

وأما الخبر الثاني: فتغيّر السعر فيه وإن كان أعم لغة من الزيادة والنقصان ولكن حسب قرينة المقام ظاهر في الزيادة، وذلك لأنَّه إذا تغيّر سعر الطعام عن سعره الأول الذي كان له حين البيع الأول بالزيادة فاللزام أن يأخذ بعض ما أعطاه في مقام مطالبة ثمنه وهذا أوجب وحشة السائل بعد قول الإمام - عليه السلام - له «اشتره منه بسعر يومه»، وقال: أفهم أصلحك الله أنَّه طعمامي الذي اشتراه مني، [فلما استوحش ذلك قال له الإمام - عليه السلام -]: «لا تأخذه منه حتى يبيعه ويعطيك»، يعني: أمّا الآن فحيث يثقل عليك أخذ مالك بأزيد من قيمته الأولى فاصبر حتى يبيعه من غيرك ويعطيك ثمنك من قيمته [ولهذا قال السائل]: أرغم الله أنفي رخص لي فلمّا رددت عليه شدّد عليّ؟^(١)

وعلى هذا لا دلالة فيه بمرام الشيخ إلا أن يقال: إنّه استفاد من قوله: لا تأخذه، من حيث إنّ مفاده أنّ ما أحببته من أخذ مالك بأنقص أو مساوٍ للثمن الأوّل ليس بجائز فاصبر حتّى يبيعه، ولكن فيه أنّه حيثنّ لا دلالة فيه على خصوص النقص بل يعمّ المساواة، فالدليل أعمّ من المدّعى.

والحاصل: أنّ مراد الإمام -عليه السلام- من المنع عقيب الرخصة إمّا ما زعمه السائل من التحريم وكان من باب أنّه لما ردّ على الإمام قوله -عليه السلام- استحقّ بذلك التشديد، كما في قضية ذبح بقرة بني إسرائيل كلّما سألوا اشتدّ عليهم الأمر، وإمّا ما هو الظاهر من الرواية من الإرشاد وتنبية السائل على ما يرفع الاستيحاش عن ذهنه، يعني كما أنّ البيع من غيرك جائز ولا تستوحش منه فاعلم أنّه ليس بكالك فالبيع منك أيضاً جائز فعلى الأخير لا دلالة على مدّعى الشيخ بل الدلالة على خلافه، وأمّا على الأوّل فهو حكم مختصّ بمورده، أعني: السائل؛ فإنّ التشديد في حقّه لكونه في مقام الردّ والاعتراض فلا ربط له بغيره.

هذا ما استدللّ به الشيخ وقد عرفت عدم تماميّة دلالتها على مرامه فلا حاجة لنا إلى الأخبار المقابلة وإن كان دلالتها بالعموم تامّة، أمّا خبر بشار بن يسار فواضح.

وأما خبر الغنم: فربّما يستشكل في دلالته على التعميم لصورة انقصيّة ثمن المعاملة الثانية بأنّها صريحة في المساواة لمكان قوله: بدراهمك التي عندي، ولكنّ الجواب أنّ قوله في الصدر: كان له على رجل دراهم من ثمن غنم، إمّا خاص ببعض الدراهم بناءً على كون (من) للتبعض، وإمّا أعمّ من الكلّ والبعض بناءً على كونه للبيان، وعلى فرض كونه البعض يكون الثمن أنقص؛ لأنّ ظاهر قوله:

خذ هذه الغنم، الإشارة إلى تلك الغنم المشتراة لا غيرها ولا بعضها، فالخبر إمّا خاص بالأنقص وإمّا مطلق شامل له.

وأما خبر العينة: فدلالته بالعموم أيضاً واضح بناءً على ما هو معنى العينة، فإنّ معناها أن يبيع المقرض بعد حلول أجل القرض واستدعاء المقرض زيادة أجل آخر شيئاً يساوي خمسة مثلاً بخمسة عشر مثلاً، ثمّ يشتره من المقرض بخمسة حتى يكون العشرة نفعاً لزيادة مدّة القرض، وهذا أعمّ من حيث كون المعاملة الأولى نقداً أم نسيئة، وكذا من حيث كون الثانية في مجلس الأولى أم بعده، قبل انقضاء الأجل أم بعده، وذلك لأجل قوله في قبال قول أهل المسجد حيث قالوا بتخصيص الصحة بصورة تأخير الثاني عن الأول بأشهر، وقال - عليه السلام - : إنّما هذا تقديم وتأخير ولا بأس، وأما أنقصيّة ثمن الثاني عن الأول فمأخوذ في مفاد العينة كما عرفت.

وأما خبر علي بن جعفر: فالظاهر منه وإن لم يكن فيه كلمة (إلى أجل) أيضاً هو التأجيل، وكذا وقوع الثاني بعد أجل الأول، فإنّ وقوع هاتين المعاملتين في مجلس واحد بعيد من أغراض المتعاملين بحسب النوع، كما أنّ تأخير الثمن في الحال أيضاً بعيد، كما أنّ وقوع الثاني قبل انقضاء المدّة في الأولى أيضاً لا داعي إليه، فالصورة التي ينصرف إليها الكلام ما إذا كان البيع الأول مؤجّلاً وحلّ الأجل ولم يكن واجداً للثمن فأقدم على بيعه بالثمن الأنقص، وهذه الزيادة والنقيصة أيضاً كانتا لأجل المؤجّلية والنقدية، فلا يبعد أن يقال بظهور هذا الخبر في خصوص موضوع البحث على كلتا نسختيها والله العالم.

بقي الكلام في أساس آخر نسب إلى شيخ الطائفة، وأنّه يستفاد من بعض

الأخبار ومن علّة مصرّحة في خبر علي بن جعفر حيث سأله عن رجل له على آخر تمر أو حنطة أو شعير فلما جاء الأجل أراد أن يأخذ الدائن بقيمتها دراهم. فقال عليه السلام: - إذا قوّمها دراهم فسد؛ لأنّ الأصل الذي يشتري به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم^(١). بدعوى أنّ المستفاد منها أنّ التبديل بالدرهم وأخذ الدرهم مكان ما في الذمّة من الأجناس غير جائز؛ إذ ربّما يتفاوت سعر الحال مع سعر حال الشراء والمفروض أنّ الذي وقع ثمناً لها في المعاملة الأولى الدراهم، فمع هذا التبديل الآخر بالدرهم تصير المعاملة بين الدرهم والدرهم وربّما يزيد أو ينقص ولا يصلح بإطلاقه بل لابدّ من رعاية مساواة الدرهمين.

فإن قلت: لا اشكال في أنّه ليس بحقيقة المعاملة بين الدرهم والدرهم فلا بدّ من التنزيل على التبعّد والتنزيل الحكمي، وعلى هذا فمن المحتمل أن يكون التنزيل في جهة فوت القبض المعبر في الصرف لا من جهة اعتبار المساواة المعبر في المتجانسين، فلا ربط له بغير الدراهم والدنانير.

قلت: أولاً يمكن كون النظر إلى جميع الآثار، وثانياً يمكن استظهار كون التنزيل من جهة المجانسة ولزوم الزيادة والنقيصة لا من حيث فوات المجلس والقبض فيه، هذا ما يقال وقد سكت شيخنا الأجل المرتضى - قدّس سرّه - عن جوابه.

ويمكن أن يقال: إنّ كلمة «إذا قوّمها دراهم فسد» ناظرة إلى حال البيع لا حال الاستيفاء يعني أنّ هذا الاستيفاء للطعام بالدراهم له صورتان، إحداهما: أن يكون واقعاً تحت الالتزام والتعهد في ضمن البيع الأول يعني اشترط المشتري على البائع أن يقوّم الجنس في رأس الأجل بهذا المبلغ من الدراهم التي هي أزيد أو

١- الوسائل: ج ١٣، الباب ١١، من أبواب السلف، ص ٧١، ح ١٢.

أنقص من الثمن، والثانية: أن لا يكون كذلك، ففي الصورة الأولى تفسد دون الثانية، وعلى هذا يخرج عن المساس بمقامنا ويصير من جزئيات مسألة اشتراط البيع الثاني في ضمن الأول التي هي المسألة الثانية.

لا يقال: هذا خلاف الظاهر؛ لأن الظاهر منه ما هو المصرّح به في أخبار أخر واردة في باب السلم وهو التصريح بأن المسلم فيه إذا تعذر عند الأجل فلا يجوز أن يأخذ المشتري إلّا رأس ماله لا أزيد، فإنّ ملاحظة هذه الأخبار تدفع احتمال كون النظر من جهة اعتبار القبض في المجلس المعتر في الصرف، وكذا احتمال كون المراد هو الاشتراط في ضمن البيع الأول، نعم يرد حينئذ أن المضمون حينئذ خلاف المشهور، ويمكن الجواب بأنّه حيث إنّ الظاهر من بعض الأخبار هو الرخصة ولو بالأزيد فمقتضى [الجمع] هو الحمل على الكراهة.

لأنّا نقول: أولاً لا نسلم أنّه خلاف الظاهر؛ لأنّ الضمير راجع إلى التمر أو الحنطة أو الشعير، وأمّا كونه بوصف الاستقرار في الذمة فلا ظهور فيه فمن الممكن أن المراد إذا قيّد في أول عقد جعلها في الذمة كونها مقومة في رأس الأجل بالقيمة الزائدة، ومجرّد أنّه ذكر في بعض الأخبار ما ذكر لا يصير دليلاً على المراد في هذا الخبر، والجمع الذي ذكر من الحمل على الكراهة وإن كان متأثراً في سائر الأخبار لا يتأتى في هذا الخبر لمكان قوله: فسد؛ فإنّه لا يلانم مع الكراهة، وإذن فمن الممكن الحمل الذي ذكرنا وليس المضمون كما عرفت خلاف المشهور أيضاً، هذا.

وأما المسألة الثانية، أعني: اشتراط البيع من البائع في ضمن البيع الأول فالمشهور على البطلان واستدلوا بوجوه: الأول: ما في كلام العلامة - قدس سرّه - من قضية الدور، وربما يحتمل أن مراد العلامة هو الشرط الأصولي، فإنّه إذا كان البيع مشروطاً بالبيع من المالك ومن المعلوم توقّفه على انتقال الملك والمشروط أيضاً

متوقّف على الشرط جاء الدور، ولكنّه بعيد عن ساحته - أعلى الله مقامه -.

وربّما يحتمل ابتناؤه على مطلب آخر وهو : أنّ تصرّفات من عليه الخيار غير نافذة في زمن الخيار بمعنى معرضيّة العقد للزوال، وعلى هذا فنفوذ العقد الثاني محتاج إلى الاستقرار، والاستقرار أيضاً موقوف على وقوعه، ولكنّه يرد أنّه وارد بعينه في شرط البيع من غير المالك مع أنّ العلامة تفتّن به ولم يقل فيه بجريان الدور، فلا يمكن أن يكون مراده هذا الوجه.

وربّما يحتمل أيضاً أن يكون الكلام مبنياً على مذاق شيخ الطائفة من توقّف حصول الملك للمشتري على انقضاء زمن معرضيّة العقد للزوال بالفسخ، فإنّ البيع من المالك موقوف حينئذ على حصول الملك وهو أيضاً موقوف على البيع منه الذي به يسقط المعرضيّة المذكورة وهذا غير جار في البيع من غير المالك، لأنّه على نحو الفضوليّة والوكالة متمشٍ غاية الأمر يصير من جزئيات من باع ثم ملك وهذا أيضاً لا يحتمل إرادته لأنّ مذهب العلامة عدم توقّف الملك على انقضاء الخيار.

وربّما يحتمل أيضاً أن يكون مبنياً على أنّ تأثير البيع في النقل موقوف على أنّ السبب المتقدّم قد زال أثره بالمرّة، وبالنسبة إلى المالك قد بقي من أثر السبب المتقدّم شيء، ولهذا نقول بالفسخ بعود عين المالك السابق وليس كما في الهبة فإنّه تملك جديد كتملك المباحات، وتسميته بالاسترداد والرجوع بملاحظة الملكية السابقة نوعاً لا شخصاً.

والحاصل: أنّ اعتبار البيع عرفاً لا يتمشّى في صورة بقاء أثر السبب الأوّل وكونه كالملك للمالك الأوّل نظير عدم اعتبار التزويج في الزوجة المطلقة الرجعيّة

حيث إنَّها لم تصر أجنبيّة بل هي في حكم الزوجة، والتزويج لابدّ من إirاده في الأجنبيّة، وهذا أيضاً لا يمكن نسبته إليه - قدّس سرّه - لوضوح الخدشة في كبراه بورود الإيراد في صورة عدم الخيار رأساً أيضاً فيلزم عدم جواز البيع من المالك الأوّل رأساً ولو بعد الخيار أو في البيع الذي ليس فيه خيار أو [اذ ظ] لا أقلّ من جواز التقايل والتفاسخ فإنّ به أيضاً يعود عين الملك السابق لا الملك الجديد.

والذي حمل عليه شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - الدور المذكور هو ابتناؤه على مسألة أنّ الشرط الفاسد مفسد للعقد، فإنّه على هذا يكون صحّة العقد مشروطةً بصحّة الشرط ومتوقّفة عليها توقّف الشيء على عدم مانعه، وأمّا توقّف صحّة الشرط على صحّة العقد في مسألتنا فهو مبنيّ على أنّ من شروط صحّة الشرط أن يكون معقولاً في نفسه مع قطع النظر عن البيع الذي وقع فيه، والبيع من المالك غير معقول في ذاته إلّا بتوسّط ملكيّة المشتري وبعد زوال ملكيّة البائع، والمفروض أنّ هذا أيضاً متوقّف على البيع المتوقّف على المعقوليّة في حدّ ذاته.

وبعبارة أوضح: معقوليّة البيع من المالك مع قطع النظر عن البيع المشروط فيه متوقّفة على ملكيّة المشتري ولو من غير ناحية البيع، والملكيّة حسب الفرض من عدم تحقّق سبب آخر غير البيع متوقّفة على المعقوليّة المزبورة.

وأجاب عن هذا التقرير شيخنا الأستاذ - أطال الله بقاءه - بأننا نمنع على تقدير القول بمفسديّة الشرط الفاسد كون فساد الشرط علّة لفساد المشروط، ولا ينافيه التعبير بالمفسديّة، فإنّ مبناه أنّ المقصود واحد ومتقيّد، ومن المعلوم أنّ المقصود الواحد لا ينعقد في ما إذا كان القصد مؤثراً مع عدم انعقاد بعض أبعاضه.

والحاصل: كما أنّ الانعقاد نسبته إلى جميع أبعاض هذا المقصود الواحد نسبة واحدة كذلك عدمه أيضاً، لا أنّ عدم انعقاد هذا البعض مستند إلى عدم انعقاد ذلك، نعم عدم انعقاد الكلّ مسبّب عن عدم انعقاد هذا البعض ولكنّ البعض ليس له انعقاد فعليّ بل انعقاد تأهلي وهو محفوظ بحاله، وأمّا الفعلية الضمنية في ضمن الكلّ فنسبة عدمها إلى الجزأين نسبة واحدة وينسب العدم إليهما في عرض واحد.

وبعبارة أخرى: لا يجتمع صحّة هذا مع عدم صحّة ذاك نظير القدرة التي هي شرط صحّة الأمر، حيث إنّ الأمر لا يجتمع مع العجز حال العمل، لا أنّه متوقّف على القدرة السابقة حتى لا يمكن تأتي القدرة بنفس الأمر، فهنا أيضاً المعقوليّة شرط لصحّة الشرط ولكن لا يلزم أن تكون محفوظة مع قطع النظر عن صحّة البيع بل ولو تأتّى بنفس البيع.

وبالجملة: أولاً لمنع توقّف صحّة العقد على صحّة الشرط بناءً على مفسديّة الشرط الفاسد، كيف وإلّا لزم الدور في عمارة الشروط، لأنّ صحّة العقد متوقّفة على صحّتها حسب الفرض، وصحّتها أيضاً متوقّفة على صحّة العقد، لأنّ الشرط في ضمن العقد الفاسد فاسد.

وثانياً: لمنع لزوم كون الشرط معقولاً ومقدوراً مع قطع النظر عن البيع المشروط فيه لم لا يجوز أن يكون كالقدرة في الامتثال؟ بمعنى أن يكون حال تعلّق أوف بهذا الشرط غير مقدور وحصلت القدرة بنفس هذا الحكم.

وثالثاً: سلّمنا أنّ حكم الوفاء بالشرط لا بدّ وأن يتعلّق بالشرط المقدور سابقاً على هذا الحكم لكن لا يلزم بمجرّده دور؛ إذ نقول: لا مانع من أن يتعلّق أوف أولاً بالمبادلة ثمّ في الرتبة المتأخّرة يتعلّق بالشرط كما في تصرّف ذي الخيار في ما انتقل

عنه، حيث يؤثر أثرين طوليتين أولاً في النقل إلى نفسه ثم إلى طرفه، فهنا أيضاً يحصل النقل والانتقال أولاً ثم يلزم عليه البيع.

وعلى كل حال فالدور غير وارد لعدم التوقف - بناءً على ما هو الحق - في شيء من الجانبين وبناءً على المماثلة في جانب واحد، فهذا الوجه أيضاً لا يمكن نسبته إلى العلامة.

بقي التكلم في خبر حسين بن المنذر الوارد في السؤال عن العينة، أعني: البيع ثم الاشتراء من المشتري في ذاك المكان حيث قال: «إن كان المشتري مختاراً في البيع والبائع مختاراً في الشراء لا بأس»^(١) ومفهومه أنه لو لم يكونا أو أحدهما مختارين بأن اشترطا في ما بينهما ذلك ففيه البأس، ثم نقل السائل عن أهل المسجد أنهم قالوا: لو وقع الشراء في غير ذاك المكان وبعد انقضاء أشهر صحّ وإلا ففي ذاك المكان وبهذه العجلة لا يصحّ، فقال الإمام - عليه السلام -: لا بأس بالتقديم والتأخير، فإنه قد يقرب دلالة على فساد البيع الأول المشتل على الشرط كما هو مدعى المشهور وفهمه صاحب الحقائق - رحمه الله - وإن استشكله شيخنا المرتضى - قدس سره - بأن يقال: إن أهل المسجد والسائل توهموا أن البيع ما لم ينقض عليه مدة لم يحصل أثره، فلو أوقع البيع الثاني كان هذا موجباً لبطلان تمام العمل من البيع الأول والثاني، أما الثاني فلعدم انتقال الملك بعد، وأما الأول فلأنه لم يصبر حتى ينتج أثره.

والحاصل: أن الفصل الزماني مصحّح للبيعين، وأما الوصل فمانع عن مجيء أثر الأول، وعدم أثر الأول يوجب عدم أثر الثاني، فالإمام - عليه السلام - قرره في هذا الأمر الارتكازي في صورة الاشتراط، يعني: ما توهمته وتوهموا من بطلان كلا

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ٥، من أبواب أحكام العقود، ص ٣٧٠، ح ٤.

البيعين أمر صحيح في صورة الاشتراط وإن كان منشاؤه وهو احتمال دخالة مضيّ مدّة على تصرّف الآخر في حصول المبادلة فاسداً لكن أصل الشبهة وهو فساد البيع الأوّل والثاني صحيح، وأمّا لو لم يشترط في متن العقد وأوقعه الثاني عن تراض بينهما في المجلس الواحد متّصلاً بالبيع الأوّل فالتوهم باطل بل البيعان كلاهما صحيحان.

لكن يمكن أن يقال: إنّ السؤال وقع عن صحّة البيع الثاني وفساده كما يشهد به خلاف أهل المسجد، والإمام - عليه السلام - حكم بفساده في صورة الاشتراط ووقوع البيع الثاني عن وفاء به ورؤية نفسه غير مختار على الترك، وهذا إنّما يدلّ على فساد الشرط، إذ لا يجتمع صحته وفساد البيع المشروط، وأمّا صحّة البيع الأوّل وفساده فإمّا مسكوت عنه وإمّا إنّ الكلام بعد الفراغ عن صحّته.

لا يقال: الالتزام بالعقد مبنياً على زعم فاسد - مثل توهم أنّه نذر أن يبيع و الحال أنّه لم ينذر - ليس رافعاً للطيب المعتبر في المعاملة، فكذا هنا إذا كان الشرط فاسداً لا يصير دليلاً على فساد البيع لفقد الطيب.

لأنّا نقول: ليس المدرك فقد الطيب حتّى يرد النقض بما ذكرت، بل هذا حكم تعبدي تعلّق بصورة وقوع البيع بهذا الالتزام، ويظهر الثمر في ما إذا اشترط في البيع الأوّل ثمّ أسقطا الشرط وأوقعاه لا عن وفاء بذلك الشرط بل لأجل تراضيهما، فإنّه لا مانع من الصحّة بناءً على ما ذكرنا، وبناءً على الوجه الأوّل يلزم الحكم بالفساد، لأنّ الحكم راجع إلى مجموع البيعين في صورة شرط ثانيهما في الأوّل وهذه الصورة داخلية فيها.

ومّا ذكرنا في خبر ابن المنذر تعلم الكلام في خبر علي بن جعفر الوارد في من

باع ثوباً بعشرة إلى أجل واشتراه بخمسة نقداً قال - عليه السلام - : «إذا لم يشترطاً ورضياً فلا بأس»، فإنّ الكلام فيه هو بعينه ما ذكر في سابقه، لكن من المحتمل أن يكون جهة السؤال في هذه الرواية كون الثمن أنقص لا حيث كونه شراءً لما باعه.

ومحصّل الوجهين المتقدمين في الرواية الأولى أنّه بعد الفراغ عن أنّ السؤال ومحطّ نظر السائل والمجيب صحّة المعاملة الثانية وفسادها لكن منشأ احتمال الفساد فيها هل هو فساد الأولى بمعنى عدم تحقّق القصد إلى حقيقة فكّ الملك عن نفسه ونقله إلى صاحبه؟ أو أنّ المنشأ احتمال الفساد في نفس الثانية مع صحّة الأولى بملاحظة عدم مضيّ مقدار من الزمان وعدم قابليّة المحلّ للنقل بعدد؟ لا يبعد أن يكون جهة السؤال هو الأول.

ألا ترى أنّه لو اتفق الشراء الثاني من غير بناء عليه من الأول بل كان بصرف الاتفاق بأن حدث لهما داع إلى النقل الجديد إلى المالك الأول بعد وقوع المعاملة الأولى بقصد البقاء عليها فهل يحتمل أن يكون الثاني فاسداً مع أنّ الاتصال محفوظ؟ فالظاهر أنّ جهة السؤال والاحتمال هو فساد البيع الأول من أجل عدم تحقّق المبادلة والمبايعة.

وعلى هذا فالجواب ورد بصحّة هذا الخيال في صورة الاشتراط، يعني: إن اشترط ذلك فكأنّه ما باع ولم يقصد جدّاً إلى حقيقة المبايعة ولم يقطع عن نفسه علاقة الملكية، وأمّا لو أطلق وكان الواقع صرف مقابلة بحيث وقع الثاني عن رضئ به حاله لا عن التزام كان في البيع الأول فهذا صحيح.

القول في القبض

اعلم أنّ الوفاء بالبيع على تقدير ارتباط ﴿أوفوا بالعقود﴾ بباب المعاملات - وإن استشكلنا فيه وقلنا باختصاصه بالعهود - عبارة عن إيجاد ما التزم به في الإنشاء خارجاً مطابقاً لما التزم به، فإذا كان قد التزم وأنشأ تملك الطرف المقابل فهو قد أنشأ وجعل كونه سلطاناً على هذا المال، فالوفاء هو التسلط له على هذا المال خارجاً، لا أنّ مجرد البناء القلبي وعقد القلب كاف في الوفاء ولو كان عمله على الخلاف بعنوان العصيان، كما أنّ الوفاء بالبيعة عبارة عن الإتيان بمقتضى البيعة خارجاً لا أن اعتقد قلباً ولكن خالفه عصياناً في الخارج.

لكن يقع الكلام في أنه هل المعتبر في الخارج هو وصول المال تحت سلطة الطرف المقابل بجميع مقدماته سواء المتمشية من البائع أم من المشتري؟ أو اللازم هو إعطاء السلطنة بالقدر الذي تحت قدرة البائع دون الأعم منه ومما هو على عهدة المشتري؟ لا يبعد الثاني: فإنّ الإنشاء إنّما تعلق بالتسلط من قبله ولهذا يحتاج إلى قبول المشتري، فالوفاء بهذا الأمر النسبي هو الإتيان في الخارج بما هو مرتبط به دون ما هو مرتبط بالمشتري، لكن هذا كلّّه بالنسبة إلى الحكم التكليفي مضافاً إلى أنّ دليل وجوب الوفاء غير مربوط بباب العقود.

وأما من حيث الحكم الوضعي فمن الممكن تعلّقه بالإقباض الذي هو غير

منفكّ عن القبض كالكسر الغير المنفكّ عن الانكسار، والحاصل لا ملازمة بين التكليف والوضع، فإذا فرضنا أنّ التكليف بالإقباض بهذا المعنى على وجه الإطلاق لا يجوز بل اللازم إمّا إرجاعه إلى ما هو من فعل البائع وإمّا مشروطاً بحضور المشتري للتسلّم فلا ملازمة بينه وبين أن لا يمكن صيرورته موضوعاً للوضع، مثل اشتراط صحّة فرد من البيع كالصرف والسلم أو صحّة الهبة أو الرهن أو الوقف، أو حرمة البيع في ما يكال أو يوزن أو كراهته قبل الإقباض، فاللازم مراجعة دليل كلّ مقام.

فمن المقامات مسألة رفع ضمان البائع للمبيع، والدليل فيه النبوي: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»^(١) ورواية عقبة بن خالد المشتملة على أنّ «ضمان المتاع على البائع حتى يقبضه ويخرجه من بيته»^(٢)، أمّا النبوي فالظاهر من القبض وإن كان لغة هو الأخذ باليد أو بتمام الكفّ ومنه القبضة ولكنّ الظاهر أنّه جيء به كناية عن الاستيلاء والدخول تحت السلطنة، وحيث إنّه أضيف إلى عامّة الأموال من المنقول وغيره وما يتناول باليد وغيره فلا محالة يكون الاستيلاء والدخول في قبضة التصرف بالنسبة إلى كلّ شيء على حسبه.

مثلاً لو قيل: زيد قد أدخل جميع ما يملكه تحت استيلاء عمرو وفي قبضة اقتداره وكان في ما يملكه الدار والعقار والمركب والكتاب وغير ذلك فلا محالة يكون الاستيلاء بالنسبة إلى هذه الأمور متفاوتاً في الخارج. وعلى كلّ حال ظاهر الخبر الأوّل جعل القبض الذي هو فعل المشتري رافعاً للضمان.

وأما الخبر الثاني: فالظاهر من كلمة (يقبضه) أيضاً هذا المعنى، فإنّ معنى

١- مستدرک الوسائل: ج ١٣، الباب ٩، من أبواب الخيار، ص ٣٠٣، ح ١.

٢- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٠، من أبواب الخيار، ص ٣٥٨، ح ١.

الإقباض هو الملازم للقبض كالكسر الملازم للانكسار، وأما عنوان الإخراج من البيت فمن الواضح عدم موضوعية للبيت، فهو نظير البيت في آية: ﴿وَمَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مَهَاجِراً إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ ثُمَّ يُدْرِكْهُ الْمَوْتُ﴾ الآية^(١). حيث إنها عامة لمن ليس له بيت ويسكن المسجد أو المخروبة، فالظاهر أنه كناية عن الإخراج عن تحت السلطنة لكن من المعلوم أيضاً أنه ليس المراد ذلك ولو بالإلقاء في الصحراء بل خصوص ما كان بمحض من المشتري، وفي عرضه قبوله وتسلمه حيث إن الغالب عدم انفكاك الإخراج بهذا النحو عن قبوله، فلا يبعد أن يجعل كناية عنه. والحاصل: أن يكون المراد من إخراج المال عن تحت سلطنة البائع هو إدخاله تحت سلطنة المشتري، فيتحد مع مفاد الإقباض، وعلى هذا فلا مخالفة بين ظاهري الخبرين بل هما معاً دالان على أن رافع الضمان فعل المشتري.

لا يقال: ما ذكرته جار في قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» لأن التأدية بدون الأداء محال كالكسر بدون الانكسار. لأننا نقول: إن أمكن الالتزام نلتزم بذلك في ذلك الباب أيضاً وإلا فذلك التسلم الخارجي أوجب رفع اليد عن مقتضى الظاهر وليس هو في مقامنا فالقياس مع الفارق.

ويمكن أن يقال في كلا الخبرين أنه لا يفهم من قولهم -عليهم السلام-: تلف المبيع قبل قبضه من مال البائع، صورة كون المال في ما بينها محلاً للنزاع، فالبائع يقول: خذ والمشتري يمتنع بل هو ناظر إلى صورة عدم إقدام البائع على الإحضار والتسليم، وإذن فيبقى صورة الإقدام والامتناع مسكوتاً عنها.

وحينئذ فهل نرجع إلى استصحاب كون الضمان على البائع لو تلف أو إلى

عامّ موجود في البين يقتضي ضمان المشتري؟ لا يبعد الثاني بملاحظة بعض الأخبار المتقدّمة في بيع الشرط المستفاد منها الملازمة بين ثبوت النماء والضمان فيقال: إنّ النماء كان للمشتري بقاعدة الملازمة المذكورة يكون الضمان عليه، وليس هنا مقام الرجوع إلى الاستصحاب؛ لأنّ القدر المتيقّن الخروج عن تحت هذه القاعدة صورة عدم القبض لعدم الإقدام على التسليم، فيبقى غيرها تحتها لفرض سكوت المخصّص عن حكم الغير.

لا يقال: المستفاد من تلك الأخبار إنّما هو الملازمة بين الضمان والنماء يعني كلّما ثبت الضمان ثبت النماء لا العكس. لأنّا نقول: مع ذلك يفيدنا. لأنّا نقول: كان الضمان قبل هذا الحال على شخص والنماء لشخص آخر وفي هذا الحال نشكّ في التفكيك ومقتضى عموم التعليل عدمه، وأنّه كما يكون النماء للمشتري يكون الضمان عليه، لأنّ ثبوت النماء للبائع مقطوع بعدم.

والحاصل: أنّ تخصيص قاعدة (من عليه الغرم فله الغنم) المستفادة من العموم المذكور إلى الحال معلوم فلو كان الأمر من بعد ذلك أيضاً بهذا المنوال لزم تخصيص أزيد، ولا يبقى بعد هذا إشكال غير أنّه ليس لهذا العموم عموم أزماي، ولكنه أيضاً مدفوع بأنّا نتمسك بعمومه الحالي مثل حالتي الفسق والعدالة في الفرد الواحد إذا كان متيقّن الخروج ولو في إحدى حالتيه فإنّه يؤخذ حينئذ بإطلاق الكلام بالنسبة إلى الأخرى وإن لم يمكن بالنسبة إلى العموم الافراي، فكذا في المقام كما هو واضح.

فتحصّل أنّ معيار رفع الضمان فعل البائع بلا مدخل لفعل المشتري، ويؤيد هذا ما أشرنا إليه سابقاً من أنّ البائع إنّما تعهّد في إنشائه التسليط من قبله

لا مطلقاً، ومعناه أن يوجد المقدمات بحيث لم يكن بين المال وبين المشتري حائل غير إقدام نفس المشتري على قبوله، فإذا عمل البائع بهذا خارجاً فقد خرج عن العهدة، والحاصل ليس للضمان مع العمل المذكور على طبق الإنشاء وجه، هذا.

بقي في المقام مطلب آخر وهو: أن القبض الذي يرفع الضمان قد عرفته في غير المكيل والموزون، وأما فيهما فهنا احتمالات:

الأول: أن يكون رافع الضمان ورافع الحرمة أو الكراهة أو المصحح - على الوجوه الآتية في محله إن شاء الله تعالى - بالنسبة إلى البيع الثاني شيئاً واحداً وهو الاستيلاء بطريق الكيل والوزن، فللخصوصية مدخل في الحكمين وليس مناطهما كما في غير المكيل والموزون بالنسبة إلى رفع الضمان مجرد الاستيلاء بلا ضم خصوصية زائدة.

الثاني: أن يكون أيضاً شيئاً واحداً وهو نفس الكيل والوزن وإن لم يتحقق معهما الاستيلاء للمشتري بل كان المتاع تحت استيلاء البائع بعد، فكان في هذا الباب تعبد شرعي بأنه يرتفع الضمان بنفس هذا وإن لم يتحقق الاستيلاء وأن هذا قبض شرعاً تعبدًا.

الثالث: أن يكون رافع الضمان مثل سائر الأبواب هو الاستيلاء والقبض الحقيقي، وموجب ارتفاع الكراهة أو الحرمة أو المصحح للبيع الثانوي هو أحد الأمرين الأولين من الاستيلاء الخاص أو نفس الكيل والوزن وإن لم يكن في ضمن الاستيلاء.

والظاهر إمكان دعوى القطع بأن رفع الضمان في هذا الباب لم يرد فيه تعبد من الشارع بأنه خصوص الكيل أو الوزن أو المقيّد بهما، ولا يستفاد هذا من

الأخبار الواردة في النهي عن البيع الثانوي قبل القبض أيضاً.

وأما بالنسبة إلى حكم البيع الثانوي فاعلم أنّ في الأخبار المذكورة التعبير بالنهي عن البيع الثانوي قبل القبض تارةً وقبل الكيل أو الوزن أخرى، وفي بعضها ذكر في السؤال بيع المكيل والموزون قبل قبضه، وفي الجواب نهى عن البيع قبل الكيل أو الوزن، ويحصل من ملاحظة هذا وملاحظة أنّ المتعارف في الخارج في كيفية تسليم المكيلات والموزونات هو بطريق الكيل والوزن - دون أن يسلم مقداراً ويؤخر الكيل والوزن أو يكال ويوزن ويؤخر التسليم بل الأمران في مجلس واحد بل نفس الكيل والوزن هو التسليم بمعنى أنّهما كفيّته - احتمالان:

أحدهما؛ أن يكون لخصوصية وقوع التسليم والقبض بهذه الكيفية موضوعية ومدخلية في حكم رفع الحرمة أو الكراهة أو إيجاب الصحة.

الثاني: أن يكون لأجل المعرفية والإشارة إلى ذلك المتعارف الخارجي، ويمكن استظهار الثاني كما عرفت أنّ في بعض الأخبار ذكر القبض بدون إشارة إلى الكيفية فمن المحتمل قوياً بل الظاهر أن يكون ذكر الكيفية في البعض الآخر أيضاً لنكتة الغلبة، هذا.

بقي في المقام سؤالان:

الأول: في غير المكيل والموزون الذي لا يعتبر في بيعه ثانياً قبض المشتري المتاع من البائع لو باعه من ثالث قبل القبض فتلف في يد البائع الأول، فهل قاعدا ضمان التلف قبل القبض جارية بالنسبة إلى كليهما؟ فكل من الباعين ضامن لمشتريه، وحيث إنّ الضمان هنا معاوضي ومعناه انفساخ المعاوضة فيقدر

المبيع في آنين قبل التلف ملكاً للبائع الثاني فينتقل الثمن إلى المشتري الثاني ثم يقدر في الآن المتأخر المتصل بالتلف في ملك البائع الأول فينتقل الثمن إلى المشتري الأول؟ أو أنها جارية بالنسبة إلى البائع الأول فقط دون الثاني؟ ولازمه بطلان المعاملة الثانية من هذا الحين فيشترك نتيجة مع الأول، أو جارية بالنسبة إلى الثاني فقط؟

والسؤال الثاني: أنه على تقدير شمولها للبائع الأول فلو أقبض المتاع للمشتري الثاني فتلف فلا إشكال في أنه والبائع الثاني بريئان عن الضمان؛ لأن القبض المعتبر إنما هو بالنسبة إلى ذي الحق وهو المشتري الثاني؛ فإن الأول غير مالك، وأما لو أقبضه للمشتري الأول فهل هو كما لو أقبضه للغاصب في عدم إفادته إبرائه أو لا؟

أما السؤال الأول: فالظاهر انصراف دليل القاعدة عن البائع الأول، فإنه حين تعهده إنما تعهد بالإيفاء إلى شخص مشترى، وهو بالفرض ممتنع؛ لعدم بقاء الموضوع بواسطة اختيار نفس المشتري، وبالجمله: إنما تعهد بذلك ما دام ذا حق على المال لا مطلقاً، ولو زال علاقته وقد قلنا إن منصرف الدليل هو الوفاء بعين ما تعهده إنشاءً خارجاً، نعم بالنسبة إلى البائع الثاني هذا المعنى متحقق، وصرف عدم كون المال في يده لا يضر، وعلى هذا فالآن الذي قبل التلف حسب القاعدة يصير المال للبائع الثاني والثمن الذي عنده للمشتري الثاني، وحيث إن المال تلف في يد البائع الأول وهو ملك البائع الثاني في الآن الذي قبل التلف فتجري قاعدة ضمان اليد ويحكم بضمان البائع الأول للبائع الثاني المثل أو القيمة. نعم ينبغي استثناء ما إذا كان حبس المبيع عند البائع الأول بحق بأن حبسه لأخذ الثمن، فإنه حينئذ أمانة شرعية فلا ضمان إلا مع التعدي والتفريط.

وحاصل الكلام في القبض الرفع للضمان سواء في المكيل والموزون أم غيرهما: أن مقتضى الجمود على لفظي القبض الواقع في النبوي ﷺ والإقباض الواقع في الرواية هو اعتبار الوصول بيد المشتري الذي هو فرع قبوله، وعدم كفاية التخلية بل ولا الإحضار بمحضه ليقبله ما لم يقبل.

لكن من المحتمل أن يكون مناط الحكم هذا وأن يكون ما هو ملازم له غالباً مما هو مستند إلى البائع، أعني: رفع المانع من ناحيته والإحضار بمحض المشتري، فإن هذا ملازم غالباً مع قبول المشتري والوصول تحت استيلائه، ومن النادر أن يرد المشتري متاعه المشتري بعد إحضار البائع لأن يأخذه، فمن المحتمل أن يكون ذكر عنوان القبض والاستيلاء الذي هو نتيجة الأمرين من الإحضار والقبول من باب ذكر قيد ﴿اللاتي في حجوركم﴾^(١) الواقع في الآية الشريفة لنكتة الغلبة لا لنكتة الإناطة.

غاية الفرق أنه في الآية الشريفة انعقد الظهور في الإطلاق وفي مقامنا لا ينعقد الظهور في كون المناط ما هو من شأن البائع ومن ناحيته بل يحصل الإجمال فيسقط عن الاستدلال في المورد النادر وهو التفكيك بين الإحضار والقبول، فيجيء المحل لاستصحاب الضمان الثابت على البائع قبل هذا الإحضار الذي شك في ارتفاعه بسببه.

ولكن قلنا: نشبث بذيل العموم المتقدم لإثبات عدم الضمان عليه وكون التلف على نفس المشتري، ولازم هذا أن يختلف الحال في المقامات من جهة وجود هذا العموم القاطع للاستصحاب المذكور وعدمه، ففي ما نحن فيه، أعني:

حكم رافعية الضمان في البيع، العموم موجود، وأمّا في باب اشتراط الهبة والصدقة والرهن والوقف بالقبض فاستصحاب عدم الانعقاد جارٍ إلّا أن يكون في أدلة تشريع أحد المذكورات أو كلّها إطلاق أو عموم حتّى نأخذ به ونرفع اليد عن الاستصحاب.

وقد يقال: إنّ عموم دليل السلطنة موجود، ولكنّه مدفوع بما في كلام شيخنا المرتضى - قدس سرّه - من سكوتها عن تشريع أسباب التصرف، والمقصود: أنّنا مع قولنا بأنّ رافع الضمان في باب البيع هو فعل البائع لسنا نخلو بين أن نقول بأنّ القبض المعتبر في سائر الأبواب أيضاً ذلك، فلقائل التفريق، والقول فيها بأنّ المناط هو الاستيلاء الذي هو نتيجة الفعلين أو نفس القبول استناداً إلى الاستصحاب المذكور مع عدم العموم الحاكم. هذا هو الحال في القبض الرافع للضمان سواء في المكيل والموزون أم غيرهما.

وأما القبض المعتبر في المكيل والموزون لصحة البيع الثاني أو جوازه في مقابل الحرمة أو الكراهة فمحصل الكلام فيه: أنّ وقوع التعبير بأنّه لا تبع المكيل والموزون حتّى تكيله أو تنزّه بعد السؤال عن بيعهما قبل القبض، إمّا ظاهر في أنّ المراد بالكيل والوزن هو القبض والتعبير إنّما هو لنكتة الغلبة كما تقدّم، وإمّا مجمل ولا أقلّ من ذلك لتساوي الاحتمالين، إذ لا يمكن دعوى الظهور في الموضوعية للمكيل والوزن، فغاية الأمر عدم إمكان التمسك بالإطلاق الذي هو متّصل بهذا الكلام أو في سؤال السائل لهذا الجواب.

وأما الإطلاق المنفصل الذي قد عرفت وجوده في بعض الأخبار حيث إنّ السؤال والجواب كليهما مشتمل على ذكر القبض بدون تعرّض للمكيل والوزن

فالتمسك به بمكان من الإمكان.

وبعبارة أخرى: الغلبة صارت بحدٍّ أوجبت سقوط ظهور القيد في التقييد ولم تصر بحدٍّ أوجبت انصراف المطلق المنفصل إلى الغالب، إذ ليس غيره نادراً جداً، نعم الإطلاق المتصل يصير مخفوفاً بما يصلح للقرينية فيسقط عن قابلية الاستدلال.

لا يقال: كما أوجبت إجمال القيد فلتوجب إجمال المطلق وسقوطه عن الإطلاق وإن لم توجب الانصراف، لأننا نقول: أولاً لنا أن نتمسك بالقبض الواقع في النبي ﷺ: «كل مبيع تلف الخ» حيث إنه في غاية الظهور في نفس القبض من دون اعتبار شيء معه، وبعد إثبات أن القبض الراجع للضمان في المكيل والموزون هذا، نقول: بأن المعتبر في البيع الثاني أيضاً ذلك للإجماع الذي أدعوه على اتحاد القبض في البابين على خلاف ما احتمله في المسالك.

وثانياً: حقيقة القبض عند العرف نفس الاستيلاء من دون دخل للكيل والوزن في حقيقته، وإنها المحتمل كونه بصرف التعبد الشرعي دخیلاً في الموضوع، وهذا لا يدخل احتماله في ذهن العرف بإلقاء حقيقة القبض، ولو فرض التقاتم إلى الغلبة المذكورة فلا يتوقفون بل يحكمون بأن الحكم دائر مدار حقيقة القبض وإن كان هو في الوجود ملازماً غالباً مع شيء آخر غير مرتبط بحقيقته فهو من المقارنات للموضوع.

وحاصل الاشكال في المقام: أن المتكلم بالمطلق إذا كان الغالب من أفراد ذلك المطلق واحداً لقيد كذا مثل الماء بالنسبة إلى العذب والإنسان بالنسبة إلى ذي رأس واحد فلا نقض لغرضه لو لم يذكر القيد، فلا تتم المقدمات لدفع هذا القيد

الغالبى.

وحاصل الجواب: أن المفروض كفاية مسمى القبض في باب رفع الضمان بلا مدخلية تعبد فيه، والإجماع أيضاً قائم على أن ما هو القبض في ذلك الباب قبض في هذا الباب ولا حاجة إلى ما عدا القبض، فحيث إن كان هناك تعبد من الشارع بأن الفرد الفلاني ليس بقبض تعبدًا كان مقدماً على ذلك.

ولكن غاية ما في الباب أن الدليل ساكت عن الفرد الغير المجامع مع الكيل والوزن لا أنه متعرض لسلب القبضية عنه تعبدًا، فما حكم على الإنسان بشيء غير متعرض لذي رأسين لا أنه يسلب عنه عنوان الإنسانية تعبدًا، فلو قطعنا بأن الحكم الكذائي لا يحتاج إلى أزيد من الإنسانية فلا يكون الأول تقييداً فيه.

القول في أحكام القبض

الأول: إن المبيع قبل قبضه في ضمان البائع، والأولى التعرض هنا لمفاد النبوي ﷺ: «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه»^(١) فنقول وعلى الله التوكل: فيه ثلاثة احتمالات:

الأول: أن المبيع التالف يكون من جملة أموال البائع بأن يكون (من) تبعية، وحيث لا يعقل ملكية التالف يحمل بدلالة الاقتضاء على ما قبل التلف.

والثاني: أنه ينشأ تلفه من ماله، ومن هناك يظهر تلفه وخسارته، فنفس الدليل متكفل حينئذ لثبوت الملكية قبل التلف.

الثالث: أن يكون المراد أن نفس التلف وارد على كيس البائع وهو المتخسر بهذا التلف فيفيد ثبوت ضمان المثل أو القيمة على البائع للمشتري، ويمكن دعوى كون الأخير خلاف الظاهر، لأن التعبير بأن التلف من كيس فلان وإن كان شائعاً في مقام تحميل الضمان عليه، ولكن التعبير بأن التلف من ماله غير متعارف، فيتعين الأمر في أحد الأولين، ومقتضاهما حصول ملكية التالف قبل تلفه للبائع، وحيث إن مقتضى «أحل الله البيع» و«أوفوا بالعقود» حصول أصل الملك وبقائه فاللازم القصر في تخصيص ذلك على مقدار الضرورة وهو الآن العقلي الغير القابل للتجزئ.

١- مستدرک الوسائل: ج ١٣، الباب ٩، من أبواب الخيار، ص ٣٠٣، ح ١.

ويمكن الخدشة فيه بأنه تارة نقول: أصل حصول الملك قطعي وكذلك عدم زواله إلا بمقدار ينافي كون التالف من مال البائع، فحينئذ يصح ما ذكر.

وأخرى نقول: لا قطع خارجي بل لا بدّ من رعاية مقتضى الجمع بين الأدلة فحينئذ لم لا يجوز أن يقال بتخصيص أحلّ الله البيع بأن يكون شرط صحة البيع هو القبض؟ فما لم يقبض فلا بيع، وبعبارة: لا بدّ على كلّ حال من تخصيص عام، إمّا عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ وإمّا عموم ﴿أحلّ الله البيع﴾، وليس الثاني بأكثر من الأوّل.

اللهمّ إلا أن يقال بأنّ الدليل في مرحلة بقاء الملك وعدم زواله ليس عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾، إمّا لعدم ارتباطه بالعقود المعاملية رأساً، وإمّا لعدم ارتباطه بمقام بقاء الملك وزواله، بل الدليل في مرحلته هو استصحاب الملك، فيكون عموم الاستصحاب أولى بالتصرّف، لأنّه أصل في مقابل الدليل بخلاف عموم أحلّ فإنّه دليل.

إلا أن يقال: إنّ الأمر دائر بين القول بعدم الملك قبل القبض ليكون تخصيصاً في ﴿أحلّ﴾ وبين القول بحصول الانفساخ قبل التلف آنأما ليلزم التخصيص في ثلاث قواعد، قاعدة سلطنة الناس على أموالهم وقاعدة سلطنتهم على النفوس وقاعدة الخراج بالضمان، أمّا الأولى فللزوم خروج المبيع عن ملك المشتري، وكذا الثمن عن ملك البائع بلا اختيارهما وأمّا الثاني فللزوم عود المبيع إلى ملك البائع وعود الثمن إلى ملك المشتري مع عدم رضاها، وأمّا الثالث فلأنّ النماء للمشتري والتلف على البائع وقد كان مفاد القاعدة ثبوتها لشخص واحد، فإذا دار الأمر بين تخصيص ثلاث قواعد وبين تخصيص قاعدة واحدة فالثاني أولى.

ويمكن أن يجاب عن قاعدة الخراج بالضمان بأنها غير مخصصة على القول بالانفساخ، لأن موضوعها صورة محفوظية الملك، فكأنه قيل: ما دام المال ملكاً لأحد فالنماء والضمان متلازمان وكلاهما ثابتان في حق المالك، فإذا فرض اختلاف الموضوع بأن صار آنأ ما قبل التلف ملكاً للبائع فهذا ليس تخصيصاً في القاعدة، فإنه لو فرض له نماء في هذا الآن كان أيضاً للبائع، نعم لو اقتضى قاعدة عدم الخروج عن الملك كان هذا منافياً معها.

وأما قاعدة السلطنة على المال والنفس فهما متأخران رتبةً عن عموم أحل؛ فإن الأخير محقق للموضوع بالنسبة إليهما، فإذا تحقق موضوع مالية المبيع للمشتري والضمن للبائع يجيء المحل للقاعدتين، فيكون الانفساخ منافياً معها، وأما إذا فرض التصرف في دليل أحل والقول بعدم حصول الملك للجانبين فلا تخصيص فيهما أصلاً.

وحينئذ فإن كان اللازم في مثل ذلك إيراد التصرف في العام الأخير؛ لأن العام الأول ليس في عرضه معارض فيؤخذ بعمومه فإذا أخذنا به يتعين التخصيص في ما بعده تعين القول في ما نحن فيه بحصول الملك أولاً ثم الانفساخ آنأ ما قبل التلف، لكن المطلب محل مناقشة بل العرف يتوقفون في ما بين إيراد التخصيص على أي من العامين ولا يجعلون صرف التقدم الرتبي مرجحاً.

وإذن فلا يبقى دليل لصحة البيع قبل القبض فيكون مقتضى الأصل هو الفساد إلا أن متمسك للصحة بها في أخبار النهي عن بيع المكيل والموزون قبل قبضهما من استثناء بيع التولية، وكذلك تجويز البيع قبل القبض مطلقاً في غير المكيل والموزون، فإنه لو كان القبض شرط صحة العقد الأول لما كان لجواز البيع

في المكيل والموزون توليةً وفي غيرهما مطلقاً وجهه، فهذا دليل على أن القبض في صورة المراجعة أيضاً ليس لأجل دخالته في صحة البيع الأول بل لتصحيح أو تجويز أو رفع كراهة البيع الثاني، فإذا تحقق أصل حصول الملك يتعين القول بالانفساخ أنا ما للاقتصار في خلاف القاعدة على مقدار الضرورة.

ويمكن الخدشة أيضاً بأن مصبّ الأخبار المذكورة بيع الكلّي وضمان التلف قبل القبض ليس فيه لعدم الموضوع إلا إذا كان كلياً في المعين، فغاية الأمر أن القبض ليس شرط الصحة في بيع الكلّي، ويبقى الشخصي تحت عموم ما دلّ على الفساد إلا مع القبض إلا أن يدعى القطع بعدم الفرق.

ويمكن دفع أصل الإشكال بأن يقال: ظاهر قوله -عليه السلام-: «كلّ مبيع تلف الخ» بمقتضى الظهور المنعقد في عامّة القضايا في كون الموضوع علّة للحكم أن التلف سبب للملكية البائع، وهذا لا يجامع مع الملكية السابقة فإنّ المعلول لا يتقدّم على العلّة، والملكية المتأخّرة أيضاً غير معقولة، فلا بدّ من الحمل على معاملة الملكية ومعناها إرجاع الثمن إلى المشتري، وحينئذ فدليل صحة أصل البيع وبقائه محفوظ بحاله، وكذا يترتب آثار الملكية من أول العقد إلى حين التلف ومن هذا الحين يعامل معاملة ملك البائع من حيث ردّ الثمن، ولا يعارض ما ذكرنا ظهور قوله: «من مال بايعه» في كونه على وجه المالية الحقيقية لا التنزيلية؛ فإنّ ظهور السببية أقوى، هذا.

وقد يقام البرهان علاوةً على الظهور على إرادة التنزيل لا التحقيق بأحد نحوين: الأول: أنّ من قال بالملك الحقيقي قال بأنّه في جزء لا يتجزأ من الزمان وهو مبنيّ على القول بالجزء الذي لا يتجزأ وبناءً على البطلان كلّ جزء من الزمان

تدرجي ولا ينتهي إلى ما لا جزء له، ففي أيّ مقدار منه يفرض حصول الملكية يمكن الأقلّ منه فيبقى الترجيح في ما بين المراتب بلا مرجّح، وهذا المحذور إنّما نشأ من الملك الحقيقي، وأمّا التنزيلي فلا محذور فيه فلأنّ بعد التلف تعامل معاملة حصول الملك في الآن الذي لا يتجزأ قبل التلف.

والثاني: أنّ المال الذي يتلف في الآن المتصل لا ماليتة له، إذ لا يرغب في بذل المال بإزائه أحد، فلا يتحقّق حقيقة الماليتة في الآن المتصل بالتلف نعم يمكن التنزيل، هذا ما يقال، لكنّ الحق بطلان كلا الوجهين.

أمّا الوجه الأوّل ففيه: أولاً: إنّنا سلّمنا الملكية في جزء من الزمان لكن لزوم الترجيح بلا مرجّح إنّما هو في ما إذا كنّا نحن المتصدّين للتخصيص، وأمّا إذا كشفنا بالتلف عن تخصيص الشارع الملك بقدر قليل فلا يرد إشكال علينا.

وثانياً: لنا أن نقول حال هذه الملكية حال الفصل والوصل والخروج والدخول حيث إنّها أمور دفعيّة آنية الحصول وليست في جزء من الزمان، فلم لا يجوز أن يكون حال الملكية أيضاً كذلك؟

وأمّا الوجه الثاني ففيه: أنّ عدم رغبة أحد أعمّ من الماليتة، فربّ مال لا يرغب أحد في شرائه كالجوهر الغالي القيمة، وأيضاً فلازم ما ذكر عدم تصوّر التلف للمال وهو بديهيّ البطلان.

ثمّ إنّ ثمرة القول: بالملكية التنزيلية والحقيقيّة بعد الاشتراك في أنّ النماء المتخلّل بين العقد والتلف للمشتري تظهر في مؤنة تجهيز العبد، فعلى الأوّل يكون على المشتري وعلى الثاني على البائع، أمّا الثاني فواضح، وأمّا الأوّل فلأنّ التنزيل لا يشمل مثل هذا الأثر، إذ فرق بين قولنا: كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال

البائع وبين كلِّ عبد تلف، فظاهر الأول هو بالنسبة إلى آثار المعاملة من ملكية الثمن، فالمقصود استرجاع الثمن من البائع، نعم ربّما يمكن دعوى الظهور في الثاني في ما يعمّ مؤنة التجهيز أيضاً بدعوى أنها من الآثار الظاهرة.

ثمّ إنّه لا يبعد أن يقال: إنّ التلف أعمّ من التلف الحقيقي ومن تعذر الوصول مع عدم رجاء العود عادةً، فإنّه بنظر العرف يعدّ تلفاً و بعد كون الموضوع ما هو التلف عند أهل العرف يكون مصداقاً لموضوع الحكم بالدقّة، ولكن لو تمكّن منه على خلاف العادة بعد اليأس منه، فهل هذا من قبيل إعادة المعدم فتتكلّم في أنّه يعود إلى المشتري، أو يبقى على ملك البائع أو حكم ملكه، أو يفرّق بين القول بالكشف الحقيقي والحكمي، أو ينكشف أنّه لم يكن هناك تلف؟

وبعبارة أخرى: اليأس العادي من العود هل هو مأخوذ موضوعاً أو طريقاً؟ فعلى الأول يكون العود من قبيل إعادة المعدم، وعلى الثاني نكشف أنّ ما تخيّلناه معدوماً ما كان معدوماً.

رجّح شيخنا الأستاذ - دام بقاءه - الثاني بشهادة أنّه لو كان أحد يعلم بأنّ البحر بعد زمان قليل يجفّ ويتمكّن من الجوهر الذي وقع فيه فعند هذا الأحّد لا يصدق عنوان التلف، بل هو يقول: ما عرض بالمال شيء لا أنّه يقول: إنّّه كالميت الذي سيعود بالإحياء، وعلى هذا فلا مجال للتكلّم المذكور، بل المبيع ملك المشتري من الأول، والآن باق أيضاً عليه، لعدم وقوع التلف قبل القبض، نعم يجيء هذا الكلام بالنسبة إلى الموت الحقيقي مع إعادة صاحب الإعجاز إياه ولسنا بمقام تعيين حكم هذا الفرض النادر.

ثمّ إنّ المبيع تارة شخصي وأخرى كلي، والكلي تارة في الذمّة وأخرى في

الخارج مثل الصاع من الصبرة الخارجية المعينة، أما الكلبي في الذمة فليس له تلف قبل القبض حتى نتكلم فيه، وأما القسمان الآخران فيتصور فيهما ذلك، فهل القبض الراجع للضمان في كل منهما يشترط فيه وقوعه بإذن البائع أو يكفي ولو كان باستقلال يد المشتري ولو لم يطلع البائع أو منع؟ الظاهر الكفاية في الشخصي وكذا في الكلبي الخارجي مع ثبوت يده على تمام الصبرة التي يبيع صاع منها، نعم مع استيلاء يده على خصوص صاع من الصبرة لا قبض.

أما الثاني: فواضح، لأن التعيين بيد البائع فما لم يعين لا ينطبق المبيع على المقبوض، فلو تلف تمام الصبرة يصدق تلف المبيع قبل القبض، وأما الأول فيمكن أن يستفاد من النص سواء النبوي أم رواية عقبة: أن الاستيلاء والكون تحت يد المشتري هو المعيار، وأن التعبير بالإقباض الواقع في الرواية أيضاً ليس لأجل موضوعية في الاستناد إلى إقباض البائع وإذنه ورضاه، بل إننا أخذتوصلاً إلى الوصول إلى المشتري، ولهذا لو كان بيد المشتري من الابتداء لا يتوهم من النص جريان الضمان فيه، ولا ينافي هذا ما قلناه سابقاً من أن النص ساكت عن الإقباض المنفك عن القبض؛ لأننا بمناسبة الحكم والموضوع نجعل الإقباض عبرة إلى القبض وحكم الضمان الثابت في ما قبله ساكت عن صورة تقصير المشتري في ترك القبض مع خروج البائع عما في عهده.

هذا كله في التلف السماوي، وأما غيره فإما يكون من إتلاف المشتري وإما من إتلاف البائع، وإما من الأجنبي، أما إتلاف المشتري فالظاهر انصراف النص إلى غيره بل وكذلك إتلاف البائع، فلا يقال: تلف المبيع قبل القبض، بل يقال: أنلفه البائع، كما أن إتلاف الأجنبي لا إشكال في اندراجه، بل السرقة منصوطة في

رواية عقبة بن خالد.

بقي الكلام في ما احتمله الشيخ - قدس سره - من احتساب إتلاف المشتري في ما إذا قدّم البائع الطعام المبيع إليه فأكله من إتلاف البائع، وقياسه بما إذا قدّم الغاصب المغصوب إلى المالك فأتلفه، والظاهر عدم الوجه للانفساخ في هذه الصورة، فإنه لا شبهة في تحقّق القبض حينئذ وكون التلف بعده، نعم قاعدة الغرور لو فرض تحقّقه جارية وحاكمة بضمان القيمة الواقعية على البائع، ولو فرض أنّه إتلاف من البائع لكون السبب أقوى فغايبته شمول دليل من أتلف وثبوت الضمان بالقيمة الواقعية أيضاً.

وأما ما احتمله - قدس سره - في مطلق إتلاف البائع من التخيير بين الثمن والقيمة فلا يمكن أن يكون وجهه تعارض قاعدة الإتلاف والتلف قبل القبض، فإنّ النسبة بينهما عموم من وجه، والعامان من وجه لا يرجع بعد تساقطهما في مورد التعارض إلى التخيير - فإنه خاص بالمتباينين - بل إلى سائر القواعد والأصول، وإن كان وجهه التزاحم بين السببين - ولعله ظاهر العبارة - ففيه: أنّه إن أُريد بالانفساخ في قاعدة التلف هو الحقيقي منه فلا تزاحم أصلاً؛ لأنّ قاعدة التلف واردة على قاعدة الاتلاف وجاعلة للمال من نفس البائع، وكذلك إن كان المراد هو التنزيلي منه، فإنّ التنزيل منزلة مال البائع آنأما قبل التلف أظهر الآثار المرغبة فيه هو كون ضمانه على نفسه، وعدم كونه ضامناً للغير بتلفه، فتكون القاعدة حينئذ حاکمة على قاعدة الإتلاف.

وعلى كلّ حال لا يتمّ التزاحم إلّا أن يقال: إنّ بناءً على التنزيل والكشف الحكمي يتحقّق التزاحم، إذ هنا سبب يقتضي التضمنين بالمثل أو القيمة وسبب

يقتضي المعاملة مع التالف معاملة مال البائع الذي تلف في يده ولا مرجح لأحدهما على الآخر، وصرف أنّ الثاني مقتضى للمعاملة مع التالف معاملة مال البائع إنّما ينفع في مقام المعارضة، وأمّا في مقام المزاخمة فهما في عرض واحد، فلا محيص عن التخيير. والحاصل: أنّ الحكومة إنّما تنفع في مقام الدلالة والإثبات وكلامنا في مرحلة الثبوت.

وإن قيل إنّّه بحسب هذه المرحلة أيضاً تارة كلّ من السببين يقتضي شيئاً معانداً لما يقتضيه الآخر، بحيث يكون الاقتضاء الأولي لكلّ منهما لذلك المعاند، فهذا مقام التراحم، وأخرى يكون أحدهما مقتضياً لشيء والآخر مقتضياً لأن لا يكون الأول مقتضياً كما في المقام حيث مقتضى أحدهما التضمنين بالمثل أو القيمة ومقتضى الآخر المعاملة مع التالف معاملة ملك نفس المتلف، فهذا الثاني لأجل التقدّم الرتبي مقدّم على الأول، لكنّه أيضاً محلّ خدشة، فإنّه ربّما يكون سببية الأول ناقصة ويكون الثاني راجعاً إلى نقص في شرائط عليّة الأول، وأخرى يكون المفروض تمامية الأول في جهات العليّة الحيثيّة لولا الابتلاء بجهة المزاخمة، فإن كان الثاني يمنع تقدّم الثاني.

هذا هو الكلام في التخيير بناءً على مذاق السببية، وأمّا بناءً على ما اختاره شيخنا المرتضى وقواه من بنائه على خيار تعذّر التسليم فهو لا إشكال فيه لو تمّت الكبرى، أعني: أصل ثبوت الخيار عند تعذّر التسليم وإن كان في تقوية شيخنا المسألة المتفرّعة عليه دلالة على أنّه مفروغ عنه عنده؛ فإنّه بعد ثبوت هذا الأصل نقول: المشتري بواسطة تعذّر تسليم المبيع مخير بين الفسخ والإمضاء، فإن أمضى البيع كان له تضمين البائع بالمثل أو القيمة لقاعدة الإتلاف، وإن فسخه كان له الثمن.

وقد يقال في إثبات الأصل المذكور: إنه مقتضى قاعدة نفي الضرر عن المشتري حيث خرج الثمن عن كيسه ولم تصل يده إلى عوضه، وجبران هذا الضرر إنَّما هو بالخيار، وفيه: أنه يمكن الانجبار بالضمان وتغريم البائع بالبدل الواقعي.

لا يقال: فكيف في خيار الغبن قلتم بثبوت الخيار مع إمكان جعل الضمان هناك؟ لأننا نقول: إثبات الضمان هناك حكم وجودي وليس قضية نفي الضرر إلا رفع الحكم الذي نشأ منه الضرر وهو إطلاق حكم لزوم العقد بالنسبة إلى صورة عدم بذل التفاوت، وأما هنا فلا حاجة إلى إثبات حكم بقاعدة نفي الضرر، فإنَّ الضمان ثابت بأدلته، فليس في حكم الشرع ضرر.

وقد يقال: إنه مقتضى العقد، فإنَّه التسليم والتسليم لا أحدهما فقط فإذا امتنع أحدهما فليس خلاف مقتضى القرار إبقاء الطرف الآخر، وفيه: أنَّ غايته حصول عهدة لكل من المتعاقدين بالنسبة إلى تسليم المال الذي انتقل عنه، وهذا ليس مقتضياً للفسخ بل التضمين بالبدل الواقعي، فإنَّه وإن لم يتعهد إنشاء إلا نفس المبدل ولكنَّ العهدة عرفاً مقتضية لإعطاء البدل عند عدم إمكان المبدل، ولا يرد الإشكال بصورة انتفاء المبيع رأساً حين البيع، فإنَّ ما ذكرنا في فرض انعقاد أصل المبادلة صحيحاً، وفي هذا الفرض لم ينعد أصل المبادلة، فكأنَّه في موضوع تحقُّق المبادلة تحقُّق عهده بالإعطاء والتسليم، فإذا امتنع فمقتضى العهدة هو إعطاء البدل لا اختيار الفسخ الذي هو المدعى، وبالجمله لم نعرف دليلاً لخيار تعذر التسليم غير قاعدة لا ضرر، وقد عرفت الخدشة فيها أيضاً.

ثم في مورد قلنا بثبوت القيمة هل للبائع إذا لم يأخذ الثمن أن يجبسه إلى أن يأخذ الثمن كما كان يجبس نفس المبيع لذلك أو لا؟ الظاهر أنه يجوز وذلك لأنَّ

الدليل على ذلك في نفس المبدل أنه قضية نفس إنشاء التملك والتملك، فإن لازم ذلك هو نقل النقد إلى كيس البائع والجنس إلى بيت المشتري والتعبير في الفارسية بـ (دادوستد) تعبير بهذا اللازم، فليس النقل بلا انتقال من قضية العقد، ولا تركه خلاف مقتضاه.

والحاصل: لازم التملك والتملك هو وقوع النقل المكاني من الطرفين أعني: نقل كل عوض إلى محل استيلاء صاحب الآخر وتحت يده المعزى عن قصد الإنشاء الذي لعله محطّ نظر القائلين بالإباحة في مسألة المعاوضة - وإن أعطت ظواهر الكلمات خلاف ذلك - فهو المراد لبّاً، بمعنى أن المقصود صورة ليس إلاّ صرف الإعطاء والقبض على نحو ما يوقعان عقيب إنشاء التملك والتملك بحيث يكون النظر إلى نفس وصول العين الخارجية الذي هو نتيجة الملكية، فنظرهما إلى نفس الدرهم والمتاع بلا إنشاء تملك وتملك أصلاً ووساطته في البين، لا صورة وقوعهما بقصد الإنشاء حتى يكون الإنشاء فعلياً، فإنّ صاحب القول بالإباحة أجلّ شأناً من إنكار صدق البيع في صورة وقوع الفعل بقصد الإنشاء.

وبالجملة: هذا المعنى، أعني: صرف القبض والإقباض الخالي عن الإنشاء هو لازم معنى البيع وإنشاء المبادلة، فلا ينفك إنشاء الملزوم عن إنشاء الالتزام بلازمه، فإذا لم يقدم أحد الطرفين بهذا اللازم فلآخر الامتناع، لأنه ليس هذا الامتناع خلاف الوفاء، وإذا جرى ذلك في المبدل جرى في البدل أيضاً، إذ ليس للفرع زيادة على الأصل.

وحاصل الكلام في غير مورد شمول دليل التلف قبل القبض أعني من إتلاف البائع أم الأجنبي أو الثمن أو سائر المعاوضات غير البيع أن الضمان

المعاوضي إن صحَّ جعله على طبق القاعدة فلا كلام في الكلّ بتقريب ما مرَّ من أنَّ المعاوضة كما تكون تمليكاً بإزاء كذلك تكون بلازم المعنى نقلاً ورفعاً بإزاء فلا نقل في صورة عدم ما بإزاه، ولكن إتمام هذا مشكل لما مرَّ من أنَّ غاية هذا هو التعهّد بالإقباض عند القبض فله الامتناع مع عدم القبض نظير ما إذا تخلّف الشرط بل لعلّه منه حقيقةً فغاياته الخيار بحيث يصدق على الإمضاء أنّه وفاء لا الانفساخ.

وعلى هذا فإجراء ضمان المعاوضة في غير مورد شمول النصّ مشكل، وأمّا إتلاف الأجنبي فقسم منه داخل في التلف السماوي كما في السرقة، فإنّه بالنسبة إلى السارق، المتحقّق ضمان اليد لا الإتلاف، وأمّا بالنسبة إلى المسروق منه فالصادق عنوان التلف، وقسم منه لا يشمل التلف السماوي وهو ما إذا أتلّفه الغير المعيّن بشخصه بأن كسر الكأس مثلاً، فهذا أيضاً كإتلاف البائع يبعد شمول النصّ له فيجبيء فيه ما مرَّ في إتلاف البائع من الكلام إلّا أن يثبت هنا إجماع على التخيير بين القيمة والضمن كما ادّعي.

وأما جريان ضمان المعاوضة في الثمن فمبنيّ بعد بطلان القاعدة المشار إليها آنفاً على أحد أمرين:

الأوّل: استظهار ضمان المعاوضة من ذيل رواية عقبة بقرينة وحدة السياق، وأنّه أريد بكلمة الضمان في قوله -عليه السلام-: «فإذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتّى يردّ ماله إليه»^(١) ما تقدّم ذكره في الصدر من قوله: «من مال صاحب المتاع» بعد سؤال السائل أنّه: إذا استرق المتاع الغير المقبوض من البائع فهو من مال من يكون؟ فإنّه إذا علم أنّه أريد من الصدر ضمان المعاوضة فيبعد أن يراد

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٠، من أبواب الخيار، ص ٣٥٨، ح ١.

من الذيل ضمان اليد، فكأنه قيل: إن عين الحال الذي كان للبائع بالنسبة إلى مشتره يتحقق بعد إقباضه المبيع في المشتري بالنسبة إلى البائع، ولا ينافي أن هذا مختص بالثمن الشخصي وهو فرد نادر فيحمل الضمان على إرادة الدين الثابت حتى يكون محمولاً على الثمن الكلي الذي هو الغالب، إذ فيه أن كلمة الضمان ليس معناها المديونية وأيضاً الغاية غير لائقة حيثنذ، فإن قول القائل: أنت مديون حتى ترد بمنزلة قول القائل: هذا واجب عليك حتى تفعله ركيك مستبشع، فهذا قرينة على إرادة الفرد النادر والتعرض للفرد النادر غير حمل الإطلاق على الفرد النادر.

نعم يرد على هذا أن تفريع الضمان في الثمن على إعطاء المثلن مما لم يقل به أحد، ويمكن أن يجاب أنه شاهد على قول من قال بأن حق المشتري بتسليم المبيع أقدم من حق البائع، إذ حيثنذ يتأخر ضمان المشتري عن زمان إقباض المبيع.

الثاني: وهو إن تم يجري في سائر المعاوضات أيضاً وهو استظهار إرادة مطلق النقل والانتقال من مادة البيع المذكور في النبوي وذكره من باب المثال، كما علم ذلك بمناسبة الحكم والموضوع في حكم الخمس المتعلق بالأرض التي اشتراها الذمي من المسلم، فإنه يتعدى إلى صورة الصلح مع الذمي والهبة المعوضة معه وسائر المعاوضات.

فنقول في المقام أيضاً مناسبة حكم الانفساخ كون البائع متعهداً بالتسليم وهذا معنى مشترك في الثمن وفي العوضين في عامة المعاوضات، والحاصل أنه من الممكن اختصاص العنوان بالحكم كما في اعتبار القبض في المجلس في الصرف والخيار بين الرد والارش، حيث إن الدليل فيهما ورد في البيع ولا يجري في الصلح

وغيره، ولكن قد يلقي العنوان من جهة المناسبة المقامية كما في منع بيع أم الولد حيث إنّ الظاهر كون المانع هو الولد من دون خصوصية البيع، أو خمس الأرض التي اشتراها الذمي من المسلم، فإنّ الظاهر أنّ الوجه مطلق انتقال الأرض وصيرورة الذمي مالكا لها من دون خصوصية للبيع.

فمن الممكن أو الظاهر أنّ وجه الضمان في التلف قبل القبض كون البائع ذا عهدة بإعطائه وتسليط المشتري عليه من دون خصوصية للبيع كما عبّر في رواية عقبة عن هذا المعنى بقوله: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتّى يخرج المتاع من بيته ويقبضه.

ولا يشكل أنّه على هذا لا وجه لتخصيص الضمان في طرف الثمن بما بعد إقباض الثمن كما هو ظاهر ذيل رواية عقبة، بل اللازم كونه مطلقاً لأنّ العهدة كذلك.

فإنّه يقال: يمكن أن يكون قوله -عليه السلام-: فإذا أخرجه، تنمّة للكلام السابق أعني قوله: من مال صاحب المتاع حتّى ويخرجه يعني إذا أخرجه ارتفع ضمان البائع والباقي هو ضمان المشتري، لا أنّ التطبيق جيء به لأجل ضمان المشتري.

وهي هنا كلام من المحقق الميرزا محمد تقي الشيرازي استبعد شيخنا الأستاذ -دام ظلّه- انتسابه إليه، وهو الاستناد في تعميم الحكم في عامّة المعاوضات بكون حقيقة المعاوضة متقوّمة ومتقيّدة بالإقباض والقبض، فمع عدم لا معاوضة لتقيّد الرضا به.

ثمّ استشكل بأنّ نهايته الخيار كما في تخلف الشرط فأجاب بأنّا في مطلق تخلف الشرط نقول بأنّ مقتضاه هو الفساد، وإنّما ثبت الخيار في بعض الموارد للدليل، ثمّ استشكل بأنّا نستصحب الصحة الثابتة قبل القبض، فأجاب أولاً:

بمنع الصحة من الرأس وأن القبض شرط الصحة، وثانياً: بأنه إذا لم يتحقق القبض نستكشف البطلان من رأس، فهو من قبيل الشرط المتأخر.

وأنت ترى أن جميع هذه الكلمات بعيدة منه - قدس سره - حتى القول بأن قوام المعاوضة بذلك، فإن نهاية الأمر أن إنشاء التمليك والتملك متضمنان للالتزام والتعهد بالتسليط والتسلط، لا أن يكون العقد مقيداً به بحيث لا عقد مع عدمه، فغاية الأمر حيثنذ هو الخيار وأين هو من الانفساخ كما هو المدعى؟ هذا كله في تلف المبيع كله.

وأما تلف بعضه ووصفه فقد يقال بأنه إذا كان البعض ممّا يقسّط عليه الثمن يجري فيه قاعدة التلف قبل القبض فيحكم بالانفساخ بالنسبة إليه وإلى مقابله من الثمن، وإذا كان ممّا لا يقسّط فحكمه حكم العيب وهو الخيار بين الردّ والارش، فإنّ قضية كون العيب من مال بائعه أنّه لا بدّ من تقدير البيع من هذه الجهة كأن لم يقع، ومقتضى هذا هو الخيار بين الردّ والارش.

وفيه: أولاً: أنّ هذا فرع وجود دليل عامّ للجزء والوصف والمفروض أنّه مختصّ بالمبيع وهو لا يشمل حتى الجزء الذي يقسّط عليه الثمن، وثانياً: لو فرضنا تعميمه كما لم نستبعده سابقاً بواسطة مناسبة الحكم والموضوع لكن نقول: غايته الانفساخ بالنسبة إلى الجزء الذي يقسّط عليه الثمن وما يقابله من الثمن، وأما الخيار بين الردّ والارش بالنسبة إلى تلف الجزء الذي لا يقسّط وفوات وصف الصحة فلا يلزم من تقدير البيع كأن لم يقع أو تقدير وقوعهما في مال البائع، إلّا أنّ البائع متعهد وضامن للقيمة الواقعية، وأين هذا من الردّ والارش المصطلح.

لكن يمكن أن يقال: إنّنا بعد ما سلّمنا التعميم في الدليل حتّى للأوصاف فالظاهر بقضيّة وحدة السياق ووحدة المحمول أنّ الضمان في الوصف من سنخ الضمان في العين، فكما لم يكن في العين بالنسبة إلى القيمة الواقعية، فكذا بالنسبة إلى الوصف أيضاً لا بدّ أن لا يكون باعتبار القيمة بل باعتبار الثمن، وكما كان الاعتبار في المبيع بالثمن من جهة تقدير التلف من مال البائع قبل العقد، وإذا اعتبر التلف في الوصف هكذا ينتج الخيار بين الردّ والارش.

لكن فيه: أنّ هذا فرع وجود العموم في الدليل، ولهذا يمكن هذا التقريب في باب الضمان في زمن الخيار لقوله: «إن تلف أو حدث فيه حدث في زمن الخيار فهو من مال البائع»^(١) وأمّا في المقام فنحن وإن سلّمنا المناسبة المقاميّة لكن غاية الأمر التعدي في العين من انتقاله البيعي إلى عامّة انتقالاته المعاوضيّة، لا التعدي من العين إلى الأوصاف، هذا حال هذا الدليل.

وأما دليل نفي الضرر فنحن وإن سلّمنا عموميه للضرر العرضي وأغمضنا النظر عن اختصاصه بالمالي وربّما لا يكون في المال ضرر، لكنّ الضرر لم ينشأ هنا من قبل حكم شرعي، فإنّ العين قد بيعت على صحتّها والعيب طرأ بعد البيع وورود الحكم الشرعي بالصحة واللزوم، فهو بعينه كالعيب الحادث بعد الانتقال إلى يد المشتري، والعجب أنّ شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - يظهر منه تقرير الاستدلال بدليل نفي الضرر، هذا.

ويمكن إثبات خيار الفسخ والردّ دون الارش بما مرّ مراراً من اشتمال البيع على تعهّد التسليم لما أنشأه كلّ من الطرفين إلى الآخر على نحو ما أنشأه، ويسمّى

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ٥، من أبواب الخيار، ص ٣٥٢، ح ٥.

هذا خيار تخلف الشرط الذي هو خيار عرفي لم يردعه الشارع، فإذا باع العين بوصف صحتها وتعهد والتزم بالتسليم لها على الوجه الصحيح وتخلف عن هذا التعهد فهو كسائر تعهداته التي تخلف عنها.

لكن هذا كما عرفت قاصر عن إثبات الارش وغايته إثبات الرد، ولا يجري هذا في إتلاف نفس المشتري، لأنه بإتلافه كأنه استوفى ما تعهد له البائع بالتسليم ولا ينتقض بإتلافه للوصف المتعهد به في العقد قبل العقد، فإنه أتلّف الوصف من مال غيره وليس بمنزلة الاستيفاء، فإذا وقع العقد مبنياً على الالتزام بوجود الوصف جاء الخيار، وأما هنا فحين العقد كان المبيع واجداً للوصف وتسلمه المشتري أيضاً فلا مجال للخيار.

نعم يجري في إتلاف الأجنبي للمشتري الفسخ، فيغرم الأجنبي أرش الجناية للبائع، والإمضاء والرجوع إلى الأجنبي بارش الجناية، والله تعالى هو العالم بحقائق الأحكام.

مسألة

اختلف أصحابنا في بيع الطعام بل مطلق المكيل والموزون قبل قبضه هل هو جائز أو مكروه؟ لاختلاف الأخبار، فلأنها بين مانعة عنه مطلقاً ومجوزة كذلك ومفصلة بين التولية بالجواز وغيرها بالمنع، فجعل بعضهم حمل المطلق في المنع على غير التولية والمطلق في الجواز على التولية بقرينة هذا المفصل أولى من التصرف في الهيئة والقول بالكراهة، وجعل بعضهم العكس أولى فذهبوا إلى الكراهة.

واستشكل عليهم بأنه على هذا لا يبقى مجال لفهم كراهة التولية من الأخبار

كما هو المتفق عليه بين أرباب هذا القول وإن جعلوا كراهتها أخف من غيرها، والأخبار المطلقة في المنع لأبد من تقييدها بالمفصلة المصرحة باستثناء التولية، فإنّ الظاهر استثناءها من الحكم المشتمل عليه الصدر، وهو أصل الكراهة لا شدتها، فيكون المنفي في جانب المستثنى أصل الكراهة لا شدتها فيقيّد به ما ظاهره الكراهة مطلقاً حتّى في التولية؛ لأنّها من المطلق والمقيّد المتخالفين لا المتوافقين المحتاج في التقييد إلى احراز وحدة المطلوب، وبالجملة : على حسب الدليل لا يمكن إثبات كراهة التولية، فإن كان إجماع فهو مطلب آخر، هذا.

وقد رجّح شيخنا الأستاذ التصرف في الهيئة بقريئة الأخبار المطلقة الدالة على عدم البأس مستدلاً بأنّ حمل هذه المطلقات على التولية حملٌ للمطلق على الفرد النادر، فإنّ التولية وهو البيع برأس المال فرد نادر من البيع، فيبعد حمل المطلق عليه، وهذا بخلاف حمله على مطلق البيع ورفع اليد عن الخبر المانع في غير التولية الظاهر في التحريم وصرفه إلى الكراهة حتّى يلائم مع عدم البأس، فإنّه ليس بمكان من البعد، بل شاع وذاع إطلاق الهيئة وإرادة الكراهة، حتّى أنكر بعضهم ظهوره في الإلزام.

وأما ما أورده شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - من أنّ استثناء التولية يوجب بناءً على حمل النواهي على الكراهة انتفاء الكراهة فيها مع أنّ الظاهر عدم الخلاف في الكراهة فيها أيضاً بين أرباب هذا القول وإن كانت أخفّ، ففيه: أنّ غاية المطلب دوران الأمر بين حمل النواهي على الكراهة الشديدة حتّى يكون الاستثناء من الكراهة الشديدة دليلاً على ثبوت الخفيفة في المستثنى و بين حمل المطلقات الكثيرة الواردة في مقام البيان على الفرد النادر.

وإن شئت قلت: الأمر دائر بين أحد أمور ثلاثة: حمل النواهي على مطلق الكراهة حتى يفيد الاستثناء نفي أصلها، وحملها على شدة الكراهة حتى يفيد الاستثناء نفي الشدة مع ثبوت الأصل، وحمل المطلقات الواردة في مقام البيان على الفرد النادر مع عدم إشعار فيها بذكر القيد، والحمل الأول خلاف الإجماع فيدور بين الأخيرين، والإنصاف أنّ الثاني أقرب من الثالث، بمعنى أنّ الثاني أيضاً حمل وتوجيه ولكنه أخفّ من الثالث فتدبر.

وبالجملة: لو فرضنا دوران الأمر بين القولين إمّا الحرمة في غير التولية والإباحة فيها وإمّا الكراهة الشديدة في غيرها والخفيفة فيها بحيث كان القول بأصل الكراهة في غيرها والإباحة فيها خلاف الإجماع فالأظهر حمل الروايات على المعنى الثاني لما في الأول من حمل المطلقات على الفرد النادر، غاية الأمر يصير المعنى حينئذ كما يقال في الفارسية (از غير توليه بدم مى آيد وخوش ندارم باز مگر توليه باشد)، فإنّ الانسان يفهم منه أصل الكراهة في التولية وهو في نفسه وإن كان بعيداً لكنّ الأول أبعد منه.

بقي الكلام في أنّ الأخبار المانعة بين ما علّق الجواز على القبض وبين ما علّقه على الكيل والوزن، فيكون مثل قضية (إذا خفي الأذان فقصر) وقضية (إذا خفي الجدران فقصر) ذا احتمالات:

أحدها: أن يكون كلّ من الأمرين سبباً مستقلاً، والثاني: أن يكونا معاً سبباً فلا يكفي أحدهما، والثالث: أن يكون أحدهما كناية عن الآخر؛ فإنّه يصحّ جعل أحد العنوانين المتلازمين في الوجود غالباً كناية عن الآخر، والشاهد على بطلان استقاليتهما خبر معاوية بن وهب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه؟ فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله

أو تزنه إلا أن توليه بالذي قام عليه»^(١) حيث إن السائل عبّر بالقبض والإمام عليه السلام- عبّر بالكيل أو الوزن، ولو كان كل منهما أمراً مستقلاً لصار المقام بمنزلة أن يسأل السائل: هل يجب القصر عند خفاء الأذان؟ فيجواب: يجب القصر عند خفاء الجدران، بمعنى أنه سأل عن سبب شيء ويجاب بسبب شيء آخر.

وأما احتمال أن المراد أن القبض غير مفيد بل اللازم هو الكيل أو الوزن فهو خلاف الظاهر؛ فإن الظاهر أنه أراد- عليه السلام- إعادة نفس ما ذكر في سؤال السائل بعبارة أخرى، فإذا بطل استقلاليتهما فكونهما جزأين للسبب وهو مجموع الأمرين خلاف الظاهر بالنسبة إلى الاحتمال الآخر، أعني: كون أحدهما المعيار والآخر هو الكناية عن الأول.

فيدور الأمر بين أن يكون المعيار هو القبض ويكون الكيل كناية عنه أو بالعكس، والظاهر الأول، فإن الكيل من مقدمات القبض، ومن الشائع التعبير عن الشيء بالمقدمة الموصلة إليه كما يقال: إن صعدت السلم أعطيتك درهماً، والمقصود كونه على السطح لا موضوعية الصعود على السلم.

ثم على تقدير حمل النهي على التحريم دون الكراهة على خلاف ما قدّمناه فهل يقتصر على صرف التكليف أو يستفاد منه الوضع أيضاً، أعني: بطلان البيع؟ لا إشكال في أنه لو كان وجه الاحتياج إلى إمضاء الشرع كونه المالك الواقعي وإمضائه إجازة للمالك فالمنع ينافي الصحة، لأنه مثل المنع الصادر عن المالك المجازي مانع عن النفوذ.

لكن هذا الوجه خلاف ظاهر الأدلة، فإن الظاهر أن الشارع عامل مع

١- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦، من أبواب أحكام العقود، ص ٣٨٩، ح ١١.

الأملاك معاملة كون ملاًكها ذوي اختيار تام بالنسبة إليها فلا نقص فيها من حيث إجازة المالك والحاجة إلى إمضاء الشارع لأجل إحراز سببية السبب، فمعنى ﴿أحل الله البيع﴾ صرف تصديق العرف في أن ما يرونه بيعاً بيع واقعاً وأصابوا في نظرهم، وعلى هذا فمن الجائز أن يكون المنع الشرعي متوجّهاً إلى قسم خاص من البيع بعنوانه المعاملي، ومع ذلك كان صحيحاً نافذاً مثل الأسباب التكوينية إذا فرض تعلّق الكراهة بإيجادها حيث لا ينافي ذلك ترتّب مسبباتها عليها لو أوجدت عصياناً.

ولكن قد يستفاد من الرواية الواردة في نكاح العبد بغير إذن سيّده حيث أبطله بعض العامة وردّه الإمام - عليه السلام - بقوله: «إنّه لم يعص الله وإنّا عصي سيّده فإذا أجازة فهو له جائز»^(١) أنّ معصية الله متى تحقّق بعنوان المعاملة من حيث نفسها لا باعتبار أمر خارج عنها ينافي مع صحتها ونفوذها حيث إنّ الظاهر من الرواية أنّ الذي تحقّق في نكاح العبد إنّما هو مخالفة السيّد في هذا النكاح لا مخالفة الربّ، ومخالفة السيّد قابلة لأن يلحقها الرضا بخلاف مخالفة الله، فإنّها غير قابلة للحقوق الرضا لاستحالة الندم عليه تعالى.

والحاصل: يستفاد منه أنّه لو كان المتحقّق مخالفة الله لما كان له علاج، ولكنّ المتحقّق مخالفة السيّد ولها علاج، فيفهم منه الملازمة بين مخالفة الله والفساد، هذا مضافاً إلى الإجماع الذي حكاه سيّدنا أستاذ الأستاذ السيد محمّد الاصفهاني - طاب مضجعه - على ما حكاه عنه شيخنا الأستاذ - دام ظلّه - على أنّه كلّما ورد النهي على عنوان المعاملة فلازمه الفساد وضماً.

لا يقال: ظاهر النواهي في باب المعاملة الإرشاد إلى الفساد كما في باب

١- الوسائل: ج ١٤، الباب ٢٤، من أبواب نكاح العبيد والأماء، ص ٥٢٣، ح ١.

العبادة فما وجه حمل نواهي هذا الباب إلى التحريم التكليفي ثم الانتقال بتوسطه إلى الوضعي.

لأننا نقول: نعم ولكن هنا اشارة التكليف موجودة وهو قوله في بعض أخبار الباب: لا يعجبني، فإنه ظاهر في التكليف وبعد حمله على التحريم بقرينة سائر الأخبار على ما هو مذاق المشهور على خلاف ما هو ظاهره من الكراهة لا يبقى ظهور في تلك النواهي في الإرشاد، كما أنه على قولنا من حمله على ظاهره من الكراهة أيضاً لا يبقى لظهور تلك النواهي في الإرشاد مجال، وذلك لمكان وحدة السياق في الجميع.

بقي مطلب آخر وهو أنه هل الحكم وضعاً أو تكليفاً أو كراهةً مختصّ بخصوص البيع فلا يجري في سائر المعاوزات فيجوز بيع ما انتقل بها قبل القبض فضلاً عن غير المعاوضة كالقرض والصدّاق والإيفاء بغير الجنس أو يجري في الجميع؟ وكذلك هل يختصّ بالمبيع فلا يجري في طرف الثمن ولو كان بيعاً أو يجري في كليهما؟ ليس في الأخبار لفظ يستفاد منه العموم؛ فإن الاختصاص بالمكيل والموزون يرفع احتمال إناطة الحكم بكون المبيع في معرض الانفساخ بالتلف قبل القبض فإنه يجري في غير المكيل والموزون ولا يجري في الكلي في الذمة منهما، وبعد رفع هذا الاحتمال من البين لا مجال لتوهم مناسبة موجبة لتعميم الحكم وتسريته إلى غير مورد الأخبار.

فمقتضى القاعدة هو الحكم بالاختصاص في كلا المقامين، كما أنه لا مجال لتخصيص الحكم بخصوص الطعام بعد إناطته فيه أيضاً بكونه ممّا يكال ويوزن كما في بعض الأخبار، ولا لتخصيصه بخصوص المبيع الشخصي بعد عموم الحكم للكلي، فإن المناسبة المتقدمة لو أمكن القول بها أمكن دعوى الانصراف، ولكن

بعد ملاحظة التقييد بالمكيل والموزون مع عدم اختصاص المناسبة بذلك يندفع هذا الاحتمال، فلا مجال لاحتمال التخصيص بل يعمّ الحكم كليهما لعموم الكلام.

نعم محلّ هذا الكلام في الكلّي في الذمّة الذي كان معجلاً أو حلّ أجله، وأمّا المؤجل الذي لم يحلّ فجواز بيعه وعدمه مسألة أخرى ولعلّه لا يحتاج بعد المراجعة إلى الأخبار وكون المنع فيها اتفاقاً، والله العالم بحقائق أحكامه.

هذا آخر ما استفدنا من بحث مولانا وإمامنا الأستاذ الأعظم ملاذ العرب والعجم آية الله في العالم، الحبر العليم الحاج الشيخ عبد الكريم اليزدي الحائري، أطال الله علينا بركات أنفاسه القدسيّة بمحمّد وآله خير البريّة.

اللّهمّ طهّر نفوسنا وحسّن أخلاقنا، وأصلح جوارحنا

وتقبّل منّا بكرمك وجودك وطولك وفضلك

وبحرمة محمّد وآله الأقدسين الأطهرين صلواتك عليه وعليهم أجمعين.

وكان ذا في الأربعاء العاشر من شهر رجب المرجّب من سنة ١٣٤٦

والحمد لله أولاً وآخراً وباطناً وظاهراً

وقد كتبه بيمنه الدائرة مؤلفه الضعيف محمّد علي الشريف عفى الله عنه

وعن والديه واستاده جرائمهم

رسالة
في الاجتهاد والتقليد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين وصلّى الله على سيّدنا محمّد وآله أجمعين.

وبعد ؛ اعلم أنّه لم يذكر هذان اللفظان في آية أو رواية حتى يحتاج إلى التكلّم في معناهما، نعم المحتاج إلى البيان هو الموضوع للأحكام الثلاثة، أعني: عدم جواز الرجوع إلى الغير ووجوب رجوع الغير إليه، وكون حكمه فصلاً في المرافعات. فلا بدّ من الكلام في أنّه ماذا؟ فنقول: أمّا موضوع عدم جواز التّقليد فهو كلّ من كان حصل له اليقين إمّا بالحكم الواقعي أو بالميزان الظاهري الشرعي أو العقلي، ولا يناط بوجود ملكة الاستنباط، بل يعمّ كلّ أحد، فلو فرض لأدنى الناس شعوراً قطع ولو من شيء لادلالة له أصلاً على حكم أو قطع كذلك بحجّة خبر الثقة، أو بأنّ مدلول الخبر كذا، أو أنّ مفاد لا تنقض مقدّم على الطريق، أو أنّه ليس في الواقعة دليل والمرجع الأصل العملي، أو أنّه معذور عقلاً وحكم العقل في حقّه البراءة، أو غير معذور ويجب عقلاً عليه الاحتياط، والحال أنّ الأمر في كل ذلك على خلاف ما قطعه وهو غير أهل لمعرفة موازين الاستنباط وتمييز غثها عن

السمين، فهو وإن كان دخوله من الابتداء في مقدّماته الاختيارية حراماً وعلى هذا التقدير هو غير معذور وإن كان لو لم يكن عن مقدّمة اختيارية معذوراً ولكنه على كلّ حال ليس تقليد الغير في حقّه جائزاً فهو وإن كان تكليفه الواقعي هو التقليد لكن لا يمكن تكليفه فعلاً بذلك، لأنّه يرى نفسه عالماً وموضوع التقليد هو الجاهل، وبالجملّة إن كان انتهاء أمر الشخص إلى القطع فهو بالنسبة إلى أثر عدم جواز الرجوع إلى الغير من قضايا قياساتها معها؛ لأنّ القطع مطلقاً حجة ولا يمكن المنع عن العمل به ولا يجوز مخالفته، ولا محلّ في هذا المقام للتكلّم في أنّ الشخص المحكوم بعدم جواز الرجوع إلى غيره هل هو ذو ملكة الاستنباط أولاً؛ فإنّه بالنسبة إلى الأثر المذكور قد عرفت عدم الفرق بين الأحوال وأنّ المناط الكلّي هو انتهاء الأمر إلى القطع، فإن انتهى فهو وإلا فيجب عليه الرجوع إلى العالم.

وأما معيار موضوع الأثرين الأخيرين أعني الحكومة وتقليد الغير إياه فهو كلّ من كان وصوله إلى المطالب بموازين ومقدّمات صحيحة منتجة للمطالب واقعاً في كلّ مرتبة من المراتب من الواقعيّات والظاهريّات، من الشرعيّات والعقليّات، فإنّه كما أنّ الأحكام الواقعيّة اللوح المحفوظيّة لها واقع محفوظ لا يتغير ولها مقدّمات منتجة إياها واقعاً، كذلك للأحكام العذريّة أيضاً واقعيّات محفوظة وطرق صحيحة واقعيّة موصلة إلى تلك الواقعيّات، وأخرى غلطة وغير موصلة إليها، فالمراد بالعالم الذي هو مرجع الجاهل من كان خبرة في معرفة هذه الطرق والمقدّمات الموصلة إلى المطالب، بحيث كان خطأؤه في اجتهاده وبذل وسعه في معرفة الطرق قليلاً نادراً، وإن كان خطأ نفس الطرق بأن كان مؤدّياتها غير مطابقة مع الأحكام اللوح المحفوظيّة غير قليل، فإنّه لا يضرّ والمضرّ هو الخطأ في الاجتهاد، وعلى هذا فلو رأينا مجتهدين مختلفين في كلّ المسائل أو جلّها فلاحالة

نقطع بأنّ واحداً منهما خارج عن المعيار الذي ذكرنا.

فإن قلت: المجتهدان اللذان لانشك في كونها واجدي الملكة قلّ أن يتفق اتّفاقهما في الفتوى في المسائل وهذا ينافي ما ذكرت بل لا يرى من أوّل الطهارة إلى الديات مسألة فقهية إلا اختلفت الأقوال فيها والمسائل المجمع عليها مضمحلة في جنبها.

قلت: المعيار أحد أمرين إمّا إحراز كونه مصيباً إلى الوظائف الواقعية بمراتبها وغير مخطئ، وإمّا الاطمئنان بذلك بحيث كان احتمال الخطأ موهوماً نظير احتمال الخطأ في الحس، وكثرة موارد الاختلاف نشأ من ضمّ خطاءات كلّ واحد إلى غيره، وإلاّ فموارد خطأ كل فرد وحده قليل، كما نلاحظ في الصنّاع حيث إنّ موارد خطائه في جنب اصابته قليل وإن كان لو اجتمع خطاءاته مع غيره صارت كثيرة.

وأيضاً غالب موارد اختلاف الفقهاء من جهة تردّد أحدهما وعدم جراته على الفتوى واحتياطه عنه، لأجل احتمال عدم فحصه بالمقدار اللازم في الأدلة وإلاّ فاختلف فتواهما قليل، كما ترى بين فتاوى الشيخ الأعظم الأنصاري والسيد الأجل الميرزا الشيرازي - قدس رفسها - ، هذا ما قاله الأستاذ - دام بقاءه - وقد كان أكثر أهل مجلس الدرس على خلافه.

ثم لاشبهة في الموضوع الأوّل أعني من أحرز أنّه يصيب لافي جواز نظره بل وجوبه ولا في رجوع غيره إليه من غير فرق بين الحياة والمات، أمّا جواز نظره فلاّنه مكلف بتلك الوظائف ولا يعقل منعه عن فهمها والتصدي لمعرفتها.

وأما قول أصحابنا الأخباريين وتشديدهم النكير على الأصوليين فإن كان

غرضهم المنع عن مثل هذا فلاوجه له أصلاً؛ فإنّ المداليل العرفية لها واقع محفوظ فإعمال الوسع في معرفتها أيّ مانع يمنع منه وأيّ أخباري لايعمل؟ هذا في الفقه وكذلك الوصول إلى حكم الله بمقدّمة عقلية، كمسألة الأمر والنهي، فإن كان غرضهم أنّه ليس للعقل حكم واقعي أصلاً بحكم الله ومقدّمات واقعية إليها فمما يكذّبه كلّ أحد، وإن كان الغرض المنع من تعرّضها فما المانع من التصدّي لما له واقع وفهم الواقع أيّ بأس به وأيّ فرق بين فهم رضا الله تعالى أو عدم رضاه بعمل بواسطة مقدّمة عقلية وبين فهم المسائل الأصولية الراجعة إلى أصول العقائد بتوسّطها؟

وبالجملة مرام الأصولي ليس إلّا أنّ للوظائف بمراتبها واقعاً، وإعمال المقدّمات الفقهية والأصولية من العقلية والشرعية أيضاً لها واقع يوصل إلى تلك الوظائف، فإن كان النكير راجعاً إلى هذا فهو منع وسدّ لباب التصدّي لمعرفة الواقع بالطرق الواقعية، وإن كان راجعاً إلى أنّه ليس لأحد الاستبداد بالرأي والاستقلال بالحكم من عند نفسه بمجرد استحسان واعتبار عقلي مساعد فأصحابنا الأصوليون بريئون عن ذلك حاشاهم بتفوّه أحدهم بجوازه.

وأما رجوع الغير، فهذا القسم أيضاً واضح لأنّ المفروض إحراز الإصابة وعدم اختصاص الوظائف بشخص المصيب، نعم احتمال كذب المفتي في إخباره عن فتواه ربّما يكون حاصلًا وإذا ورد التعبد من ناحيته أيضاً فلا إشكال، وأمّا إذا كان هذا الاحتمال أيضاً مسدوداً فاللازم عدم الفرق بين حال الحياة والمات؛ فإنّ المفتي مات وأمّا أحكام الله فلم تمت، والمفروض إحراز الإصابة والصدق.

نعم في القسم الثاني - أعني صورة الاطمئنان بالإصابة حيث إنّ التعبد

الشرعي فيه ممكن - يمكن المنع الشرعي عن الاتّباع حال الممات، كما في إخبار الفاسق المعلوم عدم تعمّده للكذب.

وأما في حال الحياة فجواز نظر نفسه، ورجوع غيره كلاهما ثابت ببناء العقلاء حيث يراجعون في كلّ صنعة إلى صنّاعها مع كون احتمال الخطاء بطريق الوهم في حقّه جارياً فلا يعتنون بذلك، ويقدمون وإن كان الضرر الوارد عليهم في تقدير الخطأ خطيراً.

والحاصل لاشبهة في الكبرى، وكذلك لاشبهة في أنّ العالم المأخوذ فيها هو العالم الحقيقي الواصل إلى الواقعيّات دون العالم الاعتقادي ومن يزعم أنّه عالم، وحيثنذا فما يرى من الاختلافات فكثير منها صورة اختلاف ولا اختلاف حقيقة، وهو ما كان من قبيل الفتوى واللافتوى، وما كان اختلافاً فتوائياً كثير منها ممكن إصابة طرفيها وذلك في غاية الوضوح بعد أنّ أحكام الله - أعني: الأعمّ ممّا يسمّى واقعياً وما يسمّى ظاهرياً، بل ولو لم نقل بجعل الحكم في موارد الطرق والأمارات، بل بجعل الحجية إذ حيثنذا نعبر بأنّ وظائف العباد أعمّ ممّا كان حكماً شرعياً أم حجة شرعية أو حكماً عقلياً أو حجة عقلية - تكون ذات مراتب كلّ مرتبة دون المرتبة الأخرى وثابتة عند انقطاع اليد عن المرتبة العليا، فالواقع الأولي ثابت للواقع البحث بدون دخالة للعلم والجهل والوصول واللاوصول فيه، والواقع الثانوي أعني: مدلول الطرق والأمارات أعمّ من كونه حكماً أو حجة ثابت في ظرف التردّد والشك في الواقع الأولي، والواقع الثالثي أعني: حكم العقل بالبراءة أو التخيير أو الاحتياط ثابت في ظرف انقطاع اليد عن الأولين، ومعلوم أنّ المعتبر هو الانقطاع عقيب الفحص المتعارف في مظانّ الوجود لا الفحص التام الغير الميسّر إلّا للأوحدّي ولا الجزئي الميسّر لغير الأهل.

وحينئذ فإذا رأينا اختلاف الفتوى في مسألة بين مجتهدين يمكن أن يكون
عثر أحدهما اتفاقاً أو لإعماله الفحص زيادة على المقدار اللازم على خبر في غير
مطانه، مثل باب غير مرتبط بهذا الباب، أو أصل غير موجود في الأيدي مثل
بعض الأصول الذي ظفر بها المحدث العلامة النوري - قدس الله سرّه - ، ويكون
الآخر لعدم عثوره بعد الفحص المتعارف في المظان رجع إلى الأصل في المسألة
فكلاهما قد حاز الوظيفة الواقعية وفاز بالصواب في الاجتهاد والاستنباط.

ويمكن أن يكون كلاهما عثرا على الرواية ولكن أحدهما بعد الفحص في
مظان الاستعلام عن المدلول العرفي لألفاظها وصل إلى الواقع، والآخر بعد هذا
الفحص عجز عن الجزم به وبقي على التردد والشك فرجع إلى ما هو الأصل في
المسألة فإنهما أيضاً مصيبان في الاجتهاد غير مخطئان في الاستنباط.

ويمكن أن يكون أحدهما حصل له القطع بملاحظة تتبّع عدّة من الأخبار،
أو الإجماع المحض بملاحظة تتبّع عدّة من الفتاوى فأفتى بمضمونها، ولم يحصل
ذلك للفتوى الآخر فرجع إلى الأصل في المسألة، فإنّ حصول القطع من عدد
المخبرين ومن عدد الفتاوى أمر يختلف فيه أوساط الناس الغير الخارجين عن حدّ
التعارف والاعتدال فيمكن كون القاطع وغير القاطع معاً مصيبين في الاستنباط؛
لعدم خروج الأوّل في قطعه ولا الثاني في ترديده عن المتعارف.

نعم بعضاً ما يكون الاختلاف ناشئاً من الخطأ في الاستنباط كما إذا اختلفا في
الاستظهار من الرواية فاستظهر أحدهما شيئاً وجزم بأنّه المدلول العرفي واستظهر
الآخر خلافه وجزم بأنّه المتبادر والمتفاهم لدى العرف، فإنّه حينئذ لا محالة يكون
أحدهما مخطئاً في الاستنباط لكن هذا في جنب غيره نادر في خصوص المجتهدين

الذين علمنا باجتهادهما، نعم يمكن في غير معلومي الحال فيحكم بعدم وجدان أحدهما للملكة.

ثم لا إشكال في جريان الأدلة الآتية. إن شاء الله تعالى - على التقليد في حق من كان يرى الانفتاح، وأما من يرى انسداد باب العلم والعلمي فلا إشكال أنه خارج عن ميزان من عرف أحكامنا ونظر في حلالنا وحرامنا، فإن المعرفة والنظر فرع وجود الطريق، والمفروض أنه يرى الانسداد فكيف يكون عارفاً بالأحكام ناظراً في الحلال والحرام، لكن لا إشكال أنه لو كان هذا المجتهد أعلم في نظر المقلد ممن يرى الانفتاح يجوز له الرجوع إليه في هذه المسألة الأصولية، أعني الانسداد فإنه من رجوع الجاهل إلى الخبير والناقد البصير، فهذه إحدى المقدمات، والعلم الإجمالي حاصل للمقلد، فهذه اثنتان، والاحتياط إماماً مخلاً بالنظام فلا حاجة فيه إلى التقليد أو موجب للعسر فللمقلد فيه طريقان: إما التقليد في خصوص هذه المسألة أو الرجوع إلى اتفاق من يرى الانفتاح ومن يرى الانسداد في أن الشارع ما وضع التكليف الحرجي على العباد فهذه ثلاث، والخروج عن الدين على تقدير إهمال الوقائع ووجوب الرجوع إلى الظن مع تعذر العلم أيضاً واضحان، فهذا تمام المقدمات بعضها بالتقليد، وبعضها بالوجدان، لكن ليس نتيجتها إلا الرجوع إلى ظنون نفسه دون ظنون مجتهده، فلو فرض أنه يحصل له وثوق من قول المجتهد الميَّت أقوى مما يحصل من قول الحيّ، فلا وجه لرجوعه إلى قول الحيّ واتباعه ظنه.

إن قلت: إنه لاشبهة على تقدير انحصار المجتهد في الانسداد الحقيقي الوجداني في حق المقلد، فإن الرجوع إلى الميَّت ابتداءً قد منع منه الشرع، وتحصيل العلم لنفسه موقوف على مقدمات لا تيسر إلا بعد مضي سنين، وأما لو فرض أن

هنا مجتهداً آخر قائلاً بالانفتاح فكيف يفرض في حقّ المقلّد الانسداد مع وجود هذا الطريق العلمي حتى لو فرض كون الآخر القائل بالانسداد مخطئاً له وأعلم منه؛ إذ غاية الأمر ثبوت خطؤه في هذه المسألة، ولكنه باق تحت العنوان الذي علّق عليه الحكم في الدليل اللفظي واللّبي، أمّا الأوّل فلصدق من عرف الأحكام وأهل الذكر على من كان له معرفة نوع المسائل وإن قام الطريق على خطائه في مسألة واحدة أصوليّة، وكذلك الثاني فإنّ الخبرة هو الذي يحكم الفطرة الارتكازيّة باتباع قوله ولا يسلب هذا العنوان بثبوت الخطأ في مورد واحد، ومن هنا يعلم الحال مع المساواة؛ إذ غاية الأمر تساقطهما في هذه المسألة لكنّهما ما خرجا عن كونهما خبرة وكون الرجوع إليهما رجوعاً إلى الخبرة.

ويؤيد ما ذكرنا بل يدلّ عليه أنّ أخبار علاج الخبرين المتعارضين يكون بمقام الترجيح لتمييز الحجّة عن اللاحجّة، والترجيح فرع الحجّة، مع أنّ من المعلوم كون أحدهما خطأ وعدم اجتماعهما في إصابة الواقع، والحاصل بعد إحراز عنوان الخبرة لاوقفة في العمل ولو لم يحرز إصابة النظر في خصوص المورد.

قلت: أمّا صورة علميّة القائل بالانسداد وتخطّته لدرك القائل بالانفتاح فهذا نظير ما ذكر في طيّ مقدّمات الانسداد، لأجل عدم وصول النوبة إلى الظن من أنّ الرجوع إلى العالم طريق عقلائي، ومع وجوده لا ينسدّ باب العلم، وجوابه أيضاً نظير جوابه وهو ما أفاده شيخنا المرتضى - قدّس سرّه - في ذلك الباب من أنّ الرجوع إلى الخبرة في كلّ باب وإن كان ارتكازيّاً لكن لا في حقّ كل جاهل بل في حقّ من لا تصل يده إلى المدارك ولاحظ له من العلميات، وأين هو ممّن هو أيضاً أحد نقدة الفنّ وليس علميّة أقلّ من غيره، فهو يرى غيره الذي يعتمد على

المدارك التي قد ناقشها هو ووصل نظره إلى فساد جميعها جاهلاً مركباً، فكيف يندرج مثله في رجوع الجاهل إلى الخير فنحن نقول في المقام أيضاً: إنّ هذا المقلّد ذو طريق معتبر عقلائي على خطأ نظر هذا الذي يرى الانفتاح وفساد مدركه، وأنّه ما تخيّل مدركاً مجرد تخيل لا واقع له وهو قول الآخر الذي فرض أخبر منه ومخطئاً إياه، ومجرد كون الشخص في الأوّل بنفسه مدركاً لخطأ المجتهد القائل بالانفتاح وهو هنا جاهل بنفسه لا يوجب الفرق؛ إذ هذا أيضاً مثل سائر المطالب التي يرجع فيها إلى الأخبار بحالها من لائحة له.

وأما صورة المساواة فلا كلام في أنّ الأدلّة الأولى قاصرة عن إثبات الحجّة عند التعارض، نعم حجيتهما الذاتية بمعنى أنّ كلّاً منهما بحيث لولا الآخر كان حجة محفوظة، وحيث لولا دليل ثانويّ ناظر بعلاج التعارض كما ورد في الخبرين فالأصل هو التساقط، وإذن فلا إشكال في سقوط قولهما في هذه المسألة.

أما قولك: هو لم يخرج في سائر المسائل الفرعية عن كونه خبرة حقّ لكنّه لا ينفع؛ إذ قول الخبرة إنّما هو حجة لإراءته لإصابة مؤداه، وبعبارة أخرى: لو كان مفاد قوله: من عرف النخ حجة قول الأشخاص المخصوصين المعرفين بهذا العنوان، كنّا ندور مدار صدق هذا العنوان، فنلاحظ أنّ أيّ شخص يصدق عليه أنّه يعرف الحلال والحرام فنحكم عليه بوجوب اتّباعه، وأيّ شخص لا يصدق هذا العنوان عليه فيخرج عن حكم وجوب الاتّباع، لكن ليس المفاد مجرد المعرفة، بل مفاد الأدلّة كلّاً من اللفظيّة واللبّيّة هو اتّباع قول الخبرة من باب أنّ الانسان بفطرته يقدر بعد إخباره عن الواقع على تطبيق الواقع على مؤدى خبره، فكلّمها لم يحصل له ذلك فلا بدّ من الوقفة ولو فرض كونه خبرة.

أما قولك إنه إنما لم يثبت إصابته في هذه المسألة الواحدة الأصولية وهو الانفتاح فيبقى سائر المسائل الفرعية بحالها، فممنوع بأنها وإن كانت مسألة واحدة لكن الخطاء والصواب فيها يسريان إلى كل المسائل الفرعية المبتنية على المدارك الظنية؛ فإنه لو لم تكن تلك المدارك معتبرة كما يدّعيه مدّعي الانسداد كانت المتفرعات خطاء لاحتالة، فهذا خطأ ينحلّ إلى الخطاءات. وبالجمله ففي هذه الصورة يصير المقلّد بمنّ انسده عليه باب العلم وجداناً، كما أنه في الصورة الأولى كان كذلك بالطريق العلمي.

نعم لو فرض أن مدّعي الانسداد ولو كان أعلم لا يخطئ مدّعي الانفتاح، فلعله عثر على مالم يعثر عليه لفحصه زائداً على المقدار اللازم أو عثوره عليه اتفاقاً، فلأمانع حينئذ من القول بأن المقلّد لم ينسده باب العلم عليه؛ إذ هنا طريق إلى الواقعيّات لم يعلم بخطائه لإجمالاً ولا تفصيلاً لا وجداناً ولا بطريق معتبر.

ثم في صورة تحقق الانسداد في حق المقلّد إما لفرض انحصار المجتهد فيمن يدّعي الانسداد، أو مع تعدّده ولكن مع تخطئته لمن يدّعي الانفتاح وأعلميته أو المساواة على ما بينا، فلا وجه للمنع عن تقليده في مسألة رفع الاحتياط الشديد الموجب للعسر والخرج كما يظهر من بعض الأساطين في الكفاية، فإن كان الوجه كون المسألة أصولية فقد حقق في محله كون المخاطب فيها جميع المكلفين لخصوص المجتهدين، مع أنه - قدس سره - اعترف بعد هذا الكلام بأسطر في جواب إن قلت، بالتقليد في المسألة الأصولية وهو الحجية وفقد الأمانة المعتبرة فراجع كلامه في خاتمة الكفاية.

ثم لا وجه أيضاً لما جزم به في فرض جريان تمام المقدمات في حق المقلّد من رجوعه إلى ظنون المجتهد المدّعي للانسداد في قبال عدم رجوعه إلى ظنون نفسه

فإنّ هذا بالنسبة إلى ظنون يحصلها نفس العامي بنظريّاته القاصرة وأشباهاها في الوهن مما لا يعتني به العقلاء حقّ، لايحص عنه.

وأما بالنسبة إلى ظنون فعلية يحصلها من قول المجتهد الآخر الميت، مثل العلامة والمحقق ممّن كان في نفسه أوثق من ظنون هذا الحيّ فمحل نظر بل منع، بعد أنّ قضية المقدّمات حجّة الظنون الفعلية دون النوعية كما قرّر في محله، هذا كلّ على الحكومة.

وأما على تقرير الكشف فيظهر منه - قدّس سرّه - أنّه لو كان قضية المقدّمات اختصاص الحجّة المستكشفة بخصوص الظان فالرجوع في غاية الإشكال، ولو كان قضيتها عدم الاختصاص كان الظنّ المطلق حاله حال الظن الخاص على فرض الانفتاح في جواز الرجوع.

أقول: فيه أيضاً نظر؛ فإنّا وإن قلنا إنّ قضيتها حجّة الظن المطلق كالظن الخاص في عدم الاختصاص بخصوص الظانّ بل يعمّه ومقلّده، لكن نقول: حاله مع العامي عيناً حاله مع المجتهد الآخر فكما أنّ المجتهد الآخر مكلف بظنون نفسه، كذلك هذا العامي؛ فإنّه أيضاً يقدر من تحصيل الظن من قول من لا يقصر عن هذا المجتهد بل يكون أقوى وأعلم، وبعد حصول الظنّ يكون هو أيضاً حجّة شرعية ولعلّه أشار بهذا بأمره بالتأمّل.

ثمّ إنّ - قدّس سرّه - في موارد فقد البيان الشرعي من الأمانة المعتبرة الشرعية والأصل المعتبر الشرعي، وانحصار المرجع في استقلال العقل بالبراءة أو الاحتياط حكم بأنّ العامي إنّما يرجع إلى المجتهد في فقد البيان، حيث إنّ من أهل الاطلاع وهو من غير أهله، وأمّا تعيين حكم العقل فهو يرجع فيه إلى استقلال عقله وإن خالف مذهب مجتهد.

أقول: إن فرض الكلام فيمن هو متجزّ وله اقتدار الاستنباط في هذه المسألة فهو خروج عن الفرض فإنّه العامي الغير المتمكّن، وإن كان غرضه الفرق بين العقليّات والشرعيّات وأنّ الأدلّة دالّة في الثانية دون الأولى، ففيه: أنّهما مشتركان في تعيين وظيفة المكلف في مقام العمل، فنحن وإن لم نقل بثبوت البناء والارتكاز على اتّباع الخبر في العقليّات فيما إذا ليس لها عمل، بل كانت مجرد اعتقاد كما في أصول العقائد، ولكن لامانع من أن نقول بثبوتها فيما كان له عمل ومدخل في تعيين الوظيفة العمليّة كما في المقام.

إن قلت: ما ذكرت في المجتهد الانسدادي من عدم اتّباع ظنّه إنّها يصحّ على الحكومة دون الكشف، توضيح ذلك: أنّ الحكومة والكشف بعد اشتراكهما في أنّ الظنّ على كليهما يصير منجزاً للواقع على فرض الإصابة يفترقان في أنّه على الأوّل لا يصحّ نسبة المؤدّي إلى الشرع، وعلى الثاني يصح، والمراد بالمعرفة في المقبولة ليس خصوص العلم الصّفتي بل مطلق ثبوت الطريق إلى الواقع، ولو كان طريقاً ناقصاً لا يعتني باحتمال خلافه العقلاء، أو ألقاه الشرع تعبداً.

والحاصل يصدق على الظانّ على الكشف أنّه عارف بالأحكام، غاية الأمر عرفان في ظرف التخيّر، وانفتاح مبنيّ على الانسداد ولا يصدق ذلك على الحكومة لما عرفت من عدم جواز النسبة، ومن هنا يعرف سهولة الأمر في الظنون الخاصّة في فرض الانفتاح ولو على القول بعدم استتباع حجّيتها للحكم وأنّها صرف جعل الحجّية، وجه السهولة أنّه يصدق كونه عارفاً بالأحكام الواقعيّة.

قلت: ما ذكرته من الفرق حقّ ولكنّه غير فارق بعد أنّ حجّية ظنّه خاصّ به، وذلك إمّا لعدم تحقّق الشرط والمبنى وهو الانسداد في حقّ المقلّد وعلى فرض التحقّق في حقّه فعين المقدمات التي صارت منتجة لحجّية ظنّ المجتهد جارية في

حقّ المقلّد، ومنتجة لحجّة ظنّه في حقّه، فحاله حال المجتهدين، وأمّا الفرق بين هذا وبين حال الانفتاح بالنسبة إلى اليقين والشكّ الحاصلين للمجتهد، حيث نقول بحجّة رأيه المرتّب على اليقين والشكّ المذكورين في حقّ مقلّده مع تمكّنه من تحصيل اليقين والشكّ من أقوال الميّت فسيجيء إن شاء الله عند التعرّض لذلك في محله.

إن قلت: يمكن القول بجواز اتّباع ظن المجتهد الانسدادي في فرض جريان المقدمات في حقّ المقلّد سواء على الحكومة أم على الكشف، وكذلك بجواز قضاوتها تمسكاً بالمقبولة، وذلك عند صدق عنوان «من عرف أحكامنا ونظر في حلالنا وحرامنا وروى حديثنا» الذي جعل موضوعاً فيها في حقّه بأن كان معرفته موارد الإجماعات والمتواترات والضروريّات من الدين أو المذهب مقداراً يعتدّ به بحيث أوجب صدق العنوان المذكور في حقّه وإن انسدّ عليه باب العلم في معظم الفقه.

لا يقال: ينافي ذلك ما في آخر المقبولة من قوله: فإذا حكم بحكمنا حيث صريحه كون المحكوم به حكمهم، وعلى هذا يصير حكماً لهم بواسطة حكمه لامع قطع النظر عنه.

لأنّا نقول: يكفي في كونه حكمهم أنّه حكم من هو منصوب من قبلهم، وربّما يؤيد هذا ما في بعض الأخبار من تعليق الحكومة على عنوان من عرف شيئاً من قضايانا.

قلت: يمكن دعوى القطع بأنّ ما ذكرته ليس معنى الرواية، أترى أن يكون من عرف أحكام الحيض والنفاس والغسل والوضوء والصلاة مفهوماً من الرواية كون حكمه في أبواب الموارث وسائر الأبواب التي هو فيها كواحد من العوام

فصلاً ونظرة فاصلاً حاشاك أن تتفوه بذلك.

والحاصل تارة نقول: بأنّ العنوان المذكور جعل مرآة لمن اتّصف به وعلّق حكم الحكومة على أشخاص المتّصفين وهذا مقطوع عدم إرادته.

وأخرى نقول: إنّ المراد من عرف الأحكام و صار بمرتبة كان خطأؤه في كل شخص شخص من الموارد بنفسه على حدّ من الموهومية كان غير معتنى به لدى العقلاء، أو كان التعبد الشرعي قائماً على إلغاء وعدم الاعتناء به فهو محكوم بفاصليّة الحكم. والحاصل مفادها ومفاد ﴿استلوا أهل الذكر إن كنتم لاتعلمون﴾ واحد، فكما يستفاد من الثاني أنّ السؤال عن أهل الذكر لأجل علاج الجهل وكون المسألة المبثلى بها معلوماً لدى العالم وللسائل بعد إخباره طريق عقلائي أو شرعي إليه كذلك مفاد المقبولة بلا فرق.

وأما ما أيّد به من قوله: من عرف شيئاً من قضايانا فلايحتمل أحد أن يكون المراد أنّه بمحض عرفان قضية واحدة من قضايا أمير المؤمنين -عليه السلام- يجوز له الحكومة في كل القضايا، بل المقصود أنّ من كان له حظّ من قضايانا فختم المرافعة عنده من باب أنّه يخطمها بما عنده من قضايانا جائز، و يساوق ذلك في البعد ومقطوعية الخلاف ما ارتكبه من التأويل في قوله فإذا حكم بحكمنا، فإنّ معناه أن يكون المحكوم به إمّا بعينه من أحكامهم كما في الشبهات الحكميّة، وإمّا منطبقاً على موازينهم كما في الشبهات الموضوعيّة، فإنّ ملكيّة دار لزيد وزوجيّة امرأة لعمره وإن كانتا بعينها ليستا من أحكامهم، ولكنّها لا يخلوان من الانطباق إمّا على البيّنة الشرعيّة أو الحلف أو غيرهما من موازينهم، ويكفي ذلك في كونها حكمهم -عليهم السلام- وهذا واضح.

فصل

هل التجزّي في الاجتهاد ممكن أولاً؟ وعلى فرض إمكانه هل تشمله أدلة اتباع نفسه واتباع غيره وأدلة الحكومة أولاً؟ فهنا مقامان:

الأول: في إمكانه وهو من البدييات فإن غاية ما يستند إليه في امتناعه أنّ أبواب الفقه متداخلة فربّ شيء يكون مدركاً لفرع من باب الصلاة مثلاً مذكوراً في باب آخر، وهكذا فما دام لم يحصل الإحاطة والقوة المستنبطة في جميع الأبواب لا يحصل الوثوق بالإحاطة على مدارك مسألة واحدة، وأنّ الملكة أمر وحداني بسيط وليس مركباً ذا أجزاء حتى تقبل التجزئة، وكلا الأمرين واضح الفساد.

أما الأول: فلأنّ أبواب الفقه صارت مبنية واجتمع مدارك كلّ باب فيه، بحيث يحصل الاطمئنان بعدم وجود المدرك لما في باب في باب آخر أجنبيّ، فلا يحتاج الاجتهاد في واحد من الأبواب عليه في سائر الأبواب. وكذلك لانقول بتركيب الملكة بل بساطتها، ولكنّها ذات مراتب ولها شدة وضعف مثل سائر الملكات، والمسائل أيضاً مختلفة مدركاً، والمدارك سهولة وصعوبة عقلية ونقلية، فصاحب الملكة الضعيفة مقتدر على استنباط المسألة السهلة المدرك غير مقتدر على الصعبة، والمقتدر على الصعبة غير مقتدر على الأصعب، وهكذا إلى أن يصل إلى القوة القويّة المطلقة الموجبة للاقتدار على جميع الأبواب وكلّ الصعاب.

المقام الثاني: أما جواز اتباع نفسه فليس هو إلا مسألة حجّية القطع وقد

حَقَّق في محلّه عدم حاجته إلى مؤنة ولا إلى شرط فكلّ أحد حصل له القطع بحكم الله من أيّ سبب كان، فجواز اتّباعه قطعيّة وعدم جواز عدوله إلى غيره لا يحتاج إلى برهان.

وأما جواز تقليد الغير وجواز قضاوته في المسألة التي اجتهد فيها فقضيّة ما مرّ من أنّ المقبولة إنّما اعتبر الرجوع إلى من عرف الأحكام لأجل الوصلة إلى الأحكام جوازهما في حقّه في تلك المسألة ولو كانت مسألة واحدة.

وتفصيل الكلام في المقامات الثلاثة: أنّه لاشبهة في أنّ دليل اعتبار المدارك لا يختص بأحد، فلو فرض أنّه استظهر من الخبر واستقصى الأمارات المعمولة المتعارفة في هذه الجهة ومشاهها صحيحاً، وكذلك أعمل الوسع في فهم حجّية خبر الثقة من المدارك المتعارفة بين أهل الفنّ وفهمها فإن فهم هو تعميم حجّية السند والظهور فهو قد انتهى إلى القطع في النتيجة، وإن بقي على الشكّ والترديد قلّد في هذه الجهة غيره، فإن أفناه بالتعميم فكذلك يعمل بما استنتجه ولو على خلاف ما استظهره مجتهد، وإن أفناه بالتخصيص قلّده في المسألة الفرعية وإلاّ احتاط بالجمع بين ما استظهره نفسه ومجتهد، هذا إن جعلنا المتجرّي عبارة عمّن اجتهد في غير جهة حجّية المدارك كما يظهر من جعلهم منشأ الخلاف في الجواز والعدم الخلاف في هذه الجهة.

وأما لو جعلناه عبارة عمّن فرغ من مدارك المسألة ومدارك المدارك كلاً بحيث لم يبق له في جهات تلك المسألة مطلقاً تحيّر، فالأمر أوضح؛ إذ ليس ذلك إلّا من صغريات حجّية القطع. هذا في حجّية المؤدّي في حقّه.

وأما جواز تقليد الغير له فمحصل الكلام فيه أنّ أقوى الأدلة كما يأتي إن شاء الله في محلّه على التقليد هو الفطرة والارتكاز الحاصل لكلّ أحد؛ إذ الدليل اللفظي كالأدلة الفرعية لاحظ للمقلد فيها، فلا بدّ له من التقليد فيها فيلزم الدور أو التسلسل، وحيثذ فالمقدار الذي يمكن دعوى الجزم قطعاً بوجود الارتكاز والفطرة فيه هو الخير الماهر من أول الفقه إلى آخره.

لا يقال: الخبريّة في المعاملات كضمّ الحجر بالنسبة إليها في العبادات، وهو نظير من كان ماهراً في أمراض العين دون السمع.

لأنّا نقول: ليس الأمر كذلك، بل بين المطالب الفقهيّة - حيث إنّ عمدة المدارك هي الأخبار - ارتباط فيحصل للمتوغّل فيها أنس بلسانهم وكيفية محاوراتهم - عليهم السلام - لا تحصل تلك الدرجة فيمن لم يحصل له تلك الدرجة من التوغّل.

وبالجملة المعيار في رجوع الجاهل إلى العالم كون احتمال الخطاء بالطّبع مدفوعاً وغير مخلّ للاعتناء، ويمكن حصول هذا في العامي بالنسبة إلى المجتهد المطلق، وأمّا المتجزّي فربّما أمكن الدغدغة فيه من هذه الجهة ولو على نحو الاحتمال بأن كان في المطلق احتمال الانس والاطلاع الزائد على المتجزّي وبهذا يخرج عن التساوي مع المطلق.

نعم لاشبهة في صورة الانحصار، كما أنّه لاشبهة في إمكان صيرورة المتجزّي أقوى في النفس وأوثق من المطلق اتفاقاً، كما لو صرف مدّة متبادية من عمره في مسألة واحدة، وتتبع مداركها وتفحص في مظانّها وغير مظانّها بحيث صار النسبة بينه وبين المطلق هي النسبة بين ذي فن وذو فنون فيمكن كونه أخبر في هذه

المسألة فضلاً عن المساواة، لكنّ الكلام في الجواز على سبيل الإطلاق حتّى في صورة عدم إحراز هذه الجهات كما في العامي الخالي الذهن الذي ورد على هذين المجتهدين فيمكن التشكيك في مشمولتيه للإرتكاز.

وأما الأدلة اللفظية فيمكن الخدشة في إطلاقها أيضاً لمثل الفرض؛ إذ هي كما يأتي إن شاء الله تعالى في محلّه عبارة أخرى عن السيرة العقلانية وليست بمقام إعمال تعبّد شرعي، فمدلولها أن يصير عرفان الشخص في عامّة المسائل بحيث صار احتمال الخطاء في كلّ شخص شخص مدفوعاً بالطبع و الجبلة .

وبعبارة أخرى: عرفان الأحكام علّة تعليلية لاتقيديّة فيمكن التمسك به في المشكوك كما في «كل الرمان لأنه حامض» وليس مثل «كل الرمان الحامض» حتّى يتوقّف في الشخص المشكوك فيه، ولهذا قلنا لا يكفي معرفة مسائل باب لباب آخر؛ فإنّه لاتفي معرفة ذلك الباب بدفع احتمال خطائه في شخص المسألة من الباب الآخر. فنقول: يمكن إجراء مثله في المتجزّي، فليست معرفته بحيث تدفع في طبع العقلاء وفطرتهم احتمال الخطاء في هذه المسألة الشخصية. هذا في مقام التقليد.

وأما فصل الخصومة فالحقّ كما يأتي إن شاء الله تعالى أنّ المستفاد من أدلته أيضاً تقرير البناء المذكور من رجوع الجاهل إلى العالم لاندفاع خطائه بحسب فطرة الراجع وطبعه، ولعلّ نظر من جعل الأمر في هذا المقام أشكال من المقام السابق أنّه جعل مفاد الأدلة تأسيساً مع عدم وجود الفطرة في باب فصل الخصومة كما كان في باب التقليد، فيمكن القول بشمول الارتكاز في ذلك الباب ولا يمكن القول بشمول من عرف الخ في هذا الباب فتدبر.

فصل في التخطئة والتصويب

اختلف أصحابنا الإمامية - رضوان الله عليهم - مع العامة - بعد اتفاق الفريقين على التخطئة في العقلیات - في الشرعیات، فذهب أصحابنا إلى التخطئة والعامة إلى التصويب.

ومحصل الكلام في المقام أنّ قسماً من التصويب محال وهو كون العلم بالحكم محدثاً له؛ فإنّ هذا في نظر العالم يوجب استحالة حصول العلم له، نعم في نظر آخر ممكن بأن يرى الآخر أنّ علم هذا الشخص مولد للحكم فلا محلّ للتكلم في هذا القسم.

وهنا قسم آخر لاشبهة في إمكانه وهو أنّ الشارع لم يجعل الحكم الواقعي في الأزل إلّا لمن يراه في علمه أنّه سيعلم فاخص خطابه به دون من يراه جاهلاً إلى الأبد، فهذا في نظر شخص العالم أيضاً ممكن؛ لأنّه يحتمل من الابتداء أنّه مصداق الموضوع فيصير بصدد تحصيله، وليس علمه أيضاً محدثاً، بل حال علمه حال العلل الغائية حيث إنّ تصوّرها المتقدّم مؤثّر ووجودها المتأخّر معلول، فهنا أيضاً تصوّر الحاكم أنّ فلاناً سيعلم أورث جعله الحكم في حقّه أزلاً، فإذا علم هو يكشف عن كونه مصداقاً للموضوع؛ فهو نظير تخصيص المولى الظاهري خطابه

فما بين عبديه - اللذين أحدهما سميع والآخر أصم - بالسميع، فالخطاب قبل سماعه موجود لكن بلحاظ أنه سيوجد، لكن قام إجماع الإمامية وأخبارهم على نفي هذا، وأنّ حكم الله يشترك فيه العالم والجاهل. هذا في العلم.

وهل يمكن تصوير ذلك في الظن أيضاً بأن يكون جعل الحكم مختصاً بمن يرى الشارع أنّه سيظن به، ولا شبهة في إمكانه في نظر غير الظان كما عرفته في العلم، لكن في نظر نفس الظان هل يمكن أو لا؟ التحقيق إمكانه وغايته أنّه ينقلب الظن علماً، وليعلم أنّ المراد أن يصير الظن بالحكم مورثاً بوجوده العلمي لجعل نفس هذا الحكم للحكم آخر مثله، فإنّه في غاية الإمكان، كما أنّه لافائدة في أن يصير الظن الموصل بالواقع كذلك، فإنّ الظان لا ينسدّ عليه احتمال خطائه فغايتة ظنه الإصابة، فلا يفيد في حقه إلّا الظن بالنتيجة، فما نحن فيه أن يكون الظن بحكم الوجوب صرفاً من دون قيد كونه مطابقاً للواقع محدثاً له بوجوده اللحظي كالعلّة الغائية، وهذا أيضاً لاشبهة في إمكانه؛ فإنّ الشيء يمكن أن يكون بحدوثه مزيلاً ورافعاً لبقاء نفسه، فهذا الظن بحدوثه يقلّب نفسه علماً وهذا لا غبار في إمكانه.

وهنا قسم ثالث نسبه شيخنا المرتضى في جواب ابن قبة إلى شيخ الطائفة في العدة، وهو أن يكون الأوصاف الطارئة على الحكم من المشكوكية والمظنونية كسائر العناوين موجبات لانقلاب المصلحة الواقعية، فحال الحكم الواقعي كحليّة الغنم من الأحكام الحيثية، فالحكم الواقعي فعليّ في حقّ غير العالم بخلافه، شأنه في حقه، فلا يتوقّف الفعلية على العلم حتّى يلزم الدور السابق، بل على عدم العلم بالخلاف، فالعلم بالخلاف رافع لا أنّ العلم بالوفاق محدث، هذا في فعلية الحكم الواقعي.

وأما فعليّة الحكم الثانوي فليس متولّداً من العلم بنفسه بل العلم بالواقعي أو الظنّ به على نحو الجهل المركّب محدث للحكم الآخر الثانوي وهو في غاية من الإمكان ، وهو الظاهر من قولهم ظنية الطريق لاينا في قطعية الحكم، وهو المراد من قول العدة والنهاية: «وكوننا ظانّين بصدق الراوي صفة من صفاتنا فدخلت في جملة أحوالنا التي يجوز كون الفعل عندها مصلحة» وهذا أيضاً يستظهر من بعض الكلمات، الإجماع على بطلانه وإن كان مع ذهاب مثل شيخ الطائفة يبعد ذلك وعلى كلّ حال فقد حقّق في محلّه كون مفاد أدلّة الاعتبار هو الطريقة.

فصل

لو تبدّل رأي المجتهد إلى رأي آخر أزال، فالقسم الأول لا يخلو إمّا يكون من القطع إلى القطع، أو من الظنّ المعتر بحسب الاجتهاد الثاني، أو من الظنّ المعتر بحسب الأول إلى القطع، أو من الظنّ المعتر بحسب الأول إلى الظنّ كذلك بحسب الثاني، وعلى كلّ تقدير من هذه الأربعة إمّا يخطئ الاجتهاد الأول بحسب الثاني، وإمّا لا يخطئه .

مثال الأول ما إذا عيّن المدلول العرفي للفظ الآية أو الرواية في شيء ثمّ عيّنه في خلافه، حيث إنّ المدلول العرفي له واقع محفوظ لا يتبدل بالعلم والجهل ويقبل الصواب والخطاء، ومثال الثاني ما إذا فحص بالمقدار اللازم عن الدليل فيثس فصار مرجعه الأصل ثمّ على خلاف العادة عثر على الدليل فخرج عن موضوعيّة الأصل، أو فحص عن معارض الدليل كذلك فيثس فصار موضوعاً لدليل الحجية ثمّ بخلاف العادة عثر على المعارض فخرج عن موضوعيّة الأول؛ فإنّ

موضوع الأصل فاقد الطريق وموضوع حجية الظن المعتبر فاقد القطع والطريق الأقوى أو المساوي، وهو كان حقيقة كذلك فكان وظيفته الواقعية هو العمل على الأصل في الأول، والطريق المذكور في الثاني فبابه باب تبدل الموضوع، وكصيرورة المسافر حاضراً، وأمّا الأول فكان صرف تخيل الوظيفة ولاوظيفة؛ لعدم إناطة الوظيفة الواقعية المطابقة للمدلول العرفي مثلاً بالعلم والجهل.

فالحق في جميع الصور المذكورة عدم الإجزاء، أمّا في صورة كان الحاصل أولاً هو القطع بالحكم الواقعي الأولي ثمّ اضمحلّ فلا ينبغي الارتباب؛ إذ غايته المعذورية العقلية ولم يكن حكم شرعي باتّباع القطع كما حقق في محله فلامحلّ هنا لتوهم الإجزاء؛ إذ المأمور به الواقعي الذي لم يفت محلّ أدائه أو قضائه بالفرض قد انكشف ولم يمثل بعد، والعذر وهو جهله المركّب أيضاً زال ولم يكن في البين حكم حتّى يتكلّم في بدليته أو مفوّيته بالنسبة إلى الواقع، فلامحيص عن الخروج عن عهده، كما أنّه لا كلام في صورة الظن مع تبين الخطأ في الاجتهاد؛ فإنّ الكلام فيه أيضاً عين ما تقدّم.

وإنّما الكلام كلّه في صورة حصول الظن المعتبر أو الأصل المعتبر الشرعي أولاً ثمّ حصل القطع أو الظن المعتبر الأقوى بخلافه، فهل الحكم الظاهري الشرعي يجزي موافقته ويوجب سقوط الإعادة والقضاء عند انكشاف الخطأ سواء بالقطع أم بالظن، أو لا يجزئ مطلقاً أو يجزئ مع الظن ولا يجزئ مع القطع، الحق هو الوسط وذهب بعض سادة الأساطين ممّن عاصرناهم إلى الأخير وأفتى به في رسالة العروة الوثقى في مسائل التقليد.

فنعول: لو فرض الفراغ عن سببية الأحكام الظاهرية بمعنى إحداثها

مصالح في متعلقاتها تضحّل في جنبها المصالح الواقعيّة وفرض الفراغ أيضاً عن أنّ هذه المصلحة الحادثة من سنخ تلك المصلحة الواقعيّة الفاتئة ووافية بواجب الاستيفاء من درجتها تعيّن الاجزاء؛ لأنّ المأمور به وإن لم يؤت به ولكن يكفي في الخروج عن عهدة اشتغاله عقلاً الإتيان بما يفي بمصلحته ويكفي بغرضه.

وكذلك لو فرض الفراغ بناءً على طريقيّة تلك الأحكام بمعنى عدم إحداثها المصلحة في المتعلقات، والمصالح والمفاسد باقية على ما هي عليها، وإنّا فائدتها صرف المرآتية والكاشفية عن كون الإتيان بمتعلقاتها مفوّتاً للمحل عن قابلية إدراك المصالح الواقعيّة نظير المريض المستعدّ لشرب الفلوس إذا شرب شيئاً لافائدة فيه بمرضه أصلاً، مع إسقاطه إتياءه عن استعداد شرب الفلوس، ووجه الاجزاء في هذه الصورة أيضاً واضح، وأمّا في صورة الفراغ عن عدم كونها بأحد من هذين النحويّن فلا كلام أيضاً في صورة الفراغ عن السببيّة مع إحراز عدم الوفاء بواجب الاستيفاء وعدم التفويت، إنّما الكلام في صورتين، صورة الفراغ عن الطريقيّة والفراغ عن عدم تفويت المحلّ، وصورة الفراغ منها مع الشكّ في التفويت أو الشكّ في الطريقيّة والسببيّة أو الفراغ من السببيّة والشكّ في الوفاء بالمقدار اللازم للاستيفاء أو التفويت وعدمهما.

ومحصّل الكلام في الصورة الأولى أنّه حسب الفرض قد التفت ووقت الأداء أو القضاء باقٍ إلى المأمور به الواقعي ولم يمتثله بعد ولم يأت بشيء يفي بمصلحته أو بفوّت المحلّ عن قابلية استدراكها حسب الفرض، نعم وافق الحكم الطريقي الشرعيّ وغايته إسقاطه ذاك الحكم الطريقيّ وعذريته عن مخالفة الواقع أيضاً مادام شاكاً، وأمّا إذا ارتفع الشكّ فقد ارتفع الحكم بارتفاع موضوعه، ولا يعقل

بقاء المعذورية التي هي أثر ذاك الحكم الزائل، وحينئذ فلا بدّ عن الامتثال، والمقدار الذي يحكم به العقل من تدارك الشارع ما فات من مصلحة الواقع لو قلنا به هو غير هذه الصورة وما إذا لم يستند التفويت إلى اختيار المكلف، ولا فرق فيما ذكرنا بين تبين خطأ الظنّ الأول بالقطع أو بظن معتبر آخر، والقول في الثاني بأنّها ظنّان في شمول دليل الحجّة على حدّ سواء فترجيح الثاني على الأول بلا مرجّح، فيه: أنّه من قبيل معارضة الحجّة مع اللاحجّة؛ فإنّ الظنّ الأول قد زال موضوع الحجّة فيه بواسطة مجيء الغاية؛ فإنّ غايته الأعمّ من القطع وما هو بمنزلته.

مثلاً لو حصل الظنّ الأول من عموم، ثمّ على خلاف العادة اتّفق عثوره على مخصّصه، فهذا أيضاً وإن كان ظناً آخر لكنّه مذهب لموضوع حجّة الأول فلا تعقل المعارضة مع هذا، وكذلك لو حصل ظنّ اطمئنان مثلاً بمدلول كلام مثلاً ثمّ تبدّل بظنّ اطمئنان آخر، فإنّ الحجّة وهو الاطمئنان قد كان وزال، لا أنّه الآن موجود حتّى يعارض مع الآخر الموجود، وهذا بعينه مثل القطعين حيث لا يمكن القول بأنّهما في الحجّة العقلية على حدّ سواء مع زوال الأول في حال الثاني.

ومحصّل الكلام في الصورة الثانية وهي صورة الشكّ في التفويت وعدمه بناء على الطريقية أو السببية، أو الشكّ في الوفاء بناء على السببية، أو التريديد بين الطريقية والسببية وكلّها مشترك في أنّ المكلف عالم بمقتضى القطع أو الطريق المعتر بتوجّه تكليف من المولى عليه في أوّل الوقت ولم يأت بما هو فردّه الواقعي وإنّما يشكّ في بقائه في هذا الحال الذي هو حال علمه، لاحتماله سقوطه بمجيء

ما به يتدارك وينجبر غرضه، أو بمجيء ما يفوت المحلّ عن قابليّة درك الغرض،
والحاصل قطع المكلف بالاشتغال في زمان والاشتغال اليقيني في زمان آخر فهل
لابدّ في حكم العقل بالفراغ اليقيني القطع بالاشتغال اليقيني في زمان واحد،
يعني يجتمع القطع مع الاشتغال في زمان واحد، كما لو قطع في أوّل الظهر بتوجّه
«صلّ» ثم مضى شطر من الوقت ثم شكّ في الإتيان بالصلاة وعدمه، أو يكفي
في الحكم المذكور القطع بالاشتغال في زمان ما ولو انفكّ زمان علم الاشتغال فيه
عن زمان حصل العلم فيه؟ وبعبارة أخرى: ليس في البين تكليف فعليّ مقطوع في
شيء من الأزمنة، كما لو غفل من أوّل الظهر إلى أن مضى شطر من الوقت فالتفت
بتوجّه التكليف إليه من أوّل الظُّهر، لكن احتمل أنّه التفت في أثناء ذلك الشطر
الماضي وأتى بالصلاة، واحتمل دوام غفلته، فهو غير عالم بتوجّه التكليف الفعلي
في شيء من الأزمنة، أمّا أوّل الظهر فإنّه كان غافلاً، وأمّا الحال الفعلي فإنّه يحتمل
السقوط بالإتيان، فأوّل الظهر الذي اشتغاله معلوم ليس ظرفاً للعلم والحال
الفعلي الذي هو ظرف العلم ليس الاشتغال فيه معلوماً.

وما نحن فيه من هذا القبيل؛ فإنّه بعد موافقة الحكم الظاهري يعلم بتوجّه
الخطاب الواقعيّ إليه من أوّل الوقت، ولكنّه الحال شاكّ في اشتغال ذمّته به لأحد
الاحتمالين، فالزمان الأوّل ظرف الاشتغال المعلوم ولم يكن التكليف فيه فعليّاً
لوجود العذر، والزمان الثاني قد ارتفع العذر، ولكن التكليف الفعلي غير معلوم.

ثمّ الحاكم في المقام بين الوجهين المذكورين هو الوجدان، ونحن إذا
راجعناه في الأمثلة العرفيّة نراه قاطعاً بالثاني، أعني الحكم بوجوب الفراغ، ألا ترى
أنّه لو علم العبد أنّ المولى في أوّل الزوال ابتلي بوجع البطن ونادى هذا العبد باسمه

وأمره بشراء الدواء من السوق فلم يسمع نداءه ولكنه الحال يحتمل تسكين الوجع أو شراء غيره لذلك الدواء، فهل ترى أنّ العقل يرخصه في القعود وترك الفحص، أو يوجب عليه المبادرة ويحكم في حقّه بابتلاء الرقبة؟ لا ينبغي الارتياح في حكمه بالثاني، ومن هنا لا يفرّق في باب العلم الإجمالي بين طرؤ الخروج عن محلّ الابتلاء في أحد الطرفين بعد العلم، أو سبقه على العلم في أنّ الحكم فيهما معاً هو الاشتغال، ولزوم الاجتناب عن الطرف المبتلى به.

أمّا في الأوّل فواضح، وأمّا في الثاني فلمشاركته مع المقام في أنّه فارغ عن الجهات الراجعة إلى تكليف المولى، وإنّما الشك في فعلية الخطاب وحكم العقل في مثله الاشتغال وبابه باب الشك في القدرة، فمتى علم بمطلوب مطلق للمولى وشكّ في أنّ هذه الحركة منه وافية بذلك المطلوب المطلق أولاً، فليس له التقاعد بل يجب عليه الإقدام، كما أنّ الشاكّ في القدرة أيضاً شاكّ في فعلية التكليف وبصرف ذلك لا يجوز له التقاعد، بل يوجب عليه إعمال الوسع حتّى يتيقّن بالعجز.

ومن هنا يظهر الخدشة في إطلاق تفصيلهم في باب العلم الإجمالي بين الاضطراب الطارئ إلى واحد معيّن من الطرفين، والاضطرار السابق على العلم بالاشتغال في الأوّل والبراءة في الثاني، فإطلاقهم البراءة في الثاني، يشمل ما إذا علم بتامة جهات التكليف من قبل القيود الشرعية في زمان سابق على زمان طرؤ الاضطراب وكان حدوث العلم بعد الزمان الثاني.

مثاله ما إذا حدثت النجاسة في أحد الإنائين في الساعة الأولى من النهار، ثمّ حدث الاضطراب إلى معيّن منهما في الساعة الثانية، ثمّ حصل العلم مع بقاء الاضطراب المذكور بالنجاسة المذكورة في الساعة الثالثة، فإنّ مقتضى ما ذكرناه هو

الاشتغال في هذه الصورة، فإنه علم بتوجه الخطاب إليه في الساعة الأولى ويشكّ في أن الاضطراب الطارئ في الساعة الثانية هل طرأ على مورد ذلك التكليف حتى أبطله أو لم يطرأ حتى يكون باقياً، فيصير من مصاديق ما ذكرنا.

فما ذكره في الاضطراب السابق إنما يتم في صورة لم يعلم في الزمان الثاني تمامية جهات التكليف قبل طرؤ الاضطراب في الزمان الأول؛ فإنه غير مشارك مع صورة الخروج عن محل الابتلاء في واحد معيّن قبل حصول العلم لأن قيد الاضطراب شرعي لقوله: ﴿إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ و «ما اضْطَرُّوا إليه» و «ما من شيء إلا وقد أحله الله عند الضرورة»، والخروج عن محل الابتلاء قيد عقلي ووجه فارقيتهما مذكور في باب العلم الإجمالي وقد تلخّص أن القاعدة الأولى في الأحكام الظاهرية هو عدم الإجزاء مطلقاً ويمكن أن يختار في المقام تفصيل، وهو أن لنا في الشرعيات بحسب التصوّر ثلاثة أقسام:

الأول: الأحكام التابعة للجعل والإنشاء وجوداً وعدمًا: والثاني: الأمور الواقعية التي كشف عنها الشرع كالنجاسة والطهارة. و الثالث: ما هو إمضاء طريقة العرف.

ففي القسمين الأولين لا إشكال في عدم الإجزاء لأنه يتبيّن بالأمانة الثانية أن حكم الله في الزمان الأول كان كذا أو أن الشيء الفلاني كان نجساً، وقد كان خفي الواقع علينا في المقامين فلا بدّ من الخروج عما هو مقتضاه كما تقدّم تفصيله، وأمّا الثالث، أعني: إمضائه لمثل أسباب الملكية والزوجيّة والطلاق والحرية والانتعاق فإن بنينا على أن هذه الأسباب من البيع والصلح والنكاح وغير ذلك أمور نفس أمرية لانقضاء في تأثيرها وسببيتها واقعاً، وإنما الشرع كشف القناع

عن الواقع فالحال كما تقدّم بلافق؛ إذ يتبيّن أنّ ما توهمناه بيعاً غير بيع واقعاً.

وأما إن بنينا على أنّ هذه الأمور في نفسها غير تامّة في السببّة وإمضاء الشرع يحتاج إليه لتتميم السبب، كما جازاه المالك في بيع الفضولي - حيث إنّ البيع سبب ناقص والإجازة متممة له - فلا يحصى حيثث عن القول بالإجزاء، وجه ذلك أنّ المفروض أنّ حقيقة الإمضاء محقق للملكيّة مثلاً، فإذا حصل وتحقق واقعاً في زمان يكفي في حصول الملك في جميع الأزمان إلى أن يحصل الناقل، والمفروض أيضاً أنّ الحكم الظاهري المجعول في ظرف الشكّ لم يتبيّن خطاؤه بحيث لو كان هناك أثر للأعمّ من الظاهري والواقعي وجب ترتيبه.

فنقول: المقام من هذا القبيل، توضيحه: أنّ الحكم الظاهري وإن كان طريقيّاً صرفاً ومعناه على هذا المبني أنّه عامل مع المؤدّي معاملة الإمضاء الواقعي ولكن نفس هذا الأمر وهذا الحكم حقيقي وواقعي والإذن والإمضاء حاصل من هذا الأمر الحقيقي، وبعبارة أخرى تنزيل المؤدّي يوجب كون المؤدّي تنزيليّاً، وأما نفس التنزيل فليس بتنزيل بل واقعيّ.

فإن قلت: البيع الذي كان ممضى بملاحظة الشكّ قد ظهر كونه مردوداً بملاحظة الذات، وكيف يؤثّر الإمضاء المقرون بالردّ؟

قلت: لم يظهر بالأمانة الثانية إلّا أنّ العقد بالفارسيّة مثلاً فاسد، وليس الفساد أمراً وجودياً وإنّما ينتزع من عدم جعل الصّحة، فالحاصل من الأمانة أنّ ما هو في حدّ الذات مجعول يعني مقرون بامضاء الشارع مع قطع النظر عن الشكّ والعلم هو العقد بالعربيّة فقط، وأنّ الفارسيّة ليست كذلك لا أنّه مردود، فلا ينافي كونه بملاحظة الشك ممضى، فيكون لنا قسمان حقيقيّان من البيع المؤثر أحدهما ما

هو مؤثر ذاتاً والآخر عرضاً.

فإن قلت: هذا نظير ما إذا قال المالك: إذا رضى زيد ببيع مالي فأنا أيضاً راض فاشتبهنا شخص زيد بشخص آخر، فهل يكفي رضاه وترتب الأثر بعد انكشاف خطأ التطبيق؟ ففي مقامنا أيضاً تخيلنا أن الشارع أمضى وقد تبين أنه ما كان أمضى.

قلت: ما ذكرته خارج عن فرض الكلام؛ فلما نتكلم في فرض عدم تبين خطأ الاجتهاد وإنما كان محض الخروج عن موضوع عدم الطريق إلى وجدانه، أو عن موضوع عدم المخصص والمقيّد والقرينة في مظانها إلى موضوع وجدانها كما بيّنا ذلك سابقاً، ومع هذا لم ينكشف أن الإمضاء كان خيالياً صرفاً، بل كان في موضوعه حقيقياً، والمفروض أن الإمضاء في زمان يكفي في حصول الملكية والزوجيّة وغيرهما في تمام الأزمان نظير الوضوء لذي الجبيرة بعد خروجه عن الموضوع فلا يحكم عليه بتجديد طهارته؛ لأنّ السبب في موضوعه الواقعي قد أثر أثره وهو الطهارة وإذا حصلت الطهارة فلا يحتاج في البقاء إلى مبق بل بطبعها باقية إلى أن يجيء المزيل.

والقول بأنّ السبب قد أثر في الطهارة أو الملكية المادامية لا يحصل له بعد أن الزمان لم يؤخذ قيداً في المعلول، فالنار شأنها الإحراق والزمان الخاص ظرف تأثيرها، لا أن أثرها الإحراق الخاص بخصوصيّة الزمان الكذائي، وهكذا المقام فإنّ طبيعة الإمضاء متى تحققت تحقق حقيقة الملكية بلا تقييد بزمان وإن كان لا ينفك عنه، وإذا حصلت الملكية يحتاج زوالها إلى مزيل، وبالجملة على فرض الفراغ عن استظهار ما ذكر من كون الإمضاء تكميلاً للسبب لاتصديقاً للعرف في

فهم السببية لإشكال فيما ذكر.

وهنا تفصيل آخر ذهب إليه صاحب الكفاية وهو الفرق بين الأصول الجارية لتتقيح موضوع التكليف شطراً أو شرطاً وبين الطرق كذلك، توضيح المقام: أن تقييد الحكم بالعلم بنفسه دور كما تقدّم، فلا يمكن تقييد حرمة اللحم مثلاً بالعلم بالحرمة، كما أنّ تقييده بالعلم بموضوعه كتقييد الحرمة بالخمر المعلوم الخمرية لامانع منه ولذا لم نستبعده في محله جمعاً بين الأدلة الواقعية والدالة على رفع ما لا يعلمون.

وأما لو كان للحكم حكم وأثر فبالنسبة إلى هذه الآثار يمكن دخل العلم بالحكم ولا يلزم دور، فالدليل الدال على أنّ الحيوان المشكوك حلال لحمه بالنسبة إلى الحرمة الواقعية المرتبة على اللحم لا يوجب تقييداً ولا تصير الحرمة الواقعية مقيدة بحال العلم بنفسها، وأمّا بالنسبة إلى أثرها وهو مانعية وبره وسائر أجزائه للصلاة فيمكن تقييده لدليل هذا الأثر، فيكون ما دلّ على أنّه يبطل الصلاة في وبر ما لا يحلّ لحمه مخصوصاً بما يعلم كونه لا يحلّ لحمه، وأمّا ما لا يحلّ لحمه الذي يشك في حرمة لحمه فهو غير مانع واقعاً وإن كان حراماً واقعاً أيضاً.

وحينئذ فنقول بحسب مقام التصوّر: إنه قد يكون الدليل المرتب لهذه الآثار مرتباً لها على الأعم من الحرام الواقعي والحرام الظاهري فحينئذ يتحقّق المصداق حقيقة للموضوع ولو ثبتت الحلية الظاهرية بلسان الطريق لا الأصل، وقد يكون مرتباً لها على خصوص الحرام الواقعي فحينئذ لسان الأصل والطريق يفترقان؛ فإنّ الطريق المثبت للحلية لسانه أنّ هذا هو ذاك الحلال الواقعي الذي ليس وبره مانعاً فإدام هذا اللسان موجوداً يكون العبد معذوراً، وإذا ارتفع كذبه وأنّ ما

حكم بحليته واقعاً كان حراماً واقعاً فلا بدّ من ترتيب أثر الواقع.

وبعبارة أخرى: وإن كان مفاد دليل الحجية تنزيل ما أدى إليه الطريق وأراه واقعاً بمنزلة الواقع لكنه أيضاً لرؤية عينيته مع الواقع وعدم الاعتناء باحتمال التخلف فلا تنزيل في تقدير التخلف الذي قد وضح.

وأما الأصل فحيث إنّه حكم في موضوع المشكوك فقد وقع كلا تقديرَي الإصابة والتخلف - اللذين هما متساويان احتمالاً؛ لأنّ ذلك مقتضى المشكوكية - تحت الحكم ويشمل التنزيل كلا الحالتين، غاية الأمر حيث إنّه ليس لمصلحة في المتعلّق يصير متّحداً مع التكليف الواقعي عند الإصابة ومنجزاً له كالتكليف الطريقي ومستقلاً ناشئاً عن المصلحة في الجعل عند عدمها.

توضيح المقام يقتضي بسط الكلام. فنقول: دليل الواقع ودليل الشكّ قد يكونان على وجه العرضيّة وتقييد أحدهما للآخر، غاية الأمر إنّ الدليل الثاني ناظر إلى مدلول الدليل الأوّل بالتوسعة أو بالتضييق يعني أنّ لسانه أوّلاً هو التنزيل وجعل ما ليس بموضوع موضوعاً أو العكس، لكنّه في اللبّ يرجع إلى التخصيص أو التعميم لدائرة الواقعي، وهذا كما هو الحال في أكرم العلماء ولا تكرم الجهال، ثمّ ورد في حقّ زيد الجاهل أنّه عالم، يعني تنزيلاً فإنّ الثاني حاكم على الأوّلين؛ ولسانه جعل ما ليس بموضوع لحكم أكرم موضوعاً وبالعكس في لا تكرم، ويكون في اللبّ تخصيصاً لحكم لا تكرم وتعميماً لحكم أكرم، وهذا المعنى في الشبهات الحكمية بالنسبة إلى نفس المشكوك محال؛ لاستلزامه كون الحكم الواقعي متوقفاً على العلم به.

فإذا ورد واقعاً شرب التن حرام وورد أيضاً مشكوك الحرمة حلال فهذا

لا يمكن كونه تقييداً لذلك الدليل، إذ يلزم أن تكون الحرمة الواقعية مقيدة بالعلم بنفسها، وهو إما محال لو كان المتوقف عليه هو العلم، وإما تصويب مجمع على بطلانه لو كان هو عدم الشك والتجرد عنه.

ولكن هذا المعنى بالنسبة إلى الشبهات الموضوعية للأحكام الكلية في غاية الإمكان كما ورد شرب الخمر حرام، ثم ورد أن ما شك فيه أنه خمر حلال فيصير هذا تقييداً للدليل الأول بالخمر المعلوم خمرتها.

وكذلك هذا المعنى في غاية الإمكان في الشبهات الحكمية بالنسبة إلى آثار الحكم المشكوك لانفسه كما إذا ورد واقعاً: الأرنب حرام لحمه، وورد أيضاً: كل ما هو حرام لحمه لا يجوز الصلاة في وبره وشعره وصفوه وكل شيء منه، ثم ورد: مشكوك الحرمة حلال، فهذا الثالث وإن كان لا يمكن كونه تقييداً للأول كما ذكرنا ولكن حاله مع الثاني بعينه حال ما ورد في الخمر المشكوك الخمرية بأنه حلال مع دليل أن الخمر حرام فيقال: أثر عدم جواز الصلاة مخصوص بمحرّم اللحم المعلوم محرمة لحمه، فمحرّم اللحم الواقعي الذي يشك في حرمة لحمه، الصلاة في وبره وسائر أجزائه جائز واقعاً ولبّاءً، هذا كلّه على تقدير عرضية الحكم المتعلق بالواقع مع المتعلق بالشك.

وقد يكونان طوليين والثاني لا يصادم الآخر لكونه ناظراً بمرتبة الشك في الواقع من دون تعرض له في الواقع، بل يكون مجرد بيان وظيفة لحال الشك لأن لا يبقى متحيراً في العمل فالواقع على ما هو عليه باق من دون تغيير و تبديل فيه أصلاً، وهذا المعنى هو المتعين في الشبهات الحكمية بالنسبة إلى نفس الحكم المشكوك حيث قلنا إنّ العرضية فيها غير ممكن أو غير واقع.

وأما الموضوعية فإن لوحظ الشك فيها في الموضوع البحث فلا تعقل الطولية؛ إذ هي إنما نشأت من جعل الشك متعلقاً في الحكم الأولي؛ ضرورة أن الشك في الشيء متأخر عنه، فإذا جعل متعلقاً بموضوعه فهما عرضيان نظير سائر الأحكام المتعلقة بالموضوع باعتبار سائر الطوارئ والحالات العارضة على نفس الموضوع وإن لوحظ الشك فيها من حيث الحكم كان الحال فيها هو الحال في الشبهة الحكمية، فإنّ تقييد الحكم بحال عدم الشك فيه أو العلم به مطلقاً باطل.

وأما الشبهات الحكمية بالنسبة إلى آثار الحكم المشكوك فيمكن فيها هذا الوجه كالوجه الأول أيضاً؛ إذ كما أنه من حيث نفس الحكم ليس للدليل الثاني تعرض للدليل الأولي إثباتاً ونفيّاً، فكذلك يمكن هذا النظر بالنسبة إلى دليل ترتيب الأثر فبحسب الواقع الأرب مثلاً كان حراماً وكان عدم جواز الصلاة أيضاً أثر الحرام اللحم الواقعي ولكن عند الشك ورد التعبد بالمعاملة معه معاملة الحلال الواقعي، من حيث جواز الأكل ومن حيث جواز الصلاة معاً فاللبّ في كلا المقامين على ما هو عليه محفوظ.

ثمّ هذا كلّ في ما إذا كان الحكم الثانوي أصلياً يعني مدلول أصل تعبدي شرعي، مثل قاعدة الطهارة وقاعدة الحلية، وأما إذا كان طريقياً مدلول طريق أو أمانة شرعيتين فلا يتصور فيه غير الطولية، والفرق بينهما أن الحكم الأصلي يكون موضوعه عنوان المشكوك وحيث إنّ المشكوك احتمال مطابقة الواقع وعدمها فيه متساوية فلامعنى للنظر فيه بعين الواقع فلهذا لا يتصور الطريقة بالمعنى المتصور في الطرق فيه، غاية ما يتصور من الطولية للواقع فيه أن يكون جعل مطلق لطرفي المطابقة واللامطابقة بداعي تنجيز الواقع في طرف المطابقة وبداعي مصلحة في الجعل في طرف اللامطابقة.

وأما الحكم الطريقي فليس معلقاً بعنوان المشكوك، بل بمؤدّي شيء لسانه الحكاية عن الواقع وكما أنّ نفس الحاكّي ينظر في مؤدّي خبره بعين الواقع ولا يرى المغايرة بينه وبين الواقع، كذلك مفاد الدليل الذي يعطي الاعتبار والتصديق العملي إياه هو جعل حكم مماثل بعنوان أنّه مع الواقع منطبق ومتّحد، والاحتمال للمغايرة وإن كان موجوداً وجداناً لكنّه يدفعه ويبنى على خلافه ويفرضه كالعدم، هذا حال الدليل الثانوي بحسب ماله تصوّراً من الأقسام.

وأما الدليل الأوّل فقد يكون الحكم فيه معلقاً على الموضوع الواقعي الحقيقي كما هو المعنى لقوالب الألفاظ، وقد يكون معلقاً على الأعمّ من الواقع الحقيقي والتنزيلي كأن يكون المراد من الخمر في دليل لا تشرب الخمر أعمّ من الخمر الواقعي ومن التنزيلي، أعني ما ثبت خمريّته باستصحاب أو أمانة، وكذلك الدليل على أنّه لا يجوز الصلاة في جزء محرّم للحم أريد منه الأعمّ من المحرّم الواقعي والتنزيلي، يعني ما حكم عليه الشرع إمّا بلسان الأمانة أو بلسان الأصل أنّه حرام.

وحينئذ فنقول: لو كان الدليل الأوّل مفاده الحكم على الأعمّ من الموضوع التنزيلي والواقعي بأن يكون دليل إثبات شرطية طهارة لباس المصلّي وبدنه ودليل إثبات مانعية حرمة لحم الحيوان الذي لبس جزءه المصلّي أو شرطية حليته مثبتاً للشرطية للأعمّ من الطهارة الواقعية والظاهريّة، وكذلك المانعية للأعمّ من الحرمتين أو الشرطية للأعمّ من الحليتين فلا إشكال في أنّه لو اقتضى أصل أو أمانة في الشبهة الموضوعية أو الحكمية طهارة اللباس أو حلية الحيوان فاللازم ترتيب أثر الصحة بعد انكشاف الخلاف.

إن قلت: هذا في الأصل حيث إنّ التنزيل فيه شامل لصورة الالمطابقة تامّ، وأما في الطريق - حيث إنّ التنزيل ليس إلّا في فرض المطابقة وقد ظهر خلافها فما هو واقع غير منزّل وما هو منزّل غير واقع - فغير تامّ.

قلت: قد فرضنا أنّ الأثر مرتّب على ما يشمل ما حكم عليه بالطهارة أو بالخلية ولو بلسان الطريقتي، وهذا المعنى واقع وما انكشف خلافه، وبعبارة أخرى حكم هذا واقع لم ينكشف خلافه، بل ارتفع بانقلاب الموضوع. نعم المحكوم به ^(١) قد انكشف خلافه، وبالجمله لإشكال في هذا الفرض لأنّ المصداق الحقيقي لما هو موضوع الشرطية أو الشرطية قد تحقّق.

ولو كان الدليل الأوّل مفاده جعل الشرطية أو الشرطية للموضوع الحقيقي دون الأعمّ كما هو الواقع، فحينئذ لا بدّ من الفرق بين ما إذا كان الدليل الثانوي مشتملاً على الحكم الطريقي وما كان مشتملاً على الأصلي.

ففي الأوّل لا بدّ من عدم ترتيب أثر الصحة بعد انكشاف الخلاف إذ ليس مفاد الطريق إلّا إراءة الواقع وأنّ الطاهر أو الحلال الواقعي الذي كان موضوع شرطية الصلاة متحقّق، وقد ظهر أنّ ما حكاه غير واقع وما أخبر عن طهارته غير طاهر وعن خلّيته غير حلال.

وأما في الثاني: فإن كان مفاد الدليل الثانوي هو أوّل الوجهين اللذين ذكرناهما من عرضيته مع الواقع في الشبهة الموضوعية وكذلك الحكمية بالنسبة إلى آثار الحكم المشكوك، فلا بدّ من ترتيب آثار الصحة؛ إذ قد ذكرنا أنّ الدليل الثانوي يوجب تعميم دليل الشرطية أو تخصيصها لبّاً وإن كان بلسان الحكومة والتنزيل

ظاهراً من غير فرق بين الشبهة الموضوعية، كما لو أحرز طهارة الثوب المشكوك الطهارة من جهة الموضوع الخارجي بقاعدتها وبين الحكمية بالنسبة إلى الآثار كما لو أحرز طهارة الثوب الملاقي للغسالة المشكوك من جهة الشك في طهارة الغسالة بقاعدتها، أو أحرز حلية الحيوان المتولد من الحيوانين المشكوك حكمه الكلي بقاعدة الحلية، وإن كان مفاد الدليل الثانوي هو الوجه الأخير من الطولية فاللازم ترتيب أثر البطلان وعدم الصحة بعد الانكشاف؛ إذ المفروض أنَّ الواقع من حيث نفسه وأثره معاً محفوظ ولم يتبدل فالصلاة مشروطة واقعاً بالطهارة أو الحلية الواقعيين وقد ظهر كونها فاقدة لهما.

هذا كله بحسب مقام الثبوت في الدليل الثانوي إذا كان أصلاً، وأمّا بحسب الإثبات فقد رجحنا في حديث الرفع كون موضوع ما لا يعلمون من حيث شموله للشبهات الموضوعية تقييداً للواقعيات كما هو الحال في ما اضطروا إليه وسائر الأخوات، فيقال: الخمر التي لا يعلم خمرتها مما لا يعلمون فرفع أثرها وهو الحرمة فيخصّص دليل لا تشرب بالخمر المعلوم خمرتها، وكذلك الطاهر والحلال المشكوكان من حيث الشبهة الموضوعية؛ فإثباتها أيضاً مما لا يعلمون فرفع أثرهما وهو الشرطية في الصلاة، فيخصّص دليل الاشتراط بالطاهر المعلوم طهارته والحلال اللحم المعلوم حليته، ولكن يجيء فيها الكلام الآتي في الشبهة الحكمية بالنسبة إلى الآثار حرفاً بحرف.

فإن قلت: هذا يوجب الجمع بين اللحاظين إذ أولاً كيف يمكن في إنشاء واحد جعل نفس الحلية أو الطهارة وتنزيلها في الأثر منزلة الحلية والطهارة الواقعيين الذي مرجعه إلى جعل الأثر فهذا جعل للموضوع والحكم مع كونها مترتين في إنشاء واحد، ثم كيف يمكن اختلاف الإنشائين من حيث إن الملاحظ

في الأول طولية الواقع، وفي الثاني التقييد والعرضية.

وحاصل الإشكال الأول: أنه لو كان أثر الحلية وجواز الصلاة كلاهما لجلد المأكول في عرض واحد لم يكن مانع من تنزيل جلد الأرنب منزلته في كلا الأثرين، لكن الفرض أن الحلية أثر الجلد والجواز أثر الحلية فكيف يمكن في لحاظ واحد الجمع بين هذين التنزيلين، بل لابد من تنزيل للجلد حتى يحصل الحلية، ثم تنزيل للحلية حتى يحصل الجواز، وحاصل الثاني: أن هذين التنزيلين كيف يمكن اختلافهما في الطولية والعرضية فإن كان الملحوظ الأول ففي كليهما، وإن كان الثاني فذلك فما وجه التفكيك؟

قلت: هذا الإشكال هو ما يورد على ما ذكره في الاستصحاب من التفصيل في الآثار مع الوساطة بين ما كان بواسطة عقلية فلا تترتب أو شرعية فتترتب، وحاصل الإشكال: أنه ما الفرق بين المقامين، فإن لا تنقض في كل شيء لا يقتضي إلا ترتيب أثر نفسه لأثر أثره؛ إذ ليس ترتيب أثر الأثر عدم النقض لهذا الشيء وهذا المعنى موجود في المقامين فما وجه الفرق؟

وحاصل الدفع: أن الحلية مثلاً وإن كانت مجعولة في موضوع المشكوك ولكن فرق بين ما إذا جعل في موضوع الشك ابتداء حكم الحلية، وبين ما إذا كان جعلها بعناية أنها هي الحلية الواقعية، وبالنظر إليها بعين الواقع، فإن الحكم الظاهري ليس الظاهرية من جملة مفاده، بل مفاده الحلية الواقعية، فهو حكم ذو جنبتين جعل وعناية، فمن حيث الجعل تحدث الحلية ومن حيث العناية يحصل تنزيل آخر لهذه الحلية منزلة الحلية الواقعية فيما لها من الأثر، وهو أيضاً بهذه العناية، فيحدث تنزيل ثالث، وهكذا إلى كل أثر شرعي مرتب على أثر شرعي فهو تنزيل واحد ينحل إلى تنزيلات طولية.

ومن هنا يظهر اندفاع الإشكال الثاني؛ فإنّ الجعل وإن كان في طول دليل حرمة الأرنب مثلاً ولكنّ العناية المذكورة يمكن فيها ملاحظة طولية دليل الأثر بأن تبقى ملاحظة الطولية مستمرة من الأول إلى الآخر، ويمكن فيها ملاحظة عرضية ذلك الدليل.

وأما الشبهة الحكمية بلحاظ الآثار كما لو شكّ في الطهارة من أجل الشك في الغسالة أو في حلية الأرنب فشكّ في أثرها وهو الشرطية للصلاة. فقد رجح صاحب الكفاية ذلك في قاعدتي الطهارة والحلية بالضرر القاطع وفي الاستصحاب في مبحث الإجزاء في وجه قوي، وفي الاجتهاد والتقليد بالضرر القاطع.

أما جزمه في الأولين فلاجل استظهاره الوجه الأول بالنسبة إلى الآثار وإن كان لابدّ من الثاني بالنسبة إلى ذواتها، ولا يلزم اجتماع اللحاظين لأنّ مفاد كلّ شيء حلال وكلّ شيء طاهر هو ترتّب آثارهما فإنّهما تنزِيل، ومعنى التنزيل ترتيب الآثار، وآثار الطاهر والحلال الواقعيين جواز الأكل والشرب وهذا معنى الطهارة والحلية وآثار أخر مرتّبة على هذين الموضوعين، وهي عدم نجاسة الملاقي وجواز الصلاة في الأول وجواز الصّلاة في الثاني فالدليلان من حيث الأثر الأول حالهما حال دليل تنزيل الرجل الجاهل بمنزلة العالم، حيث إنّهُ لا يكونُهُ عالماً ولكنّه لباً مكوّن لآثار العالم فيه.

وأما ترديده في الاستصحاب فلاحتمال أن يكون مفاده عامل معاملة الواقع فيشترك في الأثر مع دليل اعتبار الطريق الذي مدلوله أنّ هذا واقع، ومدلول دليله عامل مع مؤداه معاملة الواقع، وهو عدم التصرف في الواقع، غاية الأمر إنّهُ طريق

حيث لا طريق، فإذا انقطع عن سائر الطرق يكون الاستصحاب مرآة له وكاشفاً عنه ومقيّداً للحكم بلسان أنّه واقع، فيكون اللازم عند انكشاف الخلاف ترتيب أثر البطلان وأن يكون مفاده أيضاً كالقاعدتين هو التنزيل الراجع إلى رتب الأثر في موضوع الشكّ، ثم رجّح الثاني في المبحث الأول وجزم به في المبحث الثاني.

أقول: القاعدة في الجمع بين الدليلين حفظ ظهور مدلول الكلام مهما أمكن، وإذا فرضنا أنّ الدليل الثانوي بالنسبة إلى دليل الأثر وهو عدم جواز الصلاة في جزء المحرّم وفي الشيء النجس يمكن أن تكون نسبته هي النسبة بينه وبين دليل أصل حرمة الأرنّب ونجاسة الغسالة مثلاً في عدم تعرّضه لما في الواقع، وإنّما كان مجرد بيان وظيفة عملية لثلاً يبقى المكلف معطّلاً في عمله مع حفظ الواقع على ما هو عليه كان هذا هو المتعين، إذ هو سالم عن تقييد دليل لا يجوز الصلاة في جزء المحرّم وفي الشيء النجس بالمحرّم والنجس المعلومين بخلاف الوجه الأول.

فإن قلت: هذا ينافي مع ما مشيته في الجمع بين الواقعي والظاهري من دخل وصف التجردّ عن المشكوكيّة في موضوع الواقعي بحسب اللحاظ نظير دخل وصف التجردّ في حمل الكلّيّة على الإنسان.

قلت: ليس هو تقييداً مدلوليّاً في دليل الواقع كما حقّقناه في محله كما أنّ الكلّيّة غير محمولة على الإنسان المقيّد بالتجرّد بحيث كان التقييد في مدلول القضية، بل هو كيفية لحاظيّة لواقعها دخل في صحّة الحكم، فالقضيّة بحسب المدلول مطلقة وإن كانت في لحاظ القيد.

ثم إنّه لا إشكال في أنّه لو بنى على الأصل العقلي في الاجتهاد ثمّ انكشف الواقع فلا إشكال في عدم الإجزاء، وأمّا لو تبدّل رأيه في حكم العقل من البراءة إلى الاحتياط وقد كان صلّى بلاسورة مثلاً فلا إشكال في الإعادة في الوقت، وأمّا القضاء بعد الوقت فإن قلنا إنّّه بالأمر الأوّل فلا إشكال فيه أيضاً، وإن قلنا كما هو الحق بأنّه بأمر جديد، فإن كان وجوبه معلقاً على الفوت فالأصل البراءة؛ إذ ليس هنا أصل يثبت عنوان الفوت وإن كان كما هو مضمون رواية معلقاً على صدق ترك الواجب، فقد يتوهم أنّ استصحاب تركه في الوقت مفيد لوجوب القضاء وهو توهم؛ إذ ليس في الخارج شيء يشكّ في تركه وإيجاده فإنّ الصلاة بلا سورة مقطوع الفعل ومعها مقطوع الترك وبعدهما يبقى عنوان الموضوع للحكم أو عنوان المأمور به مشكوك التحقّق، وهما بهذين العنوانين لم يقعا مورداً للأثر، وإنّما الأثر وهو وجوب القضاء، بل كلّ الآثار على معنوياتها وهو نفس المصاديق الخارجيّة، وقد فرض عدم الشكّ بحسبها، فهذا الاستصحاب نظير استصحاب عدم الغروب عند الشكّ في أنّه السقوط أو الذهاب فيها بعد الأوّل وما قبل الثاني.

ثمّ إنّّه أشار إلى ما ذكرنا من الفرق بين الأداء والقضاء في الفرض المزبور شيخنا المرتضى - قدس سرّه - في كتاب الصوم ومثل ما ذكرنا جار في الاحتياط الشرعي أيضاً بمعنى أنّه لو تبدّل من البراءة إلى الاحتياط بعد الوقت، وقد كان صلّى الصلاة بلاسورة، إلّا أن يقال: إنّ استصحاب وجوب الصلاة الأعم من الأداء والقضاء جار؛ لأنّ المفروض أنّ وجوب القضاء على فرضه متّصل بوجوب الأداء ولا يتخلّل بينهما العدم وخصوصيّة الأداء والقضاء أيضاً غير معدّة للموضوع بنظر العرف الذي هو المعيار في الاستصحاب، نعم لو كان المعيار الموضوع الدليلي لما كان الاستصحاب جارياً إلّا بناء على جريان استصحاب الكلّي

في القسم الثالث؛ لأنّ شخصاً من الوجوب زال و شك في تبدّله بآخر أو لا ولكنّه غير جار هنا وإن قلنا بجريانه في غير المقام.

فصل

اعلم أنّه لاثمرة في النزاع في معنى التقليد في أصل وجوبه؛ فإنّ الواجب على المقلّد الأمران من الأخذ والعمل على كلّ حال كان التقليد اسماً للأوّل أو للثاني، أو للأوّل بقصد الثاني فترتيب الثمرة في هذه المسألة على ذلك النزاع، وأنّه لو كان اسماً للعمل لكان العمل بلا تقليد لوجه له؛ فإنّ اللازم تطبيق العمل على رأي العالم وهو حاصل على كلّ حال، وليس لنا دليل لفظي أو لبّي على وجوب كون العمل عن تقليد حتّى نتكلم في أنّه يَمّ يتحقّق، نعم يظهر ثمرة هذا النزاع في مسألة وجوب تقليد الحيّ كما يأتي تفصيله إن شاء الله.

ولابدّ أوّلاً من تأسيس الأصل في المقام، فاعلم أوّلاً أنّه لا محيص عن كون أصل التقليد أمراً ارتكازياً مركزياً للعوام أيضاً، وإلّا لزم سدّ باب العلم به على العامي؛ فإنّه ليس له قوّة الفهم والاستنباط من الكتاب والسنة، ولا الاقتدار على تحصيل الإجماع، وتقليده فيه أيضاً دوريّ أو تسلسلي، وإذن فلا بدّ من القول بأنّه فارغ بارتكازه عن مسألة العالم في أصل مسألة التقليد، بل بطبعه يصير إليه ويأخذ بقوله متعبداً به، ولا معنى لنزاع الأخباري في هذا الأمر اللبّي الارتكازي بعد أنّهم بمقتضى فطرتهم قائلون لهذا المعنى؛ ضرورة أنّ عوامهم غير قادرين على الاستنباط كما يقدر مثل صاحب الحدائق منهم، فلاحالة بعد تنقيح الكلام وملاحظة المدارك والجرح والتعديل بينها كما هو ديدنه كالأصولي يسلم نتيجة نظرياته إلى العوام للعمل، وإلّا فلو وضع علماءهم الأخبار والمدارك بين يدي عوامهم كيف يكون لهم ذلك كما عرفت، وبعد ذلك لا مشاحة في التسمية فإن

كان الوحشة من اسم التقليد وأنه موهم لأن يكون المجتهد برأيه وميله يستنبط الأحكام بحيث كان له حظ في التشريع والوضع والرفع فلانزاع فيه، ونسبته رجوعاً إلى العالم ولايوجب ذلك كسائر مواد اختلاف الطائفتين صيرورة اختلافهما مذهبياً يطمعن كل على صاحبه ومن الله الهداية والتوفيق.

وبالجملة بعد وضوح الحال على العامي في أصل التقليد في الجملة بسبب ارتكازه فإن وضع عليه في خصوصية مساواة الحيّ والميت فلا يسأل لا محالة عن العالم، فإن تحيّر من هذه الجهة فسأل العالم فأجابه بشيء كان ذلك كافياً له، فمحلّ الكلام في هذا المقام أنّ هذا العالم المسؤول هل له في المقام أصل وقاعدة يقتضي الرجوع إلى الميت حتّى نتكلّم بعده في الدليل الثانوي ومقدار دلالته أو لا؟ فنقول: الحق وجوده وهو استصحاب حجّية رأي الميت وتقريره بأحد نحوين:

الأوّل: استصحاب الحكم المتعلّق بالعنوان أعني استصحاب حجّية رأي العلامة - أعلى الله مقامه - مثلاً للبالغ العاقل، فنقول: كان رأيه على هذا العنوان حجة ونشكّ الآن في زواله فمقتضى الاستصحاب بقاءه. لا يقال: تسريته إلى الأشخاص مثبت. لأنّنا نقول: تسرية الحكم من العنوان إلى أشخاصه من لوازم الحكم الأعمّ من الظاهري والواقعي، وبالجملة لا فرق بين هذا الاستصحاب واستصحاب حكم وجوب الجمعة في موضوع المكلف وكذا استصحاب حكم كذا في موضوع المستطيع الثابت في الزمان السابق فإنّها يوجبان ثبوت الحكم للأشخاص في هذا الزمان إذا صاروا مكلفين أو مستطيعين.

والثاني: الاستصحاب التعلّقي في نفس الأشخاص بأن يقال: هذا الشخص في الزمان السابق - ونشير إلى زمن العلامة - لو كان موجوداً وكان بالغاً

عاقلاً لكان وجب عليه تقليد العلامة وكان رأي العلامة حجة في حقه، والآن نشك في ذلك، فمقتضى الاستصحاب بقاء الحجية في حقه.

ولا يرد إشكال على هذين التّقرّيين إلّا ما يتوهم من أنّ الموضوع للحجية هو الاعتقاد والرأي وقد زال بزوال الموضوع، ومن شرائط الاستصحاب إحراز الموضوع وهو في غاية من البطلان.

وتوضيحه: أنّ لنا اعتقاداً وصفة نفسانية تابعة في الوجود والعدم لوجود موصوفه وهو الشخص وطريقته وكشفاً حاصلًا من هذه الصفة وهو باق بعد فناء تلك الصفة. ألا ترى أنّا ننق من قول الراوي: «قال الصادق -عليه السلام-» بصدور هذا القول من الصادق -عليه السلام- مع أنّه لو قال: «قال الصادق -عليه السلام- احتمالاً» لا يحصل لنا وثوق فمع كون الموجب لوثوقنا قطع الراوي وهو ليس فعلاً موجوداً يحصل لنا تلك المرتبة من الوثوق بعينها التي تحصل حال حياة الراوي، وهكذا الوثوق الحاصل من فتوى المشهور أو الكلّ أو من كتاب شيخنا المرتضى ليس الموجب لحصول الاطمئنان إلّا جزم هؤلاء بحيث لو أظهروا التّرديد لما حصل لنا الظنّ أصلاً مع أنّه ليس في الحال من ظنّهم عين ولا أثر، فليس ذا إلّا لأنّ الظنّ الحاصل للثقة والخير في الاستنباط في قطعة من الزّمان فهو متى لوحظ في موطنه الذي هو الماضي كان له الكشف والإراءة للواقع فعلاً، ولا شبهة أيضاً أنّ الارتكاز القطعي الحاكم برجوع الجاهل إلى العالم ليس بمناط في العلم واليقين بما هو صفة من الصفات، فيكون حال المقلّد حال الدّراويش والصوفية بالنسبة إلى مرادهم فيما يعبر عنه بالفارسية بـ «سر سپردگی» حتّى يقال: إنّّه تابع لوجود هذا الوصف فإذا صار من العظام الرميمة لابدّ من إدخال الرّأس في تبعية حيّ آخر، بل ليس إلّا بملاك الأقربية إلى الواقع وكشفه عنه، فإذا فرضنا هذا الملاك يكون لوجوده

الحدوثي وليس لبقائه فيه مدخل كان في حكم الحجية الارتكازية أيضاً كذلك فلا يحتمل دخل البقاء حتى يقال: ليس موضوع المستصحب بمحرز إذ لم يعلم أنه الظنّ حدوثاً أو الظنّ الفعلي.

وحيث علم أن حدوث الظنّ موضوع الحجية بملاك الطريقية والكشف فمتى زال عنه هذا الملاك زالت عنه الحجية، فلا مجال للتقص بتبدل الرأي في الحيّ حيث لم يقل أحد بجواز أخذ المقلّد رأيه الأوّل للاستصحاب.

وجه فساد النقض أنه لأجل أن الطريقية قد زالت فإن الثقة إذا أخبر بشيء ثم قال: اشتبهت أو تردّدت في إخباري، لا يبقى الوثوق بإخباره الأوّل وهذا واضح.

فإن قلت: فإذا كان موضوع سيرة العقلاء معلوماً ومحرزاً أنه الظنّ بوجوده الحدوثي لا الفعلي، غاية الأمر بملاك الطريقية والكشف فلا نحتاج إلى الاستصحاب، إذ احتمال ردع الشارع يكفي في عدمه عدم الوصول كما قرّر في محلّه ولا نحتاج إلى استصحاب العدم.

قلت: نعم، لكنّا لا نحتاج إلى الاستصحاب من جهة هذا الشك، بل لما رأينا دخل بعض القيود في موضوع هذا الأمر الارتكازي ممّا لا يكون للارتكاز إليه سبيل وثبت ذلك بالتعبّد الشرعي كقيد الذكورة والعدالة والعقل وعدم الإغماء، فنحتمل أن يكون قد اعتبر شرعاً قيد الحياة أيضاً فالاستصحاب لدفع احتمال هذا القيد نافع.

ثم إن اخترنا في الطرق والأمارات أن المجعل هو الطريقية فالمستصحب هو الطريقية والحجّة السابقة الثابتة لفتاوى العلامة - أعلى الله مقامه - وإن قلنا: إنّه الحكم على طبق مؤدّى الأمانة من وجوب الجمعة والنّفقة، إلى غير ذلك من الفروع الفقهية فالمستصحب نفس هذه الأحكام المجعلولة. هذا هو الكلام في

الاستصحاب.

ثم إن كان هنا إجماع على أن من لم يدرك زمن العلامة مثلاً ولم يأخذ فتاواه لا يجوز تقليده للميت ابتداءً فلا بدّ للعالم المذكور من عدم ترخيص العامي ثمّ يتنزّل بعده إلى الشخص المدرك لزمن الشيخ الأنصاري - قدس سره - مثلاً ولكن ما أخذ وما عمل حتى فات، فإنّ الاستصحاب في حقّه أيضاً جار. فإن استفيد إجماع على أنّ هذا أيضاً من تقليد الميت ابتداءً وهو غير جائز فيتبعه ثمّ يتنزّل إلى الشخص المدرك مع أخذه المسائل إجمالاً كأن أخذ الكتاب ولكن لم يوفّق للأخذ التفصيلي، أو أنّه تساهل وما أخذ كذلك حتى مات مجتهد، فإن كان هنا أيضاً إجماع على عدم الجواز يتنزّل إلى المدرك والأخذ للمسائل تفصيلاً ولكن قبل العمل مات مجتهد، فإن قام فيه أيضاً الإجماع يتنزّل إلى من أخذ المسائل وعمل بالمقدار المبتلى به مع البناء على التقليد في غيرها على تقدير الابتلاء، فإن رأينا ذلك غير مشمول للإجماع المذكور كان الاستصحاب المذكور جارياً.

فلو كان لفظ تقليد الميت معقداً للإجماع كان هنا محلاً للنزاع المشار إليه سابقاً، ويظهر نتيجته؛ فإنّه لو كان التقليد عبارة عن الأخذ كان الشخص الموجود في زمان المجتهد مع عدم الأخذ داخلياً تحت الإجماع، وإن كان الأخذ تفصيلاً كان الأخذ الإجمالي داخلياً، وإن كان لابدّ فيه من العمل كان الأخذ التفصيلي الغير العامل داخلياً، فلا بدّ من مراجعة الكلمات الصادرة من القوم في هذا المقام وأنّه هل يحصل منها الإجماع أو وحشته أو لا ؟

هذا تمام الكلام في تأسيس الأصل، إذا عرفت ذلك فنقول: الحقّ أنّ الارتكاز في المقام على أصل رجوع الجاهل إلى العالم قائم فإنّ مرادنا بالعالم من كان عرفانه لأحكام الله المجعولة للعالمين والجاهلين بحدّ كان خطأؤه في مورد يسأل

عنه الحكم موهوماً لا يعتني باحتماله العقلاء، نظير احتمال الخطاء في حس غيره وهذا أمر ارتكازي ثابت في كل باب، وكذلك الحق أيضاً عدم التفرقة في الارتكاز بين الحي والميت، كما نشاهد في المعمار الذي يقوم العبارة فإنه لا يفرقون في أخذ قوله بين حياته ومماته، نعم لو حصل للعامي اشتباه من هذه الجهة، إمّا لإجمال ارتكازه أو لاحتماله الردع الشرعي من أجل ما قرع سمعه من أهل العلم فألجأه ذلك إلى السؤال عن العالم الحي فإن أجابه هذا الحي بالجواز أو السلاجواز فإن لم يعلم من الميت في هذه المسألة قول لا نفيّاً ولا إثباتاً، فلا يتقدح في نفسه المعارضة بين هذه الفتوى من الحيّ والفتاوى الصادرة من الميت في الفروع. كما هو الحال في ثقتين أخبر أحدهما بمجيء زيد والآخر بعدم اتباع قول الثقة الأول، فإنهم يأخذون بالثاني؛ لعدم التنافي بين المدلولين؛ إذ ليس عدم الحجية مساوفاً للكذب، نعم ينقدح التعارض لو فرض للميت قول بالجواز في هذه المسألة مع قول الحي بالعدم مثلاً.

وأما كلمتهم في هذا المقام، فقد ادّعى في المعالم أن العمل بفتاوى الموتى مخالف لما يظهر من اتفاق علمائنا على المنع من الرجوع إلى فتوى الميت مع وجود الحي، وقد ادّعى غيره على عنوان التقليد وغيره أيضاً، لكنّه يحتمل أن يكون هو أيضاً بمعنى الرجوع. وبالجمله فنحن ندور مدار صدق اسم الرجوع وأنه هل يتحقق بمحض الالتزام القلبي على أخذ المسائل من فلان، فيقال: إنه رجع إليه فإذا مات قبل الأخذ، يقال إن رجوعه كان إلى الحي، أو لا بدّ مع الالتزام من الأخذ ولو إجمالاً، أو لا يصدق إلّا مع الأخذ تفصيلاً، أو لا بدّ معه من العمل في مقامات الابتلاء، فإذا فرضنا صدق الرجوع إلى الحي في حق الأخير وأنّ بقاءه ليس من الرجوع إلى الميت حتّى يمنعه الإجماع كان المرجع في حق الاستصحاب.

وعلى هذا فكلّ مورد قطعنا بحرمة البقاء من جهة الإجماع انقطع حكم الاستصحاب بانقطاع موضوعه، وكلّ مورد شككنا في شموله بحسب الإجماع فالخروج عن شبهة الإجماع يقتضي العدول إلى الحيّ والاستصحاب يقتضي البقاء على الميت، فلا بد إمّا من الاحتياط بالأخذ بأحوط القولين، وإمّا من إثبات الإجماع على العدول إلى الحيّ والخروج عن التردد والشبهة.

ولكن يمكن أن يقال: لانحتاج إلى تجسّم هذا المعنى بل يمكن القول بأن الرجوع إلى الحيّ مطلقاً على وفق القاعدة حتى في موارد شبهة الإجماع وجريان استصحاب تقليد الميت فيكون الرجوع إلى الحيّ قدراً متيقناً في جميع الأحوال، وتوضيح ذلك: أنّه بعد أنّ أصل رجوع الجاهل إلى العالم أمر مفروغ عنه ولا يشكّ فيه المقلّد، لو حصل له الشكّ في خصوصيّة اشتراط الحياة وعدمه فهو في هذا الشك والتحيّر لاحالة يلتجئ إلى باب الحيّ ويسكن نفسه بما أرشده إليه ممّا هو وظيفته وتكليفه من جانب الله تعالى فهذا أيضاً بصرفة طبعه وحكم ارتكازه.

فهذا العالم الحيّ الذي يصدّق هذا العامي في رجوعه إليه واختياره له مرجعاً ويصدّق ارتكازه الحاكم عليه بذلك بملاك خبرويته في أحكام الله يرى أنّ لنفسه رأيين أحدهما قطع وجدائيّ مثلاً بحكم وجوب الجمعة وأنّ ذلك هو حكم الله الثابت في لوح الله المحفوظ المشترك فيه جميع المكلفين الذين منهم هذا العامي المستريح إليه.

والآخر ما هو مقتضى الاستصحاب من بقاء هذا المقلّد على ما كان في زمن حياة الميت من الرجوع إلى فتاويه التي منها حرمة الجمعة مثلاً، فهو وإن كان لا يرى نفسه موضوعاً للاستصحاب والحكم الظاهري أصلاً لكونه قاطعاً بالواقع،

ولكنّ العامي شاكّ ويرى أنّ كلاً من الرايين في حقّه طريق وليس أحدهما مزيلاً لشكّه بالنسبة إلى الواقع حتّى يكون هو وارداً على الآخر. وبعبارة أخرى يرى صلاة الجمعة في حقّه كغيره واقعاً حقيقياً ومؤدّى قول الميت واقعاً جعلياً بدلاً، وبعد ما كان المطلوب من العباد أعم من الحقيقي والجعلي فأين الملزم والمرجح له لاختيار الرأي الثاني لهذا المقلّد وإفائه إيّاه ببقائه على حاله السابقة. وبعبارة أخرى بالفرض هو خير بأحكام الله لا بخصوص هذه المسألة إذ الخير خير في تمام الأحكام.

إن قلت: بالفرض المقلّد شاكّ في أنّ المرجع له في الفروع هذا أو الميت؟ قلت: يعني لا يعلم أنّ أيّاً منهما تكليفه بحسب الواقع، لكن يعلم أنّ كلاً كان تكليفه فهو عند هذا العالم فهذا العالم بأيّ شيء أفتاه يتقبّله هو ولا يشكّ في أنّه واقع تكليفه، وبعد ما كان هو بهذه المثابة باعتقاد العامي المعترف له بذلك هذا العالم أيضاً، والمفروض أنّ له في البين رأيين كلاهما ممكن التحقق والصدق واقعاً لأنّ الجمع بينهما كلّ في موطنه بمكان من الإمكان كما مرّ في الجمع بين كلّ واقعي وظاهري، فلو أمكن للعامي الجمع بينهما عملاً تعيّن على العالم إفتاؤه بمقتضى كلا الرأيين، فإذا امتنع الجمع عملاً فما المعين له بالإفتاء بخصوص البقاء على تقليد الميت والمنازع له عن رجوعه في الفروع إلى نفسه، فهل دليل خبريّته خاص بالأوّل أو أنّه لا يرى ما رآه برأيه من الفروع تكليفاً لمن عدا نفسه من المكلفين، وقد فرضنا أنّ كلاً من هذين خلاف الواقع، وليس تعيين الأخذ بفتوى الميت الثابت في حال حياته المستصحب بعد مماته إلّا كتعيين صلاة الجمعة المقطوع به بالدليل القاطع أو المدلول عليه بالدليل القطعي .

وأما عدم جواز الرجوع إلى هذا الحيّ الثابت في حياة الميّت فلا يجوز استصحابه؛ لفرض انقطاعه بالقطع بخلافه، لفرض أنّه بعد انقذاح الشكّ للعامي بعد ممات مجتهدّه صار ساكن النفس إلى هذا المجتهد ورأى تكليفه الإلهي مودوعاً عنده، وبعد ذلك فالقول بأنّه إنّما يراه خبيراً في خصوص هذه المسألة الأصوليّة دون الفرعيّات لا يخفى عدم سداده؛ لأنّه يراه خبيراً بمطلق أحكام الله وشكّه فيما هو واقع تكليفه لا ينافي قطعه عقيب إخبار هذا المجتهد بأنّ كذا واقع تكليفك.

ولعمري هذا واضح، نعم هذا المعنى يجري في المجتهدين الحيّين أيضاً لو قلّد العامي أحدهما ثمّ جاء عند الآخر وهو شاكّ في جواز الرجوع وعدمه بعين ما قلنا من التقريب، فإن لم يجمع إجماع على خلافه فهو على وفق القاعدة، فثبت من جميع ما ذكرنا أنّ العدول إلى الحيّ على كلّ حال على وفق القاعدة، وليس على خلاف الاستصحاب، بل الجمع بين الارتكاز والاستصحاب يقتضي جوازه كما مرّ بيانه، فلا يحتاج إلى إثبات الإجماع على الجواز في قبال الاستصحاب.

فإن قلت: بناء على وجوب تقليد الأعلّم وكان الميّت أعلم لا يتمّ ما ذكرت من الارتكاز في حقّ الحيّ فلا يحصى فيه عن الأخذ بأحوط القولين خروجاً عن شبهة الإجماع وعن مخالفة الاستصحاب.

قلت: يمكن تطبيق الرجوع والعدول في هذه الصورة أيضاً على القاعدة حتّى بناء على القول بوجوب تقليد الأعلّم؛ وذلك لأنّه لا يشكّ أحد أنّ الميرزا القميّ - قدّس سرّه - كان أعلم من أهل زماننا، بمعنى أنّ تلك المرتبة التي كانت للمطالب العلميّة حين صارت مطروحاً لنظره - قدّس سرّه - فأعمل النظر وبذل

الجهـد حتّى أسس القوانين وأتقن المباني الأصوليّة لوصولت المطالب بتلك المرتبة والمنزلة إلى أهل عصرنا بدون تنقيح الميرزا والطبقات المتأخّرة لما وصل أنظارهم معشار ما وصل إليه الميرزا ولم تبلغ قوّتهم وزحماتهم معشار قوّته وزحمته، ثمّ إذا خرجت هذه التنقيحات من يد الميرزا ووقعت في أيدي المتأخّرين عنه كانوا لامحالة فارغين عمّا شيّده الميرزا فصرفوا همّة على ما زاد من المطالب التي لايجد الفرصة للتنبية لها أصل المؤسّس لأنّ شغله كان نحو التأسيس وصرفه ذلك عن إصلاح الفروع.

وهكذا الحال في شيخنا المرتضى الأنصاري - قدّس سرّه - فلايلـبـغ معشار نظره وقوّة علميّة وهـمّته أهل عصرنا، لكنّ المباني التي أحكمها والأصول التي خرجت من بنان أفكاره لم تفت عمّن تأخّر عنه، بل بقيت بعده ثابتة في كتبه، فالدورة المتأخّرة صاروا جامعين لنتائج مساعي هؤلاء الفحول التي أبـقـوها لهم مضافاً إلى أنظار آخر يعملونها فوق هذه المباني، ويصلون إلى بعض خصوصيات شغل صاحب المباني عن الالتفات بهذه الدقيقة شغله إلى الشأن الأعظم ومصروفية همّته إلى تأسيس البنيان المستحكم.

فالعلم بناءً على هذا يكون مترقيّاً ومنتقلاً من النقصان إلى الكمال، فالأعلميّة التي هي معيار التقليد موجود في المتأخّر والأعلميّة بمعنى ازدياد القوّة واشتداد الفحلّية في العلميّات موجود في المتقدّم من مثل الميرزا والشيخ - قدّس الله أسرارهما - وأسرار سائر علمائنا الماضين وأطال عمر الباقيـن منهم سيّما أستاذنا الأعظم و عمادنا الأفخم - .

ثم إنّ للمحقّق الخراساني - طاب ثراه - في كفايته كلاماً على الاستصحاب

الذي ذكرنا لأبأس أن نذكره والإشارة إلى ما فيه، قال - قدس سرّه - بعد ذكر الإشكال المعروف من أنّ الموضوع للحجّة المستصحة وهو الرأي والظن قد انتفى بها حاصله:

إن قلت: نحن نستصحب الأحكام التي كانت مجعولة عقيب أنظار المجتهد وليست ظنون المجتهد فيها إلّا واسطة في الثبوت لا واسطة للعروض، فليست الظنون معروضة لهذه الأحكام حتى يرد الإشكال الوارد على استصحاب الحجّة.

قلت: أولاً: هذا خلاف التحقيق الذي اخترناه في الطرق والأمارات من أنّ مفاد أدلتها ليس إلّا جعل الحجّة التي من أثرها التنجيز والعذر دون الأحكام المماثلة للمؤدّيات، وثانياً سلّمنا أنّ مفادها جعل الأحكام لكن ظنون المجتهد ليست حالها حال القطع في عدم وقوعها وسطاً لثبوت الأحكام لمعلقاتها فلا يقال: صلاة الجمعة معلومة الوجوب، وكلّ معلوم الوجوب واجب مقدّمته، بل نقول صلاة الجمعة واجبة وهكذا، وأمّا عند قيام الطريق المعبر نقول: صلاة الجمعة ممّا قام الدليل المعبر على وجوبها، وكلّ ما قام الطريق المعبر على وجوبه فهو واجب، فعلم أنّ حال استصحاب الحكم حال استصحاب الحجّة.

أقول أولاً: ما ذكره من أنّ التحقيق في الطرق جعل الحجّة، فيه بعد تسليم إمكان جعل الحجّة ابتداءً، أنّه لو لم تستتب هذه الحجّة حكماً كما لم يستتبها حكم فليس حالها إلّا حال الحجّة التي يحكم بها العقل في حال الانسداد في الظنون المطلقة في أنّه لا يجوز نسبة مضمونها إلى الشرع؛ إذ الحجّة لا تفيد إثبات الواقع، فاللازم على هذا المبنى عدم التمكن في العبادات من قصد القرية الجزئية

بل لا محيص عن الإتيان بها دائماً رجاءً فالصواب أنه على القول بجعل الحجية تستتبع جعل الحكم.

وثانياً: ما ذكره من أن الظن على خلاف القطع في وقوعه وسطاً، فيه أنه على هذا يكون الحال في الطرق الشرعية القائمة في حق المجتهد أيضاً بهذه المثابة، فإذا شك في زمان في بقاء الحكم الطريقي لابد أن لا يجري الاستصحاب فيلزم سد باب الاستصحاب في عامة الشبهات الحكمية؛ لأن الطريق حاله كالظن المذكور في وقوعه وسطاً وكما أنه يزول الظن بواسطة الموت يزول الطريق بواسطة طرق الشك.

فإن قلت: بناؤه - قدس سره - في الاستصحاب في موارد الطرق عند طرق الشك عليها هو استفادة الملازمة من أخبار الاستصحاب بين ثبوت الشيء واقعاً وبين بقائه تعبداً من دون مدخلية لصفة اليقين بالحدوث في الملازمة الشرعية أصلاً، وإنما شأنه الطريقيّة الصرفة، وإذن فالدليل على الثبوت يصير بضميمة أخبار الاستصحاب دليلاً على البقاء. قلت: هذا التقريب مشترك في المقامين فلم لا يقول في مقامنا أيضاً ذلك؟

ثم إنه قد يورد على ما ذكرنا من تخيير المجتهد بعد رجوع المقلد إليه عند موت المجتهد السابق بين الافتاء بمقتضى الاستصحاب بالبقاء وبين الافتاء بمقتضى الارتكاز بالعدول اشكالات:

أحدها: أن ما ذكرت من أنه ليس بين الفتوى بوجوب البقاء بالاستصحاب وبين الفتوى بوجوب الجمعة مثلاً مع قول الميت بحرمتها تناف وتعارض حتى يتساقط، بل بينهما التزام من قبيل التكليف بإنفاذ الغريقين اللذين يعجز عن الجمع بينهما حتى يكون حكمه التخيير غير مسلم؛ فإن البقاء ليس إلا نظير

التصديق في خبر الثقة معناه العمل الخارجي على طبق الفتوى فمحصل وجوب البقاء حرمة الجمعة وهو معارض مع الفتوى بوجوبها، ففي الحقيقة هنا فتويان: أحدهما بالحرمة والآخر بالوجوب، فلا بدّ من تساقطهما والرجوع إلى مقتضى العلم الإجمالي من الأخذ بأحوط القولين.

والجواب أنّ هذا الكلام في غاية السقوط فإنّه يستلزم محالّة اجتماع هذين الفتوتين للمجتهد الواحد، إذ يصير بمنزلة القطع بالمتناقضين مع بداهة إمكانه، والسّر أنّ أحدهما فتوى في المسألة الأصولية والآخر في الفرعية، ومن الممكن في الواقع وعالم الثبوت أن يجتمع حكم وجوب الجمعة وحكم حجية قول الميّت تعييناً دون الحي؛ إذ ليس هذا إلاّ الجمع بين الحكم الواقعي والظاهري الذي قد فرغنا منه، وإذا أمكن اجتماع الفتوتين للمجتهد فيتحقّق في حقّ المقلّد أمارتان: إحداهما: تكشف عن حكمه الواقعي الأوّل، والثانية: عن حكمه المجعول له في طول الواقعي فإن كان أمكن له الجمع تعيّن عليه فمع عدمه كان مخيراً.

ثانيها: أنّ الشك في المسألة الفرعية مسبّب عن الشك في المسألة الأصولية، فالشك في وجوب الجمعة وحرمتها مسبّب عن الشك في وجوب البقاء والعدول، فالفتوى بوجوب البقاء مزيل لموضوع الفتوى بوجوب الجمعة.

والجواب أنّا قد فرضنا اجتماع الفتوتين للمجتهد وفرضنا مرجعيته وحجية قوله في كلّ من الفتوتين في عرض واحد و لا تمنع بين حجيتيهما كما لا تمنع بين ذاتهما، والحاصل قد يقال: إنّ الشك في حجية الفتوى في الفرع وعدم حجيتيه، مسبّب عن الشك في حجية فتواه في الأصل وعدمها فالارتكاز رافع للشك الثاني، والفتوى في الأصل رافع للشك الأوّل وهذا غير صحيح؛ لأنّ دليل

الارتكاز يشمل فتاويه في عرض واحد وليس الشك في أحد فتاواه مسبباً عن الشك في الآخر.

ثالثها: أنّ الفتوى في الفرع كاشفة عن الحكم الواقعي الأولي وموضوع حجّة الفتوى في الأصل هو التحير وعدم وجدان الطريق إلى الواقع الأولي فمع وجود الفتوى في الفرع يكون المقلّد واجداً للواقع فلا يبقى لحجّة الفتوى الآخر في حقّه مجال؛ لارتفاع موضوعها وهو الشك في الواقع بحجّة الفتوى الأول.

والجواب أنّ موضوع الأمانة عدم القطع الوصفي بالواقع ومع الفتوى الفرعي شكّ المقلّد في الواقع وصفة تزلزله النفساني بوجود وغير مرتفع، فكما يكون الفتوى الفرعي حجة في حقّه فكذلك الفتوى الأصلي. نعم هذان الفتويان له حجتان ذاتيتان كفتوائين من مجتهدين حيّين متساويين، حيث إنّ فتوى الميت بسبب حجّيته بفتوى الحيّ يصير حجة ومضمونها حرمة الجمعة مثلاً، وفتوى الحيّ في الفرع وجوبها فحالتها في الحجّة الذاتية حال الفتوائين المذكورين، وكذلك في تخيير المقلّد من الابتداء في الأخذ بأيّهما شاء، فالدليل على التخيير في ذلك الباب هو الدليل في بابنا، وسيجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى في المبحث الآتي.

رابعها: أنّ ما ذكر كلّ بعد تسليم مقدّمة مسلّم وهي أنّ المقلّد بسبب جهله بالردع الشرعي إذا جاء بمقتضى فطرته بباب العالم الحيّ كان العالم أيضاً قابلاً له ومصداقاً إيّاه ولكن هذه المقدّمة في محلّ المنع، فإنّ اللازم عليه عدم قبوله وطرحه من بابيه بمقتضى الاستصحاب المذكور.

والجواب أنّه بناء على هذا فاللازم عدم إفتائه بالاستصحاب أيضاً وصيرورته بالنسبة إليه كعام آخر، فالحقّ أنّه شاكّ ومرجعه العالم وهو بفطرته جاء إلى العالم صحيحاً وحينئذ فيتم ما ذكرنا.

فصل

هل تقليد الأعلّم واجب أو لا؟ والكلام هنا في مقامين: الأول: هل قول المفضّل مع وجود الفاضل غير معتبر وحاله كالعامي في عدم تحقّق مناط الحجّية فيه رأساً، أو ليس كذلك، بل الحجّية الذاتية فيه محفوظة؟ فعلى الأول لو احتمل وجود التفاضل بين العلّماء وجب عليه الفحص لتمييز الحجّة عن اللاحجّة، والمقام الثاني: بعد إحراز الحجّية الذاتية فمع معلوميّة اختلافهما في الرأي هل التكليف التخيير أو تعيين الفاضل؟

فاعلم أولاً أنّ المقلّد لو اتّضح عليه بحسب فطرته تساويهما فلا كلام وليس الحال هنا كالمسألة السابقة عند إداء فطرة العامي إلى استواء الحيّ والميت، والفرق أنّه في تلك المسألة ورد الردع الشرعي فكان اللازم ردعه، وأمّا هنا فلم يرد ردع، بل إمّا ما ورد مهمّل وإمّا مطلق، وإن شكّ وتردّد بحسب فطرته فمرّجعه في إزالة هذه الشبهة لاحالة هو الفاضل؛ إذ تقليد المفضّل في مسألة تقليد المفضّل دوري.

ثمّ الفاضل ينظر فيما هو مقتضى الأدلّة، وليس في هذا الباب كالباب المتقدّم استصحاب إلّا في بعض الفروض النادرة، كما لو انحصر المجتهد في زمان في شخص فقلّده العامي ثمّ وجد من هو دونه في العلم، فربّما يقال: إنّ استصحاب الحجّية التّعينية في حقّ الفاضل هنا جارٍ ويتمّ في غيره بعدم الفصل، وفيه مضافاً إلى ما في التمسك بعدم الفصل هنا من الوهن أنّه منقوض بالمثل، كما إذا قلّد عن أحد المتساويين ثمّ صار الآخر أعلم فالعمدة هو النظر فيما هو قضيّة الأدلّة في المقامين المتقدمين.

فنقول: أمّا المقام الأول فيكفي خلوّ الروايات الواردة في باب التقليد وحجية الفتوى عن ذكر هذا القيد مع كثرتها وتظاferها مع ملاحظة أنّ التفاضل بين العلماء غير نادر لو لم نقل بأنّ التساوي نادر، فليس الحال فيه كالعدالة مع أنّ العدالة في بعضها مذكورة، وهذا لا عين ولا أثر منه فيها فإنّ ذلك ربّما يوجب القطع بأنّ ما هو المعيار والملاك للحجّة هو صفة العالمية بدون دخالة الفضل ولا بأس بالتيمّن بذكر بعضها :

فمنها: الأخبار الخاصّة الواردة في موارد مخصوصة، مثل قوله: «إذا أردت حديثنا فعليك بهذا الجالس»^(١) مشيراً إلى زرارة.

وقوله لابن أبي يعفور حين سأله عمّن يرجع إليه إذا احتاج: «ما يمنعك من محمد بن مسلم الثقفي الخ»^(٢).

وقوله للعرقوفي: «عليك بالأسدي يعني أبا بصير»، وقوله لعليّ بن مسيب: «عليك بذكرّيّا بن آدم القميّ المأمون على الدين والدنيا»^(٣).

وقوله لعبد العزيز بن المهدي حينما قال: ربّما احتاج ولست في كل وقت ألقاك أفيونس بن عبد الرحمان ثقة أخذ عنه معالم ديني؟ فقال: «نعم»^(٤) وقوله لأحمد بن إسحاق حين قال من أعامل وعمّن أخذ وقول من أقبل؟ فقال: العمري ثقتي فما أدّى إليك عنيّ فعنيّ يؤدّي وما قال لك عنيّ فعنيّ يقول، فاسمع له وأطع فإنّه الثقة المأمون»^(٥) وقول الصادق -عليه السلام- لأبان بن تغلب: «اجلس في

١- الوسائل: ج ١٨، ب ١١، أبواب صفات القاضي، ص ١٠٤، ح ١٩.

٢- المصدر نفسه: ص ١٠٥، ح ٢٣.

٣- المصدر نفسه: ص ١٠٦، ح ٢٧.

٤- المصدر نفسه: ص ١٠٧، ح ٣٣.

٥- المصدر نفسه: ص ١٠٠، ح ٤.

مجلس المدينة وأفت الناس فلماي أحب أن يرى في شيعتي مثلك»^(١) وقوله: «أنت أبا بن تغلب فإنه قد سمع مني حديثاً كثيراً»^(٢)

ومنها: الأخبار العامة مثل مقبولة عمر بن حنظلة^(٣) ومشهورة أبي خديجة^(٤) فإن أرجاعه المترافعين إلى مدرك الحكمين يدل على عموم المترافع فيه للشبهة الحكمية وفصل الخصومة بحكم الحكم في الشبهة الحكمية لا يتم إلا بالتقليد وحجية الفتوى، ومثل التوقيع الشريف: «وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا» الخ^(٥) فإن الحوادث تشمل الشبهات الحكمية قطعاً، ومثل قوله في رواية الاحتجاج: «فأما من كان من الفقهاء صائناً لنفسه حافظاً لدينه مخالفاً على هواه مطيعاً لأمر مولاه فللعوام أن يقلدوه»^(٦)، ومثل ما عن المحاسن في محكي البحار قال أبو جعفر - عليه السلام -: «وبقول العلماء فاتبعوا» إلى غير ذلك، هذا مضافاً إلى قضاء الفطرة بذلك أيضاً فإن ملاك رجوع الجاهل إلى العالم وهو كونه مقتدرًا على الدخول في المسألة بطرقها الصحيحة بحيث صار احتمال خطائه في شخص كل مسألة موهوماً مشترك بينهما.

بل نقول: لو فرض أن الكبرى في المقام كانت هي رجوع الجاهل إلى الأعم كان الرجوع إلى العالم طريقاً إليه فإن حكم الله واحد وبعد ما كان مؤدى نظر العالم حكم الله وليس نظر الأعم وراء حكم الله فلاحالة يكشف نظر العالم عن نظر

١- مستدرك الوسائل: ج ١٧، باب ١١، أبواب صفات القاضي، ص ٣١٥، ح ١٤.

٢- الوسائل: ج ١٨، ب ١١، أبواب صفات القاضي، ص ١٠٧، ح ٣٠.

٣- المصدر نفسه: ص ٩٩، ح ١.

٤- المصدر نفسه: ص ١٠٠، ح ٦.

٥- المصدر نفسه: ص ١٠١، ح ٩.

٦- المصدر نفسه: باب ١٠، ص ٩٤، ح ٢٠.

الأعلم أيضاً، ألا ترى في مراجعة المرضى إلى الأطباء حيث إنهم مع القدرة على الأستاذ يكتبون بأخذ النسخة من التلميذ وهو طريق عندهم لموافقة الأستاذ أيضاً.

وبالجملة أظن أن هذا المقام ، أعني : اشتراك العالم والأعلم في الحجية الذاتية وعدم كونه كالعامي مما ينبغي القطع به وعدم الارتباب فيه من جهة الاطلاقات ومن جهة الارتكاز.

وأما المقام الثاني وهو كون فتوى الأعلم حجة تعيينية عند العلم بالمخالفة مع فتوى غيره وعدمه، فاعلم أولاً: أن الفتوى والرأي لاموضوعية لهما بأن يكون اتباع العالم مولداً للحكم في حق المقلد حتى لا يكون تعارض في دليل التقليد بالنسبة إلى شموله للمتخالفين في الفتوى، بل شأنها الطبقية والإخبار عن الحكم الواقعي اللوح المحفوظي، وحيثئذ يتحقق التعارض لأن الحكم المشترك بين العالم والجاهل واحد.

فإن قلت: حكم الله الواقعي وإن كان واحداً لكن الحكم الظاهري يختلف باختلاف الأشخاص على ما ذكرت من أن الخطأ في الاستنباط غير الخطأ في الطريق، وعلى هذا فأحد المجتهدين يخبر عن أن الحكم الظاهري كذا والآخر يخبر بأنه خلافه، وكل في موضوعه صحيح، والمقلد بأيها أخذ دخل في ذلك الموضوع.

قلت: أما إذا كان مدرك الفتوى هو الطريق فلسان الطريق هو الإخبار عن الواقعي الأولي ولسان دليل حجتيه أيضاً هو المشي على وفقه عملاً وقولاً ولازم ذلك صحة الإخبار بمضمونه بعنوان الواقع، وأما إذا كان هو الأصل فموضوعه الشك بعد الفحص وهو غير موجود في المقلد لأصالة ولانيابة، أما الأول

فواضح، وأمّا الثاني فلوقوع السيرة على خلافه، فهذا الموضوع بعد تحقّقه في المجتهد يخبر هو بحكم الأصل بعنوان الواقع اللوح المحفوظي المشترك بين جميع العباد والمقلّد يأخذ عنه بهذا اللحاظ.

وبالجملة بعد فرض أنّ لسان نفس الفتوى هو الإخبار عن الواقع ولسان دليل حجّيته أيضاً هو اعطاء الحجّية بهذا الاعتبار فلاحالة يقع التعارض بين فرديهما المتخالفين.

إذا عرفت ذلك فنقول: لا إشكال في حجّيتهما في المدلول الالتزامي أعني نفي الثالث، وأمّا بالنسبة إلى المدلول المطابقي، فالدليل الدالّ على أصل حجّية الفتوى حاله حال الدليل على أصل حجّية خبر الثقة في أنّه غير شامل لصورة التعارض سواء النقل والارتكاز، فإنّ مناط رجوع الجاهل إلى العالم إذا كان مجرد وصف العلم كما هو المفروض فالأعلميّة كالحجر المضموم جنب الإنسان والمفروض استواؤهما فيما هو الملاك فلا يحيص عن تساقطهما، ثمّ الأخذ بأحوط القولين على حسب القاعدة الأوّليّة.

إلاّ أنّه ربّما يمكن الاستدلال على تقديم الأعلّم بمقبولة عمر بن حنظلة حيث حكم بترجيح الأفقه عند التعارض بتقريب أنّ صدر المقبولة وذيلها يشهدان على أنّ الاعتبار بحكم القاضي في الشبهة الحكمية من باب عرفانه بأحكامهم - عليهم السلام - وأنّ ما يحكمه حكمهم من دون مدخليّة لو صف القضاء وفصل الخصومة في ذلك، ففي هذا الموضوع حكم بترجيح الأفقه عند التعارض، فإن قلنا بعدم مدخليّة وصف القضاء فيه أيضاً فهو نصّ في المطلوب وإن شككنا من جهة احتمال أن تكون خصوصيّة الترجيح لأجل خصوصيّة المقام لعدم انقطاع

الخصومة بالتخير، فلا أقلّ من استفادة أصل وجود الملاك في الأفقه في الأعم من المقام ومقام الفتوى فيدور الأمر في مقام الفتوى بين التخير والتعيين، والأصل فيه هو التعيين، هذا كله في صورة التفاضل.

وأما صورة التساوي في الفقاهاة مع الاختلاف في الفتوى فاعلم أنّ في ذيل المقبولة وإن حكم بالاحتياط لكن لاحتمال دخل خصوصيّة المقام في ذلك لا ينافي الدليل على التخير في مقام الفتوى لو كان، فنقول يمكن استفادته من طوائف من الأخبار.

الأولى: المقبولة المتقدمة حيث حكم بالتّرجيح مع الأفقية ولا يتمّ الترجيح إلّا مع وجود أصل الملاك في غير الأفقه ولازم ذلك التخير عند التساوي.

والثانية: الأخبار الواردة في علاج الخبرين المتعارضين الحاكمة بالتخير فمنها: خبر سماعه عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال سألته عن رجل اختلف عليه رجلان من أهل دينه في أمر كلاهما يرويه أحدهما يأمر بأخذه والآخر ينهاه عنه كيف يصنع؟ قال: يرجئه حتى يلقي من يخبره فهو في سعة حتى يلقاه»^(١)

تقريب الاستدلال أنّ التخالف والتكاذب بين الرجلين لا يتحقّق بصرف نقل أحدهما قولاً عن الغير ونقل الآخر خلافه عنه مع عدم جزم منهما بصدق مضمون ذلك القول ومطابقته مع الواقع، غاية الأمر يتحقّق الاختلاف بين قولي المنقول عنه وإذن فينحصر مورد الرواية في المفتين المتخالفين، ويشهد لذلك قوله: أحدهما يأمر بأخذه والآخر ينهاه عنه، ولا ينافيه قوله: كلاهما يرويه، لأنّ مدرك فتوى المفتي أيضاً هو الروايات فهو يخبر عن محصل ما استفاده من مجموع

الروايات فيكون الحكم هو السعة والتخيير.

ومنها: مرفوعة زرارة «قال: سألت أبا جعفر - عليه السلام - فقلت: جعلت فداك يأتي عنكم الخبران أو الحديثان المتعارضان فبأيهما أخذ؟ وفي آخره بعد فرض التساوي قال: إذن فتخير أحدهما فتأخذ به وتدع الآخر».^(١)

تقريب الاستيناس أن المستفاد من مثل التوقيع الشريف «وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة أحاديثنا»^(٢) أن المرجعية ليست في نقل الألفاظ بدون فهم معانيها واستنباط مداليلها، بل معنى المرجعية هو حجية ما استنبطه منها برأيه، غاية الأمر إن الفقيه يأخذه ويضمه إلى سائر الأمارات التي بيده والمقلد يأخذه ويعمل به وإذن فيدخل قول المفتين في قوله يأتي عنكم الخبران المتعارضان لما عرفت من أن المفتي لا يفتي بشيء إلا ويعتقد أنه مضمون الأخبار الصادرة عنهم - عليهم السلام - وبمجرد سهولة هذا المعنى وخفة مؤنته في الصدر الأول وصعوبته واحتياجه إلى مقدّمات صعبة في هذا الزمان لا يوجب الفرق.

ثم على فرض الانصراف إلى الرواية المصطلحة المقابلة للفتوى نقول يمكن الاستئناس بعموم التعليل المستفاد من بعض هذه الأخبار من قوله «وبأيهما أخذت من باب التسليم كان صواباً» فيستفاد منه أن مناط الجواز كون الأخذ على وجه التسليم فيجري ذلك في الفتوى أيضاً.

الطائفة الثالثة: أخبار حجية قول العلماء فإنها بإطلاقها شاملة لحال التعارض، لا يقال: ما الفرق بين هذه الأخبار وأخبار حجية أخبار الثقات، فكما

١- مستدرک الوسائل: ج ١٧، ب ٩، أبواب صفات القاضي، ص ٣٠٣، ح ٢.

٢- الوسائل: ج ١٨، ب ١١، أبواب صفات القاضي، ص ١٠١، ح ٩.

قلتم هناك بعدم الإطلاق لها بالنسبة إلى حال التعارض فلا بدّ أن تقولوا بمثله في المقام.

لأنّا نقول: بين مدلول الأخبار في المقامين فرق، فمدلولها في باب الخبر - حيث إنّ موارد الخبر وقائع متعدّدة فواحد منها في باب الصلاة والآخر في الصوم وهكذا - يكون إعطاء الحجّة التعينيّة في كلّ فرد فرد، وهذا المعنى أعني الحجّة التعينيّة يمتنع تحقّقه في المتعارضين كليهما، ولأجل هذا إطلاق الأخبار غير شامل لحال التعارض وهذا بخلاف المقام؛ فإنّ العالم عبارة عمّن يعلم كلّ مسألة ويعرف حكم كلّ واقعة فعند تعدّد أفراد هذا العنوان لا معنى للحجّة التعينيّة لكلّ فرد بعد كفاية واحد منها للمرجعيّة، فمدلول الأخبار هنا حجّة الواحد على البدل، وهذا المعنى يمكن حفظ إطلاقه بالنسبة إلى حال التعارض كما هو واضح، وبالجمله حال فتاوى المجتهد الواحد في تمام الوقائع من أوّل الفقه إلى آخره حال أخبار الثقة كذلك، فكما أنّ الحجّة بالنسبة إلى فتاوى الفقيه الواحد تعينيّة ولا معنى للتخيير بينها فكذلك بالنسبة إلى أخبار الثقة، وأمّا فتاوى فقيه مع فتاوى فقيه آخر فلا معنى لحجّتهما تعيناً، بل المتعين هو الحجّة التخيريّة. وإن شئت قلت: إنّ الطبيعة في جانب الخبر أخذت بنحو الوجود الساري فكّل فرد متّصف بالحجّة استقلالاً.

نعم لو توارد في قضية واحدة أخبار عديدة فالحجّة قائمة بالجامع من حيث المدلول المطابقي والالتزامي معاً مع التوافق في المضمون، ومن حيث الالتزامي فقط مع التخالف فيه، وأمّا الطبيعة في جانب الفتوى فقد أخذت على نحو صرف الوجود.

لا يقال: إذا كان مأخوذاً بهذا النحو والمفروض أنَّ صرف الوجود في الخارج قائم بالمجموع، فاللازم حجّة المجموع وهو خلاف المقصود. لأنّا نقول: لو أمر المولى عبده بتصدّق درهم بصرف وجود الفقير وكان أفراده في البلد عشرة يكفي في الامتثال إعطاء الدرهم واحداً منهم بلا شبهة، فكذا الحال في الحجية في المقام فإنّها منتزعة على وجهه ومستكشفة على آخر من الأمر بالأخذ بقول العالم ومن المعلوم انطباق صرف وجود الأخذ بقول العالم على الأخذ بقول عالم واحد. نعم لا يمكن التمسك بالسيرة والارتكاز فإنّ مبناها على رجوع الجاهل إلى العالم من باب الطريقية، والمتعارضان لاطريقية لأحدهما، فالأخبار إن كانت تقريراً لهذا الأمر الارتكازي كان الأمر فيها أيضاً كذلك، ولكن إذا كانت بصدد إفادة أمر زائد كما قلنا فلامانع من التمسك بإطلاقها.

لا يقال: هذا ينافي مع كون وصف العالم في هذه الأخبار مأخوذاً على نحو الجهة التعليلية كما هو الظاهر إذ معنى هذا أنّا إن احتملنا كون العالم جاهلاً في خصوص شخص المسألة المسؤول عنها يسد الأخبار باب هذا الاحتمال لكونها متعرّضة لتطبيق العالم عليه وهذا غير متمشٍّ في مقام التعارض لعدم إمكان كون كليهما عالماً فيتعارض الخبر بالنسبة إليهما.

لأنّا نقول: لا إشكال في صدق عنوان العالم على المتخالفين كليهما، إذ المراد به من كان بحيث لو خلّي وطبعه يفيد قوله الجزم العادي بالواقع فيخرج منه العارف بباب الصلاة بالنسبة إلى باب الصوم، وأمّا المتخالفان في الفتوى فكلاهما موصوفان بهذا المعنى، نعم لا يفيد قولهما الجزم بملاحظة المعارضة بالمثل ولا ينافي هذا مع إفادة كلّ منهما الجزم لو خلّي وطبعه.

نعم ما ذكرنا مبنيّ على استظهار إطلاق الأخبار لحال الاختلاف، ومن القريب دعواه؛ إذ كيف يمكن سكوت هذه الأخبار عن حال الاختلاف مع كون مسألة إرجاع العوام إلى العلماء من المسائل المهمة والمبتلى بها في جميع أزمنة الغيبة، وعدم كون اختلاف علماء العصر أمراً نادراً بل كثير الوقوع في جميع الأعصار، وهذا غير قيد العدالة والذكورة فإنّ حالهما ليست على هذا المنوال.

ومن هنا يظهر إمكان التمسك بإطلاق الأخبار لدفع احتمال تعيين الأفضل عند التفاضل بعين هذا البيان، والإرجاع إلى الأفقه في المقبولة خاصّ بباب المخاصمة لعدم قبوله للتخيير كما هو واضح.

ويمكن التمسك بالمقبولة المتقدّمة بوجه آخر وهو أنّ قوله -عليه السلام- : «انظروا إلى رجل منكم قد روى حديثنا... الخ» مطلق شامل لما إذا كان غير هذا الرجل موجوداً أو لا، وعلى الأوّل كان مخالفاً أو موافقاً، وعلى الأوّل كان أفقه منه أو مساوياً، وليس الإرجاع إلى الأفقه المذكور في الذيل دافعاً لهذا الإطلاق إذ هو حكم في موضوع غير ما فرضه الصدر؛ فإنّ مفروض الصدر إرجاع المترافعين إلى رجل واحد، وفي الذيل اختيار كلّ منهما رجلاً وهذا موضوع آخر، فالتشقيق في هذه الصورة بين صورة كون المخالف أفقه وغيره ممّا يؤكّد إطلاق الصدر، فكأنّه كان من المسلّم عند السائل أنّها لو اتّفقا على اختيار أحد هذين المتخالفين ولو مع العلم بتخالفهما ما كان به بأس وكان مفهوماً حكمه من الصدر فخصّ السؤال بصورة عدم اتّفاقهما واختيار كلّ واحداً من المتخالفين.

وحيثنّذ فإرجاع الإمام إلى الأفقه إمّا يستفاد منه الملاك الكلّي فيستفاد منه أنّه ولو كانا متّفقيين على اختيار واحد أيضاً لا يجوز لهما اختيار غير الأفقه مع العلم

بالتخالف، وإما لا يستفاد هذه الكلية منه لاحتمال كونه مخصوصاً بمقام اختلافهما في الاختيار، فعلى الأول يقيد إطلاق الصدر من جهة مساواة الأفقه وغيره مع التخالف ويبقى بحاله من جهة مساواة المتساوين مع التخالف، وعلى الثاني يبقى إطلاقه من كلتا الجهتين وعلى كل حال يدل على المدعى.

هذا كله هو الكلام في استفادة أصل التخيير وهل بعد الفراغ عن أصله يجوز للعامي بعد الأخذ بفتوى فقيه، العدول منه إلى فقيه آخر أو لا؟ مجمل الكلام في المقام أن للعدول بحسب التصور ثلاثة أقسام:

الأول: أن يكون العدول بعد الأخذ فقط بدون اقترانه بالعمل.

والثاني: أن يكون بعد الأخذ والعمل لكن في شخص تلك الواقعة كما لو صلى بلا سورة على رأي أحدهما فأراد إعادتها على رأي الآخر الموجب للسورة.

والثالث: أن يكون بعدهما لكن للواقعة المستقبلية.

أما القسم الوسط فتارة يبحث فيه من حيث عموم الأدلة وإطلاقها وأنه هل يستفاد منها جوازه، وبعبارة أخرى كون التخيير على وجه الاستمرار، وأخرى في أنه بعد الغض عن دلالتها هل يمكن التشبث بالاستصحاب في إثبات الجواز أم لا.

أما الأول: فالمفروض أن مفاد الأدلة هو التخيير بين الأخذ بهذا الفتوى أو بذاك، وهذا المعنى قد تحقق وحصل امثاله بالفرض، وحصوله بعد ذلك تحصيل للحاصل.

إن قلت: لكن مقيداً بالزمان اللاحق غير حاصل فيمكن اقتضاء الأمر له بهذا الاعتبار كما في لاتشرب الخمر حيث إن صرف وجود الشرب في جميع الآتات

مبغوض بحيث لو شرب في زمان لم يسقط النهي، ووجهه مع عدم قابلية صرف الوجود للتكرار ما ذكرنا من اعتبار التقييد بالأزمة فصرف الوجود في كل زمان غيره في زمان آخر، وحينئذ نقول في المقام أيضاً إنّ الوجوب التخييري بين أحد الفتوتين إذا لم يلحظ الأزمنة قيلاً للأخذ الذي هو موضوعه كان الحال كما ذكرت لكن بعد أخذه كذلك لامانع من تصوّر التكرار فيه.

قلت: الأخذ أعني عقد القلب على مضمون أحد الفتوتين أمر واحد ممتدّ، ولا يعتبر الإحداث فيه بالنسبة إلى ثاني الحال من وجوده، وقد فرضنا أنّ لسان الدليل اعتبار الإحداث، فكأنّه قال: أحدث الأخذ بهذا الفتوى أو أحدث الأخذ بذلك، ومجرد أخذ الزمان قيلاً لا يجدي في تصوّر الإحداث في الآن الثاني؛ فإنّ ذات العقد عنوانه البقاء.

نعم القيد وهو الزمان حادث والمقيّد وإن كان حينئذ حادثاً لكنّ الأمر بالإحداث فيه مساوق للأمر بإحداث الزمان، نظير ذلك زيد إذا أخذ متكرّراً بعدد الأزمان فإنّ ذات زيد متّصفة بالبقاء. نعم المقيّد منها بالزمان باعتبار القيد متّصف بالحدوث، وإن أبيت عن ذلك باعتبار أنّه يكفي في القدرة على إحداث المقيّد كون نفس الذات ولو بعنوان البقاء مقدوراً، وبعبارة أخرى مقدورية أحد أجزاء منشأ انتزاع أحداث المقيّد، لكن نقول: لم يؤخذ في متعلّق الأمر إلّا ذات الأخذ وإنّها لوحظ الزمان ظرفاً، وقد عرفت أنّ حاله حال الأعيان في عدم التكرّر بتكرّر الزمان. وهذا بخلاف الحال في المثال فإنّ صرف الوجود للشرب في كل زمان ولو أخذ الزمان ظرفاً غير صرف الوجود في الزمان الأوّل، فعلم أنّ لسان الأمر المذكور لو كان باقياً في الآن الثاني كما كان في الأوّل كان طلباً لتحصيل الحاصل.

نعم يمكن هنا أمر آخر بلسان آخر وهو أنّ العمل الذي عملت تكون أنت مختبراً بين الاستدامة عليه وبين رفع اليد عنه والأخذ بالفتوى الآخر، لكنّ الجمع بين هذا اللسان واللسان الأول في الدليل مستلزم للجمع بين اللحاظين نظير ما قيل في الجمع بين الاستصحاب وقاعدة الطّهارة في كلّ شيء طاهر، إذ يلزم الجمع بين لحاظ الإحداث المتفرّع على عدم الفراغ من الوجود ولحاظ الإبقاء المتفرّع على الفراغ من أصل الوجود، وقد فرضنا أنّ معنى الأمر أيضاً هو طلب الفعل والإيجاد والإحداث لا الأعمّ منه ومن الإبقاء.

ومّا ذكر يعرف الحال في الاستصحاب؛ فإنّ المتيقّن وهو قضية التخيير بين الإحداثين غير ممكن الجرّ في الزمان الثاني وما يمكن جعله وإنشاؤه فيه وهو التخيير بين إبقاء هذا واحداث ذاك ليس له حالة سابقة.

فإن قلت: نحن نستصحب الحكم التعليقيّ الثابت للفتوى الآخر الغير المأخوذ فنقول: كان بحيث لو أخذ به كان حجة وجاز العمل به فالآن كما كان.

قلت: الحجية الثابتة سابقاً حجة مبهمة وقد فرضنا زوالها بواسطة تطبيقها على أحد طرفيها فهي مقطوع الزوال فحالتها حال الملكية المشاعة في أنّه لابقاء لها بعد الإفراز فلا يمكن استصحاب الملكية السابقة بعد الافراز، هذا حال القسم الوسط.

وأما حال القسمين الآخرين أعني: ما إذا عدل بعد الأخذ فقط أو بعد الأخذ والعمل لكن في الوقائع المستقبلية، فمحصل الكلام فيها أنّه لا بدّ من مراجعة أدلة إرجاع العامي إلى الفقيه كأدلة إرجاع الفقيه إلى خبر الثقة أو إرجاعه

في المتعارضين إلى الأخذ بأيّهما شاء بقولهم: «بأيّهما أخذت من باب التسليم وسعك»، وأنّه ما معنى التقليد، والرجوع في القسم الأوّل والأخذ في القسم الثاني، هل المراد بالعنوانين هو التعلّد والبناء القلبي والالتزام الباطني بالمضمون فهذا الفعل الجوانحي صار مأموراً به في هذه الأخبار في البابين، أو أنّ المراد بهما هو العمل الجوارحي على طبق مقول العالم أو العادل، وفي الطائفة الثانية أعني: «قولهم بأيّهما أخذت من باب التسليم» أيضاً هو العمل الخارجي على طبق المضمون مسلماً يعني بانياً على كونه مطابقاً لحكم الله الواقعي.

ويتفرّع على الوجهين أنّه على الأوّل يكون التكليف بالأخذ في الأخبار مختصّاً بالمجتهد فالთخير في الخبرين المتعارضين يكون للمجتهد، إذ الأخذ موقوف على فهم المضمون من نفس الخبر وهو مخصوص بالمجتهد، وعلى الأخير يكون مشتركاً بين المجتهد والمقلّد، غاية الأمر إنّ الفهم مختص بالأوّل، فالثخير لهما فعلى الأوّل يفتي المجتهد في الخبرين بما يختار، وعلى الثاني يفتي بالثخير، فإن قلنا بأنّ التقليد هو الأخذ والتعلّد، غاية الأمر بقصد العمل فالحال كما تقدّم من أنّ الأخذ أمر وحداني إذا حصل في زمان فلا يعقل حصوله ثانياً. نعم الممكن إثبات اليد ورفعها عنه فلا يمكن استفادة الاستمرار لا بالدليل ولا بالاستصحاب.

وإن قلنا بأنّه العمل فلا اشكال في إمكان بقاء الأمر التخييري في كلا القسمين، أمّا في الأوّل فلائّه بعد ما عمل بالثخير لأنّ المفروض أنّه قبل العمل وأمّا في الثاني فلائّه كل عمل واقعة على حدة يتصوّر فيه الإحداث، فإذا صلّى الجمعة في أسبوع على طبق فتوى أحد الفقهاء فلا مانع من بقاء التخير في الأسبوع الثاني؛ لأنّ مفاده: طبق العمل الخارجي إمّا على هذا أو على ذاك، وهذا

المعنى من الممكن فيه اعتبار لزوم البقاء على ما اختاره في الواقعة الأولى في سائر الوقائع واعتبار التخيير في كل واقعة من دون لزوم محذور أصلاً، وكذلك لو فرضنا عدم الإطلاق في الأدلة بالنسبة إلى ما بعد الاختيار لامانع من جريان الاستصحاب.

وحيث إنّ الكلام مبنيّ على اختيار أحد الوجهين في الأخبار فنقول: من القريب جداً أن يقال: إنّ المتفاهم عرفاً من أمثال هذه الأوامر أعني قولهم: «لاعذر لأحد من موالينا في التشكيك فيما يروي عنّا ثقاتنا» وقولهم: «فللعوام أن يقلّدوه» وقولهم: «بأيّهما أخذت من باب التسليم وسعك» إلى غير ذلك إنّما هو تطبيق العمل الخارجي دون التعلّم والعقد القلبي، واللفظ وإن كان هو الأخذ لكن ينساق إلى الذهن أنّه قد عبّر عن نفس العمل الجوارحي بهذا التعبير.

فإن قلت: فما معنى حجّة الخبرين أو الفتوائين المتعارضين حينئذ؛ فإنه لو كان المأمور به هو الأخذ والتعلّم القلبي أمكن أن يقال: إنّ الحجية تتبع الأخذ فبأيّ أخذ وتشبّث كان هو حجة بينه وبين ربّه، وعلى هذا لا بدّ أن يكون المبهم بين الأمرين حجة ولا معنى لحجّة المبهم بالنسبة إلى المدلول المطابقي.

قلت: لامانع منه كالملكيّة المشاعة فاختيار تعيينه بيد المكلف يجوز له إخراجها عن الإبهام تعيينه على هذا أو ذاك.

وحاصل ما ذكرنا أنّ المتبادر من الأخبار هو العمل باعتماد على قول العالم لا مجرد عقد القلب على المضمون فلا يحصل امتثال هذه الأخبار بمحض البناء القلبي ولو لأجل العمل مالم يلحقه العمل فالمقصود الأصلي هو العمل لكن

لامطلقاً بل بقيد كونه مأخوذاً عن العالم وبانياً على أنه على وفق حكم الله، ولهذا يتصور التخيير فيما إذا كان مضمون أحد العنوانين الوجوب والآخر الإباحة فلا يلزم التخيير بين الفعل والترك، فإنه إما يفعل على أنه مما قال بوجوبه المفتي، وإما يترك على أنه مما قال باباحته المفتي بمعنى أن يكون هذا وجهة لعمله وهو غير قصد القربة.

فإن قلت: يلزم عدم الإجزاء لو طابق عمله قول أعلم العصر ولكن لم ينقذح في ذهنه هذا المعنى.

قلت: نعم سقوط الإعادة والقضاء عنه في اللاحق إنَّما يكون باطلاعه على فتوى أعلم فلو لم يطلع ومات وكان حكم الله على خلاف ما أفتى به أعلم كان مستحقاً للعقوبة لو قصر بعد التفاته في الفحص عن قول أعلم.

فإن قلت: ما الفرق بين جعل الأخذ بالمعنى القلبي نفس متعلق الأمر في هذه الأخبار أو قيداً لمتعلقه حيث قلت إنَّ في الأول يلزم اجتماع اللحاظين لو أراد التخيير حدوثاً وبقاءً، وقلت في الثاني بعدم لزومه، فإنه يقال: لو أخذ القيد هو الأخذ بالمعنى الحدوثي لا يمكن ملاحظة البقاء ولو انعكس، انعكس.

قلت: لحاظ الحدوث إنَّما يجيء من قبل الهيئة لا المادة فإذا جعل تحت الهيئة الأخذ كان المعنى أحدث الأخذ، وإذا جعل متعلقه العمل مع تقيده بالأخذ فالمعنى أحدث العمل المتقيد بالأخذ، وأمَّا القيد فهو أعم من الحدوث والبقاء، وعلى هذا فالأقوى جواز العدول وإن كان الأحوط الترك لكن إلى المساوي وأمَّا إلى أعلم فواجب بمقتضى المقبولة كما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى بعيد هذا.

فصل

قد عرفت إطلاق أخبار الباب لحال التعارض على خلاف أخبار حجية الخبر لأجل اختلافهما في اللسان من حيث إفادة الحجية التخييرية والتعينية فنقول: هذا الإطلاق بعينه يمكن دعواه في طرف نفي تعيين الأعلام، فإن التفاضل أمر غالب في تمام الأعصار فكيف يمكن سكوت الأخبار عنه مع كونها بصدد إعطاء القاعدة الكلية المستمرة في تمام أزمنة الغيبة وعدم التمكن من المعصوم، ولكن يمكن تقييد الإطلاق من هذه الجهة بما في المقبولة من تعيين الأفقه عند التعارض.

بيان ذلك: أن الظاهر من صدر الرواية أن ارجاع المترافعين إلى المتّصف بالصفات المذكورة إنّما هو لأجل كون أحكامهم مودوعة عنده فإذا راجعهم وجدوا الأحكام عندهم فتنفصل الخصومة بوصول تلك الأحكام إليهم؛ وذلك لظهور قوله - عليه السلام - : «قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا»، فإنه يتبادر منه أن وجهة النظر كون هذا الرجل عيبة علومهم ومحلّ أحكامهم، فأولاً منعهم عن مراجعة الجبت والطاغوت ثم أمرهم بمراجعة أحكامهم فناسب بيان محلّ هذه الأحكام، فقالوا في هذا المقام أحكامنا عند هذا الشخص الكذائي ثم في هذا المقام أبدى السائل سؤالاً وهو صورة اختلافهما في تعيين المرجع واختلاف المرجعين في الحكم فقال في الجواب: الحكم بالنسبة إلى كليهما حتى من أخذ بقول غير الأفقه الرجوع إلى قول الأفقه، فيعلم منه أن العدول إلى الأعلام واجب استدامةً فكذا ابتداءً لعموم العلة المستفادة.

فإن قلت: لعل لخصوصية المورد وكونه المخاصمة مدخلاً في هذا الحكم.

قلت: قد عرفت أنّ الصدر كان بمقام بيان محلّ يرجع إليه لمعرفة الأحكام فهذا النظر محفوظ في هذه الفقرة أيضاً فكأنّه قال: في الصورة التي فرضت يكون أحكامنا عند من هو أفقه.

لكن لا بدّ من تحقيق أنّ المستفاد من هذه الفقرة التقييد بصورة المعارضة الواقعيّة فلو شك في أصل المعارضة كان حجّة قول المفتي مشكوكة لاحتمال معارضة الغير مع كونه أعلم، أو أنّ المتيقّن منه صورة المعارضة المعلومة، نعم في هذه الصورة جعل المرجع هو الأعلّم الواقعي لا الأعلّم المعلوم، الأقوى هو الثاني لأنّ مفروض السؤال هو هذه الصورة أعني: كون المعارضة مفروغاً عنها وملتفتاً إليها، فلا يمكن الأخذ بإطلاق الحوادث لالوجود القدر المتيقّن بل لوجود ما يصلح للقيديّة في الكلام، ويظهر الفرق بينهما بملاحظة قول المولى في جواب السؤال عن زيد: أكرم العالم، وقوله في جواب السؤال عن استعمال الإناء المفضض: اعزل فيك عن موضع الفضّة، فإنّه في الأوّل لايتوهم أحد كون الزيديّة قرينة لإرادة الخاص من قوله العالم؛ فإنّه لو أراد الخاص لقال أكرمه، نعم زيد قدر متيقّن، وأمّا في الثاني فلا يمكن الحكم بإرادة جنس الفضّة كما لو كانت قضية ابتدائية؛ فإنّ الواجب حينئذ الحكم بحرمة وضع الفم على جنس الفضّة مطلقاً، وأمّا بعد سبق هذا السؤال فمن المحتمل إرادة المتكلّم هذه الفضّة الخاصة وكان اتكاله على مورد السؤال.

وحينئذ فنقول: مقامنا من هذا القبيل فإنّ فرض السائل صورة معلوميّة المعارضة دون الأعلميّة، فلا جرم لم يبق للجواب إطلاق بالنسبة إلى أصل المعارضة من حيث معلوميتها وعدمها ويبقى إطلاقه بالنسبة إلى الأعلّم، وحينئذ فإطلاق الصدر وإن كان بملاحظة الاحتفاف بهذا الذيل يصير ساقطاً ولكن إطلاق سائر

الأخبار محفوظة فنحكم بالتخير بين الفتاوى مع عدم علم بالمعارضة وبعد العلم يكون المرجع هو الأعلم، فالفحص عن الأعلم في صورة الشك في المعارضة غير واجب، وبعد إحراز المعارضة واجب، هذا هو الحال في الفتوى.

وأما الخبر فالواجب فيه الفحص في صورة الشك في أصل المعارضة وبعد إحرازها عن عدم الأقوى؛ وذلك لأنّ دليل التخير في الخبر علّقه على المعارضة الواقعية وعدم الأقوى، وأمّا أدلّة أصل الحجية فناظرة إلى حال عدم المعارضة الواقعية، فلا جرم عند تردّد الأمر بين المعارضة وعدمها نشكّ في تحقق موضوع الحجية في الخبر والبناء على حجتيه موقوف على الفحص ووجدان عدم المعارض أو وجدان عدم أقوائته.

ثم إنّ في المقبولة ذكر الأعدل والأصدق في الحديث والأورع مع الأفقه فهل المرجح هو المجموع أو كلّ مرجّح مستقلّ؟ الظاهر الثاني، بقرينة قول السائل: فإنّهما عدلان مرضيان عند أصحابنا لا يفضل واحد منهما على الآخر، فإنّه يعلم منه أنّ المعيار مطلق الفضل ولا خصوصيّة لوصف الاجتماع فيستفاد منه أنّ مع التساوي في الفقاهاة لو كان أحدهما أورع فهو المقدم.

إن قلت: الظاهر كون الرواية بصدد المرجّحات في الرواية لا في الفتوى؛ فإنّ الأورعية والأصديّة والأعدلية بهذا المقام أنسب منها بباب الفتوى بل وكذا الأفقيّة؛ فإنّ الأفقيّة في مقام الفتوى إنّما تصير مرجحاً لكونه أبصر بفهم معنى الرواية، وفي المقام قد فرض أنّ بيد كلّ منهما رواية غير ما بيد الآخر، وأيضاً فالمرجّحات المتأخّرة من مخالفة العامة وموافقة الشهرة أصدق شاهد على ما ادّعينا فإنّها للترجيح في الرواية بلا شبهة.

قلت: قد عرفت أنّ ظاهر صدر الرواية إراءة الطريق إلى الأحكام وأنها عند المتّصف بكذا وهذا الظاهر في الفقرة المتأخرة أيضاً محفوظ بقريضة قوله: الحكم ما حكم به أعدلهما - إلى أن قال: - ولا يلتفت إلى ما يحكم به الآخر، وأما مناسبة الأورعية والأعدلية والأصديّة بباب الفتوى فهي عين مناسبة وصف العدالة بالمعنى الزائد على تعمّد الكذب فإنّ المجتنب عن المعاصي يكون الوثوق به أكثر، وهذا الملاك في الأورع والأصدق موجود، وأما مناسبة الأفقية فهي غير منحصرة بصورة اتّحاد اللفظ والاختلاف في فهم معناه؛ إذ مع اختلاف اللفظ أيضاً يكون للأفقيّة مدخل في أقوائيّة الحكم فإنّه ربّما كان هناك خصوصيات ودقائق أطلع عليها الأفقه لمزيد فقاهته واختفت على الآخر أوجبت رفع يده عن حديث الآخر والإفتاء بمضمون معارضه، أو كان في أحد رجال سنده له خدشة اختفت على الآخر، وأما الفقرات المتأخرة فهي صريحة في الترجيح في الرواية ولا يوجب ذلك رفع اليد عن ظاهر ما تقدّمها ثم يبقى صورة كون أحدهما أفقه والآخر أورع ولا استفاد من الرواية حكمه فتبقى الاطلاقات سليمة.

فصل

في أنّه كيف يفتي المجتهد للعامي في موارد يكون مدرك فتواه الاستصحاب ومفاد الاستصحاب حرمة النقض على المتّصف بعنوان اليقين والشك، فاللازم أولاً إفتاؤه بالحكم السابق حتّى يحصل له اليقين الطريقي والشك حاصل له بالفرض، ثمّ إفتاؤه بالحكم في الحال، وهذا خلاف ديدن العلماء بالنسبة إلى مقلّديهم فإنّهم يفتون بنتيجة الحكم الاستصحابي لمقلّديهم من دون مراعاة لهذا المطلوب فما السرّ في ذلك.

فنقول: قد يحتمل أن يكون السرّ أن اليقين في قوله - عليه السلام -: «لا تنقض اليقين بالشك» مأخوذ على وجه الطريقة المحضة من دون دخالة له في الموضوع أصلاً فكأنه قال: قد جعلت الملازمة بين الثبوت النفس الأمري للشيء وبين بقاءه في ظرف طرؤ الشك، فالعلم بالثبوت إنّما يحتاج إليه لتحقيق أحد المتلازمين حيث إنّ القطع بصرف الملازمة لا يكفي للقطع بأحد الطرفين، فالمجتهد يرى المقلّد شاكاً في الحكم ويرى الثبوت النفس الأمري له أيضاً، فيراه موضوعاً للملازمة الجعلية مع علمه بأحد طرفيها فيفتيه بالطرف الآخر.

فإن قلت: الشك لاحالة موضوع والمراد به هو الشك في البقاء والشك في الوجود الثاني إنّما يتحقق بعد الفراغ من الوجود الأوّل فلا يكفي هذا التقريب أيضاً لمشمولية المقلّد للدليل؛ لأنّ شكّه لم يتعلّق بالبقاء.

قلت: أولاً نمنع اعتبار كون الشك في البقاء إذ ليس في الدليل إلّا عدم نقض اليقين بالشك ولا يلزم من هذا صحّة الجمع بين القاعدة والاستصحاب في العبارة فإنّ ملاحظة الجامع بين الشك في البقاء والشك في الحدوث في لفظ الشك غير ملازمة مع ملاحظة الجامع بين الحكم بالملازمة بين المعلوم والبقاء والحكم بالملازمة بين العلم والمعلوم في الحكم بالملازمة؛ فإنّ لحاظ الإطلاق في الموضوع ليس بمعنى لحاظ عدم القيد بل هو بمعنى عدم لحاظ القيد.

وثانياً يكفي في الشك في البقاء كونه أحد الاحتمالات فيصدق على من يحتمل الحدوث في هذا الآن والبقاء فيه والعدم فيه إمّا بعدم الحدوث من السابق أو بالارتفاع في اللاحق أنّه شاكّ في البقاء والارتفاع، هذا ولكن هذا الوجه مخالف لما هو الظاهر من دخالة وصف اليقين كالشك في الموضوع، وحيث أنّ الذي ينبغي

أن يقال إنّ لصفة اليقين على وجه الطريقة وإن كان مدخل في الموضوع لكن يكفي حصوله في المجتهد، بيان ذلك: أنّ القيود المأخوذة في الدليل تارة تعتبر في صرف الحكم العملي فواجدها يفتقر في العمل من فاقدها كما في الحاضرة والمسافريّة والاستطاعة ونحو ذلك.

وأخرى تعتبر في الحكم العملي والقولي معاً فإذا صار المجتهد مستطيعاً لايحوز أن يفتي بوجوب الحجّ على جميع الناس مستطيعاً وغيره، وإذا صار ذا يقين وشك يحوز له الإفتاء بوجوب صلاة الجمعة مثلاً على جميع الناس سواء من تيقن وشك وغيره، وجه الفرق أنّ في الأول وجوب حجّ كلّ شخص علّق على استطاعة نفسه وهنا أيضاً وإن كان حرمة نقض كلّ شخص علّق على يقين نفسه وشكّه ولكن معنى النقض ليس صرف العمل الجوارحي على نهج السابق بل يشمل التجزّم القلبي والإفتاء والشهادة أيضاً، فكما كان له في زمان اليقين التجزّم القلبي بأنّ وجوب الجمعة حكم الله المشترك بين تمام الناس فكان يأتي بالصلاة بهذا الوجه، فحينئذ أيضاً يحوز له ذلك وكما كان في الموضوعات يشهد جاز له الشهادة في حال الشكّ بعنوان أنّه واقع، وكما كان له الإفتاء بأنّه حكم جميع الناس جاز له ذلك في هذا الحال؛ لأنّ كلّ ذلك معنى إبقاء ما كان وعدم نقضه.

فلا يقال: إنّ الجائز له إنّما هو الإفتاء للمتيقنين والشاكّين، فإنّه يقال: معنى عدم النقض إبقاء عين ما كان ولا شبهة في تعدّد القضية العامّة مع الخاصّة فلا يصير الثاني إبقاءً للأوّل، والمفروض في المقام أنّ ما كان إنّما هو قضية عامّة وهو حكم وجوب الجمعة على جميع الناس فكيف يصير عدم نقضه قضية خاصة وهو حكم وجوبها على جماعة خاصّة، وبالجمله منشأ هذا التوهّم اختصاص أصل

حكم عدم النقص والتعبد به بالموضوع الخاص والغفلة عن أنه لاينافي مع تعميم المتعبد به والمحكوم به لكونه قضية مائة النقص، ثم إذا أفتى المجتهد يجب على العامي الأخذ بقضية حجّة قوله وكونه كسائر آرائه رأياً صادراً عن الخبرة واجب الاتّباع بحكم الارتكاز.

فصل

بناءً على وجوب تقليد الأعلّم ابتداءً واستدامةً لو احتمل في أحد المجتهدين ذلك ابتداءً أو استدامةً أو احتمله في كلّ منهما ابتداءً، ففي الصورة الأولى يكون من الدوران بين التخيير والتعيين وفي الأخيرتين من الدوران بين التعيين بناءً على أنّ العدول من أحد المتساويين غير جائز، ويمكن إثبات التخيير في الأولى والأخيرة وتعيين عدم العدول في الوسط باستصحاب عدم الأعلميّة، حيث إنّه لم يجعل عنوان المساواة موضوعاً في شيء من الأدلّة وإنّما الأدلّة مفادها التخيير مطلقاً ابتداءً ووجوب عدم العدول كذلك استدامةً حسب الفرض وإنّما خرج عن هاتين الكلّيتين صورة كون أحدهما أعلّم، فاستصحاب عدم الأعلميّة لنفي ما علّق عليها من وجوب الرجوع إليه معيّناً لا مانع منه.

لا يقال: عدم الأعلميّة بنحو مفاد كان الناقصة كما هو الموضوع كما يحتاج إلى احراز الموضوع يحتاج إلى إحراز أصل العلم في المفضل عليه ولايقين بعدم الأعلميّة في أزمنة اتّصاف الآخر بالعلم، لأنّنا نقول: يصدق على الطّفل في حال تولّده أنّه ليس بأفقه ولا حاجة إلى ملاحظة طرف خاص يلاحظ الموازنة بينهما فإنّ نفس كون الشخص أعلّم العصر معنى لا يحتاج إلى ملاحظة شيء آخر معه، ولا شبهة في عدم تحقّقه في حال الولادة، وهذا العدم وإن لم يكن منشأً للآثر في

ذاك الزمان لكن يكفي في الاستصحاب كون المستصحب ذا أثر في ظرف الشك بعد إحراز سائر الأمور المعتمدة من القوة المستنبطة والعدالة وغيرها وجداناً أو تعبدًا، فإنه لم يعتبر في الأدلة تقيّد العدم المذكور بهذه الأمور حتى يقال إنّ هذا الاستصحاب لا يثبت التقيّد؛ بل إنّما اعتبرت بنحو الظرفية لهذا العدم.

وبعبارة أخرى إنّما اعتبر اجتماع هذه الأمور والعدم المذكور في الشخص المفروض الوجود والمفروض تكفّل الاستصحاب تقيّد العدم بهذا الشخص، ومن هنا يكون الأمر في هذا المقام أسهل من المرجّحات الخبرية لو أردنا استصحاب عدمها عند الشك كما لو شككنا في مخالفة العامة في أحد الخبرين ليكون الحكم تعيين الأخذ به وعدمها ليكون هو التخيير، فلا يمكننا استصحاب عدم المخالفة في الموضوع المفروض، بل لابدّ من استصحاب العدم الأزلي المتحقّق أزلاً بعدم الموضوع والقول بأنّه لم يعتبر في الأدلة تقيّده بالموضوع المفروض، ويكون حال هذا الاستصحاب حال استصحاب عدم المخالفة للكتاب والسنة في الشروط عند الشك في شرط أنّه مخالف للكتاب والسنة أو لا.

فصل

لاشبهة في اعتبار العقل في المفتي وكذا البلوغ فإنّ الصبي عمده وخطاه واحد، ورجوع الجاهل إلى العالم وإن كان ارتكازياً لكن ليس من الارتكازيات التي لا يمكن الردع عنها بعموم أو اطلاق؛ لكونها مغفولاً عنها للعامة كما لا يخفى، ولا في اعتبار الايمان والعدالة، فيكفي في إثباتها المقبولة حيث يعلم منها أنّ أصل العدالة كأصل الفقهة ممّا لابدّ منه في جواز الرجوع، وكذا ما في خبر الاحتجاج

من قوله: فأما من كان من الفقهاء صائناً لنفسه... الخ، وإنما الكلام في الشروط الآخر التي ذكروها.

منها: الحرية والرجولية وطهارة المولد، فإنه إن كان الوجه هو انصراف الأدلة بملاحظة أن الغالب عدم اتفاق اجتباع الفقهاء والعدالة في المرأة أو العبد أو ولد الزنا فهذه الغلبة غير موجب للانصراف، وإن كان الوجه في التقييد بالرجولية كون لفظ العلماء مثلاً جمعاً للمذكر، ففيه أنه مثل لفظ الفقهاء في آية: ﴿إنما الصدقات للفقراء﴾ وفيما لو أوقف ملكاً على الفقراء في أنه أريد به جنس المتلبس بهذا المبدأ.

ومنها عدم التكالب على حطام الدنيا وجمع زخارفها كما في العروة الوثقى فإن كان الوجه فيه قوله في خبر الاحتجاج: فأما من كان من الفقهاء صائناً لنفسه حافظاً لدينه مخالفاً لهواه مطيعاً لأمر مولاه، ففيه أنه إنما أريد بهذا الكلام اعتبار العدالة لا أمر زائد بقرينة قوله فيما قبل هذه الفقرة: «فإن عوام اليهود كانوا قد عرفوا علماءهم بالكذب الصراح وأكل الحرام والرشا وتغيير الأحكام عن وجهها بالشفاعات والنسابات والمصانعات، وعرفوهم بالتعصب الشديد الذي يفارقون أديانهم، وأنهم إذا تعصبوا أزالوا حقوق من تعصبوا عليه وأعطوا ما لا يستحقه من تعصبوا له من أموال غيرهم وظلموهم من أجلهم وعلموهم يتقارفون المحرمات واضطروا بمعارف قلوبهم أن من فعل ما يفعلونه فهو فاسق إلى أن قال - عليه السلام -: وكذلك عوام أمتنا إذا عرفوا من فقهاءهم الفسق الظاهر والعصية الشديدة والتكالب على حطام الدنيا وحرامها وإهلاك من يتعصبون عليه وإن كان لإصلاح أمره مستحقاً وبالترف بالبر والإحسان على من تعصبوا له وإن كان للإذلال والإهانة مستحقاً فمن قلد مثل هؤلاء الفقهاء فهم مثل اليهود الذين

ذمهم الله تعالى بالتقليد لفسقة فقهاءهم، وقال فيما بعد الفقرة المذكورة: فأما من ركب من القبائح والفواحش مراكب فسقة فقهاء العامة فلا تقبلوا منهم عنّا شيئاً ولا كرامة^(١) الحديث.

فإنّ المتبادر من تلك الفقرة بعد ملاحظة هذه الفقرات أنّ المراد بمخالفة الهوى عدم الوقوع في المحارم بواسطة الاشتهااء النفساني كما كان ديدن علماء اليهود على ما وصفهم، فهو عبارة أخرى عن قوله: مطيعاً لأمر مولاه وحافظاً لدينه وصائناً لنفسه، فالمراد أنّه إذا كان ميله وهواه على شيء وكان أمر مولاه على خلاف ذلك الشيء، فلا يعتني بهواه ويطيع أمر مولاه، لأنّه إذا اشتهى نفسه من المباحات من طعام لذيق أو جمع مال من طريق حلال كان صادّاً لنفسه وإلّا فاللازم أن يكون أكل الجبن مع الخبز مثلاً إذا كان عن شهوة لا بغرض شرعي قادحاً في الإفتاء ويكون اللازم في جميع أعماله قصد أمر شرعي ولا يلتزم به أحد.

فصل

هل يعتبر في استصحاب عدم الأعلميّة المتقدّم الفحص أو لا، كما هو الحال في الأصول الجارية في الشبهات الموضوعية، فإنّ المقام منها لأنّ معنى الشبهة الموضوعيّة أن يكون رفع الشك خارجاً من وظيفة الشرع، والشك في الأعلميّة من هذا القبيل فلا بدّ في هذا المقام من ملاحظة أنّ الأصل الأوّلي ماذا يقتضي من وجوب الفحص فيحتاج في عدمه إلى المخرج حتى يلحظ الدليل المخرج، وأنّ موضوعه عنوان عام يشمل المقام أولاً، ومن عدم وجوبه حتى يكون الأمر بالعكس.

١ - الاحتجاج: ج ٢، باب احتجاجات الإمام العسكري - عليه السلام - ص ٤٥٧.

فنقول: قد يحتمل أن يكون الأصل الأولي عدم الفحص لأن أدلة الأصول رتبت الحكم على عنوان الشك من غير تقييد بشيء آخر والشك صادق قبل الفحص أيضاً فلزوم الفحص محتاج إلى دليل.

ولكن يمكن أن يقال كما أفاده في مجلس بحثه الشريف سيد المشايخ العظام الميرزا الشيرازي - طاب ثراه - في مقام لزوم التروي في الشكوك الصلانية على مانقله عنه شيخنا الأستاذ الأعظم - دام أيام إفاضاته الشريفة - أن لفظ الشك ولا يدري إنما يصدق في حق الإنسان بحسب المتفاهم العرفي إذا لم يكن تحصيل العلم وإزالة الشك خفيف المؤنة سهل المأخذ، فلا يصدق على من لا يدري ما قدر دين زيد عليه حاضر الوقت، لكن لو لاحظ الدفتر الموضوع بين يديه لعلم لثبته ذلك فيه أنه لا يعلم قدر الدين وشاك فيه، وكذا من يشك في مطلب والذي يعلمه ويحصل العلم من قوله حاضر يمكن السؤال عنه لا يصدق عليه الشاك في هذا المطلب فهادة الشك لغة وإن كانت صادقة لكنها عرفاً منصرفة عن هذه الموارد فيحسبون مثل ذلك علماً، وإنما يصدق الشك إذا تفحص عن الأمارات القريبة الوصول حسب المتعارف مع عدم وجدان المزيل واستقرار الشك، وعلى هذا فلا بد في الموارد التي قلنا بعدم لزوم الفحص من التمسك بالإجماع.

وحينئذ فنقول: لم يثبت إجماع على عنوان الشبهة الموضوعية بل القدر المتيقن منه الشبهة الموضوعية التي مرجعها إلى الشك في الحكم الجزئي مثل الشك في أن هذا الإناء خر أو لا، الذي مرجعه إلى الشك في حرمة هذا المائع الشخصي فيبقى غير ذلك وهو الشبهة الموضوعية الراجعة إلى الشك في الأحكام الكلية تحت القاعدة من لزوم الفحص، و المقام من هذا القبيل؛ فإن الشك في العلمية وإن

كان داخلاً في ميزان الموضوعية ولكن الشك في الحقيقة راجع إلى لزوم اتباع قول هذا في الأحكام الكلية أو قول ذاك أو أنّ هنا تحييراً بينهما.

هذا مضافاً إلى إمكان دعوى أنّ القدر المتيقّن من مورد الإجماع هو الشبهات التحريمية وفي باب الطهارة الخبثية والحدثية من الوجوبية، فيبقى مطلق الشبهات الوجوبية من غير الباب المذكور تحت القاعدة، ألا ترى أنّه لو شك في بلوغ المال النصاب لا يمكن استصحاب عدم البلوغ بدون الفحص، أو في الاستطاعة لا يمكن استصحاب العدم كذلك، أو في بلوغ المسافة في السفر حدّ المسافة الشرعية مع إمكان الرجوع إلى من يخبره لا يجري استصحاب عدم البلوغ، أو وجوب التهام وهكذا، وما نحن فيه من هذا القبيل أيضاً.

فصل

لا إشكال فيما إذا توافق الحيّ والميت في مسألة البقاء والعدول كما لا إشكال فيما إذا أفتى الميت بالبقاء والحيّ بالعدول فإنّ الحي صار بالفرض قدراً متيقناً بالارتكاز ولهذا رجع إليه العامي بارتكازه فيكون قوله مقدّماً.

ولو أفتى الحيّ بالبقاء والميت بالعدول فيشكل الحال حينئذ ويكون حال فتوى الميت بالعدول حال إخبار السيّد - قدس سرّه - بعدم حجية خبر العادل وحال فتوى الحيّ بالبقاء حال أدلّة حجية الخبر.

وقد استشكل هناك بأنّه يلزم من وجود الحجية عدمها؛ إذ لو كان خبر الواحد حجة لكان خبر السيّد حجة، وحجّيته راجعة إلى عدم حجية كلّ خبر واحد حتى نفسه، وأجاب شيخنا المرتضى - قدس سرّه - هناك بأنّ المحذور إنّما لزم من دخول خبر السيّد تحت العموم، فإذا أخرجناه سلم من المحذور، وأجبنا

نحن أخذاً منه - طاب ثراه - بأنّ المحذور في العام الذي أخبر به السيّد المنحلّ إلى مداليل من جهة دخول نفسه في جملة تلك المداليل، فإذا أخرجناه سلم عن المحذور فيبقى التعارض بين دخول هذا الفرد من حيث سائر مداليله تحت عموم دليل الحجية، وبين دخول سائر أفراد خبر الواحد وخروج هذا الفرد بجميع مداليله، ثمّ أجبنا هناك بتعيين الثاني من وجهين:

أحدهما: كون الأول مستلزماً للتخصيص المستبشع، والثاني: كونه موجباً لاندراج الكلام في سلك الألغاز و المعميات إذ في مقام التعبير عن عدم الحجية قد عبّر باللفظ الدالّ على الحجية.

فنقول في مقامنا أيضاً يرد أصل الاشكال فنقول أولاً: يلزم من حجية قول الميت التي هي مفاد قول الحي القائل بالبقاء عدم حجّيته؛ لأنّ من جملة فتاوى الميت قوله في المسألة الأصولية بأنّ قول نفسه غير حجة، ويرد جواب الشيخ - قدس سره - بأنّ المحذور إنّما لزم من دخول هذا القول في جملة ما أفتى بحجّيته الحي فنلتزم بخروجه، ثم يرد جوابنا من أنّ المحذور في هذا القول الراجع إلى مداليل منها عدم حجية نفس هذا القول من جهة هذا المدلول الأخير، فإذا التزمنا بخروج هذا المدلول من الحجية ارتفع المحذور، فينقذح حيثنذ التعارض بين دخول هذا الفرد من حيث سائر المداليل وبين دخول سائر الأقوال الفرعية للميت.

ولا يرد هنا الوجهان المتقدمان؛ إذ ليس هنا قضية عامّة صادرة عن المعصوم - عليه السلام - حتى نقول بما ذكرنا بل المتحقق في المقام فتويان للحي لا يمكن الأخذ بكليهما لأنّه إذا صار بمنزلة عقل المقلّد ونزل نفسه شاكاً بدله فرأى هنا طائفتين من الأحكام كانتا ثابتتين في حقّ المقلّد سابقاً. إحداها الفتاوى الصادرة من

الميت في الفروع من وجوب الجمعة وجلسة الاستراحة ونجاسة الغسالة والعصير وغير ذلك، والثانية هذه الفتوى الأصولية النازرة إلى تلك الفتاوى الفرعية والمسقط لها عن الحجية، فنرى أركان الاستصحاب بالنسبة إلى كلتا الطائفتين حاصلة.

وحينئذ فقد يقال حال هاتين الفتاوتين من الحي كالفتاوتين المتعارضين من مجتهدين متساويين تكون قضية الأدلة تخيير العامي في الأخذ بأيها شاء.

ولكن يمكن أن يقال: لاعميص عن تقديم الاستصحاب في الفتوى الأصولية؛ إذ لو أريد بالاستصحاب في الفتوى الفرعية استصحاب نفس الأحكام المفتى بها للميت من الوجوب والحرمة في المواقع الخاصة من حيث إنها أحكام واقعية أولية، ففيه: أن الشك اللاحق وإن كان متحققاً لكن ليس في البين يقين سابق أما الوجداني فواضح عدم تحققه، وأما التعبدية فهو وإن كان ثابتاً في حال حياة المفتي لكن ارتفع بعد مماته لأن العامي يرى تخطئه بل بمعنى أنه ليس له الآن طريق شرعي بثبوت تلك الأحكام في الزمان السابق.

نعم كان له هذا الطريق سابقاً لكن مجرد هذا غير مثمر وإلا لكفى اليقين الوجداني السابق مع طرؤ الشك الساري. وبالجمله ليس حال الطريق التعبدية هنا بأقوى من القطع الوجداني الملحق بالشك الساري، ففي كلا المقامين الحجة في القطعة السابقة كانت موجودة وزالت في اللاحقة، ولا يمكن الحكم في اللاحق بثبوت الحكم في السابق بل بثبوت الحجة عليه فيه.

وإن أريد استصحاب الحكم الظاهري الجائي من قبل دليل اتباع قول الميت فإن أريد استصحابه مقيداً بكونه كذلك أعني منوطاً باتباع الميت ومعلولاً منه فهذا وإن كان يتحقق فيه اليقين والشك لكن هذا الشك مسبب عن الشك

في حجية قوله ولزوم اتّباعه، فالاستصحاب في الفتوى الأصولي رافع لهذا الشك نظير استصحاب الطهارة في الماء الرافع للشك في الثوب.

وإن أُريد استصحاب ذات الحكم الظاهري بجعل كونه مقول قول الميت جهة تعليلية له لاتقيديّة فاحتمال ثبوته في الآن اللاحق إمّا من جهة العلة السابقة وهذا قد سدّ باب الاستصحاب في الفتوى الأصولي الحاكم بانتفاء العلية عن العلة السابقة، وإمّا من جهة علة أخرى والمفروض القطع بعدمها إذ مفروض الكلام في الفروع المتخالف فيها رأي الميت والحيّ.

نعم المحتمل إنّما هو ثبوت الحكم الواقعي الأوّلي لاحتمال مصادفة قول الميت معه وهو غير كاف في صحّة الاستصحاب لاختلاف الحكمين باختلاف الموضوع وكونها مترتّبين كما قرّر في محله فكيف يجعل حفظ أحدهما إبقاءً للآخر، نعم الاستصحاب بالنسبة إلى الجامع بين الحكمين جار بناء على جريان القسم الثالث من استصحاب الكلّي.

وإن أُريد بالاستصحاب في الفتوى الفرعي استصحاب المسألة الأصوليّة أعني: حجية الفتوى الفرعي، ففيه: أنّ هذا وإن كان أركان الاستصحاب فيه متحقّقة ولكنّه محكوم للاستصحاب في الفتوى الأصولي لأنّ الشك في حجية الفتاوى الفرعيّة مسبّب عن الشك في حجية ذلك الفتوى الأصولي لأنّ عدم حجية تلك الفتاوى أثر حجية هذا الفتوى، فالأصل المثبت لحجيّته مزيل للشك في أثر حجيّته، فإنّ أثر الحجية الأخذ بالمفاد، ومفاد الفتوى المذكور عدم حجية تلك، وليس إثبات هذا الأثر مبنياً على الأصل المثبت لأنّ هذا من الآثار الثابتة لذات الحجية بالأعم من الظاهر والواقع نظير وجوب الامتثال الثابت للأعم من الإلزام الظاهري والواقعي، وليس هكذا الحال في الاستصحاب في الفتاوى

الفرعية فإنّ المتحقق من طرفه صرف التنافي وعدم إمكان الجمع مع ذلك الاستصحاب وعلى هذا فالواجب بعد سقوط فتاوى الميت عن الحجية هو الرجوع إلى الحيّ بمقتضى الارتكاز هذا.

إلا أن يقال: إنّ معارضة الاستصحاب الجاري في الفتوى الأصولية بالجاري في الفتوى الفرعية أو حكومته عليه إنّما هما بعد الفراغ عن أصل جريانه في حدّ ذاته وهو في محل المنع؛ فإنّ الفتوى المذكورة بالنسبة إلى مداليه الآخر غير عدم حجّية نفسه وهي عدم حجّية الفتاوى الفرعية غير قابلة للمشمولية لدليل الاستصحاب إذ يلزم من مشموليّته أن يترتب على حجّية مفادها خلاف مفادها وما كان هذا شأنه غير قابل للدخول تحت العموم، فإنّ معنى حجّية قول الميت بأنّ الفتاوى الفرعية ليست بحجّة بعد مماتي سقوط تلك الفتاوى عن المرجعية للمقلّد وحينئذ فلا محالة يكون المرجع هو الحيّ، وعلى حسب الفرض هو يفتي بوجوب البقاء وبقاء تلك الفتاوى على المرجعية فهذا نظير ما إذا قال السيّد: أخبار الأحاد ليست بحجّة إلّا خبراً كذا، وكان ذلك الخبر مفيداً لحجّية أخبار الأحاد، فإنّ شمول دليل حجّية خبر الواحد لخبر السيّد بالنسبة إلى مدلول غير عدم حجّية نفسه من عدم حجّية سائر الأخبار أيضاً يكون حينئذ غير جائز إذ يلزم أن ينتج حجّية هذا المدلول نقيض مفاده.

إن قلت: قول الميت سقوط فتاواه الفرعية عن الحجّية الاستقلالية وصلاحيّة الاعتماد إليها بنفسها، ولا ينافي هذا لأن يركن إليها من جهة فتوى فقيه آخر.

قلت: كلاً بل قوله هو السقوط الرأسي وعن القابلية للحجّية بالمرّة، وبعبارة أخرى هو ينفي الركون إلى هذه الفتاوى سواء كان الركون بداعويّة نفسها أم بداعويّة شيء آخر.

فإن قلت: نعم ولكنّ العدول إلى الحيّ المفتي بالبقاء والركون إلى تلك الفتاوى ليس من جزء مفاد ذلك القول الذي نريد استصحاب حجّيته بل مفاده فقط عدم صلاحية تلك الفتاوى للركون ووجوب العدول جاء من قبل الارتكاز وأنّه لابدّ للإنسان من مرجع، فإذا لم يكن الميّت كان لامحالة هو الحي، وانتهاء أمر الحجية إلى نقيض المفاد إنّما يلزم على الأوّل دون الثاني.

قلت: كونه من جزء المفاد وعدمه لافرق بينهما بعد كون المرجع هذا حاله فإنّهما في ملاك المحذور مشتركان بعد أنّ هذا الاستصحاب يلجئ المقلّد في الفروع إلى الفقيه الحيّ ثمّ هو يفتيه على حسب مذهبه بالرجوع في الفروع إلى فتاوى الميّت، فيلزم من عدم الرجوع وجوب الرجوع ولو بالملازمة، وهذا يكفي في المحذورية، وإذن فيبقى الاستصحاب في الفروع سليماً عن المزاحم، هذا مضافاً إلى أنّ المسؤول عنه في الفتاوى الفرعية هو المسألة الأصوليّة أعني أنّه من المرجع فيها فلا ينافي مخالفة الحيّ للميّت في نفس الفرع مع إفتائه بالبقاء في المسألة الأصوليّة، وهذا بخلاف الحال في الفتوى الأصوليّة فإنّها بنفسها مسؤول عنها، ويكون الحي هو المرجع فيها، وفي مثل هذه المسألة لا معنى للاستصحاب بعد أنّ المجتهد يخطئ الميّت فيكون قاطعاً بالخلاف فلاحالة سابقة حتى يستصحب، وبالجملة الاستصحاب في الفتوى الأصوليّة غير متحقّق الأركان.

الحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً
والسلام على محمّد وآله الطاهرين

فهرس الكتاب

٣	ولاية الأب والجد
٥	تعميمها بالنسبة إلى حالتي الفسق والعدالة
١١	تعميمها من حيث متعلقها إلى ما فيه مفسدة أو تخصيصها بها لا مفسدة فيه
١٣	ولاية الإمام والفقيه
١٥	أدلة ولاية الإمام - عليه السلام -
١٩	الولاية تتصور على وجهين:
٢٥	في ولاية عدول المؤمنين
٣٤	أقسام ولاية المؤمنين والفرق بينها
٣٧	هل يعتبر في ولاية العدول ملاحظة الغبطة؟
٤٨	لايصح نقل المسلم إلى الكافر
٦١	الموارد المستثناة من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم
٦٤	التملك القهري الكافر المسلم
٦٩	عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر
٧٠	اشتراط كون العوضين متمولين
٧٣	أقسام الأرضين
٧٨	عدم جواز بيع الوقف
٩٣	جواز بيع الوقف في صور
٩٣	الصورة الأولى: أن يخرب الوقف بحيث لايمكن الانتفاع به ...
١٠٥	لو خرب بعض الوقف وخرج عن الانتفاع ...
١٠٩	الصورة الثانية: أن يخرب بحيث يقل انتفاعه
١١٧	الصورة الرابعة: أن يكون بيع الوقف أنفع
١٢٥	الصورة الخامسة: أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة ...
١٣٢	الصورة السادسة: أن يؤدي بقاءه إلى خرابه
١٣٥	الصورة السابعة: إلى العاشرة
١٤٣	الوقف المنقطع
١٥٢	عدم جواز بيع أم الولد

- ١٥٧ المستثنيات من عدم جواز بيع أم الولد
- ١٥٨ إذا كانت عن رقيتها ديناً على مولاهـا ...
- ١٦٥ ستة فروع في تلك المسألة
- ١٧٦ إشكال صاحب المقاييس
- ١٧٨ جواب الشيخ الأنصاري
- ١٨١ من موارد جواز بيع أم الولد تعلق كفـن مولاهـا بها
- ١٨٧ إذا جنت على غير مولاهـا في حياته
- ١٩٤ إذا جنت على مولاهـا بها يوجب صحة استرقاقها ...
- ١٩٦ إذا جنى حرّ عليها بها فيه دينها
- ١٩٨ إذا لحقت بدار الحرب
- ١٩٩ إذا عرض لها حقّ لنفسها أولى بالمراعاة
- ٢٠٢ بيع المرهون
- ٢٢٠ إذا جنى العبد بها يوجب قصاصه ... فهل بيع المولى له صحيح ؟
- ٢٢٧ من شروط الموضين القدرة على التسليم
- ٢٤٤ عدم جواز بيع الأبق
- ٢٥٣ اشتراط العلم بالثمن قدرأ ...
- ٢٥٨ اشتراط العلم بالثمن
- ٢٦٦ اعتبار التقدير في المكيل والموزون والمعدود ...
- ٢٧٤ الاعتماد على إخبار البائع بمقدار المبيع
- ٢٧٦ جواز بيع الثوب والأرض بالمشاهدة
- ٢٧٧ بيع صاع من الصبرة
- ٢٨٣ لو باع صاعاً من صبرة ... هل ينزل على الإشاعة أو على الكلبي
- ٢٩٣ فرهان
- ٢٩٦ الاختلاف في التغير
- ٣٠٥ الاختلاف في تقدّم التغير على البيع
- ٣٠٩ الاختلاف في تقدّم التلف
- ٣١٠ لزوم اختبار الطعم واللون والريح ...
- ٣١٣ جواز ابتياح ما يفسده الاختبار من دون اختبار
- ٣١٧ بيع المسك في فأرة
- ٣١٩ عدم جواز بيع المجهول مع الضميمة

٣٢٣	جواز الإندار لظرف ما يوزن مع ظرفه
٣٣٠	الكلام في وجوب التفقه والتعلم
٣٣٣	القول في النقد والنسيئة
٣٣٧	اشتراط الأجل غير المعين مفهوماً
٣٤٠	لو باع نقداً بثمن ومؤجلاً بأزيد منه
٣٤٣	عدم وجوب دفع الثمن المؤجل قبل الأجل
٣٤٦	كل دين حال...
٣٥٥	مسألة في الربا والتفصي عنه
٣٥٨	صحة بيع ما اشتراه الإنسان مؤجلاً بثمن حال أو مؤجل من بئنه ...
٣٧٠	القول في القبض
٣٨١	القول في أحكام القبض
٣٩٧	بيع المكيل والموزون قبل قبضه
٤٠٥	رسالة في الاجتهاد والتقليد
٤٠٧	موضوع عدم جواز التقليد
٤٠٨	موضوع وجوب التقليد
٤١٣	تقليد من يرى انسداد باب العلم والعلمي
٤٢١	هل التجزي في الاجتهاد ممكن؟
٤٢٣	جواز تقليد الغير للمتجزي
٤٢٥	فصل في التخطئة والتصويب
٤٢٧	لو تبدل رأي المجتهد...
٤٤٧	ثمرة النزاع في معنى التقليد في مسألة وجوب تقليد الحي
٤٥٤	جواز البقاء على تقليد الميت
٤٦١	وجوب تقليد الأعلم
٤٧٧	تعين تقليد الأعلم
٤٨٠	كيف يفتي المجتهد في موارد يكون مدرك فتواه الاستصحاب؟
٤٨٣	لو احتمل أعلمية أحد المجتهدين
٤٨٤	الشرائط المعبرة في المفتي
٤٨٦	هل يعتبر في استصحاب عدم الأعلمية المتقدم الفحص؟
٤٨٨	لو أفتى الحي بالبقاء والميت بالعدول
٤٩٦	فهرست المطالب