

مَقَابِسُ الْإِسْلَامِ
وَنَهَائِسُ الْإِسْلَامِ

فِي أَحْكَامِ النَّبِيِّ الْخِتَارِ وَعِصْمَةِ الْأَطْهَارِ عليه السلام

لِلْعَلَّامَةِ الْمُحَقِّقِ
الْشَيْخِ أَسَدِ اللَّهِ التَّسْتَرِيِّ الدَّرَفُوكِيِّ الْكَاطِمِيِّ
الْمُتَوَفَّاتِ سَنَةَ ١٢٣٤ هـ

الجزء الثالث

تَحْقِيقُ
مُؤَسَّسَةِ الْبَيْتِ عليه السلام لِإِجْيَاءِ الشَّرِيعَةِ

مَقَابِسُ الْإِفَادِ وَفَائِسُ الْأَسْرِ

فِي أَحْكَامِ النَّبِيِّ الْخِتَانِ وَعِثَرَتِ الْأَطْهَارِ

لِلْعَلَّامَةِ الْمُحَقِّقِ
 الشَّيْخِ أَسَدِ اللَّهِ التُّسْتَرِيِّ الدَّرْفُوزِيِّ الْكَاطِمِيِّ
 الْمُتَوَفَّى سَنَةَ ١٢٣٤ هـ

الجزء الثالث

تَحْقِيقُ

مُؤَسَّسَةُ الْبَيْتِ ۞ لِأَجْيَاءِ الزَّهْرَةِ



التستري الدزفولي الكاظمي أسد الله بن إسماعيل ، ١٢٣٤ هـ .
مقابس الأنوار ونفائس الأسرار في أحكام النبي المختار وعترته الأطهار صلوات الله
عليهم / تأليف : أسد الله بن إسماعيل التستري الدزفولي الكاظمي .
تحقيق : مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث . النجف الأشرف . نشر : مؤسسة
آل البيت عليه السلام لإحياء التراث . قم المقدسة ١٤٤٤ هـ = ١٤٠٢ ش .
ج ٦ .

الفهرسة طبق نظام فيبا .
اللغة : عربية . المصادر بالهامش .
تراجم علماء الشيعة . دراية . فقه . ألف : مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث .
النجف الأشرف . ب : العنوان .

BP ١٥٣/١
٢٩٧/٩٩٦ نظام ديوي :
٩١٣٩٣٧٤ رقم الإبداع في المكتبة الوطنية الإيرانية

شابك (ردمك) ٦ - ٦٤٨ - ٣١٩ - ٩٦٤ - ٩٧٨ / دورة ٦ أجزاء
ISBN 978 - 964 - 319 - 648 - 6 / 6 VOLS.

شابك (ردمك) ٦ - ٦٥١ - ٣١٩ - ٩٦٤ - ٩٧٨ / ج ٣
ISBN 978 - 964 - 319 - 651 - 6 / VOL.3

الكتاب :	مقابس الأنوار ونفائس الأسرار / ج ٣
المؤلف :	أسد الله التستري الدزفولي الكاظمي
تحقيق :	مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث - النجف الأشرف
الطبعة :	الأولى - ذي الحجة - ١٤٤٤ هـ
الفلم والألواح الحساسة (الزينك) :	تيزهوش
المطبعة :	الوفاء
الكمية :	١٠٠٠ نسخة
السعر :	١٥٠٠/٠٠٠ ريال

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بسمه تعالى

يتزامن صدور هذا الأثر المبارك مع مرور أربعين عاماً على تشييد
مؤسسة آل البيت عليه السلام ، التي ما فتئت تبذل الجهد الأكبر لتحقيق وإحياء
تراث مدرسة العصمة والظاهرة بمنهجٍ جماعيٍّ مبتكر وطرحٍ قشيب
المظهر .

سائله تبارك وتعالى إسباغ النعم وإدامة الكرم وإجزال الهمم لتبليغ
كلمة الدين الحنيف وقيم المذهب الحق المبين .

جميع الحقوق محفوظة ومسجلة

لمؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث

مؤسسة آل البيت عليه السلام لإحياء التراث

قم المقدسة : شارع الشهيد فاطمي (دور شهر) زقاق ٩ رقم ١ - ٣

ص . ب ٣٧١٨٥/٩٩٦ هاتف : ٥ - ٧٧٣٠٠٠١ فاكس : ٧٧٣٠٠٢٠

مقباس

[في أنه لا استظهار في أيام العادة]

أجمع الأصحاب على أنه لا استظهار في أيام العادة؛ لأنها إذا رأت الدم فيها، فهو حيض قطعاً، وإن لم تر شيئاً، ولم يظهر أثر منه في القطنه بعد الاستبراء، فهي طاهرة أو في حكمها ظاهراً قطعاً.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون النقاء في أيامها التي كانت عاداتها رؤية الدم فيها مستمرّاً، كما إذا كانت عاداتها خمسة أيام، فظهرت في الرابع، وبين أن يكون في أيامها التي كانت عاداتها فيها النقاء، ثم رؤية الدم بعد ذلك قبل العشرة، بحيث يُحكم بكون المجموع حيضاً، سواء تساوى أزمنة النقاء أو اختلفت، وكذلك أزمنة الرؤية الثانية، وسواء حصل الظنّ بالمعاودة أم لا، خلافاً لظاهر الدروس في صورة حصول الظنّ^(١)، وكأنّه مُبتَنّى على طريقته المعروفة في المظنون، وإلا فلا مستند له من الأدلة، ولا موافق له من الفقهاء الأجلّة، فإنّ النصوص والفتاوى متطابقة، على أنّه لا استظهار لذات العادة، إلّا بعد أيام العادة، ولم يختلف أحد منهم - حتّى الشهيد في الدروس^(٢) - في أنّه لا استظهار بعد أيام العادة، إلّا مع رؤية الدم ولو بالاستبراء.

(١) الدروس ١: ٩٧.

(٢) الدروس ١: ٩٧-٩٨.

وأما مع النقاء فيجري عليها حكم الطاهر قطعاً.

وإن كانت العادة دون العشرة، واحتملت رؤية ما يوجب الحكم بكونها في زمان النقاء بحكم الحائض، فإن النقاء طهر ظاهراً لغةً وعرفاً، فيجري عليها حكمه.

ولا يُعْبَأُ بالاحتمال المزبور المخالف للأصل، مع عدم تحقق سبب مقتضى له بالفعل، كرؤية دم محكوم بكونه حيضاً، كما هو الأصل في دم المرأة لولا معارضة العادة، وإنما أمرت - وجوباً أو ندباً - بالاستظهار، أو ساغ لها ذلك نظراً إلى ما ذكر، واحتمال عدم التجاوز عن العشرة، فحكم النقاء بعد العادة أو في أيامها، كحكمه في أولها وإن افرقا من جهة الاحتمال المزبور الذي لا ينقض اليقين بمثله، وإن حصل الظن به.

ويدل على ما ذكرنا - مع ما بيّناه إجمالاً - وجوه:

الأول: الكتاب، وهو قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَأَعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾^(١).

والطهر - لغةً وعرفاً - هو النقاء، وكذلك شرعاً، كما سنبين.

فالغاية هو الطهر وحده، أو مع الاغتسال، وزمان تحريم المباشرة زمان المحيض أو زمان حدث الحيض، وهو قبل الغسل، فلا يجري الحكم بعد الطهر والغسل معاً.

الثاني: إجماع الأصحاب، بل غيرهم أيضاً، فقال المفيد في المقنعة: إذا انقطع دم الحيض عن المرأة، وأرادت الطهارة والغسل^(١)، فعليها أن تستبرئ بقطنة تحملها، ثم تُخرجها، فإن خرج عليها دم فهي بعد حائض، فتترك^(٢) الغسل، وإن خرجت نقيّة من الدم، فلتغسل فرجها، ثم تتوضأ وتغتسل^(٣).

ثم قال: والنفساء إذا انقطع دمها استبرأت، كما تستبرئ الحائض بالقطن، فإن^(٤) خرج نقيّاً من الدم، غسلت فرجها^(٥) وتوضأت واغتسلت^(٦)، وإن خرج على القطن دم، أخرت الغسل إلى آخر النفاس^(٧).

وقال أيضاً: وإذا انقطع دم الحيض عن المرأة، وأراد زوجها جماعها، فالأفضل له أن يتركها حتى تغتسل، ثم يجامعها^(٨).

ولا يخفى أنّ المراد بانقطاع دم الحيض: انقطاع دمه بالفعل، لا دمه بحسب العادة في المعتادة، وأنّ الاستبراء بعد انقطاع الأوّل لا الثاني، الذي قد يكون بعد الاستبراء، وأنّ الأمر بترك الغسل مع رؤية الدم.

والحكم بكونه حيضاً إنّما هو قبل العشرة، سواء كان في أيام العادة أو

(١) في المصدر: بالغسل.

(٢) في المصدر: فلتترك.

(٣) في المصدر: ثم تغتسل.

(٤) في المصدر: فإذا.

(٥) في المصدر: فرجها منه.

(٦) في المصدر: ثم اغتسلت.

(٧) في المصدر: آخر أيام النفاس.

(٨) المقنعة: ٥٥ - ٥٧.

بعدها.

وحكى العلامة في التذكرة عنه: الاستظهار بيوم أو يومين، وعن المرتضى: الاستظهار عند استمرار الدم إلى العشرة، وعن الجمل: الاستظهار إلى النقاء^(١).

وحكى المحقق في المعبر، عن ابن بابويه والمفيد: الأول، وعن المرتضى في المصباح: الثاني، وعنه^(٢) في الجمل: الثالث^(٣).

ولعل المفيد ذكر ذلك في غير المقنعة^(٤)، ولولا عدم تعرّضه للاستظهار أصلاً، لكان ظاهراً في أيام العادة خاصّةً.

وقد صرح بأنّ المستحاضة هي: التي ترى الدم في غير أيام حيضها، وأنها لا تترك الصلاة والصوم في حال استحاضتها، وتركها في الأيام التي كانت تعتاد الحيض فيها^(٥).

فكلامه ظاهر فيما قلنا قطعاً، كما لا يخفى.

والمراد بالمستحاضة التي تترك العبادة في أيام عادة الحيض هي: التي ترى الدم فيها وفي غيرها، لا مَنْ كانت نقيّةً فيها كلّاً أو بعضاً، وهو ظاهر، ولم يذكر ممّا يتعلّق بها نحن فيه غير ما ذكرنا.

(١) تذكرة الفقهاء ١: ٢٧٧، وانظر الجمل والعقود: ١٦٣.

(٢) يظهر من المصدر أنّ الضمير في «عنه» راجع إلى الشيخ الطوسي لا السيد المرتضى.

(٣) المعبر ١: ٢١٤.

(٤) كما في أحكام النساء: ١٩.

(٥) المقنعة: ٥٦ - ٥٧.

وقال الصدوق في المقنع: فإن كان حيضها سبعة أيام، أو ثمانية أيام، حائضاً^(١) دائماً مستقيماً، ثم تحيض ثلاثة أيام، ثم ينقطع عنها الدم، فترى البياض، لا صفرة، ولا دمًا، فإنها تغتسل وتصلّي، وتصوم.

ثم ذكر حكم الاستبراء، كمن سبق، وذكر الاستظهار بثلاثة أيام في الحبل إذا زاد دمها على أيامها للحيض^(٢).

والنسخة التي عندي كثيرة الأغلاط، وفيها ذكرناه كفاية.

وكلامه يدل على أن ما ذكره هو عبارة الرواية الآتية المرسلة الصريحة في المطلوب، فيكون عاملاً بها، كما لا يخفى.

وقال [في] الفقيه: إذا رأت الصفرة في أيام الحيض، فهو حيض، وإن رأت في أيام الطهر، فهو طهر.

ثم قال: إذا أرادت المرأة الغسل من الحيض، فعليها أن تستبرئ، والاستبراء: أن تدخل قطنَةً، فإن كان هناك دم خرج ولو مثل رأس الذباب، فإن خرج لم تغتسل، وإن لم يخرج اغتسلت، وإذا رأت الصفرة والتتن، فعليها أن تلتصق بطنها بالحائط، إلى أن قال: فإن خرج فيها دم فهي حائض، وإن لم يخرج فليست بحائض.

وذكر أحكاماً في الصلاة، والجماع، وغيرهما بمجرد طهرها، توافق ما قلنا أيضاً.

(١) كذا في المصدر والنسخ، ويحتمل إرادة: حيضاً، فتأمل.

(٢) المقنع: ٤٥ - ٤٧.

وقال أيضاً: وإذا ولدت المرأة، قعدت عن الصلاة عشرة أيام، إلا أن تطهر قبل ذلك، فإن استمر بها الدم، تركت الصلاة ما بينها وبين ثمانية عشر يوماً^(١).

وقال والده في الرسالة: أقل الحيض ثلاثة، وأكثره عشرة، فإن رأت المرأة^(٢) ثلاثة أيام وما زاد إلى عشرة أيام، فهو حيض.

ثم قال: من^(٣) رأت الدم أكثر من عشرة أيام، فلتقعد عن الصلاة عشرة أيام، وتغتسل يوم حادي عشر.

ثم ذكر أعمال المستحاضة، وقال: تفعل ذلك إلى أيام حيضها، فإذا دخلت في أيام حيضها، تركت الصلاة، أي: مع رؤية الدم، كما هو ظاهر.

ثم قال: وإن رأت^(٤) الصفرة في أيام الحيض فهو حيض، وإن رأت في أيام الطهر، فهو طهر، وإن أرادت الحائض الغسل من الحيض فعليها أن تستبرئ، فإن خرج (على القطنه دم)^(٥) لم تغتسل، وإن لم يخرج اغتسلت، وإذا رأت الصفرة والشيء، فعليها أن تلصق بطنها بالحائط، إلى أن قال: فإن خرج دم^(٦)، فهي حائض، وإن لم يخرج فليست بحائض.

(١) من لا يحضره الفقيه ١: ٥٠ و ٥٣-٥٥.

(٢) في المصدر زيادة: الدم.

(٣) في المصدر: إن.

(٤) في المصدر زيادة: المرأة.

(٥) ما بين القوسين لم يرد في المصدر.

(٦) كلمة «دم» لم ترد في المصدر.

ثم قال: وإذا رأت الصفرة والشيء^(١).

إلى آخر ما تقدّم عن ابنه، على كلّ حال، إلّا ما أخرجه الدليل من حظر ما قبل غسل الفرج، وهو منقول عن المفيد، والمرضى في بعض المواضع^(٢).

وقال أيضاً: يجب على المرأة إذا ولدت أن تقعد عن الصلاة عشرة أيام، إلّا أن ترى الطهر قبل ذلك^(٣).

وقال المرتضى في الانتصار في حكم جواز وطء الحائض بعد انقطاع الدم، قبل الغسل: إنّ دليلنا الإجماع، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَظْهَرْنَ﴾^(٤)، ولا شبهة في أنّ المراد بذلك الانقطاع دون الاغتسال، وجعله سبحانه وتعالى^(٥) انقطاع الدم غايةً يقتضي أنّ ما بعده بخلافه^(٦).

وقال في الموصليّات الثالثة^(٧): إنّ المعتمد عليه في أكثر النفاس هو ثمانية عشر يوماً، وأقلّه انقطاع الدم^(٨).

(١) رسالة الشرائع: ١٤١ - ١٤٤.

(٢) أحكام النساء: ٢٣ - ٥٤، المقنعة: ٥٥ - ٥٦، مسائل الناصريّات: ١٦٨ - ١٦٩.

(٣) رسالة الشرائع: ١٤٥.

(٤) سورة البقرة: ٢: ٢٢٢.

(٥) في المصدر: جلّ ثناؤه.

(٦) الانتصار: ١٢٨.

(٧) كذا في النسخ، إلّا أنّ السيّد المرتضى ذكر المطلب في الموصليّات الثانية، وذكره مختصراً في الموصليّات الثالثة، اعتماداً على ما ذكره في الثانية.

(٨) المسائل الموصليّات الثانية (ضمن رسائل السيّد المرتضى) ١: ١٧٢، والمسائل الموصليّات

الثالثة ١: ٢١٧.

وليس لذلك حد مقدّر، بل الاعتبار فيه بانقطاع الدم، سواء كان انقطاعه سريعاً أو بطيئاً، وجاءت الأخبار المتظافرة عن الصادقين عليهما السلام بأنّ الحُدّ في أكثر نفاس المرأة أكثر أيام حيضها، وتستظهر في ذلك بيوم أو اثنين، وأكثر ما يبعد النفاس ثمانية عشر يوماً^(١).

وقال الديلمي في المراسم: إنّ الحائض إذا انقضت أيام أقلّ حيضها، فلتستبرئ بقطنه، وكذلك في وسط الأيام، فإذا خرجت غير نقيّة، فهي بعدُ حائض، فإنّ الكدرة والصفرة في أيام الحيض حيض، وإن خرجت نقيّة، بدأت بالاستبراء وغسل الفرج، ثمّ وضوء الصلاة، ثمّ تغتسل ويطوّها زوجها إذا أراد.

ثمّ قال: إنّ حكم النفاس حكم الحيض، لكن أكثره ثمانية عشر يوماً، وأقلّه انقطاع الدم^(٢).

وقال الحلبي في الكافي بعد ذكر أقسام الحائض وأحكامه: علامة طهرها أن تحمل قطنه، وتصبر عليها زماناً، وتخرج نقيّة، وتغتسل^(٣). ولم يذكر ممّا يتعلّق بها نحن فيه غير ذلك.

وقال ابن حمزة في الوسيلة: إذا رأت المرأة الدم ثلاثة أيام متواليات، ثمّ انقطع إلى العشرة، عملت عمل الحائض في الأيام التي رأت فيها الدم،

(١) كما في الكافي ٣: ٩٨ / ٣، وتهذيب الأحكام ١: ١٨٩ / ٥١٥، الوسائل ٢: ٣٨٤، أبواب

النفاس، ب ٣ ح ٦.

(٢) المراسم: ٤٣ - ٤٤.

(٣) في المصدر: فتغتسل.

(٤) الكافي في الفقه: ١٢٩.

ثم اغتسلت^(١)، فإن عاد قبل العشرة، كان الدمان معاً والطهر المتخلل بينهما حيضاً.

وإذا رأت الدم في شهرين متوالين على حدّ واحد، جعل ذلك عادةً ترجع إليها، وتعمل عليها - أي: في الدم مع الرؤية لا مع النقاء - سواء كان أولاً، أو وسطاً، أو أخيراً، كما هو ظاهر.

ثم قال: فإذا طهرت وكانت عاداتها أقلّ من عشرة أيام، استبرأت بقطنة، فإن خرجت نقيّة فهي طاهرة، وإن خرجت ملوثة صبرت إلى النقاء، وإن اشتبه عليها استظهرت بيوم أو يومين ثم اغتسلت، وإن كانت عاداتها عشرة أيام، لم يكن عليها استبراء ولا استظهار، بل اغتسلت^(٢).

وقال ابن زهرة في الغنية: إن انقطع الدم جاز لزوجها وطؤها إذا غسلت فرجها، سواء كان ذلك في أقلّ الحيض أو أكثره وإن لم تغتسل؛ بدليل الإجماع، وقوله: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾^(٣)، فجعل انقطاع الدم غايةً لزمان حظر الوطء، فيجب جوازه بعدها على كلّ حال، إلا ما أخرجه الدليل من حظر ذلك قبل غسل الفرج^(٤).

ولم يذكر شيئاً ممّا يتعلّق بما نحن فيه غير ذلك، وجعل سائر الأحكام منوطةً برؤية الدم وعدمه.

(١) في المصدر: تغتسل.

(٢) الوسيلة: ٥٧ - ٥٨.

(٣) سورة البقرة ٢: ٢٢٢.

(٤) غنية النزوع: ٣٩.

وقال الشيخ في النهاية: فإذا انقطع الدم عن المرأة، ولم تعلم أهى حائض بعد أم لا، تدخل^(١) قطنَةً، فإن خرجت وعليها شيء من الدم، فهي بعد بحكم الحائض، وإن خرجت نقيّة، فليست بحكم الحائض فلتغتسل، هذا إذا كان انقطاع الدم فيما دون العشرة أيام، أمّا إذا زاد على ذلك، فقد مضى حيضها على كلّ حال.

ثم ذكر أحكاماً عديدة في الصلاة، والصوم، والجماع، متعلّقة بمجرّد طهرها من غير تفصيل.

وقال في النفساء: إذا انقطع الدم عنها، وجب عليها الاستبراء بالقطنّة، كما يجب على الحائض، فإن استمرّ بها الدم، فعلت ما تفعل الحائض عشرة أيام.

وقال قبل ذلك: الصفرة في أيام الحيض حيض، وفي أيام الطهر طهر، فإن اشتبه على المرأة^(٢) دم الحيض بدم الاستحاضة، فلتعتبره بالصفات التي ذكرناها، فإن اشتبه عليها ذلك^(٣) وكانت تَمَنّ لها عادة بالحيض، فلتعمل في أيام حيضها على ما عرفت من عاداتها، وتستظهر بيوم أو يومين، إذا كانت عاداتها في الحيض أقلّ من عشرة أيام، فإن كانت عاداتها عشرة أيام، فليس عليها استظهار، بل تغتسل.

ثم قال: وتستقرّ عادة المرأة، بأن يتوالى عليها شهران متواليان^(٤)، ترى

(١) في المصدر: فلتدخل.

(٢) في المصدر: اشتبه عليها.

(٣) كلمة «ذلك» لم ترد في المصدر.

(٤) كلمة «متواليان»، لم ترد في المصدر.

في كلّ واحد منهما الدم أياماً سواءً، لا زيادة فيهما^(١) ولا نقصان، فمتى ثبت لها ذلك، جعل^(٢) ذلك عاداتها وعملت عليه.

والمراد عملها عليه، على نحو ما ذكره في سائر المسائل مفصلاً.

وقال بلا فصل: والحبلى إذا رأت الدم في الأيام التي كانت تعتاد فيها الحيض، فلتعمل ما تعمله الحائض.

ثمّ قال: فإن انقطع عن الحائض^(٣) الدم فالأولى لزوجها أن لا يقربها حتى تغتسل، فإن غلبته الشهوة أمرها بغسل فرجها ثمّ يطؤها إن شاء.

ثمّ قال: والمستحاضة لا يحرم عليها شيء مما على الحائض، إلى أن قال: ولا يجوز لها ترك الصلاة ولا الصوم إلّا في الأيام التي كانت تعتاد فيها الحيض، فإنّه يجب عليها في هذه الأيام ترك الصيام، وترك الصلاة^{(٤)(٥)}.

والمراد بذلك: أنّه يجب ذلك على المستحاضة، وهي ذات الدم الكثير، أعمّ من الحيض والاستحاضة، لا أنّه يجب ذلك على ذات العادة في أيام عاداتها مطلقاً ولو مع النقاء أولاً وآخرأ.

وقال في الاقتصاد: أقلّ الحيض ثلاثة أيام، وأكثره عشرة أيام، وفيما بين ذلك بحسب العادة، فإذا انقطع عنها ورأت نقاءً صحيحاً، وجب

(١) في المصدر: فيها.

(٢) في المصدر: جعلت.

(٣) في المصدر: انقطع عنها.

(٤) في المصدر: ترك الصلاة والصيام.

(٥) النهاية: ٢٤ - ٢٩.

عليها أقل^(١) الغسل، وينبغي أن تستبرئ نفسها قبل الغسل، فإن رأت دمًا يسيرًا فليست بطاهر^(٢)، هذا إذا كان انقطاع الدم دون العشرة، فإن استوفت العشرة فما زاد يكون دم استحاضة على كل حال.

وقال أيضاً: إنَّ المستحاضة إن كانت لها عادة، فلترجع إلى عاداتها وتعمل عليه^(٣)، فإن تغيرت عاداتها واضطربت^(٤)، رجعت إلى صفة الدم (إن أمكن)^(٥).

وقال: النفساء كالحائض في جميع الأحكام، إلا أنه ليس لأقل النفاس حدّ، ويجوز أن يكون ساعة واحدة^(٦).

وقال في جمل العقود: ويجب على الحائض الغسل عند الانقطاع.

وقال أيضاً: (قليل الحيض ثلاثة)^(٧) أيام متواليات، والكثير عشرة، وما بينهما بحسب العادة.

وقال أيضاً: فإن كان انقطاع دمها فيما دون الأكثر، تستبرئ نفسها بقطنة، فإن خرجت نقيّة فهي طاهر، وإن خرجت ملوثة بالدم فهي بعد حائض، تصبر حتى تنقي.

(١) لم ترد في المصدر.

(٢) في المصدر: بطاهرة.

(٣) في المصدر: عليها.

(٤) في المصدر: فاضطربت.

(٥) ما بين القوسين لم يرد في المصدر.

(٦) الاقتصاد : ٣٨٢ - ٣٨٤.

(٧) بدل ما بين القوسين في المصدر: فالقليل ثلاثة.

وقال أيضاً: وأمّا المستحاضة: فهي التي ترى الدم بعد العشرة الأيام من الحيض، أو بعد أكثر أيام النفاس، وهي على ضربين: مبتدئة، وغير مبتدئة، إلى أن قال: وإن لم تكن مبتدئة، وكانت ذات عادة بلا تمييز، فلتعمل على العادة.

وقال أيضاً: النفساء كالحائض في جميع الأحكام، إلّا في الأجل، فإنّه ليس لقليل النفاس حدّ^(١).

وقال في المبسوط: ويجب على الحائض الغسل عند الانقطاع.

وقال أيضاً: قليله ثلاثة أيام، وكثيره عشرة أيام، وما بينهما بحسب عادة النساء.

وذكر الاختلاف في اشتراط التوالي في الثلاثة، وقال: فمتى رأت ثلاثة أيام تركت الصوم والصلاة، فإن رأت بعد ذلك الطهر صلّت وصامت، وإن رأت بعد ذلك دماً قبل أن يستوفي عشرة أيام على أيّ صفة كان الدم، وعلى كلّ حال كان ذلك كلّه حيضاً، ولم يكن عليها فيما صلّت وصامت شيء، غير أنّها تقضي الصوم.

ثمّ ذكر أحكام الرؤية بعد العشرة، وقال: هذا إذا رأت الطهر فيما بين الدمين، فأما إذا اتّصل بها الدم، فله حكم مفرد سنذكره.

ثمّ ذكر أحكاماً أُخر، أكثرها في ذات العادة، وقال: وتستقرّ عادة المرأة بأن يمرّ لها شهران، أو ثلاثة أشهر ترى فيها الدم أياماً معلومةً في وقت

معلوم، فيصير ذلك عادتها، تعمل عليه^(١)، وترجع إليه إن استحاضت.
والمراد بذلك: إن كثر حيضها وتجاوز العشرة، فترجع إلى عادة الدم،
لا عادة النقاء، كما هو ظاهر.

ثم ذكر أحكاماً من جهة الحيض والطهر بعد إتمامه، أو في أثناءه، ثم
قال: وإذا انقطع الدم عنها فيما دون العشرة، ولم تعلم أهي حائض بعد^(٢)
أم لا ؟ أدخلت قطة، فإن خرجت وعليها دم وإن كان قليلاً، فهي بعد
حائض، وإن كانت نقيّة فقد طهرت، فلتغتسل، ويجوز للزوج وطؤها قبل
الغسل إذا تيقنت الطهر سواء كان الطهر في أكثر مدة الحيض أو فيما دونه
وبعد الغسل أفضل.

ثم ذكر أحكاماً، آخر في الصلاة، والصوم، متعلّقة بمجرّد الطهر.

وقال أيضاً: ويجوز للزوج وطؤها في الأيام التي ترى فيها الطهر، وإن
جوّز أن ترى في تمام العشرة أيام حيضاً، فإذا تبين بعد ذلك أن ذلك كان
حيضاً، لم يكن عليه شيء^(٣).

وقال في الخلاف: إذا انقطع دم الحيض جاز لزوجها وطؤها إذا
غسلت فرجها - سواء كان ذلك في أقلّ الحيض أو في أكثره - وإن
لم تغتسل.

(١) في المصدر: عليها.

(٢) في المصدر: بعد حائض.

(٣) المبسوط ١: ٤٢ - ٤٤ و ٦٦ - ٦٧.

ثم استدَلَّ عليه بالآية، والإجماع، والأخبار، ولم ينقل خلافاً عن المخالفين، إلّا في إيجاب الغسل مطلقاً، أو إذا كان انقطاع الدم فيما دون العشرة^(١).

وقال الراوندي في فقه القرآن: يجوز وطء المرأة إذا انقطع دمها وطهرت وإن لم تغتسل.

ثم استدَلَّ بالآية، وقال: إنَّ جعله سبحانه وتعالى انقطاع الدم غايةً يقتضي أن ما بعده بخلافه^(٢).

وقال صاحب متشابه القرآن في قوله سبحانه وتعالى: ﴿حَتَّىٰ يَظْهَرَ﴾^(٣) دلالة على أن انقطاع دم الحيض غاية لزمان حظر الوطء، فيجب جوازه بعدها على كلِّ حالٍ، إلّا ما أخرجه الدليل من حظر ما قبل غَسَلِ الفرج^(٤).

وهو ينقل عن المفيد والمرتضى في بعض المواضع^(٥).

وقال القاضي في المهذب: وتستقرّ عادة المرأة بأن ترى الدم شهرين متواليين في وقت متّفق، فتعمل حينئذٍ على عادتها في ذلك، أي: تعمل في الدم على نحو ما بيّن في سائر المسائل مفصّلاً.

(١) الخلاف ١: ٢٢٨-٢٢٩.

(٢) فقه القرآن ١: ٥٥-٥٦.

(٣) سورة البقرة ٢: ٢٢٢.

(٤) متشابه القرآن ٤: ١٣٧.

(٥) متشابه القرآن ١: ١٤١ و ١٧٤ و ١٧٣ و ١٨٠ و ٢١٨، و ٣٥: ٣٥.

ثم قال: وإذا انقطع الدم عن المرأة وأرادت أن تعلم هل هي بعد حائض أو قد طهرت؟ فتستدخل قطنة، فإن خرجت وعليها دم فهي حائض لم تطهر، وإن لم يخرج عليها شيء فقد طهرت.

وقال: وإذا رأت الطهر، وجب عليها الغسل^(١).

ثم ذكر أحكاماً أخر متعلقة بمجرد طهرها بلا تفصيل، ولم يذكر شيئاً مما يتعلق بها نحن فيه غير ذلك.

وقال ابن إدريس في السرائر: ويجب على الحائض الاغتسال عند نقائها من حيضها أي: حيضها بالفعل لا حيضها بحسب العادة كما هو ظاهر.

وقال أيضاً: فأما غير المبتدئة - وهي التي يكون لها عادة - فلتلزم عاداتها إذا تجاوز دمها العشرة، فأَي دم رآته بعد عاداتها وقبل تجاوز العشرة فهو دم حيض.

ثم حل ما ورد من الأخبار على أنها ترجع إلى العادة، وما في معنى هذه العبارة على ما إذا تجاوز الدم العادة، والعشرة أيام التي هي أكثر أيام الحيض معاً، ثم خطأ ما يوجد في بعض الكتب من أنه إذا انقطع الدم عنها بعد تمام عاداتها وقبل تجاوز العشرة تستظهر بيوم أو يومين في ترك العبادة.

وقال: إن الاستظهار إنَّما هو مع رؤية الصفرة أو الكدرة بعد العادة وقبل العشرة، لا مع النقاء.

قال: وقد حَقَّق ذلك شيخنا في الاستبصار^(١).

وقال أيضاً: فإذا انقطع الدم عن المرأة، فالأولى لزوجها أن لا يجامعها حتى تغتسل، وليس ذلك عند أصحابنا بمحذور.

ثم قال: سواء انقطع لأكثر الحيض أو لأقله؛ لأن الله سبحانه وتعالى قال: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾^(٢)، وهذه قد طهرت من حيضها^(٣).

ولا يخفى أن الفرق بين الأكثر والأقل وإن كان الغرض منه الرد على المخالفين إلا أن منشأ ظاهراً إنما هو لاحتمال معاودة الدم، ومصادفة الجماع للحيض واقعاً، وقد حكم هو وغيره بمنع ذلك.

وقال ابن سعيد في الجامع: وإذا انقطع الدم اغتسلت.

ثم قال: وإن استمر ثلاثة أيام، أو زاد عليها إلى العشرة^(٤)، فالكل حيض، فإن تجاوزها رجعت إلى التمييز، إلى أن قال: وإن كانت ذات عادة ذاكراً لوقتها وعددها، عملت على العادة تميز أو لم يتميَّز.

ثم قال: وإذا انقطع عنها الدم لدون العشرة، استبرأت نفسها بقطنة، فإن خرجت متلوثة فهي بحكم الحائض، وإن خرجت بيضاء اغتسلت، وجاز^(٥) وطؤها وإن كان لأقل الحيض.

(١) الاستبصار ١: ١٤٩ - ١٥٠.

(٢) سورة البقرة ٢: ٢٢٢.

(٣) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ٨: ٢٣٣ - ٢٤٠.

(٤) في المصدر زيادة: وانقطع.

(٥) في المصدر: وجاز للزوج والسيد.

ثم قال: وتستمر^(١) عادة المرأة بتوالي حيضتين أو ثلاث، لوقت و^(٢) عدد سواء، فيردّ المختلف منه إليها^(٣).

وقال المحقق في الشرائع - بعد ذكر حكم ذات العادة، وغيرها -: إذا انقطع لدون العشرة فعليها الاستبراء بالقطنة، فإن خرجت نقيّة اغتسلت، ولو^(٤) كانت ملطّخة^(٥) صبرت المبتدئة حتى تنقى، أو يمضي^(٦) عشرة، وذات العادة تغتسل بعد يوم أو يومين من عاداتها، فإن استمرّ إلى العشرة^(٧) وانقطع، قضت ما فعلته من صوم.

ثم قال: إذا طهرت جاز لزوجها وطؤها قبل الغسل.

وذكر أحكاماً أخر متعلّقة بمجرّد الطهر، وقال: إذا طهرت وجب عليها الغسل.

ثم قال: وإذا تجاوز الدم عشرة أيام، فقد امتزج حيضها بطهرها.

ثم ذكر حكم المبتدئة، وغيرها، وقال: ذات العادة تجعل عاداتها حيضاً، وما عداه استحاضة^(٨).

(١) في المصدر: ويستقرّ.

(٢) في «حج»: أو.

(٣) الجامع للشرائع: ٤٢ - ٤٤.

(٤) في المصدر: وإن.

(٥) في المصدر: متلطّخة.

(٦) في المصدر: تمضي.

(٧) في المصدر: العشر.

(٨) شرائع الإسلام ١: ٣٥ - ٣٨.

وقال في النافع: ومع تجاوز العشرة ترجع ذات العادة إليها، وغيرها إلى التمييز.

وقال: وثبت العادة باستواء شهرين في أيام رؤية الدم.

وقال: وذات العادة مع الدم، تستظهر بعد عادتها بيوم أو يومين، ثم تعمل ما تعمله المستحاضة.

وقال: ويجب على الحائض الغسل مع النقاء.

وقال في النفاء: وتعتبر حالها عند انقطاعه قبل العشرة، فإن خرجت القطنة نقيّةً اغتسلت، وإلا توقّعت النقاء أو انقضاء العشرة. وذكر أنّها كالحائض في الأحكام، إلا أنّه لا حدّ لأقلّ النفاس^(١).

وذكر في المعتبر جملةً من هذه الأحكام، وقال: إذا رأت الدم في عادتها، ففي قدر الاستظهار بترك العبادة مع مجيء الدم قولان.

وحكى عن الشيخ في النهاية، وعن ابن بابويه والمفيد: الاستظهار بيوم أو يومين.

وعن المرتضى في المصباح: أنّها تستظهر عند استمرار الدم إلى عشرة أيام.

وعنه في الجمل: إن خرجت ملوثةً بالدم فهي بعد حائض، تصبر حتى تنقى^(٢).

(١) المختصر النافع: ٩ - ١١.

(٢) المعتبر ١: ٢١٤.

وقال العلامة في التذكرة: ذهب علماؤنا أجمع إلى أن العادة إنَّما تثبت بالمرتين، ترى المرأة^(١) فيها سواء عدداً أو^(٢) وقتاً، فترد في الثالثة إليها.

ثم قال: فإن اتَّفَق الوقت مع العدد استقرَّ عادةً.

قال: ولا يكفي المرّة الواحدة؛ لأنَّها مأخوذة من العود، ولا يتحقّق بالمرّة، وللخبر.

وقال أيضاً: المشهور كراهة الوطء قبلاً بعد انقطاع الدم قبل الغسل، وبه قال أبو حنيفة^(٣) إن انقطع لأكثر الحيض، وإن انقطع قبله، قال: لا تحلّ حتّى تغتسل، أو يمضي عليها وقت صلاة كامل.

ثم استدلّ على الأوّل بآية: ﴿حَتَّى يَظْهَرَ﴾^(٤)، وآية: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ﴾^(٥)؛ لأنّ مقتضاه إباحة الاستمتاع مطلقاً، تُرك العمل به في زمان الحيض؛ لوجود المانع، فيبقى ما عداه على الجواز، وللخبر.

ثم قال: يجب عليها الغسل عند الانقطاع، لتأدية العبادات المشروطة بالطهارة بإجماع علماء الأمصار.

ثم قال: ذهب علماؤنا إلى: أنَّها تستظهر بعد عاداتها.

ثم قال: الاستظهار إنَّما يكون مع وجود الدم، فإذا انقطع أدخلت

(١) في المصدر زيادة: «الدم».

(٢) في المصدر: و.

(٣) الشرح الكبير ١: ٣١٦.

(٤) سورة البقرة ٢: ٢٢٢.

(٥) سورة المؤمنون ٦: ٣٣، سورة المعارج ٧٠: ٣٠.

المرأة قطنه، فإن خرجت ملوثة بالدم فهي بعد حائض، وإن خرجت نقيّة فقد طهرت، تغتسل، وتصلّي من غير استظهار.

ثمّ قال: إنّما يكون الاستظهار لو قلّت العادة عن العشرة، ولم يزد الاستظهار عن أكثر الحيض، فلو كانت عاداتها تسعة، استظهرت بيوم واحد.

ثمّ قال: إذا انقطع الدم لدون عشرة، فعليها الاستبراء بالقطنه، فإن خرجت نقيّة اغتسلت، وإن كانت متلطّخة، فإن كانت مبتدئة صبرت حتّى تنقى، أو تمضي عشرة أيّام، وذات العادة تغتسل بعد يوم أو يومين، فإن استمرّ إلى العاشر وانقطع، قضت ما فعلته من الصيام؛ لتحقّق أنّه صادف أيّام الحيض، وإن تجاوز أجزأها ما فعلته؛ لأنّه صادف أيّام الطهر^(١).

وقال في الذكرى: تثبت العادة بمرّتين متساويتين عدداً ووقتاً، ففي الثالثة تردّ إليهما؛ لأنّ العادة^(٢) لا تحصل إلّا بالتكرار.

ثمّ ذكر حكم المقادير المختلفة المكرّرة، ولم يتعرّض لما نحن فيه أصلاً، وهذا دليل على أنّ العادة ليست إلّا المتّصلة لا المنفصلة.

ثمّ قال: المعتادة دون العشرة مع الدم المستمرّ تستظهر بترك العبادة بيوم^(٣) أو يومين، ثمّ تغتسل للحيض، وتأتي بأفعال المستحاضة، ويجوز

(١) تذكرة الفقهاء ١: ٢٥٩ و ٢٦٥ و ٢٧٠ و ٢٧٦-٢٧٨.

(٢) في المصدر: لأنّ العود.

(٣) في المصدر: يوماً.

ترك الاستظهار.

ثم قال: هذا الاستظهار إنّما هو مع بقاء الدم بأيّ لون اتّفق؛ لمنطوق الأخبار، واحتمال الحيض، أمّا مع النقاء فلا.

ويظهر من المختلف عموم^(١)ه، وحجّته غير ظاهرة الدلالة.

وفي التذكرة^(٢) قطع بما قلنا^(٣).

وقال في اللمعة: وأقلّه ثلاثة متوالية، وأكثره عشرة، ومتى أمكن كونه حيضاً حكم به، ولو تجاوز العشرة، فذات العادة الحاصلة باستواء الدم مرّتين تأخذها.

ثم قال: ويكره وطؤها بعد الانقطاع قبل الغسل^(٤).

وقال في الدروس: وثبتت العادة بمرّتين متساويتين، وبالتمييز مرّتين، وقد تعدّد العادة؛ وما بين الثلاثة إلى العشرة حيض وإن انقطع أو اختلف لونه إذا انقطع عليها، وتستبرئ نفسها عند الانقطاع بقطنة وجوباً، فتغتسل بنقائها، وإلا فالمعتادة تتخیر بين الاستظهار بيوم، أو أزيد إلى العشرة، ثم تغتسل.

ثم قال: ولا استظهار مع النقاء، إلّا لمن^(٥) تظنّ المعاودة^(٦).

(١) مختلف الشيعة ١: ١٩٩ - ٢٠٠.

(٢) تذكرة الفقهاء ١: ٢٧٧ - ٢٧٨.

(٣) ذكرى الشيعة ١: ٢٣٢ - ٢٣٩.

(٤) اللمعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل) ١٣: ١٣.

(٥) في المصدر: أن.

(٦) الدروس ١: ٩٧ - ٩٨.

ولا يخفى أنّ هذا الاستثناء ممّا لا دليل عليه، ولا قائل به، ولا يتوقف حصول الظنّ على اعتبار العادة المنفصلة سابقاً، بل من كانت عاداتها المستمرة عشرة - مثلاً - ثم انقطع في الرابع، تظنّ أنّه لا تتخلّف العادة في سائر الأيام وإن تخلّفت في الرابع.

وربما يكون مقصوده ظنّ المعاودة القريبة التي لا تخلّ بأداء الواجبات. وعلى أيّ تقدير فقول شاذّ مخالف للنصّ والفتوى، فلا عبرة به.

ثمّ هذا الظنّ إن اعتبر وجعل كالعلم، فعلى وجه الوجوب، ولا يتقدّر بقدر، بل يتبع القدر الذي يحصل به الظن، فيكون غير الاستظهار المعروف.

ثمّ قال: ويجب عليها الغسل عند الانقطاع، ويكره وطؤها بعد الطهر قبل الغسل.

وقال في النفساء: ويكره وطؤها بعد الطهر قبل الغسل، ويجب عليها الغسل عند الانقطاع^(١).

وقال المقداد في التنقيح: إنّ العادة مشتقة من العود، فلا بدّ من معنى المشتقّ منه، وأقلّه مرّتان.

وقال أيضاً: إنّ المنع من الوطء، مختصّ بمحلّ الدم؛ لخروجه فمع زواله يثبت الحلّ^(٢).

(١) الدروس ١: ١٠٠-١٠١.

(٢) التنقيح الرائع ١: ١٠٥ و ١١٠-١١١.

وحكى في كنز العرفان عن أصحابنا: جواز وطء الحائض بعد انقطاع الحيض، سواء كان لأقل الحيض أو أكثره^(١).

وقال ابن فهد في الموجز: وتعتاد بمرتين متساويتين وإن كانتا من تمييز، وقد تعدّد.

ثم ذكر أقسام العادة المتشعبة، ولم يذكر ما نحن فيه.

ثم قال: وتستبرئ عند الانقطاع، فتغتسل^(٢)، ولا معه، فالمعتادة مخيرة بين تعبّد المستحاضة، والصبر يومين، ولا صبر مع النقاء وإن علمت عوده قبل العشرة، ثم تتعبّد إلى العاشر، فيجزئ إن عبر، وتقضي المستظهر، لا إن وقف، فتقضي المتعبّد^(٣).

وكلامه نصّ في المطلوب، ولعلّ المراد بالعلم الظنّ العادي، المنزل في أمر الحيض منزلة العلم، أو أنّها لا تعتدّ بالعلم باعتبار احتمال الموت، مع عدم تحقّق السبب، المقتضي لجعل النقاء في حكم الحيض.

وقال في شذرة النضيد: أقلّه ثلاثة، وأكثره عشرة، وما بينهما بحسب العادة، ولو زاد عن العشرة، فإن كانت ذات عادة مستقرّة، جعلت الحيض وقت العادة، والباقي استحاضةً، ولو انقطع على العشرة كان حيضاً، وتصير ذات عادة بأن ترى الدم مرّةً، ثم ينقطع أقلّ الطهر فصاعداً، ثم تراه ثانياً بعدد ما رأته أولاً، وإذا انقطع الدم كان عليها أن

(١) كنز العرفان ١: ٤٥.

(٢) في المصدر زيادة: مع النقاء.

(٣) الموجز الحاوي (ضمن الرسائل العشر لابن فهد): ٤٤ - ٤٦.

تستبرئ نفسها بقطنة، فإن خرجت نقيّة فهي طاهر، وإن خرجت ملوثة بالدم، فإن كانت معتادة اغتسلت بعد يوم أو يومين من عاداتها وتعبّدت، فإن انقطع على العاشر كان الكلّ حيضاً^(١).

وقال العلامة في المنتهى: تثبت العادة بأن تتوالى على المرأة شهران ترى فيهما الدم أياماً سواء، لا زيادة فيها ولا نقصان^(٢).

واستدلّ عليه بالأخبار، وبأنّ العادة مأخوذة من المعادة.

ثمّ ذكر أقساماً للعادة المتّفكة والمختلفة، ولم يذكر العادة المنفصلة أصلاً، مع أنّه ادّعى إجماع علمائنا على أنّ ما تراه المرأة فيما بين الثلاثة إلى العشرة وانقطع عليها فهو حيض.

وحكم أيضاً بأنّه مع تكرّر الانقطاع في الأثناء أيضاً يكون المجموع حيضاً مع الانقطاع على العشرة.

ثمّ قال: ذات العادة إذا انقطع دمها على عاداتها، فلا استظهار، وإن استمرّ زائداً على العادة وهي أقلّ من عشرة، قال الشيخ في النهاية: تستظهر بعد العادة بترك العبادة بيوم أو يومين^(٣).

ثمّ ذكر بقيّة الأقوال، ثمّ استدلّ على الاستظهار بقضاء العادة بزيادة الأيام ونقصانها يوماً ويومين.

(١) شذرة النضيد (ضمن موسوعة ابن فهد) ٩: ٢٨ - ٣٠.

(٢) متهى المطلب ٢: ٣١١.

(٣) النهاية: ٢٤.

وقال: فهذا دم يمكن أن يكون حيضاً، وغلب على الظن ذلك، فوجب الاستظهار^(١).

ولا يخفى أن هذا ينافي الاستظهار مع النقاء من جهة العادة، كما هو ظاهر، ثم حكّم بأن الاستظهار ليس واجباً.

ثم قال: لو انقطع لدون العادة فلا استظهار حيثئذ؛ إذ المقتضي للعلم بالعادة موجود، وهو النص، والموجب للاستظهار - وهو سيلان الدم - مفقود، مع أن الاحتياط يقتضي عدم الاستظهار، ثم تستدخل قطنة، فإن خرجت نقيّة فهي طاهرة، وإلا صبرت حتى تنقى، يوماً، أو يومين، أو ثلاثة، على ما مرّ.

ثم قال - كما في نسخة لا تخلو عن سقم -: إن الطهر لا يكون أقلّ من عشرة، فلو رأت بين ثلاثة أيام الحيض والعاشر نقاءً، ثم رأت في العاشر دمًا، كان الكلّ حيضاً، وإن انقطع الدم بعد الثلاثة، وأدخلت القطنة وخرجت نقيّة صلّت وصامت إجماعاً، فإن عاودها الدم في العشرة وانقطع، قضت ما فعلته من الصيام؛ للعلم بوقوعه في حال الحيض، فإنّ النقاء المتخلّل ليس له حكم الطهر^(٢)، ونقل ذلك عن أبي حنيفة، وغيره^(٣).

(١) منتهى المطلب ٢: ٢٨٧ و ٣١٥ و ٣١٦ و ٣١٧ و ٣٢١.

(٢) منتهى المطلب ٢: ٣٢٠ و ٣٢١ و ٣٣٨.

(٣) كما في بدائع الصنائع ١: ٤٣، المبسوط للرخسي ٣: ١٥٦، الهداية للمرغيناني ١: ٣٢، شرح فتح القدير ١: ١٥٣، المجموع ٢: ٥٠١ - ٥٠٢، المغني ١: ٤٠٠، الأم ١: ٦٦، المهذب للشيرازي ١: ٤٤، فتح العزيز بهامش المجموع ٢: ٥٣٦ و ٥٣٩، ميزان الكبرى ١: ١٣٠، فتح الوهاب ١: ٢٧، السراج الوهاج ٣٣، مغني المحتاج ١: ١١٩، المغني ١: ٤٠٠.

أيضاً.

وقال: لأنّ الدم من شأنه أن ينقطع تارةً، ويسيل أخرى وسواء عبر العادة أو لم يعبر إذا لم يتجاوز العشرة.

ثمّ قال: يجب عليها الغسل عند انقطاع الدم، وهو مذهب علماء الأُمَّة كافةً، ويدلّ عليه النصّ، والإجماع.

ثمّ أورد من الأخبار ما يدلّ بعمومه على وجوبه فيما نحن فيه أيضاً.

ثمّ قال: يجب عليها الاستبراء عند الانقطاع إن انقطع لدون العشرة، فإن خرجت القطنه ملوثةً، صبرت حتّى تنقى، أو تبلغ العشرة، وإن خرجت نقيّةً اغتسلت.

ثمّ استدلّ بأخبار تعمّ ذات العادة، بل ربّما تختصّ بها، وذكر في النفاس: أنّه لا حدّ لأقلّه^(١).

منها الصحيح: «تدع الصلاة ما دامت ترى الدم العبيط»^(٢).

قال: وهذا يدلّ على أنّ الانقطاع وإن قلّ عدد أوقات الدم قبله يوجب الصلاة^(٣).

ثمّ قال: لو انقطع الدم لدون العشرة، أدخلت قطنه فإن خرجت نقيّةً اغتسلت وصلّت، وجاز لزوجها أن يقربها، وحلّ عليها جميع ما يحلّ على

(١) منتهى المطلب ٢: ٣٣٨ و ٣٦٥ و ٣٧٠ و ٤٣٠ - ٤٣٢.

(٢) تهذيب الأحكام ١: ١٨٣ / ٤٩٧، الوسائل ٢: ٣٨٨، أبواب النفاس، ب ٣ ح ١٦.

(٣) منتهى المطلب ٢: ٤٣٢.

الطاهرات، وإن خرجت ملوثة صبرت إلى النقاء، أو تمضي مدة الأكثر، وهي عشرة أيام إن كانت عادتها، وإلا صبرت عادتها خاصة، واستظهرت بيوم أو يومين.

ثم صرح بأن المعتبر عادتها في الحيض لا النفاس^(١).

وقال الصيمري في كشف الإلتباس: ما بين الثلاثة إلى العشرة حيض إن انقطع قبل تجاوز العشرة، وذهب علماؤنا إلى أن العادة إنَّها تثبت بالمرتين ترى المرأة الدم فيها سواء عدداً أو وقتاً، فإن اتفق العدد والوقت، استقرت عدداً ووقتاً.

ثم ذكر أقسام العادة المتّحدة والمختلفة - المرتبة وغير المرتبة - ولم يذكر العادة المنفصلة.

وقال أيضاً: ذهب علماؤنا إلى أن المرأة تستظهر بعد عادتها مع استمرار الدم، وقصور العادة عن العشرة، ومع كون العادة عشرة، فلا استظهار؛ إذ لا حيض بعد العشرة، ومع النقاء فلا استظهار وإن علمت عوده قبل العشرة.

ثم ذكر الاختلاف في وجوب الاستظهار وندبه، وقال: الأقرب عندي الجواز، وعلى ما يتغلّب عند المرأة في حيضها^(٢).

وقال المحقق الكركي في الجعفرية: أقلّه ثلاثة أيام متوالية بلياليها،

(١) منتهى المطلب ٢: ٤٤٢ و ٤٤٧.

(٢) كشف الإلتباس ١: ٢٠٣ و ٢٠٤ و ٢٢٨.

وأكثره عشرة، وإذا انقطع على العشرة فالكُل حيض وإن تخلَّله النقاء بعد الثلاثة، وإن عبرها فالمعتادة - وهي التي اتَّفَقَ حيضها وقتاً وعدداً أخذاً وانقطاعاً - ترجع إلى عاداتها.

ثم قال: ولها بعد أيام العادة أن تستظهر بيوم أو يومين إلى العشرة^(١). وقال في تعليق الشرائع: يعتبر التوالي في الثلاثة بحيث متى وضعت القطنه وصبرت خرج دم.

وقال: إنَّ المعتادة على ثلاثة أقسام: فإن تماثلت المرّة الأولى والثانية في الوقت والعدد، بحيث يكونان - مثلاً - في أوّل الشهر الهلالي ونحو ذلك، واستويا في الأخذ والانقطاع، فهي مستقرّة عدداً ووقتاً.

وقال في شرح قول المصنّف: وذات العادة تغتسل بعد يوم أو يومين من مضي عاداتها المراد إنَّ ذات العادة مع وجود الدم تغتسل بعد يوم أو يومين من مضي عاداتها وهذا على سبيل الاستحباب على الأصحّ^(٢).

وقال في شرح القواعد: الأرجح اعتبار التوالي في الثلاثة، وهو يتحقّق بحصول الدم فيها على الاتّصال، بحيث متى وضعت الكرّسف تلوّن به، ولا يكفي حصوله فيها في الجملة، كما يوجد في بعض الحواشي.

وقال أيضاً: العادة إنَّما تثبت بمرّتين متساويتين عدداً ووقتاً إجمالاً؛ لأنَّ العادة مأخوذة من العود، ولا تحصل^(٣) بالمرّة الواحدة، وللأخبار؛ أن

(١) الجعفرية (ضمن حياة المحقّق الكركي وآثاره) ١٤٥: ٤.

(٢) حاشية شرائع الإسلام (ضمن حياة المحقّق الكركي وآثاره) ١٠: ٦٣ - ٦٥.

(٣) في المصدر: ولا تصدق.

استقرار العادة وقتاً إنّما يكون بتماثل زمان الدمين بالنسبة إلى الشهرين الهلاليين.

ثم قال: الكلام في أقسام العادة وأحكامها، ولم يذكر ما نحن فيه أصلاً.

ثم قال في الاستبراء: فإن خرجت القطنة نقيّة فقد طهرت، فيجب الغسل مطلقاً، وإن خرجت ملطّخة صبرت المبتدئة إلى النقاء، أو مضى العشرة.

ثم ذكر بقية الأقسام، وذكر حكم الاستظهار لذات العادة، وحكم باستحبابه، وقال: إنه إنّما يكون مع وجود الدم بأي لون اتفق، لا مع انقطاعه، ويظهر من عبارة المختلف ثبوته مطلقاً، ولا وجه له.

ثم ذكر حكم وطء الحائض بعد الطهر قبل الغسل، وحكم بجوازه، واستدلّ بأمر منها: الآية، وقال: إنّها تدلّ على انتفاء وجوب الاعتزال في غير زمان الحيض، فيشمل المتنازع فيه.

ثم قال: ولا فرق في جواز الوطء بين أن ينقطع الدم لأكثر الحيض أو لا.

نعم، يشترط في الثاني انقطاع الدم على العادة فصاعداً، ولو انقطع دونها فأشكال، قد تقدّم عن غيره عدم الفرق بين الأقل والأكثر بقول مطلق.

وعن بعض العامة التفصيل بينهما مع عدم الغسل^(١)، وعلى قوله يلزم

الفرق بين استكمال العادة وعدمه مع الغسل أيضاً وإن قال بصحته حينئذٍ، وعدم الفرق عنده بين العادة المنفصلة والمتصلة.

ويمكن حل كلامه على الاستشكال من جهة الوطء خاصةً، أمّا من جهة الغسل والعبادة فلا؛ لما تقدّم في كلامه وكلام غيره من وجوبها مع النقاء مطلقاً.

وقال ولده الفاضل في تعليق الإرشاد: إنّ المعتبر في توالي الثلاثة حصول الدم فيها على الاتصال، بحيث متى وضعت الكرشف وصبرت هنيئة تلوّن به.

ثمّ حَكَمَ بأنّ العادة تتحقّق بالتساوي في الأخذ والانقطاع؛ اذ مع تفاوتها لا اتّحاد فيه.

ثمّ قال بعد ذكر الاستبراء: إنّ الحكم بطهارتها لو خرجت نقيّة إنّما هو بحسب الظاهر، والغرض جريان الأحكام عليها.

ثمّ ذكر الاستظهار إذا لم تخرج نقيّةً، واختار استحبابه لذات العادة، أو تحيّرهما في مقاديرها المروية.

ثمّ حكى عن والده وعن الشهيد وظاهر ابن إدريس: أنّ الاستظهار إنّما يكون مع بقاء الدم بأيّ لون اتّفق، لا مع انقطاعه^(١)، قال: ويظهر من المختلف^(٢) عمومته.

(١) جامع المقاصد ١: ٢٨٧ و ٢٨٩ و ٣٣٢، المختلف ١: ٢٠٢، البيان: ٦٤، السرائر ١: ١٤٩.

(٢) مختلف الشيعة ١: ١٩٩ - ٢٠٠.

وهو ظاهر عبارات معظم الأصحاب، وظاهر الروايات تشهد بذلك؛ لقول الباقر عليه السلام: «إذا رأت دماً بعد أيامها، فلتقعد عن الصلاة يوماً أو يومين»^(١)، حيث علّق الاستظهار على الرؤية بعد أيام العادة، لا عليها ولا على النقاء؛ لأنّه لو اعتبر النقاء، لوجب تكرّر الاستظهار، بل في الوقت الواحد للصلاة، وهو خلاف المعهود ممّا استقرّ في المذهب، وعندي فيه تردّد^(٢). انتهى.

ولا يخفى أنّ كلمات الأصحاب على خلاف ما استظهره منها كما مرّ، وكذا الروايات، فإنّ مجرد الرؤية ليست علّة تامّة للانتظار، بل من جهة بقاء الدم، ولعلّ التخيير بين اليوم واليومين والعشرة باعتبار النقاء وعدمه، واختلاف حال المرأة في ذلك، حتّى أنّه لو رأت القطنه نقيّة، ثمّ رأت الدم، أمكن إجراء حكم الاستظهار أيضاً؛ لانتفاء^(٣) العلّة، ووجود علّة الاستظهار.

وأما ما أورده من لزوم تكرّر الاستظهار فلا مانع منه، بل يلزم أعظم منه في المستحاضة، وفي تحقيق توالي الثلاثة التي هي أقلّ الحيض، بناءً على اعتبار الاستمرار في صبر المبتدئة إلى النقاء، أو مضيّ العشرة، فإنّه واجب قطعاً.

والاستظهار مندوب عنده وعند كثير من الأصحاب، والأمر في

(١) الوسائل ٢: ٣٠٤، أبواب الحيض، ب ١٣ ح ١٥.

(٢) حاشية الإرشاد لابن العلامة: ٤١ - ٤٥ (مخطوط).

(٣) في «ش، ك، حج»: لارتفاع.

المندوب هين، فبكل شيء يعرف النقاء مع وجوب الصبر إليه يعرف النقاء مع استحباب الصبر إليه.

والجواب عن الجميع واحد، وهو: أن العبرة بالأمارات، وباستكشاف الحال في أوقات الصلاة ونحوها، كما في المستحاضة، مع وجوب معرفتها بأحوالها؛ لاختلاف أحكامها، فتردده إذن ليس في محله، كما لا يخفى.

وقال الشهيد الثاني في المسالك: المشهور اشتراط التوالي في الثلاثة.

والمراد به: أن ترى الدم في كل يوم منها، وقيل: لا بدّ مع ذلك من استمراره، بحيث ترى الدم كلّما وضعت الكرّسف، وصبرت هنيئة، وهو أحوط.

وقال أيضاً: العادة مأخوذة من المعاودة، وهي هنا: رؤية الدم مرّة بعد أخرى يتفق فيهما وقت حصول الدم وعدده، أو أحدهما خاصّة، وإذا تجاوز العشرة رجعت إلى ما استقرّ لها من العدد، وجعلته حيضاً والباقي استحاضةً، ولا يشترط استقرار عدد التطهر.

ثم ذكر وجوب الاستبراء على نحو ما ذكره غيره، واستحباب الاستظهار كذلك^(١).

وقال سبطه في المدارك: إنّه يعتبر توالي الثلاثة، وإنّ ظاهر الأكثر حصوله برؤية الدم في كلّ منها وقتاً ما؛ عملاً بالعموم، وقيل: يشترط اتّصاله في مجموعها، وقيل: يكفي حصوله في أول الأوّل، وآخر الآخر،

وجزء من الوسط، وهو بعيد^(١).

وحكى عن جدّه في الروض: أنّه على القول بعدم اشتراط التوالي، فالثلاثة المتفرقة حيض لا غير، فالغسل في الأثناء إما للحيض أو الاستحاضة، وإن كان دم الأوّل والثاني قليلاً يوجب الوضوء للاستحاضة، فاغتسلت احتياطاً، ثمّ انكشف كون الدم حيضاً، ففي إجزائه - لما فعلت من العبادة في النقاء الذي هو طهر - نظر^(٢).

وأورد سبطه عليه: بأنّ الطهر لا يكون أقل من عشرة، وبأنّ حكم النقاء المذكور، حكم النقاء بين الثلاثة المتوالية وبين ما بعدها، مع عدم تجاوز العشرة، فإنه حيض عندهم^(٣).

وفيه: أنّه يمكن الفرق بالنصّ، وبأنّ الطهر الذي لا يكون أقل من عشرة هو ما بين الحيضتين المستقلّتين، أمّا ما بين الحيض الواحد المشروط بعبءه ببعض ولا بدّ من حصوله في العشرة فلا.

ثمّ استدلّ في المدارك على جواز وطء الحائض بعد الانقطاع قبل الغسل بالآية^(٤)، وقال: إنّ جعل غاية التحريم انقطاع الدم، فثبت الحلّ بعده^(٥).

(١) مدارك الأحكام ١: ٣١٩ - ٣٢٢.

(٢) روض الجنان ١: ١٧٤ - ١٧٦.

(٣) مدارك الأحكام ١: ٣١٩ - ٣٢٢.

(٤) سورة البقرة ٢: ٢٢٢.

(٥) مدارك الأحكام ١: ٣٣٧.

وقال أيضاً: إنّ الحائض متى انقطع دمها ظاهراً لدون العشرة، وجب عليها الاستبراء.

ثم قال: ومتى حصل النقاء وجب عليها الغسل، وهو إجماعيٌ منصوص.

ولو اعتادت النقاء في أثناء العادة ثم رأت الدم بعده، فالظاهر عدم وجوب الغسل معه؛ لأطّراد العادة، واستلزام وجوبه الحرج والضرر بتكرّر الغسل مع تكرّر النقاء، ويحتمل الوجوب؛ للعموم، واحتمال عدم العود^(١).

وفيه : أنّ المستند - وهو النصّ، والإجماع - شامل لما ذكره، فكيف يُخصّص بما أورده؟ مع أنّه جار فيما إذا كانت عاداتها عشرة متّصلة - مثلاً - ثم انقطع بعد الثلاثة، فإنّ تخلف العادة في الرابع لا يقتضي تخلفها في الباقي مع تكرّره، والحرج منفي؛ إذ ليس أعظم من أمر الاستحاضة، ومن حكم النقاء قبل إتمام الثلاثة، وكذا الضرر؛ لوجوب التيمّم مع الخوف منه دون الغسل، فلا يجوز بمجرد الضرر في الغسل ترك الصلاة والصوم ونحوهما مطلقاً.

ويلزم أيضاً ترك الصوم بمجرد ظنّ طروء المعتاد في أثناء النهار؛ لأنّ الصوم لا يتبعّض، وهو ظاهر الفساد.

وكذلك ترك الصلاة بمجرد ظنّ طروئه في أثنائها، ولا سيّما مع ظنّ

عدم توسعة أول الوقت لصلاة كاملة قبل الحيض.

ثم إن مقتضى كلامه عدم وجوب الغسل، وتعليله يقتضي عدم جوازه.

ثم يلزم أيضاً عدم وجوب الاستبراء في أثناء العادة أصلاً؛ لعدم الفائدة فيه، بل يجب بعدها كالاستظهار، ولا يقول بذلك هو، ولا غيره.

وقال صاحب معالم الدين: أقله ثلاثة أيام متواليات^(١)، وإذا انقطع قبل تجاوز العشرة فالكُل حيض، وثبت العادة برؤية الدم عدداً لا يزيد على عشرة، ثم ينقطع أقل الطهر، ثم ترى مثل العدد مع اتحاد الوقت، وإذا انقطع قبل العشرة فعليها الاستبراء بالقطنة، فإن خرجت نقيّة اغتسلت، وإلا انتظرت النقاء، أو مضى العشرة.

وذات العادة تستظهر بعد عاداتها بيوم أو يومين، ثم تعمل عمل الاستحاضة، وإذا تجاوز العشرة، فذات العادة ترجع إليها، ويجب الغسل عند النقاء^(٢).

وقال صاحب مسالك الافهام - ردّاً على من فرق من العامة بين انقطاع الدم للأقل أو الأكثر -: إن ما يتخيّل من استحسان العقل من عدم الاحتياج^(٣) إلى العشر - إذا انقطع على أكثر المدّة، والاحتياج^(٤) إليه إذا

(١) في «حج»: متواليّة.

(٢) معالم الدين ١: ٥٦ - ٥٧.

(٣) في المصدر: الصبر.

(٤) في المصدر: ولإمكان الصبر.

انقطع على القليل - باطل في الشريعة؛ إذ هو قول على الله بغير علم، إلى أن قال: يجب الوقوف على الظاهر، إلا أن يقوم^(١) دليل على عدم إرادته.

وقال أيضاً: إن استفادة التفصيل من الآية بعيدة، بل هو في حكم الإلغاز والتعمية^(٢).

وقال صاحب الذخيرة: إذا انقطع دم الحائض ظاهراً لدون العشرة، وجب عليها الاستبراء بالقطن، على ما ذكره الأصحاب، فإن لم يكن عليها شيء من الدم فهي طاهرة، وإلا فلا.

ثم ذكر الأدلة على ذلك من الأخبار، وغيرها، ثم قال: ويظهر من كلام ابن إدريس وجود قول بالاستظهار مع النقاء، وهو ضعيف، ولو اعتادت النقاء في أثناء العادة، ثم رؤية الدم بعده، لم يبعد عدم وجوب الغسل؛ لاستلزام وجوبه الحرج والعسر بتكرّر الغسل مع تكرّر النقاء، ويحتمل الوجوب؛ لعموم الأدلة، واحتمال عدم العود.

ثم قوى التخيير^(٣) في قدر الاستظهار بين ما ذكر في الأخبار وكتب الأصحاب، واختار: أن الاستظهار غير واجب، ولا مندوب، بل جائز لها.

وأبطل القول بالاستحباب بأن استحباب ترك [العبادة]^(٤) لا وجه له،

(١) في «ف»: يقويه.

(٢) مسالك الافهام ١: ٩٨.

(٣) في «ش، ع، ك، م»: التخيير.

(٤) بدل ما بين المعقوفين في النسخ: «العادة». وهو تصحيف ما أثبتناه في المتن من المصدر.

ولم يعلم أنّ فعل العبادة على الوجوب، وتركها على الجواز أيضاً لا وجه له.

ولا يخفى: أنّ الأخبار وكلام الأصحاب كالنصّ في فساد ما ذكره، فكيف ساغ لمثله الخروج عنهما بما ذكره من التعليل العليل؟

ولو صحّ ما ذكره لوجب تخصيص الاستبراء بما بعد العادة كالاستظهار، ولم يقل به هو، ولا غيره.

ثمّ قال: اتفق الأصحاب على ثبوت الاستظهار لذات العادة مع استمرار الدم إذا كانت عاداتها دون العشرة.

ثمّ قال: ويجب الغسل عند الانقطاع باتّفاق الأصحاب، ودلالة الأخبار المستفيضة^(١).

وهذا أيضاً حجة عليه.

وقال في الكفاية: وإن لم يكن بين الدمين أقلّ الطهر، فإن أمكن الجمع بينهما، وأن^(٢) لا يتجاوز المجموع العشرة، فالذي صرح به غير واحد من المتأخّرين: أنّها تجمع بينهما، وللشيخ فيه قولان: ترجيح التمييز، وترجيح العادة، ولعله الراجح.

ثمّ قال: ولو رأت^(٣) الدم ثلاثة أيّام وانقطع، ثمّ رأت العاشر خاصة، فالعشرة حيض، ويجب عليها الاستبراء عند الانقطاع لدون العشرة، فإن

(١) ذخيرة المعاد ١: ٦٩ - ٧٠.

(٢) في المصدر: بأن، بدل: وأن.

(٣) في المصدر زيادة: المرأة.

خرجت القطنه نقيّةً، فطاهرة، وإلّا ثبت لذات العادة الوقتيّة والعديّة صبر وانتظار إذا كانت عاداتها أقلّ من العشرة، بلا خلاف؛ للروايات. واختار في عدد الاستظهار التخيّر، وفي حكمه الجواز، لا الوجوب، ولا النذب.

ثمّ قال: ويجب الغسل عند انقطاع الحيض، بلا خلاف، ويكره جماع الحائض بعد النقاء قبل الغسل.

ثمّ قال: والزائد عن العادة وأيام الاستظهار استحاضة، وقيد المشهور بها إذا تجاوز العشرة^(١).

وقال الشيخ رحمته الله في رسالته كشف الالتباس^(٢): ولو اعتادت بياضاً في أثناء العادة بعد مضيّ الثلاثة حسبته من الحيض، وأجرت حكمه عليها من غير استبراء على الأقوى.

ثمّ قال في الاستبراء إذا انقطع قبل العاشر: إنّ القطنه إن خرجت نقيّةً، كانت طاهرةً، وإلّا صبرت المبتدئة إلى النقاء، أو مضيّ عشرة، وذات العادة تستظهر بترك العبادة، أو بفعلها إلى العشرة، فإن انقطع دمها فالكّل حيض، وإن تجاوز العشرة كان ما في العادة حيضاً^(٣)، والباقي استحاضة^(٤).

(١) كفاية الأحكام ١: ٢٥ - ٢٨.

(٢) قصد المصنّف هو إرادة: كشف الغطاء، وليس كشف الالتباس، فحصل سهو منه؛ لوجود العبارة في الأوّل دون الثاني.

(٣) في «ف»: حيض.

(٤) كشف الغطاء ٢: ٢٠٥ و ٢٢٤.

وصرح صاحب الوسيلة بأنه على القول بعدم اشتراط التوالي يكون النقاء المتخلل بين الثلاثة بحكم الحيض^(١).

وقال الفاضل الهندي في شرح القواعد: ويجب الاستبراء عند ظهور الانقطاع قبل العاشر، كما هو ظاهر الأكثر، وصريح الشيخ في الجمل^(٢)، وعبر في الاقتصاد: ب: ينبغي^(٣)، فإن خرجت القطنة نقيّة، ظهر أنّها طهرت، فتغتسل، كما نصّ عليه الأخبار والأصحاب، ولا استظهار هنا. ويظهر من السرائر قول بالاستظهار، مع^(٤) ذلك ضعيف.

وتوهمه الشهيدان من المختلف^(٥).

وفي الدروس: لا استظهار مع النقاء، إلّا إذا ظنّت العود^(٦).

ثمّ حمل كلام العلامة في المختلف على أنّه فهم من ابن إدريس اختصاص الاستظهار برؤية الدم ظاهراً بعد العادة، فنفاه في المختلف.

ثمّ حكى عن المقنع: اختصاص الاستبراء بها إذا رأت الصفرة ونحوها^(٧).

(١) الوسيلة: ٥٧.

(٢) الجمل والعقود (ضمن الرسائل العشر للشيخ الطوسي): ١٦٣.

(٣) الاقتصاد: ٣٨٢.

(٤) في المصدر: ومع.

(٥) الدروس ٩٨: ١، مسالك الافهام ٦١: ٦٢، مختلف الشيعة ١: ١٩٩-٢٠٠.

(٦) الدروس ٩٨: ١.

(٧) المقنع: ٤٦.

ونقل عن سَلَّار: التصريح باختصاص الاستظهار بها إذا لم يظهر إلا صفرة، أو كدرة^(١).

واحتمله من كلام الشيخين والقاضي والعلامة في التذكرة^(٢).

وحمل لفظ الاشتباه في الوسيلة^(٣): أن ترى عليها صفرة، أو كدرة، أو أنّ في فرجها قرحاً، أو جرحاً يحتمل تلطّخها به، لا على اشتباه العادة عليها؛ لأنّها إذا صبرت إلى النقاء مع علمها بقصور العادة عن العشرة، فمع الاشتباه أولى^(٤).

وذكر الشيخ جواد في شرح الجعفرية^(٥) جملة ممّا ذكره سائر الأصحاب.

وذكر في حكم الوطء بعد انقطاع الدم قبل الغسل: أنّه لا فرق في الحكم المذكور بين الانقطاع لأكثر حيض أو أقلّه، ولا بين انقطاعه على العادة أو بعدها، بل الدليل والفتوى شاملان للانقطاع قبلها أيضاً.

وقد يشكل الحكم هنا؛ نظراً إلى جواز معاودة الدم، لكن لا يخفى أنّ الإشكال لا يزول بالاغتسال قبل العادة؛ لاحتمال معاودة الدم فيها أيضاً.

فإن قيل: هذا قد يتمشّى فيما بعد العادة قبل الوصول إلى الأكثر؛ لاحتمال المعاودة.

(١) المراسم: ٤٣.

(٢) المقنعة: ٥٥، النهاية: ٢٤، المهذب: ١: ٣٥، تذكرة الفقهاء: ١: ٣٠٥.

(٣) المراسم: ٥٧.

(٤) الوسيلة: ٥٧.

(٥) المصدر غير متوفر.

قلت: لما كانت العادة من الأمور الجلية، كان ذلك الاحتمال كالساقط بالنسبة إليها، فلا يكون مؤثراً، ومع هذا فالاحتياط طريق البراءة.

ولا يخفى: أن الإيراد جارٍ في المتقدم إذا انقطع دمها واحتملت عودها في العشرة، ولا يندفع بما ذكره.

ولو استند إلى ظن المعاودة إذا كان الانقطاع في أثناء العادة، أو في آخر يوم منه قبل إتمامه، لكان أولى وإن كان فاسداً أيضاً، كما لا يخفى.

وقال جمال الدين في حاشية اللمعة في بيان العادة: الظاهر من تساوي أخذاً وانقطاعاً في كلام الأصحاب هو: أن يكون شروع الثاني في وقت شروع الأول، وانقطاعه في وقت انقطاعه^(١).

وقال صاحب المفاتيح: ويسقط اعتبار الصفة مع العادة الثابتة بتكرره مرتين متساويتين، وذات العادة إذا استمر بها الدم حتى تجاوز عاداتها، تستظهر بترك العبادة إجماعاً^(٢).

وقال الأستاذ الأعظم في شرح المفاتيح: إن القول بالاستظهار مع عدم رؤية الدم ضعيف، بل لا استظهار إلا مع رؤيته بعد أيام العادة قبل العشرة^(٣).

والحكمة فيه: غلبة زيادة الدم عن العادة يوماً أو أكثر، وعدم تساوي أيام العادة بلا زيادة ونقصان.

(١) التعليقات على شرح اللمعة الدمشقية: ٥٤.

(٢) مفاتيح الشرائع ١: ١٤-١٥.

(٣) مصابيح الظلام في شرح مفاتيح الشرائع ١: ١٣٦.

والمظهر للحال هو: انقطاع الدم، و^(١)تجاوزه العشرة.

ثم قال: إذا انقطع دم الحائض لدون العشرة، فعليها الاستبراء بالقطنة.

وحمل ما دلّ على المنع - من ملاحظتها لنفسها في الليل - على رفع الضيق عمّن اعتادت النقاء في الأثناء.

ثم قال: ولو اعتادت النقاء في أثناء العادة، فالظاهر عدم وجوب الغسل؛ لاستلزامه الحرج، وربّما تتضرّر، بل المظنون تضرّرها لا طراد العادة، فالمظنون عدم الطهر أيضاً - أي كما إذا رأت الدم - قال: ويحتمل الوجوب؛ للعموم، واحتمال عدم العود.

واحتمال أيضاً عن الوطء مع رؤية الدم، بعد العادة؛ لاحتمال كونه حيضاً.

وحكى عن المنتهى وجوب ذلك، وردّه بالأصل والأخبار، إلّا أنّه جعل الاحتياط فيه شديداً، وقال: إذا طهرت واغتسلت حلّ وطؤها، وكذا قبل الغسل على كراهة، إلّا أنّ المنع أحوط^(٢).

وقال في التحفة الحسينية^(٣): إذا كانت عاداتها في حيضها انقطاع الدم ثمّ مجيئه، فلا يجب الغسل بمجرد الانقطاع، على النحو الذي قلنا؛ لأنّ الغسل في أيام الحيض مضرّ، مضافاً إلى ظنّها عدم فائدة في هذا الغسل،

(١) كذا في جميع النسخ، والظاهر: أو، بدل: و.

(٢) منتهى المطلب ٢: ٣٩٣-٣٩٤، مصابيح الظلام ١: ١٣٦ و ١٨٧-١٨٨ و ١٩٥-١٩٦.

(٣) المصدر غير متوفّر.

وعدم كونه رافعاً للحدث أصلاً - مثلاً - لغسل^(١) في وقت دم الحيض^(٢)، مع أنه ربّما يجيء الدم ثمّ ينقطع، وهكذا، فيلزم الحرج، فلا بأس بتأخيرها الغسل إلى انقضاء تمام عاداتها، بل هو الأولى، ولعلّ الغالب في النساء عدم استمرار الدم في جميع أوقات حيضها، فيشتبه عليها الحال كثيراً، فتستبرئ بالقطنة عند توقع النقاء.

ولا يخفى أنّ الضرر بالغسل لا يقتضي إلّا تركه، والإبدال بالتيّم؛ لأنّه واجب مع ظنّ الضرر لذلك، أو غيره.

ولا يلزم من ذلك سقوط العبادة الواجبة بمجرد الاحتمال أو الظنّ؛ لعروض السبب الكاشف بعد ذلك بلا دليل على جواز الاعتماد على ذلك، بل دلالة الأدلّة والفتاوى على خلافه، كما هو ظاهر.

وقال السيّد المرحوم:

وكَلَّمَا [لاح]^(٣) رجوع الطهر لحائض فإنّها تستبرئ
فإن رأت تربّصت منتظرة إلى النقاء أو مضى العشرة
والأظهر^(٤) استظهارها بما ورد من يوم أو يومين والماضي أسدّ^(٥)
والعموم فيه مع إطلاق الاستظهار وإطلاق النقاء دليل الموافقة

(١) كذا في جميع النسخ، لكن الظاهر أنّ مراده غسل، هو: مثل الغسل. فيكون من سهو القلم، أو من سهو النسخ، وهو في «حج» (خ ل).

(٢) في «ف»: ولم يحض.

(٣) مابين المعقوفين أضفناه من المصدر.

(٤) في المصدر: الأشهر.

(٥) الدرّة النجفية: ٣٥.

للمختار.

ثم ذكر في وطء الحائض بعد النقاء^(١) ما يدل على المدعى، وقوله:
الأظهر، إنما يستقيم في ذات العادة.

وذكر الشيخ المرحوم في الرسالة الحيضية^(٢) جملة مما ذكره الأصحاب
مما يدل على ما قلنا.

إلا أنه قال في موضع منها: ولو اعتادت بياضاً في أثناء العادة بعد
مضي الثلاثة حسبته من الحيض، وأجرت حكمه عليه من غير استبراء،
على الأقوى^(٣).

ومقتضاه: لزوم ذلك، ومقتضى كلام غيره ممن استند إلى العسر
والحرج عدم لزوم ذلك.

والتحقيق ما قلنا من عدم جواز ذلك.

وقال الطبرسي في الجوامع: ﴿فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ﴾، أي: فاجتنبوا مجامعة
النساء ﴿فِي﴾ وقت ﴿الْمَحِيضِ﴾، ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ﴾ بالجماع ﴿حَتَّى يَظْهَرْنَ﴾^(٤)،
أي: ينقطع الدم عنهن^(٥).

(١) الدرّة النجفية: ٣٦.

(٢) لم نثر على رسالة لكاشف الغطاء بهذا الاسم، والعبارة موجودة نصّاً في كشف الغطاء، ولعلّه
هو مراد المصنّف رحمه الله بمسألة الحيض من ذلك الكتاب، فعبر عنها بـ: الرسالة الحيضية.

(٣) كشف الغطاء ٢: ٢٠٥.

(٤) سورة البقرة ٢: ٢٢٢.

(٥) جوامع الجامع ١: ١٤٦.

وقرئ: ﴿حَتَّى يَظْهَرَ﴾ بالتخفيف، أي: حتى ينقطع الدم عنهن، وبالتشديد، أي: حتى يغتسلن ويتوضأن، عن مجاهد وطاووس، وهو مذهبنا، ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ﴾^(١)، أي: اغتسلن، وقيل: توضأن، وقيل: غسلن الفرج.

ثم قال: اختلف في غاية تحريم الوطء، فمنهم من جعل الغاية انقطاع الدم، ومنهم من قال: إذا توضأت أو غسلت فرجها، حلّ وطؤها، عن عطاء وطاووس، وهو مذهبنا، وإن كان المستحب أن لا يقربها إلا بعد الغسل، ومنهم من قال: إذا انقطع دمها واغتسلت، حلّ وطؤها، عن الشافعي، ومنهم من قال: إذا كان حيضها عشرين، فنفس انقطاع الدم يحللها للزوج، وإن كان دون العشرة فلا يحلّ وطؤها، إلا بعد الغسل أو التيمم، أو مضي وقت صلاة عليها، عن أبي حنيفة^(٢).

الثالث مما يدلّ على المطلوب بعد الآيات العامة في الوطء وغيره، والخاصة في الوطء: صحيحة الحسين بن نعيم الصحّاف، عن أبي عبد الله عليه السلام في الحبل التي ترى الدم وفيها: «فإنه من الحيضة، فلتمسك عن الصلاة عدد أيامها التي كانت تقعد في أيام^(٣) حيضها، فإن انقطع الدم عنها قبل ذلك، فلتغتسل ولتصل»^(٤).

(١) سورة البقرة ٢: ٢٢٢.

(٢) قال بذلك في مجمع البيان ٢: ٨٧-٨٨.

(٣) كلمة «أيام»، لم ترد في المصدر.

(٤) الكافي ٣: ٩٥، تهذيب الأحكام ١: ١٧٦-١٧٧/٤٨٢، الوسائل ٢: ٣٧٤، أبواب

والمراد: قبل انقضاء أيامها، فالغسل للحيض، ولذا لم يذكر سائر أحكام المستحاضة، ويخصّص بها إذا كان بعد إتمام الثلاثة المتوالية، بناءً على اشتراط التوالي فيها، كما هو المشهور.

قال: «وإن لم ينقطع الدم عنها إلا بعد ما تمضي الأيام التي كانت ترى الدم فيها بيوم أو يومين، فلتغتسل، ثم تحتشي، وتستغفر^(١)، وتصلّي الظهر، والعصر^(٢)».

والمراد: الغسل في أول اليوم واليومين، وهو للحيض، ويكتفى به عن غسل الاستحاضة إن كان دمها ممّا يوجب الغسل، وإلا فللحيض خاصّة. والخبر يدلّ على أنّ ما زاد على العادة استحاضة وإن انقطع في العشرة، ولما كان السؤال عن امرأة خاصّة، فيمكن علم الإمام عليه السلام بكون أيامها عشرة، فيكون الزائد عليها استحاضة قطعاً.

ويمكن الحمل على جواز عملها عمل المستحاضة بلا استظهار وإن حكم بعد ذلك بعد الانقطاع في العشرة كون الدم حيضاً.

وصحيحة محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «إذا أرادت الحائض أن تغتسل فلتستدخل قطنة، فإن خرج شيء فيها^(٣) من الدم فلا تغتسل، وإن لم تر شيئاً فلتغتسل، وإن رأت بعد ذلك صفرة فلتتوضّأ

(١) في الكافي: تستغفر.

(٢) الكافي ٣ : ١/٩٥، تهذيب الأحكام ١ : ١٧٦ - ١٧٧ / ٤٨٢، الوسائل ٢ : ٣٣٠، أبواب

الاستحاضة، ب ٣٠ ح ٣.

(٣) في «ف» منها.

ولتصل^(١).

فإرادتها الغسل إنَّما يكون بعد انقطاع الدم ظاهراً، أو بعد انقضاء أيام الحيض المعتادة إن كانت معتادة، والنهي عن الغسل مطلقاً بمجرد الرؤية في المبتدئة وجيةً مطلقاً.

وأما في ذات العادة فيستقيم، بناءً على وجوب الاستظهار بعد العادة.

وأما بناءً على غيره فينبغي أن يُحمل على الانقطاع في أثناء العادة.

والأصحاب قد حكموا بوجوب الاستبراء مطلقاً، إذا كان لدون العشرة.

وقوله: «وإن رأيت بعد ذلك...»، يؤيد كون الخبر في ذات العادة، فيكون الرؤية بعد أيامها، فالخبر لا يخلو عن إشكال.

وصحيحته أيضاً عن أحدهما عليه السلام، قال: سألت عن الحبلى ترى الدم كما كانت ترى أيام حيضها مستقيماً في كل شهر، قال: «تمسك عن الصلاة، كما كانت تصنع في حيضها، فإذا طهرت صلّت»^(٢).

وهذا يعمّ طهرها قبل انقضاء أيام العادة.

وحسنة عليّ بن يقطين، عن أبي الحسن عليه السلام، قال: سألت عن الحائض

(١) الكافي ٣ : ٨٠ / ٢، تهذيب الأحكام ١ : ١٦٨ / ٤٦٠، الوسائل ٢ : ٣٠٩، أبواب الحيض، ب ١٧ ح ١.

(٢) الكافي ٣ : ٩٧ / ٣، تهذيب الأحكام ١ : ٤١٠ - ٤١١ / ١١٩٤، الوسائل ٢ : ٣٣١، أبواب الحيض، ب ٣٠ ح ٧.

ترى الطهر، فيقع^(١) عليها زوجها قبل أن تغتسل؟ قال: «لا بأس، وبعد الغسل أحب إليَّ»^(٢). ونحوها أخبار أخر.

وموثقة سماعة المضمرة: «فإذا اتفق شهران»^(٣) عدة أيام سواء، فتلك أيامها»^(٤)، فإنه يدل على أن العادة باعتبار الرؤية المتصلة لا المنفصلة.

وخبر داود مولى أبي المعزا العجلي، عمن أخبره، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث، قال: قلت له: فالمرأة يكون حيضها سبعة أيام أو ثمانية أيام - حيضها دائم مستقيم - ثم تحيض ثلاثة أيام، وينقطع^(٥) عنها الدم، فترى البياض لا صفرة ولا دمًا، قال: «تغتسل وتصلّي»، قلت: تغتسل، وتصلّي، وتصوم ثم يعود الدم؟ قال: «إذا رأت الدم أمسكت عن الصلاة والصيام»، قلت: فإنها ترى الدم يوماً وتطهر يوماً؟ قال: فقال: «إذا رأت الدم أمسكت، وإذا رأت الطهر صلت، فإذا مضت أيام حيضها واستمر بها الطهر صلت، وإذا رأت الدم فهي مستحاضة، قد انتظمت لك أمرها كله»^(٦).

فهذا الخبر يدل على تبين قاعدة كلية، يفهم منه صور كثيرة:

-
- (١) في المصدر: أيقع بها.
 - (٢) تهذيب الأحكام ١: ١٧٥/٤٨١، الاستبصار ١: ١٣٦/٤٦٨، الوسائل ٢: ٣٢٥، أبواب الحيض، ب ٢٧، ح ٥.
 - (٣) في «ف، حج»: شهرين. وما أثبتناه من المصدر.
 - (٤) الكافي ٣: ٧٩/١، تهذيب الأحكام ١: ٤٠٢/١١٧٨، الوسائل ٢: ٣٠٤، أبواب الحيض، ب ١٤ ح ١.
 - (٥) في المصدر: ثم ينقطع.
 - (٦) الكافي ٣: ٧٩/٧، الوسائل ٢: ٢٨٥، أبواب الحيض، ب ٦ ح ١.

فقوله: «سبعة أيام أو ثمانية»: إن محل على ما يعمّ العادة المتصلة والمنفصلة، فهو يتناول المطلوب، وإلا فمن المظنون العود إذا رأت الدم ثلاثة ثم انقطع، فإنّ التخلف عن العادة في الرابع لا يقتضي تخلف الظنّ بالعادة فيما عداه.

مع أنّه لا يبعد أن يكون غرض السائل من جهة إطلاق السؤال، والتعبير بالمضارع تكرّر الانقطاع، والعود منها بعد الاستمرار أولاً، فتصير عادةً أخرى ناسخةً للأولى.

وقوله: «فإذا مضت أيام حيضها» يدلّ على أنّ الحكم السابق لها هو في أيام العادة السابقة، أو أيام العشرة، ولذا قال: «وإذا رأت الدم فهي مستحاضة».

وعلى أيّ حال، فغرض الإمام عليه السلام بيان حكم ثابت لمثل المرأة المزبورة دائماً، لا باعتبار المرّة الأولى خاصّةً، فهو أوضح دليل على المطلوب، وضعف السند منجبر بسائر الأدلة والفتاوى.

وذكر الشيخ في التهذيب كلام المفيد في الاستبراء، وأخبار الاستبراء، وآخرها موثقة سماعاً، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قلت له: المرأة ترى الطهر، وترى الصفرة، أو الشيء فلا تدري طهرت أم لا؟ قال: «فإذا كان كذلك، فلتقم فلتلصق بطنها إلى حائط، وترفع رجلها^(١) على حائط كما رأيت الكنب يصنع إذا أراد أن يبول، ثمّ تستدخل الكرسف، فإذا كان ثمة من الدم مثل رأس الذباب خرج، فإن خرج دم فلم تطهر، وإن لم

يُخرج فقد طهرت»^(١).

ثم قال الشيخ: هذا إذا كان ما بين الأيام القليلة من أيام الحيض إلى الأيام الكثيرة منه، فأما إذا زاد على عشرة وخرج^(٢) الدم، فقد انقضى أيام حيضها، حسب ما ذكرنا^(٣). انتهى.

ومقتضاه: أنه إذا لم يخرج يُحكم بطهرها، وأحكام طهرها مطلقاً، وأما إذا خرج فعلى التفصيل المذكور.

وأولى الصُّور بما ذكره: ما إذا كان في أيام العادة للمعتادة أو غيرها، قبل العشرة لغيرها، وأما إذا كان بعد أيام العادة فمحل إشكال، ولا سيما على مذهبه في رؤية الصفرة ونحوها.

وخبر يونس بن عبد الرحمن، الطويل المعتبر، وفيه: «ولو كانت تعرف أيامها ما احتاجت إلى معرفة لون الدم؛ لأنَّ السُّنة في الحيض أن تكون الصفرة والكدره فما فوقها في أيام الحيض - إذا عرفت - حيضاً كلّ إن كان الدم أسود، أو غير ذلك، فهذا يبين لك أنَّ قليل الدم وكثيره أيام الحيض حيض كلّ إذا كانت الأيام معلومة»^(٤) الخبر.

(١) تهذيب الأحكام ١: ١٦٨ - ١٦٩ / ٤٦٢، الوسائل ٢: ٣٠٩ - ٣١٠، أبواب الحيض، ب ١٧ ح ٤.

(٢) في المصدر: فإن خرج.

(٣) في المصدر: ذكرناه.

(٤) تهذيب الأحكام ١: ١٦٧ - ١٦٩.

(٥) الكافي ٣: ٨٦ / ١، تهذيب الأحكام ١: ٤٠٦ / ١١٨٣، الوسائل ٢: ٢٧٦ - ٢٧٧، أبواب الحيض، ب ٣ ح ٤.

وهذا يدل على أنّ العادة إنّما تؤثر في الحكم بالحیضيّة أولاً مع الرؤية لا مع النقاء.

وفي آخره - في المبتدئة -: «فإن انقطع الدم لوقته من الشهر الأوّل سواء، حتّى توالى عليها حیضتان أو ثلاث، فقد علم الآن أنّ ذلك قد صار لها وقتاً وخلقاً معروفاً تعمل عليه، وتدع ما سواه، وتكون سُنَّتُها فيما يستقبل إن استحاضت قد صارت سُنَّةً إلى أن تجلس^(١) أقرءها، وإنّما جعل الوقت أن توالى عليها حیضتان أو ثلاث»، إلى أن قال: «ولكن سُنَّ لها الأقرء، وأدناه حیضتان فصاعداً»^(٢).

وفيه: أنّ العادة تتحقّق باعتبار الرؤية إلى النقاء، وأنّ الرجوع إليها مع الاستحاضة، أي: سيلان الدم وتجاوزه أيام العادة كما هو مذكور في كتب اللغة^(٣)، ومستفاد من الأخبار.

وصحيحة البجلي^(٤)، عن أبي الحسن عليه السلام: في الحبل ترى الدم وهي حامل، كما كانت ترى قبل ذلك في كلّ شهر، هل ترك الصلاة؟ قال: «ترك إذا دام»^(٥).

(١) في «ف، حج»: تحبس.

(٢) الكافي ٣: ٨٨ / ضمن ح ١، تهذيب الأحكام ١: ٤٠٨ / ضمن ح ١١٨٣، الوسائل ٢:

٢٨٧، أبواب الحيض ب ٧ ح ٢.

(٣) كتاب العين ٤: ١٨، الصحاح ٢: ٦٢٤ (طهر).

(٤) في المصدر زيادة: عن عبد الرحمن بن الحجاج.

(٥) الكافي ٣: ٩٧ / ٤، تهذيب الأحكام ١: ٤١٠ / ١١٨٩، الاستبصار ١: ١٣٩ / ٤٧٦،

الوسائل ٢: ٣٣٠، أبواب الحيض، ب ٣٠ ح ٢.

وخبّر يونس بن يعقوب، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «تجلس النفساء أيام حيضها التي كانت تحيض، ثم تستظهر، وتغتسل، وتصلّي»^(١). ونحوه غيره من الأخبار.

وصحيحة عبيد بن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «أيما امرأة رأت الطهر وهي قادرة على أن تغتسل وقت صلاة ففرطت فيها»^(٢) الخبر.

ونحوها أخبار كثيرة، وأخبار الاستبراء كثيرة يستدل بها، وقد مرّ الكلام في بعضها، وأخبار الصوم أيضاً تدلّ على المطلوب، منها:

قول الصادق عليه السلام: «إن طهرت بليل من حيضها»^(٣)، ثم توانت في أن تغتسل في رمضان حتّى أصبحت، عليها قضاء ذلك اليوم»^(٤).

وقوله: في امرأة رأت الطهر أول النهار؟ قال: «تصلّي، وتتمّ صومها»^(٥)، وتقضي»^(٦).

وخبّر الدعائم: رويّا عن أهل البيت عليهم السلام: «إنّ المرأة إذا حاضت، أو

(١) الكافي ٣: ٩٩/٥، تهذيب الأحكام ١: ١٨٤/٥٠٠، الوسائل ٢: ٢٨١، أبواب النفاس،

ب ١ ح ١.

(٢) الكافي ٣: ١٠٣/٤، تهذيب الأحكام ١: ٤١٥/١٢٠٩، الوسائل ٢: ٣٦١، أبواب الحيض،

ب ٤٩ ح ١.

(٣) في المصدر: حيضتها.

(٤) تهذيب الأحكام ١: ١٦٦/١٢١٣، الوسائل ٢: ٢٧١، أبواب الحيض، ب ١ ح ١.

(٥) في المصدر: وتتمّ يومها.

(٦) تهذيب الأحكام ٤: ٣٢٤/٣٣٤، الوسائل ١٠: ٢٢٩، أبواب من يصحّ منه الصوم، ب ٢٥

(نقيت، حرم عليها أن تصلي وتصوم) ^(١)، وحرم على زوجها وطؤها، حتى تطهر (من الدم) ^(٢)، وتغتسل بالماء، أو تيمم إن لم تجد الماء، إلى أن قال: «إذا جاء دم الحيض، صنعت ما تصنع الحائض، وإذا ذهب تطهرت» ^(٣).

وعن الصادق عليه السلام، قال: «إذا طهرت المرأة لوقت» صلاة، فضيعة الغسل، كان عليها قضاء تلك» الصلاة وما ضيعة بعدها، وعلامة الطهر: أن تستدخل قطنة فلا يعلق بها شيء، فإذا كان ذلك فقد طهرت، وعليها أن تغتسل حينئذ وتصلي» ^(٤).

الرابع مما يدل على المطلوب: أن المرأة إذا علمت أو ظنت رؤية دم الحيض أو النفاس بُعيد الفجر لم يجوز لها الإفطار و ^(٥) قبل تحقق السبب الموجب لبطلان ما سبق عليه.

وكذا الحاضر بالنسبة إلى السفر الطارئ، والعاقل بالنسبة إلى الجنون الطارئ، فكذلك ما نحن فيه وإن تحقق فيه شيء يمكن كونه جزء السبب الكاشف إذا تعقبه الجزء الآخر الكاشف أيضاً.

(١) بدل ما بين القوسين في المصدر: «نفست، حرمت عليها الصلاة والصوم».

(٢) ما بين القوسين لم يرد في المصدر.

(٣) دعائم الإسلام ١: ١٧٢، مستدرک الوسائل ٢: ٣١، أبواب الحيض، ب ٣٠ ح ٤.

(٤) في المصدر: في وقت.

(٥) في «ف»: ذلك.

(٦) دعائم الإسلام ١: ١٧٣، مستدرک الوسائل ٢: ٥، أبواب الحيض، ب ٥ ح ٤.

(٧) كذا في جميع النسخ، والظاهر أن الواو زائدة.

الخامس مما يدلّ عليه أيضاً: أنّه لو ظنّت عروض الحيض، أو الجنابة، أو الاستحاضة، أو النفاس، أو غيرها من أسباب الغسل بالفعل، لم تعدّ بها إذا لم تستند إلى الأمارات المقرّرة، فكيف تعتمد على ظنّ انكشاف كونها حائضاً؟

إلا أنّ بعد ذلك مع احتمال تخلف الظنّ وموتها، فإنّ العادة قد تتخلف كثيراً، كما هو المشاهد المذكور في كلام الأصحاب والأخبار، فتدبّر.
تنبيهات:

أحدها: الذي يظهر من إمعان النظر في الأخبار وكلام الأصحاب: أنّ العادة إنّما تثبت باعتبار تساوي رؤية الدم - الذي هو حيض - مرّتين، لا باعتبار تساوي النقاء الذي هو في حكم الحيض مع كونه طهراً ظاهراً. ولا باعتبار الدم الذي بعده إذا لم يكن صالحاً بنفسه لأن يكون حيضاً؛ لقلّته.

وهذا هو السبب في عدم ذكر المسألة بخصوصها من جهة الغسل والعبادة، مع تعرّضهم لحكم النقاء بين العشرة، وتناول العمومات لما ذكرنا في حكمها.

ويتفرّع على ما قلنا: إنّ مَنْ كانت عاداتها أن ترى الدم خمسة أيّام - مثلاً - ثمّ ترى الصفرة اليوم العاشر وينقطع الدم، فلو اتّفق أنّها رأت خمسةً وبقي الدم، ثبت لها حكم الاستظهار المشهور؛ لكونه بعد العادة، ولو استمرّ إلى أن تجاوز العشرة، كان ما زاد على الخمسة استحاضةً.

ولو رأت خمسةً وانقطع الدم - كما هو عادتها - ثم رأت العشرة ولم ينقطع، بل تجاوز العشرة، كان استحاضةً، ولا فرق فيما ذكر بين تعيين الدم الآخر وقتاً وعدداً، وعدمه.

ثانيها: لا يخفى أن الانقطاع لأقل الحيض نادر، والغالب في النساء هو الاعتياد، وكونه أكثر من الثلاث، فالتعميم - فيما تقدّم من كلام الأصحاب - للأقل والأكثر، وإيجاب المخالفين للغسل في الأقل، والاكتفاء بذلك دليل على اتفاق الجميع على أنه بعد الغسل مع الانقطاع في أثناء العادة يجوز الوطء إجماعاً بين الجميع.

ثالثها: لو فرض أن عادتها ثلاثة أيام متصلة ثم ينقطع، ثم ترى في السابع مثله ثم ينقطع، فاتفق أنها رأت الدم مستمراً إلى أن تجاوز العشرة، فهل يبتنى على حيضية الثلاثة، أو الأربعة المتصلة، أو السبعة؟

الظاهر الأول أو الثاني؛ لأن العشرة أيام رؤيتها لا نقاؤها، فحيضها إما ثلاثة، أو أربعة، غاية أنه تقدّم الرابع الذي كان في السابع، والحيض قد يتقدّم وقد يتأخر.

ولو اتفق أن عادتها سبعة أيام متصلة، فرأت ثلاثة متصلة، ثم رأت السابع متصلاً إلى أن تجاوز العشرة، فيحكم بأن العشرة كلها حيض.

وكذا لو كانت عادتها ستة أيام متصلة، ثم رأت ثلاثة، ثم الثامن وتجاوز العشرة.

مقباس

[في إجماع الإمامية وغيرهم على أن النقاء في نفسه ليس حيضاً]

أجمع الإمامية وسائر علماء الأمة على أن النقاء في نفسه ليس حيضاً؛
لأنه ضده فكيف يكون هو هو؟

وأجمعوا أيضاً - إلا من شذ منهم - على أنه لا يحكم بكونه في حكم
الحيض حال تحققه، بل إنما يحكم بانكشاف كونه في حكمه بعد ذلك،
بشرط أن يتعقب دماً محكوماً بكونه حيضاً، ويتعقبه دم كذلك، ولم ينقض
بينهما أقل الطهر.

فلو لم يتعقب دماً - أصلاً - لم يجز عليه حكم الحيض بالضرورة ولو
كان في أول أيام العادة المستمرة.

ولو تعقب دم استحاضة ونحوها، فكذلك.

ولو تعقب دم في يوم أو يومين، ثم حصل النقاء في الثالث، فكذلك
وإن كان في أيام العادة سواء اشترط توالي الثلاثة أم لم يشترط، وسواء
جرت عادة المرأة برؤية الثلاثة في ضمن العشرة أم لا؛ لأن مستند القول
بعدم الاشتراط صريح في وجوب الاغتسال والصلاة بمجرد انقطاع الدم
بعد اليوم أو اليومين، ولم يفصل فيه ولا في كلام القائلين به بين من كانت
عادتها ما ذكر وغيرها.

وقد ذكر في أول الخبر: «فإذا رأت المرأة الدم في أيام حيضها تركت

الصلاة، فإن استمر بها الدم ثلاثة أيام فهي حائض، وإن انقطع الدم بعد ما رآته يوماً أو يومين اغتسلت وصلّت، وانتظرت من يوم رأت الدم إلى عشرة أيام^(١) الخبر.

والمراد بأيام حيضها: أيامه المعتادة المتصلة، أو ما يعمّها والمنفصلة.
وعلى أيّ حال، حكم بكون النقاء في حكم الطهر إلى أن ينكشف الحال، وهو المطلوب.

وإنما وجب الغسل مع عدم ثبوت السبب، حيث كان الدم موجباً له مطلقاً، وإن كان استحاضةً، أو من باب الاحتياط عن كونه حيضاً، فجمع بين لوازم الحيض وعدمه في الجملة عملاً بأصالة الحيضية، وظاهر النقاء، وأصالة عدم إتمام الثلاثة، ولو تعقّب حيضاً إلا أنه لم يتعقّب دم أصلاً إلى العشرة فطهر قطعاً وإن كان في أيام العادة المتصلة أو المنفصلة.

ولو كانت عاداتها خمسة - مثلاً - فرأت ثلاثة وانقطع يومين، ثم رأت قبل العشرة ولم يتجاوزها، حكم بأن الجميع حيض، لا للعادة؛ لجريان ذلك في النقاء الذي بعد أيام العادة المتصلة، وفي المبتدئة والمضطربة أيضاً، بل لأن الأصل في دم المرأة أن يكون حيضاً، وكلّ دم يمكن أن يكون حيضاً فهو حيض.

والطهر لا يكون أقلّ من عشرة، ولو تجاوز العشرة حكم بأن الحيض هو الثلاثة خاصةً وإن كانت أقلّ من العادة، وأمكن كون ما قبل

(١) الكافي ٣: ٧٦/٥، الوسائل ١: ١٥٧-١٥٨، أبواب الحيض، ب ١٢ ح ٢.

العشرة حيضاً وما بعدها استحاضةً، وكان ما قبلها بصفة الحيض، وما بعدها بصفة الاستحاضة؛ وذلك لترجيح جانب النقاء، والاتصال بالمتأخر على العادة.

ولو كانت عاداتها عشرةً متصلةً - مثلاً - فرأت ثلاثةً وانقطع الدم إلى اليوم العاشر، ورأت في العاشر وما بعدها، ففيه وجهان؛ نظراً إلى العادة وإن تغيرت ظاهراً، وإلى ما ذكرنا.

واختار التقي المجلسي في شرحه الفارسي على الفقيه : كون المجموع حيضاً^(١).

ولو كانت عاداتها - في الصورة المفروضة - عشرةً منفصلةً، آخرها العاشر ثم ينقطع، ففيه وجهان أيضاً.

ولو كانت عاداتها ثمانيةً فرأت ثلاثةً وانقطع، ثم رأت في الثامن وتجاوز العشرة، ففيه وجهان أيضاً.

ولو كانت عاداتها خمسةً - مثلاً - فرأت في الخمسة - مثلاً - واتصل الدم إلى أن تجاوز العشرة، فالحيض هو الخمسة خاصةً.

وإن لم يتجاوز، فالجميع حيض؛ عملاً بالأصل وإن كان على خلاف العادة.

فقد تحصل ممّا ذكر: أنّه لا تأثير للعادة إلا في نفي حيضية ما زاد عليها في بعض الصور، وأمّا في إثبات الحيضية فلا، إلّا على أحد الوجهين المشار

إليهما، ولا يحضرني الآن تحقيق ذلك.

نعم، ربّما يثبت بها الحيضية في أوّل الرؤية؛ بناءً على الفرق بين ذات العادة وغيرها، والأصحّ عدمه، وفيما ليس بصفة دم الحيض بعد إتمام الثلاثة.

والتحقيق: جريانه في المبتدئة أيضاً ويثبت بها الترجيح بين الدمين إذا لم يمكن كونها حيضاً معاً، مع عدم معارضة التمييز، أو مطلقاً، على الخلاف المعروف في ذلك.

وإذا كان كذلك، فكيف تثبت بها الحيضية ابتداءً في النقاء الذي هو ضدّ الحيض، ويطلق عليه الطهر لغةً وعرفاً، ولم يثبت في الشرع ما ينافيها مع مخالفتها لأصالة عدم الرؤية بعد ذلك - أصلاً - قبل العشرة، وأصالة عدم انقطاع الدم بعد الرؤية إلى ما بعد العشرة، ولذا وجب الاستبراء مع انقطاع الدم ظاهراً وإن كان ذلك في دم الحيض، فتدبر.

على أنّه إن حكم أولاً بكون النقاء - الذي هو بعد أيام العادة المتصلة، أو في أثناء العادة المتصلة أو المنفصلة - حيضاً قطعاً، فيلزم الحكم به مطلقاً وإن لم يتعقّب دم إلى العشرة.

وإن حكم بكونه في حكم الحيض من باب الاستظهار، فيلزم أن يجري عليه حكم الاستظهار من وجوبه، أو ندبه، أو جوازه، فكيف يحكم بوجوبه مطلقاً ولو قلنا بكون الاستظهار غير واجب؟

ويلزم أيضاً إثبات استظهار آخر، غير ما ذكره الأصحاب ودلت عليه الأخبار، فإنّه إنّما هو بعد أيام العادة، مع استمرار الدم.

ومبناه - أيضاً - على مخالفة العادة، ومبنى الاستظهار هنا على موافقة العادة إذا كان النقاء في أثناء أيام العادة المتصلة أو المنفصلة، وإلا كان مخالفاً للأصل والعادة معاً.

وفيه مخالفة أخرى، وهي: أنه هنا إلى آخر العادة، وفي غيره إلى يوم، أو يومين، أو ثلاثة، أو عشرة، فإن أحدهما غير الآخر.

فإن استند في ذلك إلى إطلاق ما دلّ من النصّ والفتوى على كون ما في العادة حيضاً مميّزاً^(١) فإنما دلّ على كون الدم الذي في العادة حيضاً قطعاً، لا استظهاراً، كما سيبين.

أو إطلاق ما دلّ على الرجوع إلى العادة فكذلك، ولم يثبت كون العادة مثبتة للحيض، لا في الدماء، ولا في النقاء، وإنما ثبت كونها نافية أو مرجحة، فكيف تجعل مثبتة لها هنا من دون نظير يقاس به أصلاً؟

مع أن القياس ليس بحجة، مطلقاً، فمجرد تأثيرها في إثبات الحيضية في الدم في بعض الصور لا يقتضي ثبوته في النقاء، مع وجود الفرق الظاهر بينهما.

وإن استند إلى مجرد الظنّ الحاصل بالمعاودة المقتضية للحيضية مع عدم تجاوز العشرة، فهذا مما لم يدلّ عليه دليل أصلاً، فلا يعتدّ به قطعاً، ولا يُعْنَى مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً^(٢)، فالقول به مخالف للآيات والروايات والإجماع.

(١) لم ترد في «حج».

(٢) سورة يونس ١٠: ٣٦، سورة النجم ٥٣: ٢٨.

هذا كله مع قطع النظر عما يأتي من الآية، والأخبار المتواترة، وإجماع الإمامية.

ولنذكر جملةً من عبارات الأصحاب في هذا الباب؛ ليرتفع عما قلنا شوائب الارتياب:

فمنهم: الصدوق، فقال في المقنع: وإن رأيت الدم أكثر من عشرة أيام فلتقعد عن الصلاة عشرة أيام، وتغتسل في اليوم الحادي عشر.

ثم ذكر أحكام المستحاضة، وقال: تفعل ذلك إلى أيام حيضها، فإذا دخلت في أيام حيضها تركت الصلاة، أي: مع رؤية الدم، لا بمجرد الدخول في أيام الحيض، كما هو ظاهر.

ثم قال: وإن رأيت الصفرة والشيء فلا^(١) تدري طهرت أم لا، فلتلتصق بطنها في الحائط^(٢)، وتدخل^(٣) الكرسف، فإن خرج دم لم تطهر، وإن لم يخرج فقد طهرت^(٤).

وهذا إنهما يستقيم بالنسبة إلى المعتادة في الاستبراء أيام الحيض، لا بعدها، كما لا يخفى.

وقال في المجالس: (أقل أيام الحيض ثلاثة)^(٥)، وأكثره عشرة^(٦)، وأكثر

(١) في المصدر: ولا.

(٢) كذا، وفي المصدر: بالحائط.

(٣) في المصدر: وتستدخل.

(٤) المقنع: ٤٦.

(٥) بدل ما بين القوسين في المصدر هكذا: وأقل الحيض ثلاثة أيام.

(٦) في المصدر زيادة: أيام.

أيام النفساء التي تقعد فيها عن الصلاة ثمانية عشر يوماً، وتستظهر يوماً^(١) أو يومين، إلا أن تطهر قبل ذلك^(٢).

وقال في الهداية: وإذا أرادت الحائض الغسل من الحيض، فعليها أن تستبرئ بقطنة، فإن خرج دم لم تغتسل، وإن لم يخرج اغتسلت.

وقال في النفاس: فأيا امرأة طهرت قبل (ثمانية عشر)^(٣)، فلتغتسل ولتصل^(٤).

وقال الشيخ رحمته الله في المبسوط - في الذاكرة العدد الناسية للوقت -: إن كل زمان احتمل فيه انقطاع دم حيضها، وجب عليها الغسل منه^(٥) للصلاة.

وقال أيضاً: فإن جاوز^(٦) الدم^(٧) عشرة أيام، كان^(٨) لها ثلاثة أحوال إلى أن قال: فإن^(٩) كانت لها عادة، فإثباتها تجعل أيام عاداتها كلها حيضاً، سواء رأت فيها دماً أحمر، أو أسود، أو نقاءً، وما بعد ذلك يكون طهراً^(١٠).

(١) في المصدر: بيوم.

(٢) أمالي الصدوق: ٧٤٦.

(٣) بدل ما بين القوسين في المصدر: ذلك.

(٤) الهداية: ٢٦٩.

(٥) في المصدر: فيه.

(٦) في «ع، ك، م»: جاز.

(٧) في المصدر: ذلك.

(٨) في المصدر: فإن.

(٩) في المصدر: وإن.

(١٠) المبسوط ١: ٥١ - ٦٦.

فإن أراد بالنقاء الصفرة ونحوها فلا إشكال.

ويؤيده إطلاقه عليها في الخلاف^(١)، ولألا فالمراد جعل النقاء المتوسط بين الدمين المعتادين حيضاً بعد ذلك، لا عند تحققه؛ لأن المسألة مفروضة فيمن جاز دمها عشرة أيام، ولا يعلم ذلك إلا بعد العشرة، ولولا ذلك لزم كون النقاء المتأخر - الذي لم ينقضه دم إلى العشرة، إذا كان في أيام العادة - حيضاً، وهو ضروري الفساد، ثم يبين حكم ناسية العادة.

وقال الحلبي في الكافي: فأما ذات العادة المستقرّة في الحيض والطهر، فكل دم تراه في زمان الحيض فحيض وإن كان رقيقاً، وكل دم تراه في أيام طهرها فهو استحاضة وإن كان غليظاً حارّاً.

ثم ذكر حكم المستقرّة العادة في الحيض لا الطهر، وفي الطهر لا الحيض، وحكم بمقتضى العادة فيها أيضاً، وكل ذلك في الدم، لا النقاء. وقال في المبتدئة: إن كل دم تراه بعد الثلاثة إلى العشرة فهو حيض، وما بعده استحاضة.

وقال في النفاس: فإذا انقطع عنها في اليوم الثاني أو الثالث اغتسلت، وصامت، وصلت، وإن استمر بها صبرت عشراً، فإن رأت بعد العشرة دمًا، فعلت فعل المستحاضة^(٢).

ولم يفرّق في ذلك بين أقسام المعتادة في الحيض أو النفاس، ولا بين غيرها.

(١) الخلاف ١: ٢٣٥.

(٢) الكافي في الفقه: ١٢٨ - ١٢٩.

وقال ابن حمزة في الوسيلة أيضاً: إنّ المرأة التي لها عادة بلا تمييز، إذا كانت عاداتها خمسة أيام - مثلاً - من كلّ شهر، ثمّ رأت في شهر خمسة أيام دماً وعشرة طهراً، ثمّ خمسة دماً واتّصل الدم، فعلت في الدم الثاني ما تعمله المستحاضة، ومن كان لها عادة وتمييز إذا كانت عاداتها سبعة أيام من كلّ شهر - مثلاً - ثمّ رأت الدم عشرة أيام بصفة دم الحيض في شهر، ثمّ اتّصل الدم، أو رأت ثلاثة أيام بصفة دم الحيض والباقي دماً أحمر، وقد اتّصل الدم، فإن شاءت عملت على العادة، وإن شاءت عملت على التمييز، وأمثال ذلك كذلك^(١).

وقال^(٢): فإذا رأت ثلاثة أيام متوالية فهو حيض قطعاً، فإذا انقطع وعاد قبل العاشر وانقطع، فالدمان وما بينهما حيض، ذهب إليه علماءنا.

ثمّ قال: فإن جاز ذلك عشرة أيام، فإن كانت ذات عادة ردّت إليها، سواء رأت فيها دماً أسود أو أحمر أو نقاءً، قاله الشيخ^(٣)، والوجه: إلحاق النقاء بها بعده.

ثمّ ذكر جملةً من فروع اشتراط التوالي وعدمه بين الإمامية والعامّة، وحكم التلفيق من الأيام والساعات.

وقال أيضاً: ولو رأت دماً ثلاثة أيام ثمّ انقطع، ثمّ عاودها قبل العشرة فالجميع حيض، وقضت صوم النقاء، وجاز لزوجها الوطء فيه،

(١) الوسيلة: ٦٠.

(٢) القائل هو العلامة الحلي في تذكرة الفقهاء.

(٣) المبسوط ١: ٦٦.

وإذا ظهر أنه حيض لم يكن عليه شيء.

قال: وموضع الخلاف، ما إذا كانت أزمنة النقاء زائدة على الفترات المعتادة بين دفعات الدم، فإن لم تزد عليها فالجميع حيض إجماعاً.

ومراده بذلك: أن الفترات المعتادة لا تخل بالتوالي إجماعاً؛ إذ لا يعتبر سيلان الدم دائماً، وهذا لا دخل له بما نحن فيه أصلاً، حتى أنه لو لم تر إلى العشرة إلا ثلاثة أيام متوالية مع فترات معتادة في أثنائها، كانت حيضاً.

ثم قال: إذا رأت أقل الحيض ثم انقطع، وجب عليها العبادة إجماعاً؛ لأن الموجود حيض تام، وربما لا يعود الدم، فلا يباح لها ترك العبادة بالشك^(١).

والمراد بالشك هنا وفي نظائرها ما يعم الظن، ويؤيده التعبير بـ: «ربما» وفرض المسألة في الانقطاع على أقل الحيض، مع أن الغالب في النساء ذات العادة والغالب زيادة العادة على الثلاثة، كما لا يخفى.

ولو كانت صورة الظن مستثناة لأشار إليها هو- أو غيره ممن قبل الشهيد- في الدروس خاصة.

مع أن غير ذات العادة تحتاط إلى ثلاثة عشر يوماً عند كثير منهم، وإذا انقطع بعدها فكذلك، فيكون الغالب في الحائض الإتيان بالعبادات.

ثم قال: وإن رأت أقل الحيض وقلنا: أيام النقاء طهر اغتسلت؛ لأن

الدم ربما عاد، فالدم الموجود حيض، فظهر أن للنقاء حكم الطهر.
وإن قلنا: إنها كالحيض فلا غسل؛ لأنّ الدم إن لم يعد فليس له حكم
الحيض، حتى يجب غسله، وإن عاد ظهر أن الزمان حيض، وليس للغسل
في زمان الحيض حكم^(١).

والمراد: أنه إن رأت أقل من الثلاثة، ابتني وجوب الغسل عليها على ما
ذكره، وأما العبادة فواجبة عليها مع الغسل وبدونه.

وكلامه إنها يستقيم فيها إذا لم يكن الدم موجباً للغسل، بناءً على فرض
كونه استحاضةً، وإلا فالغسل لازم إما للحيض أو للاستحاضة.

والظاهر الثاني؛ لظاهر النقاء، وأصالة عدم العود، ولا يعارضه أصالة
الحيضية^(٢) في الدم، والمذكور في الخبر - الذي هو مستند عدم اشتراط
التوالي - هو إيجاب الغسل والعبادة معاً في النقاء، فكان الاستناد إليه أولى.
ثم قال في النفاس: إنه ليس لأقله حدّ عند علمائنا، وإنّ حكمه حكم
الحيض.

ثم قال: فإذا رأت بعد الولادة ساعةً دمًا ثمّ انقطع، كان عليها أن
تغتسل، ولزوجها أن يأتيها، فإن خافت العود، استحَبَّ التَّثَبُّتُ احتياطاً.
ثم قال: إنها تعتبر حالها عند الانقطاع قبل العشرة، فإن خرجت
القطنة نقيّةً اغتسلت، وإلا توقّعت النقاء أو انقضاء العشرة^(٣).

(١) تذكرة الفقهاء ١: ٣٢٣.

(٢) في «ف»: الحيضة.

(٣) تذكرة الفقهاء ١: ٣٢٦ - ٣٢٣.

وقال في القواعد: لو استمرّ ثلاثة وانقطع على العاشر، فالدمان وما بينهما حيض، ولو لم ينقطع عليه فالحيض الأول خاصّة.

ومقتضاه: أنّ النقاء وما اتّصل به من الدم المستمرّ إلى ما بعد العشرة يتبع حكم ما بعدها وإن كان النقاء وبعض ما بعده من أيام العادة المتّصلة أو المنفصلة.

ثمّ قال: ولو تجاوز الدم العشرة، وكانت ذات عادة مستقرّة - وهي التي يتساوى دمها أخذاً وانقطاعاً شهرين متوالين - رجعت إليها.

ثمّ ذكر حكم من اعتادت مقادير مختلفة، متشعّبة^(١)، وذكرها في التحرير، والتذكّرة^(٢) أيضاً، ولم يعدّ من جملة ذوات العادة من لها عادة منفصلة.

ثمّ قال: ويجب عليها الغسل عند الانقطاع.

ثمّ قال: ويجب عليها عند الانقطاع قبل العاشر الاستبراء بالقطنه، فإن خرجت نقيّة طهرت، وإلاّ صبرت المبتدئة إلى النقاء، أو مضى العشرة، وذات العادة تغتسل بعد عاداتها بيوم أو يومين، فإن انقطع على العاشر أعادت الصوم، وإن تجاوزها أجزأها فعلها^(٣).

(١) في «ف»: تشعّبه، وفي المصدر: متّسقة.

(٢) قواعد الأحكام ١: ٢١٣-٢١٦.

(٣) تحرير الأحكام ١: ١٠١، تذكّرة الفقهاء ١: ٢٦٠ و ٣٠٩.

(٤) قواعد الأحكام ١: ٢١٧-٢١٨.

وقال في الإرشاد: أقله ثلاثة أيام متواليات، وأكثره عشرة، وما بينهما بحسب العادة، وتستقرّ بشهرين متّفقين عدداً ووقتاً، ولو تجاوز الدم العشرة رجعت ذات العادة المستقرّة إليها.

ثمّ قال: ولو رأت ثلاثة وانقطع، ثمّ رأت العاشر خاصّةً، فالعشرة حيض، ويجب عليها الاستبراء عند الانقطاع لدون العشرة، فإن خرجت القطنه نقيّةً فطاهر، وإلاّ صبرت المعتادة يومين ثمّ تغتسل وتصوم، فإن انقطع على العاشر قضت ما صامت، وإلاّ فلا.

ثمّ قال: ويجب الغسل عند الانقطاع، ويكره الجماع بعد الانقطاع قبل الغسل^(١).

وقال في التحرير: إذا رأت الدم في شهر أياماً معيّنة، ثمّ طهرت، ثمّ رآته في آخر ثانياً بتلك العدة صار ذلك عادةً ترجع إليها.

ثمّ قال: لو رأت ثلاثة^(٢) ثمّ انقطع، ثمّ عاد قبل العاشر وانقطع عليه، فالدمان وما بينهما حيض.

ثمّ قال: إذا رأت ثلاثة أيام دم الحيض، ويوماً نقاءً ويوماً دمًا، وانقطع على العشرة، فالجميع حيض، وإن تجاوز رجعت ذات العادة إليها سواء استوعبها الدم أو تخلّلها النقاء بعد توالي الثلاثة، ويجوز لزوجها وطؤها بعد العادة في أيام النقاء وإن جاز انقطاعه على العاشر^(٣).

(١) إرشاد الأذهان ١: ٢٢٦-٢٢٨.

(٢) في المصدر: ثلاثة أيام.

(٣) تحرير الأحكام ١: ٩٨ و ١٠٣-١٠٤.

والمراد: بعد العادة المتصلة، وذلك أيضاً مع الرؤية، ولو تركه كان أولى.

ثم قال: ويجب عليها الغسل عند انقطاع الدم، ويجب عليها الاستبراء إن انقطع لأقل من عشرة^(١) بأن تدخل قطنه، فإن خرجت ملوثة صبرت المبتدئة حتى تنقى، أو تبلغ العشرة.

وذاث العادة تستظهر بعد عاداتها بيوم أو يومين، فإن استمر إلى العاشر وانقطع، قضت ما فعلته من الصوم، وإن تجاوز^(٢) أجزأها ما فعلته، وإن خرجت نقيّة اغتسلت.

ثم قال: لو انقطع دم الحائض حلّ وطؤها قبل الغسل، لكنّه مكروه.
ثم قال: النفساء حكمها حكم الحائض في جميع الأشياء، إلا في تحديد الأقل.

وقال: إنّ ذات العادة في الحيض ترجع إليها إن تجاوز العشرة، وإلا فالجميع نفاس، ولو انقطع الدم لدون عشرة أدخلت قطنه، فإن خرجت نقيّة فطاهر، وإلا صبرت نفساء حتى تنقى، أو تمضي أكثر الأيام، وهي عشرة أيام إن كانت عاداتها، وإلا فعاداتها، واستظهرت بيوم أو يومين^(٣).

وقال في المختلف: المشهور كراهة وطء الحائض بعد انقطاع الحيض قبل الغسل.

(١) في المصدر زيادة: أيام.

(٢) في «ع»: تجاوزه.

(٣) تحرير الأحكام ١: ١٠٥-١١٢.

ثم استدَلَّ عليه بقوله تعالى ﴿فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾^(١)، فإنه خص النهي بوقت الحيض، أو موضع الحيض، وإنما يكون موضعاً له مع وجوده، والتقدير عدمه، فيلغى التحريم، ويقول: ﴿حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾، وبالأخبار^(٢).

وذكر فيه مسألة تورث العجب ولذا ذكرها بلفظها، قال: إذا انقطع الدم عن ذات العادة، وكانت عاداتها دون عشرة أيام، أدخلت قطنَةً، فإن خرجت نقيَّةً طهرت، ووجب عليها الغسل، وإن خرجت ملوثةً بالدم استظهرت بيوم أو يومين في ترك العادة، ثم تصلي وتصوم بعد الغسل، قاله الشيخ رحمته الله^(٣).

وقال ابن إدريس رحمته الله: لا استظهار مع الانقطاع، بل إنما يكون مع وجود الصفرة أو الكدرة^(٤).

لنا: ما رواه الشيخ - في الصحيح - عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «إذا أرادت الحائض أن تغتسل فلتستدخل قطنَةً، فإن خرج فيها شيء من الدم فلا تغتسل، وإن لم تر شيئاً فلتغتسل، فإن^(٥) رأت بعد ذلك صفرةً، فلتوضأ، ولتصل»^(٦).

(١) سورة البقرة ٢: ٢٢٢.

(٢) الاستبصار ١: ١٢٨ / ٤٣٧، الوسائل ٢: ٣٢٢، أبواب الحيض، ب ٢٥ ح ٥.

(٣) المبسوط ١: ٤٤، النهاية ٢٦.

(٤) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ٨: ٢٣٨.

(٥) في المصدر: وإن.

(٦) تهذيب الأحكام ١: ١٦٨ / ٤٦٠، الوسائل ٢: ٣٠٨-٣٠٩، أبواب الحيض، ب ١٧ ح ١.

وفي الصحيح، عن ابن أبي نصر، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام، قال: سألته عن الحائض كم تستظهر؟ فقال: «تستظهر بيوم، أو يومين، أو ثلاثة»^(١).

احتجّ ابن إدريس بأن الأصل وجوب العبادة^(٢). والجواب بأن الأصل براءة الذمّة^(٣).

أقول: أما الذي نقله عن الشيخ رحمته الله، فلم نجده في كتبه على نحو ما ذكره، ولعلّه أخذه من مجموع عباراته.

وأما ما نقله عن ابن إدريس فقد ذكره في السرائر، إلّا أنّه صرح بأنّه لا استظهار مع النقاء بلا رؤية للصفرة، ولا الكدرة، ونقل عن بعض الكتب: ثبوته مع الانقطاع، فحمله على النقاء، فأنكره لذلك، ويمكن الجمع بانقطاع الرؤية المعتادة، مع وجود غيرها.

فأما ما ذكره العلامة^(٤)، ونقله عن الشيخ من انقطاع الدم أولاً، ثم رؤية القطنه ملوثة، والاستظهار لذلك، وعدمه مع النقاء، فهذا لا يقتضي ثبوته مع النقاء.

وقد صرح هو في سائر كتبه: إنّّه إذا خرجت القطنه ملوثة فالمبتدئة تصبر حتّى تنقى، أو تمضي عشرة، وذات العادة تغتسل بعد يوم أو

(١) تهذيب الأحكام ١: ١٨٠/٤٨٩، الوسائل ٢: ٣٠٢-٣٠٣، أبواب الحيض، ب ١٣ ح ٩.

(٢) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ٨: ٢٣٨.

(٣) مختلف الشيعة ١: ١٨٩ و ١٩٩.

(٤) مختلف الشيعة ١: ١٩٩.

يومين^(١).

وصرح في التذكرة بأن الاستظهار إنَّما هو مع وجود الدم^(٢).

فالتزاع حينئذٍ لفظي.

ثمَّ ما استدلَّ به لا يدلُّ على ما قاله؛ لأنَّه في الصحيح الأوَّل نهي عن الغسل مع رؤية الدم، ولم يخصَّ ذلك بذات العادة، بل هو في الجميع.

وفي الثاني سُئل عن قدر الاستظهار وبين ذلك، ولم يذكر شرائط ثبوته، والاستدلال بالأصل لا يتمُّ مع عدم وجود المانع من العادة.

والحاصل: إنَّ كلامه مضطرب جدًّا، وفهم منه الشهيد رحمته الله في الذكرى^(٣) ثبوت الاستظهار مع الانقطاع، وهو كما ترى.

وقال الشهيد في البيان: وثبتت العادة باستواء مرَّتين عددًا ووقتًا، ولو اختلفا ثبت ما تكرر^(٤)، إن وقتًا وإن عددًا، وهي المرجع عند تجاوز الدم العشرة.

ثمَّ قال: وما بعد الثلاثة إلى العشرة حيض كيف اتَّفَق، إذا لم يتجاوزها، ولو تجاوز العادة استظهرت بيوم أو يومين ندبًا، ثمَّ تغتسل وتعتبِّد، فإن تجاوز العشرة تبيَّن الصحة، وإلا فلا، ولو استظهرت إلى العشرة مع ظلَّها بقاء الحيض جاز أيضًا.

(١) تذكرة الفقهاء ١: ٢٧٨، قواعد الأحكام ١: ٢١٨، نهاية الإحكام ١: ١٢٣.

(٢) تذكرة الفقهاء ١: ٢٧٧.

(٣) ذكرى الشيعة ١: ٢٣٩.

(٤) في المصدر زيادة: منها.

وأراد ﷺ بذلك تجويز العمل بقول المرتضى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(١) حال استمرار الدم مع ظن حيضيته، وذلك إنما هو لظن الانقطاع إلى العشرة.

ثم قال: ويكره وطؤها بعد الانقطاع قبل الغسل.

وقال في النفاس: ولو انقطع الدم استبرأت بالقطنه، فتغتسل مع النقاء، وتستظهر كالحائض^(٢)، أي: مع عدم النقاء.

(١) ذكره العلامة في تذكرة الفقهاء ١: ٢٧٧.

(٢) البيان (ضمن موسوعة الشهيد الأول) ١٢: ٥٥ و ٥٩ و ٦٣.

المقصد الثالث

في الطهارة الترابية

مقباس

[في بيان وقت التيمّم]

أجمع الأصحاب على أنّه لا يجوز التيمّم قبل دخول الوقت، وقد حكى ذلك في الانتصار، والناصريّات، والمبسوط، والغنية، والمعتبر، والمنتهى، والتحرير، والقواعد، والتنقيح، والمقاصد العليّة، والإيضاح ظاهراً، والدروس، والذكرى، والمدارك، والمفاتيح، والحدائق، وحكوا^(١) الخلاف في ذلك عن أبي حنيفة^(٢).

ومقتضى إطلاقهم تعميم الحكم لما إذا علم بعدم وجدان الطهورين بعد دخول الوقت، فلا يكلف حينئذ بالتأهب له قبل دخول الوقت؛

(١) في «ف»: وحكي.

(٢) المغني ١: ٢٣٥.

(٣) الانتصار: ١٢٢-١٢٣، مسائل الناصريّات: ١٥٦-١٥٧، المبسوط ١: ٣١، غنية النزوع: ٦٤، المعتبر ١: ٣٨١، منتهى المطلب ٣: ٥٠، تحرير الأحكام ١: ١٤٧، قواعد الأحكام ١: ٢٣٩، التنقيح الرائع ١: ١٣٣، المقاصد العليّة: ٤٦٠ - ٤٦١، إيضاح الفوائد ١: ٦٩، الدروس ١: ١٣٢، ذكرى الشيعة ٢: ٢٥١، مسالك الافهام ١: ١١٤، مدارك الأحكام ٢: ٢٠٨، مفاتيح الشرائع ١: ٦٣، الحدائق الناضرة ٤: ٣٥٦.

لسقوط التكليف عنه بالعبادة حينئذٍ.

أما قبل الوقت فظاهر، وأما بعده؛ فلانتفاء شرطه، وكذلك لما كان بدل غسل الجنابة وإن قلنا بوجوبه - أيضاً - لنفسه، كما يجب للعبادة.

وقد استدلوا على أصل الحكم بأنه بدل اضطراري عن الطهارة المائية، والضرورة منتفية قبل الوقت، فلا يكون حينئذٍ مشروعاً.

وبأن مقتضى الآية - التي في سورة المائدة ^(١) - هو مشروعية التيمم عند إرادة القيام إلى الصلاة، وهي منتفية قبل الوقت، فلا يشرع التيمم حينئذٍ، وإنما شُرِعَ الوضوء والغسل قبله؛ للدليل، فيبقى التيمم على حكمه من المنع.

ولا يخفى: أنه إن كان المستند هو الإجماع، فلا بأس به وإن كان الحكم حينئذٍ على وجه التعبد.

وإن كان ما دلّ على عدم جوازه إلا عند ضيق الوقت، فلا بأس به عند من يقول به.

وأما بدون الأمرين فالحكم مشكل؛ لأن مقتضى تلك الآية عدم الوجوب قبل الوقت، ولا كلام فيه وإن أمكن معارضتها بإطلاق الآية التي في سورة النساء ^(٢) لكنها تقيّد بها في [سورة] المائدة ^(٣) وغيره من الأخبار، والأدلة الدالة على عدم وجوب الطهارة قبل الوقت مطلقاً،

(١) سورة المائدة ٥: ٦.

(٢) سورة النساء ٤: ٤٣.

(٣) سورة المائدة ٥: ٦.

ومقتضى عموم الأخبار عموم بدليته مطلقاً، أو عما قصد به الطهارة ورفع الحدث خاصة.

فكما أنه يشرع الوضوء للكون على الطهارة، فكذا التيمم للكون على حكمها، وكما يسوغ مع ذلك في الأول قصد التأهب للصلاة، فكذا في الثاني، خصوصاً مع العلم بفقد الطهورين في الوقت.

وإذا جاز التيمم للكون على حكم الطهارة قبل الوقت، فيصح الصلاة به بعد الوقت؛ لعدم كون الوقت من النواقض، فيصح قصدها أيضاً ولو على وجه التبعية.

وأيضاً فغسل الجنابة عند مَنْ أوجبه لنفسه من الواجبات الغير المؤقتة، ويتضيّق بظنّ الوفاة، ويقوم حينئذٍ مقامه لفقد الماء قطعاً، كما يقوم مقام غسل الميت، عملاً بعموم الأدلة.

وحكم الغسل قبل التضيّق حكم سائر الواجبات الغير المؤقتة.

وقد حكم القائلون بتوسعة وقت التيمم بجواز التيمم عند فقد الماء للصلاة الغير المؤقتة، كالقضاء وإن كان موسعاً وصلاة الزلزلة، بل وربما تبعهم في ذلك القائلون بعدم توسعته؛ نظراً إلى انحصار أدلة التضيّق في المؤقت خاصة.

وعلى هذا، فيجوز التيمم قبل الوقت بدل الغسل، ويصح الصلاة بذلك مع عدم عروض الناقض، فيصح حينئذٍ قصدها ابتداءً ولو تبعاً؛ إذ لا وجه للمنع من قصد الغاية الحاصلة، والغرض المترتب.

فلم يبق حينئذٍ مدرك للحكم إلّا الاستناد إلى الإجماع القاضي بالمنع من هذا المقصد مطلقاً قبل الوقت، أو العمل بما دلّ على عدم جواز التيمّم إلّا عند الضرورة بالنسبة إلى الغاية التي دعت إليها خاصّةً.

وقد وقع الخلاف بينهم في جوازه بعد دخول الوقت قبل تضيّقه^(١)، ولهم في ذلك أقوال:

أحدها: المنع منه مطلقاً، وإن علم بقاء العذر إلى ضيق الوقت، وهذا هو اختيار الشيخ في الخلاف^(٢)، وقضية إطلاق الحكم في المقنعة، والنهاية، والمبسوط، وجمل العقود، وكتّاب الأخبار، والانتصار، والناصريّات، والوسيلة، والمراسم، والكافي، والمهذب، وحلّ المعقود^(٣)، والغنية، والسرائر، والإشارة، والنزهة، والروض، والمقاصد العلية، والتنقيح، وظاهر الروضة^(٤).

وأمر بالعمل به في كشف الرموز^(٥).

(١) في «م» تعليق.

(٢) الخلاف ١: ١٤٦.

(٣) المصدر غير متوفّر.

(٤) المقنعة: ٦١، النهاية: ٤٧، المبسوط ١: ٣١، الجمل والعقود: ٥٣، تهذيب الأحكام ١:

٥٨٨/٢١٤، الاستبصار ١: ١٦٥ - ١٦٦/٥٧٣، الانتصار: ١٢٢، مسائل الناصريّات:

١٥٦، الوسيلة: ٧٠، المراسم: ٥٤، الكافي في الفقه: ١٣٦، المهذب ١: ٤٧، غنية النزوع:

٦٤، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ٨: ٢٢١، إشارة السبق: ٧٤، نزهة الناظر: ١٦ -

١٧، روض الجنان ١: ٣٢٨ - ٣٢٩، المقاصد العلية: ٤٦٠ - ٤٦١، التنقيح الرائع ١: ١٣٣ -

١٣٤، الروضة البهية ١: ١٦٠ و ١٦٤.

(٥) كشف الرموز ١: ٩٨ - ٩٩.

واحتماط به من غير ذكر الفتوى في الشرائع والنافع^(١).

وقوّاه في الذكرى^(٢).

وعزا إليه اختياره في الروضة^(٣)، وإلى الشهيد في التنقيح^(٤).

ونسب إلى الثلاثة وأتباعهم في المعتمد، وكشف الرموز، والتنقيح^(٥).

وجعل المشهور في المسالك، وكنز الفوائد، والذكرى، والمقاصد العلية، والدلائل^(٦)، والأنوار القمرية^{(٧)(٨)}.

بل كاد يكون إجماعاً، كما في الأخير.

وجعله الأشهر في الدروس^(٩)

ونسب إلى الأكثر أيضاً في الذكرى، وكذا في المنتهى^(١٠).

وحكي عليه الإجماع في الانتصار، والناصرات، والغنية^(١١).

(١) شرائع الإسلام ١: ٥٩، المختصر النافع: ١٧.

(٢) ذكرى الشيعة ٢: ٢٥٢-٢٥٤.

(٣) الروضة البهية ١: ١٦٠ و ١٦٤.

(٤) التنقيح الرائع ١: ١٣٤.

(٥) المعتمد ١: ٣٨٢، كشف الرموز ١: ٩٨، التنقيح الرائع ١: ١٣٤.

(٦) المصدر غير متوفّر.

(٧) المصدر غير متوفّر.

(٨) مسائل الفهم ١: ١١٤، كنز الفوائد ١: ٨٣، ذكرى الشيعة ٢: ٢٥٤، المقاصد العلية: ٤٦١.

(٩) الدروس ١: ١٣٢.

(١٠) ذكرى الشيعة ٢: ٢٥٣، منتهى المطلب ٣: ٥١.

(١١) الانتصار: ١٢٢، مسائل الناصرآت ١٥٦-١٥٧، غنية النزوع: ٦٤.

ونقل عن الشيخ أيضاً في المختلف، وغيره^(١).

وربما يظهر من الذكرى إنكاره؛ لعدم الوقوف عليه^(٢)، ولعلّه كذلك.

ففي الحاشية الجمالية ذكر أنّه [لم يره]^(٣) في كتبه المعروفة، وهي: المبسوط، والخلاف، والنهاية، والاقتصاد، والجمل، وكتابا الحديث^(٤).

وقال في الذكرى: إنّّه لم ينقل عليه الشيخ الإجماع في الخلاف، ولعلّه لمخالفة الصدوق، وعدم تصريح المفيد به في المقنعة، وعدم ذكره في الأركان، ورسالة ابن بابويه^(٥).

ولا يبعد أن يكون منشأ اشتهاار النقل عن الشيخ، هو: عبارة العلامة في المختلف، حيث قال: احتجّ الشيخ والسيد بالإجماع، وعموم الأخبار^(٦).

ويمكن حمله على ما في الحاشية الجمالية، على أنّ الاحتجاج بهما منهما وإن كان احتجاج كل منهما بواحد منهما، فاشتبه ذلك على الشهيد الثاني

(١) مختلف الشيعة ١: ٢٥٥، مدارك الأحكام ٢: ٢٠٩.

(٢) ذكرى الشيعة ٢: ٢٥٣.

(٣) بدل ما بين المعقوفين في النسخ: «لم يذكره»، وهو كما ترى، ولعلّها «لم يذكره»، وما في المتن موافق لما في المصدر؛ حيث قال: «ولم أره».

(٤) التعليقات على شرح اللمعة اللمشقية: ١٥٦.

(٥) ذكرى الشيعة ٢: ٢٥٣.

(٦) مختلف الشيعة ١: ٢٥٥.

وَمَنْ بعده، فنقلوا تصريحه بالإجماع، كما نقله صاحب التنقيح^(١) أيضاً، ونسب نقل ذلك في المقاصد العلية إلى الذكرى^(٢)، وهو وهمٌ.

وثانيها: الجواز مطلقاً، وهو اختيار الصدوق، كما نقلوا عنه^(٣)، وتبعه العلامة في المنتهى والتحرير^(٤).

وهو ظاهر الإرشاد، حيث جعل التأخير أولى إذا لم يكن العذر مرجوً الزوال^(٥).

ولم يعدّه من الواجبات مَنْ ذكرها متّصلاً به.

واستحسنه في تعليق الإرشاد^(٦).

وقال في شرح الألفية: إنّ الأولى هو التفصيل المذكور^(٧)، على أنّ القول بالجواز في السعة مطلقاً قويّ جداً، وهو حقيق بالترجيح.

وربما يظهر ذلك - أيضاً - من جامع المقاصد، والدروس، والألفية، ومصباح المبتدي، وغاية الإيجاز، وشذرة النضيد^(٨).

(١) التنقيح الرائع ١: ١٣٤.

(٢) المقاصد العلية: ٤٦١.

(٣) كما في منتهى المطلب ٣: ٥١.

(٤) منتهى المطلب ٣: ٥٣، تحرير الأحكام ١: ١٤٧.

(٥) إرشاد الأذهان ١: ٢٣٣ - ٢٣٥.

(٦) إرشاد الأذهان (ضمن حياة المحقق الكركي وآثاره) ٧: ٤٢.

(٧) عثرنا عليه في حاشية الألفية (ضمن حياة المحقق الكركي وآثاره) ٧: ٤٩٨.

(٨) جامع المقاصد ١: ٤٩٩، الدروس ١: ١٣٢، الرسالة الألفية (ضمن رسائل الشهيد الأول):

١٦٥، مصباح المبتدي: ٣٤ (ضمن موسوعة ابن فهد الحلي، الرسائل: ١)، غاية الإيجاز: ٢٢

(نفس الموسوعة، الرسائل: ٢)، شذرة النضيد: ٣٤ (نفس الموسوعة، الرسائل: ١).

[حكاها] ^(١) في الذكرى عن الجعفي في ظاهر كلامه، ونقل فيها عن
البنظي في الجامع أنه قال: لا ينبغي لأحد أن يتيمّم إلّا في آخر وقت
الصلاة ^(٢).

وهذا ربّما يومئ إلى الجواز في السعة.

وذكر في الذكرى: أنّ المفيد لم يصرّح به في المقنعة، ولم يذكره في
الأركان، ولا ابن بابويه في الرسالة ^(٣).

قلت: قد جعل المنع ظاهر المفيد في المختلف ^(٤)، وهو يوافق ما في
الذكرى، لكن الاستفادة من المقنعة ^(٥) والمنقول عن المفيد مستفيضاً هو
الأوّل، كما سبق.

وأما عدم ذكر ابن بابويه فأما اختباره مختار ولده من الجواز ^(٦)، وهذا هو
الذي اختاره صاحب الوجيزة ^(٧)، وصاحب المفاتيح، وصاحب الدلائل ^(٨).

ومال إليه ورّجحه في المدارك والبحار ^(٩).

(١) بدل ما بين المعقوفين في النسخ: «حكى». والمثبت يقتضيه ما في المصدر.

(٢) ذكرى الشيعة: ٢٥٢ و ٢٥٣.

(٣) ذكرى الشيعة ٢: ٢٥٢ - ٢٥٣.

(٤) مختلف الشيعة ١: ٢٥٣.

(٥) المقنعة: ٦١.

(٦) نقله العلامة في منتهى المطلب ٣: ٥١.

(٧) المصدر غير متوفّر.

(٨) المصدر غير متوفّر.

(٩) مفاتيح الشرائع ١: ٦٣.

(١٠) مدارك الأحكام ٢: ٢١٢، بحار الأنوار ٧٨: ١٤٦.

وهذا هو المتحصّل من عبارات البيان^(١).

وحكى عنه في المدارك، وغيره: أنّه استقرب فيه ذلك^(٢).

وعبارته لا تدلّ عليه، فإنّه قال: وفي وقته أقوال، ثالثها: التأخّر^(٣) للرجاء^(٤)، فلا يتيّم للفائتة؛ لأنّ وقتها العمر على القول بالتوسعة، والأقرب الجواز في الحال، ويستحبّ التأخّر مع الطمع، وباقي الصلوات تكفي أسبابها، كالخسوف، والاستسقاء سببه الاجتماع له^(٥). انتهى.

ولا يخفى: إمكان إرجاع الأقرب إلى الفائتة، لا أصل الحكم، فتدبّر.

ثمّ إنّ هذا هو الذي يظهر من اللمعة الجليّة في النية^(٦).

إلا أنّه ذكر في موضع: أنّه لا يؤدّي الصلاة في التيمّم المستدام إلى آخر الوقت لراجي زوال العذر^(٧). فتدبّر.

وحكي - أيضاً - فيه عن بعض الفضلاء في شرح الإرشاد^(٨)، وكأنّه

(١) البيان (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل) ١٢ : ٨٠.

(٢) مدارك الأحكام ٢ : ٢٠٩.

(٣) في «م» والمصدر: التأخير.

(٤) في المصدر زيادة: به.

(٥) البيان (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل) ١٢ : ٨٠.

(٦) ينظر: اللمعة الجليّة في معرفة النية: ٤٨ (ضمن موسوعة ابن فهد الحلّي، الرسائل: ١).

(٧) اللمعة الجليّة في معرفة النية: ٤٨ (ضمن موسوعة ابن فهد الحلّي، الرسائل: ١).

(٨) كذا قوله: وحكى أيضاً فيه، الى آخره، ولم نجده في اللمعة الجليّة، ويحتمل قوياً أنّ فيها بين قوله: فتدبّر، وقوله: وحكى.... سَقَطاً، والضمير في «فيه» راجع الى ما في المحتمل السقوط.

الأردبيلي^(١).

وثالثها: التفصيل بين ما إذا علم ببقاء العذر فالجواز، وبين ما إذا لم يعلم فالمنع، وهو اختيار المعتمر، والمختلف، كما سيظهر، وكذا القواعد، والإيضاح، والفخرية، وغاية المرام، واللمعة، وتعليقات الشرائع، والموجز، وجامع المقاصد، والحدائق^(٢)، وظاهر الجعفرية والاثني عشرية الحسينية^(٣).

ومال إليه البهائي في الاثني عشرية^(٤).

وجعل المشهور بين المتأخرين في الفوائد المليّة^(٥).

وأشهرها بينهم في الروضة، والحاشية الجمالية^(٦).

ونسب إلى المشهور في الاثني عشرية البهائية^(٧).

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١: ٢٢٦-٢٢٧.

(٢) المعتمر ١: ٣٨٣-٣٨٤، مختلف الشيعة ١: ٢٥٣، قواعد الأحكام ١: ٢٣٩، إيضاح الفوائد

١: ٦٩-٧٠، الرسالة الفخرية في معرفة النية ٤٣: ٤٣، غاية المرام ١: ٩٢، اللمعة الدمشقية

(ضمن موسوعة الشهيد الأول) ١٣: ٢٠، حاشية الشرائع (ضمن حياة المحقق الكركي

وأثارة) ١٠: ٦٩، الموجز الحاروي: ٥٦ (ضمن موسوعة ابن فهد الحلبي، الرسائل: ١)، جامع

المقاصد ١: ٤٩٩-٥٠٠، الحدائق الناضرة ٤: ٣٦١.

(٣) المصدر غير متوفر.

(٤) الجعفرية (ضمن حياة المحقق الكركي وأثارة) ٤: ١٥١.

(٥) الاثنا عشرية الخمس: ٧٧.

(٦) الفوائد المليّة لشرح الرسالة النقليّة: ٨٦.

(٧) الروضة البهية ١: ١٦٠، التعليقات على اللمعة الدمشقية: ١٥٨.

(٨) الاثنا عشرية الخمس: ٧٧.

ورابعها: التفصيل بين علمه أو ظنه بقاءه^(١) فالجواز، وعدمهما فالمنع، وهو اختيار الإسكافي^(٢)، وربما يومئ إليه كلام العماني، حيث قال - كما في المعتبر والذكرى^(٣) : ولا يجوز لأحد أن يتيمّم إلّا في آخر الوقت؛ رجاء أن يصيب الماء قبل خروج الوقت.

وقال - أيضاً، كما في المختلف^(٤) :-: ولو تيمّم في أوّل الوقت وصلى، ثمّ وجد الماء، وعليه وقت، تطهّر بالماء وأعاد الصلاة، فإن وجد الماء بعد مضي الوقت، فلا إعادة عليه.

فيُحمل هذا على ما إذا انكشف خلاف معلومه أو مظنونه، فيوافق الإسكافي، ويؤيده أيضاً ما نقل عنه في الذكرى من القول بالإعادة أيضاً^(٥)، أو خلاف معلومه خاصّة، فيوافق الثالث.

أمّا الحمل على صحّته في السعة مراعى، فبعيد جدّاً.

وليُعلم: أنّ الفاضلين حكما - في المعتبر والمختلف - باختيار مذهب الإسكافي^(٦). ونسب إليهما ذلك القول جماعة من الأصحاب^(٧).

مع أنّ مقتضى ما ذكره في الاستدلال - وذكره العلامة في

(١) في «ك»: ببقائه.

(٢) عنه في مختلف الشيعة ١: ٢٥٣.

(٣) المعتبر ١: ٣٨٣، ذكرى الشيعة ٢: ٢٥٣ و ٢٧٣.

(٤) مختلف الشيعة ١: ٢٨٦.

(٥) ذكرى الشيعة ٢: ٢٥٣.

(٦) المعتبر في شرح المختصر ١: ٣٨٣ - ٣٨٤، مختلف الشيعة ١: ٢٥٣.

(٧) ذكرى الشيعة ٢: ٢٥٣.

القواعد^(١) - هو القول الثالث.

وقد عبّر بعضهم^(٢) بوجوب التأخير مع الطمع في الماء، وعدمه مع اليأس.

وهو يحتمل كلا من القولين.

ولعل الأظهر: الثالث.

وعليه بنينا حكاية أقواله، فتدبر.

وليعلم: أنّ العامة أطبقوا على القول الثاني، كما نقل عنهم في كتب الأصحاب^(٣) وغيرها^(٤).

وجوّزه بعضهم قبل الوقت^(٥) أيضاً، كما سبق.

هذه جملة ما حضرني من أقوال الأصحاب.

ولو جعلنا قول العماني اختياراً للصحة، مع بقاء العبادة، مراعاةً إلى آخر الوقت، فإن وجد الماء حكم بالفساد والإعادة، وإلا حكم بالصحة الواقعية، فهو قول خامس في المسألة.

(١) قواعد الأحكام ١: ٢٣٩.

(٢) لم تتحققه.

(٣) الاعتبار ١: ٣٨١، منتهى المطلب ٣: ٥٠ - ٥٢، تذكرة الفقهاء ٢: ١٩٩.

(٤) في ٤٠: وغيرهم.

(٥) المغني ١: ٢٤٣، المجموع ٢: ٢٦٩.

(٦) كما في المجموع ٢: ٢٧٢.

بقي التنبيه لأُمور:

أحدها: أنَّ المفيد قال في المقنعة: وَمَنْ فَقَدَ الْمَاءَ فَلَا يَتَيَّمُ حَتَّى يَدْخُلَ وقت الصلاة، ثُمَّ يَطْلُبُهُ، إِلَى أَنْ قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ تَيَّمْ فِي آخِرِ أَوْقَاتِ الصلاة عند الإياس منه، ثُمَّ صَلَّى بِتَيَّمِهِ^(١).

ومرادُه من قوله: تَيَّمْ فِي آخِرِ أَوْقَاتِ الصلاة، هو: وجوب ذلك، كما يفصح عنه عباراته السابقة؛ حيث استعمل الخبر فيها في الأمر، وساق^(٢) الجميع مساقاً واحداً، ومن هنا تبيّن وجه الظهور في عبارته، كما سبق.

وربّما يشعر قوله: عند الإياس منه: على أَنَّ وجوب التأخير إنّما هو مع الرجاء وإمكان الإصابة، ولا يبعد حمل كلام غيره أيضاً على ذلك، إلّا مَنْ صرّح منهم بخلافه، كالشيخ في الخلاف، وبعض المتأخّرين^(٣).

ويؤيده: أَنَّ فرض العلم بعدم الإصابة إلى آخر الوقت نادر جداً، فلا يُحْمَلُ عليه الإطلاق.

نعم، قد عبّر جماعة منهم بأنّه لا يجب التيمّم إلّا في آخر الوقت^(٤)، والحمل المذكور في مثل ذلك لا يخلو من بُعْدٍ وإن قرب في عباراتهم الأَمْرَ بالتأخير إلى آخر الوقت.

(١) المقنعة: ٦١.

(٢) في «ف»: سبق.

(٣) الخلاف ١: ١٤٦، شرائع الإسلام ١: ٥٩، التنقيح الرائع ١: ١٣٤.

(٤) كما في الانتصار: ١٢٣، والمراسم: ٥٣، والاقتصاد: ٢٥١، والسرائر (ضمن موسوعة ابن

الثاني: إنه قد اشتهر نقل القول بالتوسعة عن الصدوق، ونصّ في المعبر على أنه قال ذلك في المقنع^(١).

وأطلق النقل عنه في المختلف، والروضة، والمهذب البارع، وكنز الفوائد، والإيضاح، والتنقيح، والفوائد المليّة، وكشف الرموز، والمقتصر، والذكرى، والدلائل^(٢)، والأنوار القمرية^(٣)، والمفاتيح^(٤)، وكذا المنتهى قائلاً فيه: إنه نُقل عن الصدوق^(٥).

وحكي هذا القول في النزعة عن الشيخ أبي جعفر الحسن ابن بابويه في الرسالة^(٦).

ولا يبعد زيادة أبي جعفر^(٧)، وإنّما هو الشيخ أبو الحسن بن بابويه، كما عبّر به عنه في غير هذا الموضع، حيث نقل عن الرسالة^(٨).

(١) المعبر ١: ٣٨٢.

(٢) المصدر غير متوفّر.

(٣) المصدر غير متوفّر.

(٤) مختلف الشيعة ١: ٢٥٣، الروضة البهية ١: ١٦١، المهذب البارع ١: ١٢٩، كنز الفوائد ١:

٨٣، إيضاح الفوائد ١: ٧٠، التنقيح الرائع ١: ١٣٤، الفوائد المليّة ٨٦، كشف الرموز ١:

٩٩، المقتصر: ٧٠، ذكرى الشيعة ٢: ٢٥٣، مفاتيح الشرائع ١: ٦٣.

(٥) متهى المطلب ٣: ٥١.

(٦) نزعة الناظر: ١٦، رسالة الشرائع: ١٢٥.

(٧) أبو الحسن، كنية للشيخ علي بن الحسين بن بابويه، والد الصدوق، و: أبو جعفر، كنية للشيخ

محمّد بن علي بن الحسين، المعروف بالصدوق، وعليه، فأبو جعفر، زائدة قطعاً، أو حصل الاشتباه بين كنيتهما.

(٨) نزعة الناظر: ١٨ و ٣٨ و ٤٣ و ٦٠.

وأما المقتنع والفقير فيعبر عنها بلفظهما، لا بالرسالة.

ثم إن عبارة المقتنع - على ما وجدتها، وذكرها بعض الفضلاء^(١) - هي ما لفظه: اعلم: أنه لا يتيمم الرجل حتى يكون في آخر الوقت، فإذا تيمم أجزأه أن يصلي بتيمم صلوات^(٢) الليل والنهار ما لم يحدث، أو يصب ماء^(٣).

نعم، قد صرح بأنه لا يجب الإعادة على من تيمم وصلى، ثم وجد الماء في الوقت^(٤).

وهو قابل لإرادة ما إذا ظهر خلاف ظن الضيق، أو صلى بالتيمم المستدام في أول الوقت.

وقد نصّ على الحكم بعدم الإعادة، وروى بعض الأخبار الدالة عليه في الفقيه^(٥)، ولم يذكر شيئاً مما يدلّ على وجوب التأخير، فيمكن أن يستفاد من ذلك جواز التقديم، فإسناد الخلاف إلى الفقيه أولى.

وكذلك الهداية، فقال فيها: من كان جنباً، أو على غير وضوء، ووجب^(٦) الصلاة، ولم يجد الماء فليتييمم، كما قال الله عزّ وجلّ، إلى أن قال: ولا بأس بأن يصلي الرجل بتيمم واحد صلوات الليل والنهار كلّها ما لم

(١) لم تحقّقه.

(٢) في المصدر: بتيممه صلاة.

(٣) المقتنع: ٣٩.

(٤) المصدر نفسه.

(٥) من لا يحضره الفقيه ١: ٥٨ - ٦٠.

(٦) في المصدر: ووجب.

يحدث، أو يصب ماءً، وَمَنْ تَيَمَّمْ صَلَّى ثُمَّ وجد الماء، فقد مضت صلاته، فليتوضأ لصلاة أخرى^(١).

ولم يتعرّض لحكم التأخير أصلاً، وهو مع ما ذكر دليل العدم.

الثالث: إنّ القائِلين بالتوسعة مطلقاً أو في بعض الصُّور اختلفوا في الراجح من التعجيل والتأخير، فالأوّل خيرة الإسكافي في صورة عدم العلم ولا الظنّ، فقال: إنّ التقديم في أوّل الوقت أحبّ إلَيَّ^(٢)، والثاني اختيار اللّمة في صورة عدم الطمع في الماء^(٣)، وظاهر الروضة: أنّه أشهر الأقوال بين المتأخّرين^(٤).

وأطلق في المعبر والمختلف اختيار قول الإسكافي، واستجادة مذهبه^(٥)، وهو يشعر برجحان التقديم حيثنّذ.

وقال في البيان باستحباب التأخير مع الطمع^(٦)، وكذا في المفاتيح^(٧)، وهو قضية الفوائد الكركية على الإرشاد، والألفية، وكذا الإرشاد^(٨).

(١) الهداية: ٢٦٥.

(٢) فتاوى ابن الجنيّد: ٣٨، المعبر ١: ٣٨٣.

(٣) اللّمة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل) ١٣: ٢٠.

(٤) الروضة البهية ١: ١٦٠.

(٥) المعبر ١: ٣٨٣ - ٣٨٤، مختلف الشيعة ١: ٢٥٣.

(٦) البيان (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل) ١٢: ٨٠.

(٧) مفاتيح الشرائع ١: ٦٣.

(٨) حاشية إرشاد الأذهان (ضمن حياة المحقّق الكركي وآثاره) ٩: ٤٢، حاشية الألفية (ضمن

حياة المحقّق الكركي وآثاره) ٧: ٤٩٨، إرشاد الأذهان ١: ٢٣٤.

وظاهر الألفية والنفلية استحباب التأخير مطلقاً^(١)، وهو قضية الوجيزة^(٢)، وجامع البزنطي^(٣)، ويحتمله الشرائع والنافع^(٤) والأنوار القمرية^(٥).

وهو مقتضى حمل المعتبر لبعض أخبار التصيق على الاستحباب^(٦).

وحكم في المنتهى باستحباب التأخير^(٧).

وهو يحتمل الإطلاق والتقيد بصورة الرجاء، كما يومئ إليه بعض عباراته.

وأما الأدلة:

فمنها: الإجماع ولم يُنقل إلا على القول بالمنع مطلقاً.

فقد تقدّم نقله فيه عن الشهيد في كتابيه^(٨)، والشيخ - كما نقل^(٩) - وابن زهرة^(١٠)، وهو ظاهر ابن إدريس، واللائح من المقاصد العلية^(١١)، وقد

(١) الرسالة الألفية: ١٦٥، الرسالة النفلية: ١٩١ (ضمن رسائل الشهيد الأول).

(٢) المصدر غير متوفّر.

(٣) عنه في ذكرى الشيعة ٢: ٢٥٣.

(٤) شرائع الإسلام ١: ٥٩، المختصر النافع: ١٧.

(٥) المصدر غير متوفّر.

(٦) المعتبر ١: ٣٨٤.

(٧) منتهى المطلب ٣: ٥٣ - ٥٤.

(٨) لم نجده فيها تقدّم، وينظر ذكرى الشيعة ٢: ٢٥٤.

(٩) عنه في مختلف الشيعة ١: ٢٥٥، ومدارك الأحكام ٢: ٢٠٩.

(١٠) غنية النزوع: ٦٤.

(١١) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ٨: ٢٢١، المقاصد العلية: ٤٦٠ - ٤٦١.

عاضدها المخالفة لجميع العامة، والشهرة المستفيضة النقل بين الإمامية،
وذهاب أساطين الفقهاء إليه، كمن ذكر، والمفيد، والقاضي، والحلي،
والديلمي، والطوسي، والراوندي، وابن سعيد، وأبي المجد الحلي،
والشهيدين في جملة من الكتب، والسيوري، والمحقق في كتابه ظاهراً،
وكذا تلميذه الآبي، وكذا الصدوق في المقتنع^(١) (على ما)^(٢) سبق.

وأيدها عمل كثير من الباقيين بأدلتهم وإن حملوها على الصورة الغالبة
وأخرجوا النادرة بلا دليل يدلّ عليه، وهُم: العماني، والإسكافي،
والفاضلان في جملة من كتبهما، والشهيد، والمحقق الكركي في بعض
كتبهما، وفخر الإسلام، والصيمري، وأبو العباس في بعض كتبه،
وصاحباً الاثني عشرية، وغيرهم من المتأخرين^(٣).

(١) المقتنع: ٦١، المهذب ١: ٤٧، الكافي في الفقه: ١٣٦، المراسم: ٥٤، الوسيلة: ٧٠، فقه القرآن
١: ٣٧، الجامع للشرائع: ٤٦، إشارة السبق: ٧٤، الدروس ١: ١٣٢، اللمعة الدمشقية
(ضمن موسوعة الشهيد الأول) ١٣: ٢٠، الروضة البهية ١: ١٦٠-١٦١، مسالك الافهام
١: ١١٤، التفتيح الرائع ١: ١٣٣-١٣٤، شرائع الإسلام ١: ٥٩، كشف الرموز ١: ٩٨-
٩٩، المقتنع: ٣٩.

(٢) بدل ما بين القوسين في «ش»: كما.

(٣) فقه ابن أبي عقيل العماني: ١٣٦، فتاوى ابن الجنيد: ٣٨، مختلف الشيعة ١: ٢٥٣، شرائع
الإسلام ١: ٥٩، المعتبر ١: ٣٨١-٣٨٢، قواعد الأحكام ١: ٢٣٩، مختلف الشيعة ١:
٢٥٣-٢٥٤، الدروس ١: ١٣٢-١٣٣، ذكرى الشيعة ٢: ٢٥٢، جامع المقاصد ١: ٤٩٩-
٥٠٠، حاشية المختصر النافع (ضمن حياة المحقق الكركي وآثاره) ٧: ١٠٨، إيضاح الفوائد
١: ٦٩-٧٠، غاية المرام ١: ٩٢-٩٣، المهذب البارع ١: ٢٠٠-٢٠١، المختصر: ٥٨، الاثنا
عشرية الخمس: ٧٧، كشف اللثام ٢: ٤٨٢، ذخيرة المعاد ١: ٩٩-١٠٠، الحدائق الناضرة
٣٥٦: ٤.

فالقائل بالجواز - لأدلة المنع - نادر جداً، فقد نُسب إلى الصدوق - ولا صراحة في كلامه - وكذا لوالده، وكذا الجعفي، والبزنطي، وقال به العلامة في جملة من كتبه^(١).

وخالفه في غيرها المتأخر عنها ظاهراً.

وقوّاه الكركي، وصاحب المدارك، وغيرهما^(٢).

ولم يفتوا به صريحاً، إلا بعض مَنْ شذَّ من المتأخرين، كصاحب الدلائل^(٣)، والمفاتيح^(٤)، وأضرابهما؛ ولا يعتدّ بهم عند المقابلة مع مَنْ ذكر، مع ما دُكر من المخالفة للعامة.

ومنها: الأصل والاحتياط، ومقتضاهما ترجيح ما ذكر أيضاً.

أمّا الاحتياط فظاهر، وأمّا الأصل فلاستصحاب بقاء الحكم الثابت قبل الوقت وقبل الطلب، وتأخر التكليف بالتيمّم، وأصالة عدم مشروعيّته وبدليّته في السعة، وأصالة بقاء شغل الذمّة بالصلاة؛ للشكّ في حصول الطهارة المعتبرة.

ومنها: العمومات من الآية^(٥) والروايات.

(١) المقنع: ٣٩، فقه الرضا: ٨٨، ذكرى الشيعة ٢: ٢٥٢ - ٢٥٣، قواعد الأحكام ١: ٢٣٩، مختلف الشيعة ١: ٢٥٣.

(٢) جامع المقاصد ١: ٥٠٠ - ٥٠١، مدارك الأحكام ٢: ٢٠٨ - ٢١٢، ذخيرة المعاد ١: ٩٩، كشف اللثام ٢: ٤٨٢ - ٤٨٣.

(٣) المصدر غير متوفّر.

(٤) مفاتيح الشرائع ١: ٦٣.

(٥) سورة النساء: ٤٣، سورة المائدة: ٦.

أما الآية فتمسك بها المجوز والمانع معاً.

أما المجوز مطلقاً؛ فلا إطلاق مشروعيته فيها بعد وقوع الحدث، وعدم وجدان الماء، ويصدق ذلك بعدم الوجدان فعلاً، فمقتضى الإطلاق تجويزه حينئذٍ مطلقاً، خرج من ذلك ما قبل الطلب المعبر، فيبقى الباقي على الجواز.

وأما المانع؛ فلا دعائه عدم صدق عدم الوجدان - لكونه في حكم النكرة المنفية - إلا يفقد الماء في تمام وقت السعة مطلقاً.

ولهذا لو علم بإصابة الماء قبل الضيق لم يجز له التيمم في أول الوقت مع صدق عدم الوجدان فيه.

وأما المفصل؛ فلذلك مع دعوى تنزيل العلم بالعدم أو الظن به منزلة فقدان فعلاً؛ لصدق عدم الوجدان على الكل عرفاً.

ويؤيد الأول: أن مقتضى قوله تعالى في إحدى الآيتين: ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ﴾^(١) هو تكليف الواجد للماء عند كل إرادة للصلاة، أو عند القيام من النوم إليها بالطهارة المائية، وتكليف الفاقد بالطهارة الترابية، فيعم جميع الأزمنة سوى ما استثنى، كما ذكر.

وقد ورد نظير الآية في الكفارات المرتبة، آية^(٢)، ورواية، ولم يعتبر في الانتقال من مرتبة إلى أخرى عدم التمكّن من الأولى في تمام العمر إلى أن

(١) سورة المائدة ٥: ٦.

(٢) سورة النساء ٤: ٩٢، سورة المائدة ٥: ٨٩، سورة المجادلة ٥٨: ٣ و ٤.

يظنّ الوفاة إذا قلنا بأنّ الأمر فيها ليس على الفور، بل اكتفي بعدم الوجدان حال أداء الكفّارة.

وقال كثير من الأصحاب في التيمّم لما وقته العمر - كالقضاء وغيره - بجواز التيمّم في السعة عند تحقّق السبب بعد الطلب^(١)، وهو يقوّي ما قلنا.

وأما النقض بصورة العلم بإصابة الماء قبل الضيق فمع إمكان إخراجها بالإجماع يمكن الجواب عنه بصدق الوجدان حينئذٍ في العرف. أمّا فيما توقّف على الأسباب الاختيارية كقطع المسافة ونحوه مع الإمكان فظاهر.

وأما فيما توقّف على غيرها فكذلك؛ لأنّ السبب المعلوم الموجود^(٢) كالموجود، والتمكّن من التحصيل بعد تحقّقه المعلوم يجعله واجداً.

ولهذا إنّ من ملك ما يعتق به ولم يتمكّن من استرقاق العبيد لكنّه علم أنّه يأتي بهم التجار ويمكن الشراء منهم، فإنّه يُعدّ واجداً، ويجب عليه الصبر ما لم يؤدّ إلى التهاون بالكفّارة.

وبالجملة: فزمان الاتصاف بالوجدان لا يلزم اتّحاده مع زمان حضور الماء عنده بحيث يتمكّن من استعماله.

وقد تبين بها ذكر: بطلان دليل المفصل أيضاً، مع أنّه إن بنى على

(١) المعتبر ١: ٣٨٢، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٠٠ - ٢٠١، ذكرى الشيعة ٢: ٢٥٢ - ٢٥٣، المهذب

البارع ١: ٢٠٠ - ٢٠١، جامع المقاصد ١: ٥٠٠ - ٥٠١، مدارك الأحكام ٢: ٢٠٨ - ٢١٢.

(٢) كذا في جميع النسخ، والظاهر: الوجود.

اعتبار عدم الوجدان في تمام سعة الوقت، فلا بدّ من التأخير إلى مضيّ ذلك الزمان والاتّصاف بالوصف، كما هو شأن سائر الأسباب من الوقت وغيره، ولا يكتفى بالعلم بحصول السبب قبل حصوله، وإن بنى على عدمه عند إرادة الصلاة، فيلغى البناء على ما ذكر.

ولا يذهب عليك أنّه بمقتضى ما ذكر يمكن الحكم بوجوب التأخير على العالم بالإصابة في الوقت والظانّ لذلك، دون غيرهما.

ويمكن إيجابه أيضاً على الواجد المفرط المحتمل للإصابة ثانياً، إلّا أنّي لم أجد قائلًا بالتفصيل المذكور من الأصحاب.

ومّا يؤيد ما ذكرنا في معنى عدم الوجدان: ما ورد في الروايات من الأمر بالطلب لمن يجد الماء^(١)، وهو دليل الاتّصاف به بحسب الحال الفعلي.

وأما الروايات العامة فهي تشهد بالقول بالتوسعة، ويؤكد دلالتها عموم البدلية المستفادة منها، فإنّ مقتضاها - مضافاً إلى العموم - التمكن من فعل المندوبات بالتيتم، ذاتاً ووصفاً، ويجري في بعضها ما ذكر في الآية، ومن الثاني إدراك فضيلة الوقت، كما لا يخفى.

ومنها: الروايات الخاصّة وما يقرب منها، وهي مختلفة متعارضة.

وأما أدلّة المنع^(٢):

(١) الاستبصار ١: ١٦٥ / ٥٧١، الوسائل ٣: ٣٤١، أبواب التيمم، ب ١ ح ٢.

(٢) هذا بيان للروايات المانعة المعارضة للروايات المجوّزة، التي سيأتي بيانها.

فمنها: صحيحة محمد بن مسلم، قال: سمعته يقول: «إذا لم تجد ماءً وأردت التيمم، فأخّر التيمم إلى آخر الوقت»^(١).

والأمر حقيقة في الوجوب، ولا يقدح الإضمار في مثله.

وحسنة زرارة - كالصحيحة - عن أحدهما عليه السلام، قال: «إذا لم يجد المسافر الماء فليطلب ما دام في الوقت، فإن خاف أن يفوته الوقت فليتيّم وليصلّ في آخر الوقت، فإذا وجد الماء فلا قضاء عليه، وليتوضأ لما يستقبل»^(٢).

والمراد بأوله: تقييد الطلب بسعة الوقت وإن لم يجب استمراره، فلا يقدح في حجية الخبر، والاستدلال له ببقية الرواية^(٣).

وقوله: «وليصل»، إمّا معطوف على «فليتيّم»، أو على مجموع الكلام، فيدلّ على عدم جواز شيءٍ منهما قبل الآخر.

وموثقة ابن بكير - كالصحيحة - عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال فيه: «إذا تيمّم الرجل فليكن ذلك في آخر الوقت، فإن فاته الماء فلم تفته»^(٤) الأرض.

(١) الكافي ٣: ٦٣/١، تهذيب الأحكام ١: ٥٨٨/٢١٤، الوسائل ٣: ٣٨٤، أبواب التيمم، ب ٢٢ ح ٢.

(٢) الكافي ٣: ٦٣/٢، الاستبصار ١: ٥٤٨/١٥٩، الوسائل ٣: ٣٤١، أبواب التيمم، ب ١ ح ٣. (٣) في «حج»: الروايات.

(٤) في المصدر بدل فلم تفته: فلن تفته.

(٥) الكافي ٣: ٦٣ / ١، تهذيب الأحكام ١: ٤٢٨/١٢٦٥، الوسائل ٣: ٣٨٤، أبواب التيمم، ب ٢٢ ح ١.

وروايته عن زرارة، عن أحدهما عليه السلام، قال: «إذا لم يجد المسافر الماء فليمسك ما دام في الوقت، فإذا تحوَّف أن يفوته فليتيَّم، وليصل في آخر الوقت، فإذا وجد الماء فلا قضاء عليه، ولتوضاً لما يستقبل»^(١).

ورواية محمد بن حمران، وقوله عليه السلام في آخرها: «واعلم أنه ليس ينبغي لأحد أن يتيَّم إلا في آخر الوقت»^(٢).

وقصورها أو ضعفها سنداً ودلالةً مجبور بها ذكر من الشهرة والروايات، فإن بعضها يكشف عن بعض.

وموثقة ابن بكير - المروية عن قرب الإسناد - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ أجنب، فلم^(٣) يصب الماء، أيتيَّم ويصلي؟ قال: «لا، حتّى آخر الوقت، فإن فاتته^(٤) الماء لم تفتت الأرض»^(٥).

ورواية زرارة، عن أحدهما عليه السلام: قال: قلت: رجل دخل الأجمة ليس فيها ماء، وفيها طين ما يصنع؟ قال: «يتيَّم، فإنّه الصعيد»، قلت: فإنّه راكب ولا يمكنه النزول من خوف، وليس على وضوء؟ قال: «إن خاف على نفسه من سبع أو غيره، وخاف فوت الوقت، فليتيَّم، يضرب بيده على اللبد والبرذعة، ويتيَّم، ويصلي»^(٦).

(١) الكافي ٣: ٦٣/ ٢، تهذيب الأحكام ١: ٢٠٥/ ٥٦٠، الوسائل ٣: ٣٨٤، أبواب التيمم، ب ٢٢

ح ٢.

(٢) الاستبصار ١: ١٦٦/ ٥٧٥، الوسائل ٣: ٣٨٢، أبواب التيمم، ب ٢١ ح ٣.

(٣) في المصدر: ولم.

(٤) في المصدر: إنّه إن فاتته.

(٥) قرب الإسناد: ١٧٠/ ٦٢٣، الوسائل ٣: ٣٨٥، أبواب التيمم، ب ٢٣ ح ٤.

(٦) الاستبصار ١: ١٥٦ - ١٥٧/ ٥٤٠، الوسائل ٣: ٣٥٤، أبواب التيمم، ب ٩ ح ٥.

وما قيل: من احتمال كون تجويز مثل ما ذكر من التيمم مشروطاً بالضيق، فلا يدل على العموم، ممنوع، بعدم القائل بالفرق.

مع أنه إذا كان بدلية هذا التيمم عن التيمم المعروف مشروطاً بما ذكر، فكذا التيمم بالنسبة إلى الماء.

وأما ضعف السند فمدفوع بما ذكر.

وما روي في فقه الرضا عليه السلام، قال: «(وليس لمتميم أن يتيمم إلا في آخر الوقت)^(١)، أو إلى أن يتخوف خروج وقت الصلاة»^(٢).

ويؤيده ما رواه الجمهور عن علي عليه السلام: «في الجنب يتلو ما بينه وبين آخر الوقت، فإذا وجد الماء وإلا يتيمم»^(٣). والتلوّم: الانتظار والمكث.

وقد روي في الأخبار التي صحّحها الشيخ في العدة^(٤) عن الأئمة عليهم السلام: أنهم أمروا بما رواه العامة عن علي عليه السلام خصوصاً، وقد أطبقوا هنا على خلافه.

وأما أدلة الجواز والسعة:

فمنها: الأخبار المتظافرة الدالة على أن المتيمم إذا صلى ثم وجد الماء في الوقت أو مطلقاً، لم يجب عليه الإعادة، كصحيفة زرارة، قال: قلت لأبي

(١) بدل ما بين القوسين في المصدر: وليس له أن يتيمم حتى يأتي إلى آخر الوقت.

(٢) فقه الرضا: ٨٨.

(٣) المصنّف لابن أبي شيبة ١: ١٨٦/١، سنن الدار قطني ١: ١٩٥/٧١٠، النهاية في غريب

الحديث ٤: ٢٣٨.

(٤) العدة في أصول الفقه ١: ١٤٩.

جعفر عليه السلام: فَإِنْ أَصَابَ الْمَاءُ وَقَدْ صَلَّى بَتَيْمَمٍ وَهُوَ فِي وَقْتٍ؟ قَالَ: «تَمَّتْ صَلَاتُهُ، وَلَا إِعَادَةُ عَلَيْهِ»^(١).

وصحیحة محمد بن مسلم، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أجنب، فتيمم بالصعيد وصلى، ثم وجد الماء؟ فقال: «لا يعيد، إن رب الماء ربّ^(٢) الصعيد»^(٣).

وصحیحة ابن سنان، قال: سمعتُ أبا عبد الله عليه السلام يقول: «إذا لم يجد الرجل طهوراً وكان جنباً، فليمسح من الأرض، وليصل، فإذا وجد ماءً فليغتسل، وقد أجزأته صلاته التي صلى»^(٤).

وصحیحة زرارة، ومحمد بن مسلم، قال: قلت في رجل لم يصب الماء وحضرت الصلاة، فتيمم وصلى ركعتين، ثم أصاب الماء، أينقض الركعتين، ويقطعهما ويتوضأ، ثم يصلي؟ قال: «لا، ولكنه يمضي في صلاته ولا ينقضها؛ لمكان أنه دخلها وهو على طهورٍ بتيممٍ»^(٥).

وصحیحة عبد الله بن يعفور، وعنبسة بن مصعب، عن أبي عبد الله عليه السلام.

(١) تهذيب الأحكام ١: ٢٠٥/٥٦٢، الوسائل ٣: ٣٦٨، أبواب التيمم، ب ١٤ ح ٩.

(٢) في المصدر: هو ربّ.

(٣) تهذيب الأحكام ١: ٢٠٨/٥٧١، الوسائل ٣: ٣٧٠، أبواب التيمم، ب ١٤ ح ١٥.

(٤) تهذيب الأحكام ١: ٢٠٣-٢٠٤/٥٥٦، الوسائل ٣: ٣٦٨، أبواب التيمم، ب ١٤ ح ٧.

(٥) تهذيب الأحكام ١: ٢١٦-٢١٧/٥٩٥، الوسائل ٣: ٣٨٢، أبواب التيمم، ب ٢١ ح ٤، وفيها: «أو يقطعها».

(٦) الكافي ٣: ٦٥/٩، تهذيب الأحكام ١: ١٥٧/٤٢٦، الوسائل ١: ١٧٧، أبواب الماء المطلق،

ب ١٤ ح ٢٢، و ٣: ٣٤٤، ب ٣ ح ٢.

وموثقة يعقوب بن سالم، عن أبي عبد الله عليه السلام : في رجل تيمّم وصلى، ثم أصاب الماء وهو في وقت ؟ قال: «قد مضت صلاته، وليتطهر»^(١).

وموثقة أبي بصير، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تيمّم وصلى، ثم بلغ الماء قبل أن يخرج الوقت ؟ فقال: «ليس عليه إعادة الصلاة»^(٢).

ورواية معاوية بن ميسرة - والسند إليه صحيح - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل في السفر لا يجد الماء ثم صلى، ثم أتى الماء وعليه شيء من الوقت، أيمضي على صلاته، أم يتوضأ ويعيد الصلاة ؟ قال: «يمضي على صلاته، فإن رُبَّ الماء ^(٣) رُبَّ التراب»^(٤).

ورواية علي بن سالم، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قلت له: أتيمّم وأصلي، ثم أجد الماء وقد بقي عليّ وقت ؟ فقال: «لا تُعد الصلاة، فإن رُبَّ الماء هو رُبَّ الصعيد»^(٥).

وأما ما في صحيحة يعقوب بن يقطين، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل تيمّم فصلّى، فأصاب بعد صلاته ماء، أيتوضأ ويعيد الصلاة، أم تجوز صلاته ؟ قال: «إذا وجد الماء قبل أن يمضي الوقت توضأ وأعاد، فإن

(١) تهذيب الأحكام ١: ٢٠٥/٥٦٣، الوسائل ٣: ٣٧٠، أبواب التيمّم، ب ١٤ ح ١٤.

(٢) تهذيب الأحكام ١: ٢٠٦/٥٦٥، الوسائل ٣: ٣٦٩، أبواب التيمّم، ب ١٤ ح ١١.

(٣) في المصدر زيادة: هو.

(٤) تهذيب الأحكام ١: ٢٠٦/٥٦٤، الاستبصار ١: ١٦٠ / ٥٥٤، الوسائل ٣: ٣٧٠، أبواب

التيمّم، ب ١٤ ح ١٣.

(٥) تهذيب الأحكام ١: ٢١٤/٥٨٧، الوسائل ٣: ٣٧١، أبواب التيمّم، ب ١٤ ح ١٥.

مضى الوقت فلا إعادة عليه^(١)، وموثقة منصور بن حازم، عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل تيمم فصلّى ثم أصاب الماء ؟ فقال: «أما أنا فكنت فاعلاً، إنّي كنت أتوضأ وأعيد^(٢)، فيحملان على الاستحباب، كما هو ظاهر الثاني.

ويمكن حمل الأوّل على المقصّر في الطلب، والناسي للماء في رحله، ولا يمكن الحمل على فساد التيمم؛ للتفصيل في الأولى بين الوجدان في الوقت وخارجه، وإلا لما نسبته إلى نفسه.

وكذلك الحمل على انكشاف فساد ظنّ الضيق.

ومنها: ما دلّ على أنّ التيمم إذا أصاب الماء في الصلاة ينصرف منها ما لم يركع.

كصحيحة زرارة، قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: يصلي الرجل بتيمم واحد صلاة الليل والنهار كلّها ؟ فقال: «نعم، ما لم يحدث، أو يُصَبّ ماء، إلى أن قال: قلت: فإن أصاب الماء وقد دخل في الصلاة ؟ قال: «فليُنصرف وليتوضأ^(٣) ما لم يركع، فإن كان قد ركع فليمض في صلاته، فإن التيمم أحد الطهورين^(٤)».

(١) تهذيب الأحكام ١: ٢٠٤/٥٥٩، الوسائل ٣: ٣٦٨، أبواب التيمم، ب ١٤ ح ٨.

(٢) تهذيب الأحكام ١: ٢٠٤/٥٥٨، الوسائل ٣: ٣٦٨-٣٦٩، أبواب التيمم، ب ١٤ ح ١٠.

(٣) في المصدر: فليتوضأ.

(٤) الكافي ٣: ٦٣ / ٤، تهذيب الأحكام ١: ٢١١-٢١٢/٥٨٠، الوسائل ١: ٣٧٥، أبواب

الوضوء، ب ٧ ح ١ و ٣٧٧، أبواب التيمم، ب ١٩ ح ١.

ورواية عبد الله بن عاصم - المروية بأسانيد مختلفة، بعضها صحيح، أو قريب منه - قال: سألتُ أبا عبد الله عليه السلام: عن الرجل لا يجد الماء فيتيَمِّمُ ويقوم في الصلاة، فجاء الغلام، فقال: هو ذا الماء؟ فقال: «إن كان لم يركع فليَنصرف وليَتوضَّأ، وإن كان قد ركع فليَمض في صلاته»^(١).

وظاهر هذه الرواية: كون التيمم مبتدأ لا مستداماً.

نعم، يحتمله الأول، ولو كان التيمم في آخر الوقت، لما جاز إيداله وتفويت الوقت بالوضوء، والإعادة من رأس، ولو كان قبله بطل، ولم يكن فرق بين ما قبل الركوع وما بعده.

وصحيحة زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألته عن رجل صلى ركعةً على تيمم، ثم جاء رجل ومعه قربتان من ماء؟ قال: «يقطع الصلاة ويتوضَّأ، ثم يبيني على واحدة»^(٢).

ومنها: الأخبار الكثيرة الدالة على جواز صلاة^(٣) الليل والنهار بتيمم واحد.

كصحيحة زرارة^(٤)، وغيرها، فإنَّ وجوب تأخير التيمم إنَّها هو لأجل

(١) الكافي ٣: ٦٤ / ٥، تهذيب الأحكام ١: ٢٠٠ / ٥٧٩، الاستبصار ١: ١٦٦ - ١٦٧ / ٥٧٦ -

٥٧٨، الوسائل ٣: ٣٨١، أبواب التيمم، ب ٢١ ح ٢.

(٢) تهذيب الأحكام ١: ٤٢٧ / ١٢٦٣، الاستبصار ١: ١٦٧ / ٥٧٩، الوسائل ٣: ٣٨٣، أبواب

التيمم، ب ٢١ ح ٥.

(٣) في «ف، لك»: الصلاة.

(٤) الكافي ٣: ٦٣ / ٤، تهذيب الأحكام ١: ٢١١ / ٥٨٠، الوسائل ١: ٣٧٥، أبواب الوضوء، ب

٧ ح ١، و ٣: ٣٧٧، أبواب التيمم، ب ١٩ ح ١.

الصلاة، كما يفصح عنه قوله ﷺ: «فليصل^(١) في آخر الوقت»^(٢).

فإذا جاز^(٣) الصلاة بالتيّم المستدام في أول الوقت، فكذا بالمبتدأ.

ومنها: صحيحة داود البرقي^(٤)، قال: قلت لأبي عبد الله ﷺ: أكون في السفر وتحضر الصلاة وليس معي ماء، ويقال: إنّ الماء قريب منّا، فأطلب الماء وأنا في وقت يميناً وشمالاً؟ قال: «لا تطلب الماء، ولكن تيّم، فإنّي أخاف عليك التخلف عن أصحابك، فتضلّ، ويأكلك السبع»^(٥).

وظاهره ترك الطلب في السعة، والتيّم فيها بدونه.

ومنها^(٦).

(١) في المصدر: وليصلّ.

(٢) الكافي ٣: ٦٣/٢، تهذيب الأحكام ١: ٢٠٣/٥٥٥، الوسائل ٣: ٣٦٦، أبواب التيمّم، ب ١٤ ح ٣.

(٣) في «م»: جاء.

(٤) في المصدر: الرقي.

(٥) الكافي ٣: ٦٤/٦، تهذيب الأحكام ١: ١٩٥/٥٣٦، الوسائل ٣: ٣٤٢، أبواب التيمّم، ب ٢ ح ١.

(٦) كذا في جميع النسخ، وليس في النسخ ما بعدها شيء يتعلّق بالمطلب.

(٧) هذا آخر كتاب الطهارة من كتاب مقابس الأنوار ونفائس الأسرار في أحكام النبي المختار والعترة الأطهار صلوات الله عليهم، ما توالّت الأعصار والأدوار.

ومن أراد الوقوف على سائر فتاويه السنية في أصول المسائل الغير المذكورة في هذا الكتاب، والفروع الخفية، وكذا دقائق إفاداته، وغرائب نكته، فليرجع إلى الكتاب الذي جمعت فيه أجوبة سائليه ممّا سُئِلَ عنه، وإلى تعليقاته على الروضة البهية، وبغية الطالب في معرفة المفروض والواجب.

ويتلو هذا الكتاب كتاب البيع إن شاء الله تعالى، والحمد لله رب العالمين.

كتاب البيع

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة على محمّد وآله الطاهرين.

المصباح الثاني: في العقود

وفيه كتب:

الكتاب الأوّل: كتاب البيع

وفيه مطالب:

المطلب الأول: في الأمور العامة لأقسامه

وفيه مباحث:

المبحث الأول: في ماهيته.

مقباس

[في إطلاقات لفظ البيع]

لا ريب في أن من المعاملات ما شُرّع لنقل الأعيان على وجه المعاوضة والمقابلة، حسب ما يقع عليه التراضي، ويعبّر عنه: بالبيع والشراء، وبما يؤدّي هذا المعنى في سائر اللّغات.

وهو أمر معروف بين الناس، وبه انتظم أمر المعاش، وقد خصّ في الشرع - أو في شريعتنا خاصّةً - بشرائط وأحكام مخصوصة، حسب ما اقتضته الحكمة والمصلحة.

ولا شبهة أيضاً في أن لفظ البيع إطلاقات:

أحدها: أن يستعمل مصدراً لـ «باع» - بمعنى: أوجد البيع، وهو بهذا المعنى عبارة عن الفعل الصادر من أحد المتعاملين خاصّةً - مباشرةً، أو توليداً - ولما كان من الأضداد صحّ إطلاقه على كلّ من فعليهما وإن اشتهر في مالك المبيع، بحيث لا يكاد يتبادر عند الإطلاق إلّا فعله.

ويشترط في كلا الإطلاقين: انضمام الفعلين واجتماعهما في الوجود، فلا يقال لمن أوجب البيع بقوله: بعته: إنه باع، إلا بعد أن ينضم قول الآخر وقوله.

ومثله الآخر، بل الحكم فيه أظهر.

ولا وجه لحصر هذا الإطلاق إلا اعتبار الضميمة في أصل الوضع كما هو الشأن فيما هو من مقولة الفعل والانفعال، والتأثير والمطاوعة، فإنه لا يطلق اللفظ الدال على أحدهما إلا بعد حصول الآخر، كالكسر والانكسار، ونحو ذلك.

وأما قولهم: كسرتة فلم ينكسر، فمجاز، كما أنهم يقولون: كسرتة فانكسر؛ دفعا للتجوز، ولذلك يقتصر كثيراً على الأول، ولا يختل المعنى أصلاً.

وكذلك الحال فيما نحن فيه وإن افرق عما ذكرنا من حيث إن الصادر من كل من المتعاملين لفظ دال على الرضا كالآخر، ومن مجموعهما قد وجد الأثر.

ثانيها: ما يقصده البائع بقوله: بعته، في العقد وهو النقل الاعتباري الإنشائي، الكاشف عن الرضا التنجيزي وهذا المعنى صحيح بحسب القصد؛ حيث وقع عن قصد سواء ترتب عليه القبول أم لا فيكون لاغياً حينئذ من جهة الأثر، كالفعل الغير المتبوع بانفعال المحل.

وهذا نظير ما يقصده المشتري بقوله: اشتري، أو اشتريته، مقدماً، أو

مؤخراً، وكلُّ منهما جزء السبب الناقل.

ثالثها: الأثر المترتب على تحقق جُزءي العقد معاً وهو: النقل العرفي مطلقاً، أو^(١) الشرعي مع صحّة العقد، ويعبّر عنه: بالانتقال أيضاً، ويختلفان بالاعتبار.

رابعها: نفس العقد المركّب من الإيجاب والقبول، وهذا هو الشائع المعروف بين الفقهاء في سائر ألفاظ العقود ممّا كان منها مصدراً بصيغة الفعل، والمفاعلة، أو بمعناه، كالقراض، والمضاربة، والمزارعة، والمساقاة، والمسابقة، والمباراة، والمكاتبّة، والشركة، والصلح، أو اسم عين، كالوديعة، والعارية، والصدقة، فإنّ معناها لغة^(٢)، وعرفاً، وشرعاً نفس المال.

وقد تُستعمل في معنى المصادر أيضاً نادراً، ونحوها: الإجارة، في الأصل، أو مصدراً، بمعنى الفعل لا القول، كالسبق - بسكون الباء - والرماية، أو بمعنى أحد جُزءي العقد، أو أثره، أو سببه، لا مجموع الجزّين وإن عمّا لغير القولين.

وذلك كالبيع، والسلف، والإقالة، والرهن، والضمان، والكفالة، والحوالة، والوكالة، والإجارة - بمعناها الشرعي - والوقف، والحبس، والسكنى، والعمرى، والرقي، والهبة، والوصيّة، والنكاح، والخلع، كما هو الشائع في العرف فيها؛ حيث استعملت مصادر، سواء استعملت

(١) في «حج»: و.

(٢) لسان العرب ١٥: ٢٥٣ (ودع) و ٩: ٧٠ (عور)، المحكم ٦: ١٩١ (صدق).

مفردات، أو مجملًا، أخبارية، أو إنشائية في صيغ العقود المعتبرة فيها الحقائق، أو غيرها.

بل هو المنصوص عليه في اللغة، والمتداول في الآيات والروايات، وكذا في عبارات الفقهاء فيما عدا عناوين الكتب، ونظائرها.

ولذلك جعل البيع في اللغة من الأضداد^(١)، وأثبت في الشرع لكل من البيع، والابتياح، والبائع، والمشتري، والراهن، والمرتهن، والمؤجر، والمستأجر، وغيرها أحكام مخصوصة.

وجاز نسبة كل منها إلى أحد الطرفين في نحو قوله في العقد: بعث، أو غيره، على أنه المباشر له بالاستقلال، وصحّ حلفه عليه، ونذره له، فتوقف كل من المتقابلين منها على الآخر باعتبار الصدق والصحة إنها هو على وجه الشرطية لا الشطرية.

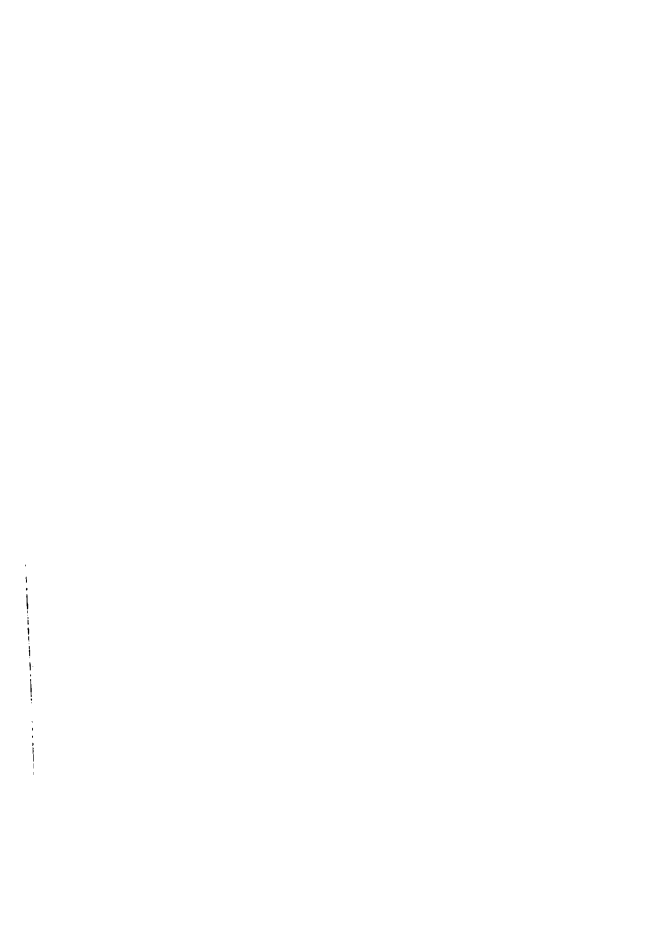
وإنما وجب على من حلف على بيع شيء، تحصيل المشتري له مع إمكانه، وإطلاق اليمين من باب المقدمة.

كما وجب تحصيل البائع على من وجب عليه شراؤه لحلف، أو عتق، أو غيرهما، لا لكون ذلك بنفسه متعلق الحلف أو الوجوب حتى يلزم حلفه على فعل غيره، أو تكليفه بما خرج عن مقدوره، وإلا وجب فعله عليه أيضاً مباشرة، واستنابة عنه، فيكون هو البائع والمشتري حقيقة.

والمنتقل إليه قبولاً ما انتقل منه إيجاباً، والمالك للعوضين معاً قبل

العقد وبعده، وفساده كصحّة ما سبق من الضروريّات.

فما اشتهر بينهم، واستفيد من معظم كلماتهم من كون تلك الألفاظ عقوداً بأنفسها - مع كون العقد: اسماً لمجموع الإيجاب والقبول - لا يتّجه إلّا في القسم الأوّل منها، على إشكال.



المبحث الثاني: في شروط المتبايعين.

مقباس

شروط المتبايعين على أقسام مختلفة، منها ما يعتبر في المباشرة وهي أمور:

أحدها: البلوغ فلا يصح عقد الصبي مطلقاً، كما هو ظاهر المعظم، ونص الخلاف، والسرائر، والشرائع، والتذكرة، والإرشاد، والمختلف، والدروس، وجامع المقاصد، وكنز العرفان، والروضة، والمسالك، وبيع التحرير، والقواعد^(١).

وعزي في كنز العرفان إلى أصحابنا، كما يأتي.

وظاهره دعوى اتفاقهم عليه، ولا يبعد ذلك، لشذوذ المخالف.

وهذا هو الأصح؛ لما ذكر؛ وللأصل السالم عن المعارض المصادم.

وكونه أحد الثلاثة الذين رفع عنهم القلم، كما روي في النبوي، المشهور، المسند في الخصال^(٢)، ومقتضاه: رفع الأحكام الشرعية عنه

(١) الخلاف ٣: ١٧٨، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٣٢٨، شرائع الإسلام ٢: ١٢، تذكرة الفقهاء ١٠: ١٢، إرشاد الأذهان ١: ٣٦٠، مختلف الشيعة ٥: ٩١، الدروس ٣: ١٩٢، جامع المقاصد ٤: ٦١، كنز العرفان ٢: ٣٤، ١٠٢، الروضة البهية ٣: ٢٢٦، مسالك الافهام ٣: ١٥٥، تحرير الأحكام ٢: ٢٧٥، قواعد الأحكام ٢: ١٧.

(٢) الخصال ١١٩/ ٤٠، وعنه في الوسائل ١: ٤٥، أبواب مقدمة العبادات، ب ٤ ح ١١.

بأسرها، وكون عبارته مسلوقة العبرة، كالبهائم.

ويشهد لذلك التسوية بين أحواله قبل أن يحتلم، واقترانه بالمجنون والنائم.

فلا يتصف عقده بالإباحة، ولا الصحة، ولا يندرج في إطلاق ما ورد في الكتاب والسنة.

ولما رواه الكليني مسنداً عن حمزة بن حمران، عن حمران عن أبي جعفر عليه السلام - في حديث - أنه قال: «إنَّ الجارية إذا تزوّجت ودُخِلَ بها، ولها تسع سنين، ذهب عنها اليتيم، ودُفِعَ إليها مالها، وجاز أمرها في الشراء والبيع، إلى أن قال: والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع، ولا يخرج من اليتيم حتّى يبلغ خمس عشرة^(١) سنة، أو يحتلم، أو يُشعر، أو ينبت قبل ذلك^(٢)».

ورواه ابن إدريس في المستطرفات من كتاب المشيخة - وهو أحد الأصول المعتمدة للحسن بن محبوب، عن حمزة بن حمران، عنه عليه السلام. وهو عمدة ما استند إليه الأصحاب في تحديد البلوغ بالسّن.

ومقتضاه: أنّه لا يجوز أمرها قبل البلوغ في المبايعه مطلقاً، وإن اختصّ المنع بما إذا كان بهما، كما يومئ إليه السياق والعجز، أو بصورة الاستقلال بالأمر، كان - حينئذٍ - دليلاً على بعض المطلوب، ويثبت الباقي بباقي الأدلة.

(١) في المصدر: خمسة عشر.

(٢) الكافي ٧: ١٩٧-١٩٨/١، الوسائل ١: ٤٣، أبواب مقدّمة العبادات، ب ٤ ع ٢.

وروى الصدوق في الفقيه - مرسلاً - عن أبي عبد الله عليه السلام، أنه قال: «إذا بلغت الجارية تسع سنين، دُفع إليها مالها، وجاز أمرها في مالها»^(١).

وروى في الخصال - في الصحيح - عن البنزطي، عن أبي الحسين الخادم بياع اللؤلؤ - والظاهر أنه آدم بن المتوكل الثقة - عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سأله أبي - وأنا حاضر - : عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: «حتى يبلغ أشده»، قال: وما أشده؟ قال: «احتلامه»^(٢)، قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة، أو أقل أو أكثر، ولم^(٣) يحتلم؟ قال: «إذا بلغ، وكتب عليه الشيء جاز أمره، إلا أن يكون سفيهاً، أو ضعيفاً»^(٤).

وروى الشيخ والكليني - في الصحيح - عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، والشيخ والصدوق بإسنادهما، عن عبيد بن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام أتهما قالاً في رجل تصدق^(٥) على ولده وقد^(٦) أدركوا؟ «إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده، فهو جائز؛ لأن والده^(٧) هو الذي يلي أمره»^(٨).

(١) من لا يحضره الفقيه ٤: ١٦٤/٥٧٤، وعنه في الوسائل ١٨: ٤١١ / كتاب الحجر، ب ٢ ح ١.

(٢) في المصدر: الاحتلام.

(٣) في المصدر: ولا.

(٤) الخصال: ٥٣٩ - ٥٤٠/٣، وعنه في الوسائل ١٨: ٤١٢، كتاب الحجر، ب ٢ ح ٥.

(٥) في المصدر: يتصدق.

(٦) في المصدر: قد.

(٧) في التهذيب: ولده.

(٨) تهذيب الأحكام ٩: ١٥٨/١٥ و ١٦٠ / ٢٣، الكافي ٧: ٣١/٧، من لا يحضره الفقيه ٤:

١٨٢/٦٣٩، الوسائل ١٩: ١٧٨، كتاب الوقوف، ب ٤ ح ١.

مقتضاه: حصر المتولّي لأمر الولد في الوالد مع وجوده.

وروى الكليني بإسناده المشتمل على سهل، والشيخ، والصدوق - في الصحيح - عن عليّ بن رثاب، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل بيني وبينه قرابة مات وترك أولاداً صغاراً، وترك ممالك^(١) غلمان وجواري ولم يوص، فما ترى في من يشتري منهم الجارية، فيتخذها أم ولد؟ وما ترى في بيعهم؟ قال: فقال: «إن كان لهم ولي يقوم بأمرهم، باع عليهم ونظر لهم، وكان ماجوراً فيهم»، قلت: فما ترى في من يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد؟ فقال: «لا بأس بذلك، إذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم، فليس^(٢) لهم أن يرجعوا فيما صنع القيم لهم الناظر فيما يصلحهم»^(٣).

وظاهر السؤال كون الأولاد أهل تمييز وإدراك، بحيث يصحّ في العادة بيعهم والشرى منهم، وقضية الجواب - مع ما فيه من ترك الاستفصال - أنه لا يصحّ الشراء من أموالهم، إلا إذا كان المباشر للعقد هو الولي القيم عليهم، والمراد منه: المنصوب بإذن الحاكم، أو العدل المتولّي أمرهم حسبة.

وروى الكليني والصدوق مسنداً: عن أبي بصير، عن أبي عبد

(١) في المصدر: ممالك له.

(٢) في المصدر: وليس.

(٣) الكافي ٥: ٢٠٨ / ١ و ٧: ٦٧ / ٢، تهذيب الأحكام ٩: ٢٧٨ / ٢٧٠، من لا يحضره الفقيه ٤: ١٦١ - ١٦٢ / ٥٦٤، الوسائل ١٧: ٣٦١، أبواب عقد البيع، ب ١٥ ح ١ و ١٩: ٤٢١ - ٤٢٢، كتاب الوصايا، ب ٨٨ ح ١.

الله ﷺ، والشيخ والكليني - في الموثق - عن داود بن سرحان، عنه ﷺ، قال: سألته عن يتييم قد قرأ القرآن، وليس بعقله بأس، وله مال على يدي رجل، وأراد الذي عنده المال أن يعمل بهال اليتيم مضاربةً، فأذن الغلام في ذلك؟ فقال: «لا يصح أن يعمل^(١) حتى يحتلم، ويدفع إليه ماله» قال: «وإن احتلم ولم يكن له عقل، لم يدفع إليه شيء أبداً»^(٢).

ومقتضاه: عدم الاعتبار بإذنه في التصرف في ماله، وعدم صحة توكيله في المعاملة، فلا يصح على وجه المباشرة أيضاً وإن كان مميزاً عاقلاً، بل وإن كان رشيداً كما يقتضيه إطلاق الخبر، بل ظهوره في استعمال العقل في الرشد سؤالاً وجواباً، ولذلك جعل جواز الدفع ومنعه بعد الاحتلام موقوفاً على وجوده وعدمه، وأطلق لجواز الدفع أولاً اكتفاءً بظاهر السؤال.

وروى المشايخ - في الصحيح - عن محمد بن الحسن الصفار: أنه كتب إلى أبي محمد ﷺ: رجل أوصى إلى ولده، وفيهم كبار، وقد أدركوا، وفيهم صغار، أيجوز للكبار أن ينقذوا وصيته، ويقضوا دينه لمن صحَّ على الميت بشهود عدول قبل أن تدرك الأوصياء الصغار؟ فوقع ﷺ: «على الأكابر من الولد أن يقضوا دين أبيهم، ولا يحبسوه بذلك»^(٣).

وروا أيضاً بأسانيدهم الصحيحة إلى جعفر بن عيسى بن عبيد، عن

(١) في المصدر زيادة: به.

(٢) الكافي ٧: ٦٨ / ح ٣ وذيله، من لا يحضره الفقيه ٤: ١٦٤ / ٥٧٠، تهذيب الأحكام ٩:

٢٧٩ / ٢٧٣، الوسائل ١٩: ٣٦٧، كتاب الوصايا، ب ٤٥ ح ٥.

(٣) الكافي ٧: ٤٦ / ٢، من لا يحضره الفقيه ٤: ١٥٥ / ٥٣٩، تهذيب الأحكام ٩: ٢١٦ / ٨٧، الوسائل

١٩: ٣٧٥، كتاب الوصايا، ب ٥٠ ح ١.

عليّ بن يقطين، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام: عن رجل أوصى إلى امرأة، وأشرك في الوصية معها صبيّاً، فقال: «يجوز ذلك، وتمضي المرأة الوصية، ولا تنتظر بلوغ الصبي، فإذا بلغ فليس له أن لا يرضى، إلّا ما كان من تبديل أو تغيير، فإنّ له أن يرده إلى ما أوصى به الميت»^(١).

وقد يُعدّ هذا الخبر من الحسان، والظاهر اتفاق الأصحاب على العمل بمضمون الخبرين.

ومقتضاهما: عدم صحّة نيابة الصبي في التصرف مطلقاً وإن دعت إليه الحاجة.

ويعضد هذه الأخبار غيرها من الروايات المستفيضة، المتفرقة في تضاعيف أبواب العقود والإيقاعات:

نحو: ما رواه الشيخ - في الصحيح - عن محمد بن مسلم، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام: عن الصبي يزوّج الصبيّة؟ قال: «إن كان أبواهما اللذان زوّجاها، فنعم، جائز»^(٢) الحديث، وغير ذلك ممّا لا يخفى على المتتبع.

وحينئذٍ، فنقول: إنّ عقد الصبي إمّا أن يتعلّق بهاله، أو بهال غيره، وعليهما فإمّا أن يستقلّ بالأمر، أو يصدر عن إذن الوليّ، أو يتعقّبه إذنه.

فإن استقلّ بذلك في ماله، كان باطلاً قطعاً؛ للروايات، والآية وهي

(١) الكافي ٧: ٤٦/ ١، من لا يحضره الفقيه ٤: ١٥٥/ ٥٣٨، تهذيب الأحكام ٩: ٢١٦/ ٨٦، الوسائل

١٩: ٣٧٥، كتاب الوصايا، ب ٥٠ ح ٢.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٤٤١/ ٥٠٠، الاستبصار ٣: ٢٣٦- ٢٣٧/ ٨٥٤، الوسائل ٢٠: ٢٧٧،

أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ب ٦ ح ٨.

قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَابْتَاعُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(١) فإنها تدلّ على توقف دفع أموالهم إليهم على البلوغ والرشد، وهو كناية عن تمكينهم من التصرف، وتوليهم لأموالهم، فإنه لو جاز تصرفهم قبل ذلك، لم يكن لمنعهم عن قبض المال فائدة يعتدّ بها، ولو وجب الدفع بعد ذلك، لم يجز الاكتفاء برضاهم على بقاء الأموال عند الأولياء، وكلا الأمرين ظاهر البطلان، فتعيّن ما قلنا.

وإن استقلّ بذلك في مال الغير كان أيضاً باطلاً؛ بمقتضى الروايات الواردة في الوصية، وما ذكره الأصحاب من اشتراط البلوغ في الوكيل^(٢)، وعدم الوقوف على رواية تدلّ على جواز وكالة غير البالغ، ولما كانت النيابة على خلاف الأصل، وجب الاقتصار فيها على مورد الدليل.

وإن جامع تصرفه إذن الوليّ كان باطلاً أيضاً؛ بمقتضى إطلاق الروايات، وخصوص ما سبق في بيع الجوّاري^(٣)، مع عدم الدليل على صحة جواز الإذن في ذلك، فإذاً لا محيص من القول بالبطلان مطلقاً.

ويؤيّد: انتفاء لوازم العقد الصادر من المالك أو وليّ المالك، من وجوب الوفاء والتسليم، وأداء الأرش، والالتزام بالكليّ في الدّمة،

(١) سورة النساء ٤: ٦.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٧، قواعد الأحكام ٢: ٣٥٢، إيضاح الفوائد ٢: ٣٣٦، جامع المقاصد ١٩٥: ٨.

(٣) الكافي ٧: ٦٧/٢، من لا يحضره الفقيه ٤: ١٦١ - ١٦٢/٢، تهذيب الأحكام ٩: ٢٧٨/٢٧٠، الوسائل ١٧: ٣٦١، أبواب عقد البيع، ب ١٥، ح ١ و ١٩: ٤٢١ - ٤٢٢، كتاب الوصايا، ب ٨٨ ح ١.

والمطالبة بمقتضى الإقرار، والاعتماد على قصد مدلول الصيغة، وغير ذلك مما ليس الصبي أهلاً لثبوتها في حقّه، مع كونها من لوازم العقد الصحيح وأماراته، فانتفاؤها أمانة انتفاء الملزوم.

[مواضع الإشكال في معاملة غير البالغ]

وقد وقع الخلاف والإشكال في مواضع:

[الموضع الأول: بيع مَنْ بلغ عَشراً، وشراؤه

فحكى فيه قول بالجواز^(١)، وعزاه بعضهم^(٢) إلى الشيخ^(٣).

وذكره العلامة في التذكرة وجهاً لأصحابنا^(٤).

ويظهر من ظاهر الشرائع وصريح المسالك^(٥): أن ذلك فيما إذا بلغ عَشراً عاقلاً.

وعزى في المفاتيح إلى الشيخ^(٦).

قال صاحب المسالك -بعد حكاية القول بذلك -: والمراد بالعقل هنا: الرشد، فغير الرشيد لا يصح بيعه وإن كان عاقلاً اتفاقاً^(٧). انتهى.

(١) مفاتيح الشرائع ٤٦: ٣.

(٢) الحدودائق الناضرة ٣٦٧: ١٨.

(٣) المبسوط ١٦٣: ٢.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٢: ١٠.

(٥) شرائع الإسلام ١٢: ٢، مسالك الافهام ١٥٥: ٣.

(٦) مفاتيح الشرائع ٤٦: ٣.

(٧) مسالك الافهام ١٥٥: ٣.

ولعلّ اعتبار الرشد مبنيّ على اعتباره في مطلق المباشرة، أو المباشرة المستقلّة، أو على اختصاص مستند الحكم بذلك.

قال العلامة في التحرير: وفي رواية لنا صحّة بيعه إذا بلغ عشر سنين رشيداً^(١).

وذكر الصيمري نحو ذلك، قال: وعمل أكثر الأصحاب على المنع من العمل بهذه الرواية^(٢).

ويظهر من المحقق في النافع: ورود رواية بأنّ البلوغ بحسب السنّ بالعشر^(٣).

وذكر الصيمري والسيوري وغيرهما: أنّ الرواية وردت في جواز وصية من بلغ العشر^(٤).

ولا يخفى ما في كلام الصيمري من التنافي.

وقال العلامة في التذكرة: وقد روي: «أنّه إذا بلغ الطفل عشر سنين بصيراً، جازت وصيّته بالمعروف، وصدقته، وأقيمت عليه الحدود التامة»^(٥).

(١) تحرير الأحكام ٢: ٢٧٦.

(٢) غاية المرام ٢: ١٢.

(٣) المختصر النافع: ١٤٠.

(٤) غاية المرام ٢: ١٧٩، التنقيح الرائع ٢: ١٨٠، كشف الرموز ٢: ٦٩، المهذب البارع ٣: ٩٦، مسالك الافهام ٤: ١١٤، الحقائق الناضرة ١٣: ٥٤.

(٥) الكافي ٧: ٢٨ / ١، الوسائل ١٩: ٢١١، كتاب الوقوف والصدقات، ب ١٥ ح ١.

وفي رواية أخرى: «إذا بلغ خمسة أشبار»^(١).

ونحوه في القواعد^(٢).

وذكر ولده، والمحقق الكركي: أن الرواية الأولى هي ما ورد في الوصية ونحوها، والثانية هي رواية السكوني الواردة في القصاص^(٣).

واعلم: أنني لم أقف إلى الآن على رواية خاصة بالبيع، ولا على قول بذلك، أو بأن البلوغ مطلقاً يتحقق بالعشر.

وإنما وقفت على الروايات الواردة في جواز وصيته^(٤)، وهي كثيرة معتبرة عمل بها معظم الأصحاب، وما ورد في جواز عتقه وصدقه، ووصيته^(٥)، وما ورد في طلاقه^(٦)، وما ورد في شهادته^(٧).

(١) الكافي ٦: ٢٣٧ / ١، و ٧: ٣٠٢ / ١، الوسائل ١٩: ٣٦٢، كتاب الوصايا، ب ٤٤ ح ٥، و ٢٤: ٤٢، أبواب الذبائح، ب ٢٢ ح ٣.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٤١.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ١٣٤.

(٤) الكافي ٧: ٣٠٢ / ١، تهذيب الأحكام ١٠: ٢٨٠ / ٣٣١، الوسائل ٢٩: ٩٠، كتاب القصاص، ب ٣٦ ح ١.

(٥) إيضاح الفوائد ٢: ٥١-٥٢، جامع المقاصد ٥: ١٨٢.

(٦) الكافي ٧: ٢٨-٢٩ / ٣، ٤، من لا يحضره الفقيه ٤: ١٤٥ / ٥٠١ و ٥٠٣، الوسائل ١٩: ٣٦١-٣٦٢، كتاب الوصايا، ب ٤٤ ح ٢ و ٣.

(٧) الكافي ٧: ٢٨ / ١، من لا يحضره الفقيه ٤: ١٤٥ / ٥٠٢، الوسائل ١٩: ٣٦٢، كتاب الوصايا، ب ٤٤ ح ٤.

(٨) الكافي ٦: ١٢٤ / ١، الاستبصار ٣: ٣٠٣ / ١٠٧٣، الوسائل ٢٢: ٧٩، كتاب الطلاق، ب ٣٢ ح ٧.

(٩) الكافي ٧: ٣٨٨-٣٨٩ / ١، الوسائل ٢٧: ٣٤٢-٣٤٥، كتاب الشهادات، ب ٢١ ح ١-٤ وب ٢٢ ح ١-٦.

ومقتضى هذا الخبر الأخير ثبوت البلوغ بالعشر، وهو ما رواه الشيخ والكليني - في الصحيح - عن أبي أيوب الخزاز، قال: سألتُ إسماعيل بن جعفر: متى تجوز شهادة الغلام؟ فقال: إذا بلغ عشر سنين، قال: قلت: ويجوز أمره؟ قال: فقال: إنَّ رسول الله ﷺ دخل بعائشة وهي بنت عشر سنين، وليس يدخل بالجارية حتَّى تكون امرأة، فإذا كان الغلام ابن عشر سنين جاز أمره، وجازت شهادته^(١).

ويمكن أن يكون المحقق قصد هذا الخبر، إلّا أنَّ كلامه في الشرائع يأبى^(٢) عنه، فإنَّه قال في كتاب البيع: لا يصحَّ بيع الصبي، ولا شراؤه ولو أذن له الولي، وكذا لو بلغ عشرًا، عاقلًا، على الأظهر^(٣).

وقال في كتاب الحَجَر: وفي أُخرى: «إذا بلغ عشرًا، وكان بصيرًا، أو بلغ خمسة أشبار، جازت وصيته، واقتصَّ منه، وأقيمت عليه الحدود الكاملة»^(٤).

وهذه العبارة موافقة لما سبق عن القواعد والتذكرة^(٥)، وإنَّ أوهمت اتِّحاد الرواية في العشرة، والأشبار، لكنَّها تحمل على جنس الرواية، أو يعتبر الموصوف جمعًا، كما تشهد به عبارته في النافع^(٦).

(١) الكافي ٧: ٣٨٨ - ٣٨٩/١، تهذيب الأحكام ٦: ٢٨٤/١٣٦، الوسائل ٢٧: ٣٤٤، كتاب

الشهادات، ب ٢١ ح ٣.

(٢) في «حج»: يأتي.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٢.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١١٧.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ١٣٤، تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٤١.

(٦) المختصر النافع: ١٤٠.

وقال في كتاب الوقف: وفي وقف مَنْ بلغ عَشْرًا تردّد، والمرويّ جواز صدقته، والأولى المنع^(١).

وقال في الوصايا: لا يصحّ وصيّة الصبي ما لم يبلغ عَشْرًا، فإن بلغها فوصيّة جائزة في وجوه المعروف لأقاربه، وغيرهم على الأشهر إذا كان بصيرًا، وقيل: تصحّ وإن بلغ ثمانية، والرواية به شاذّة^(٢).

وقال في الشهادات: لا تُقبل شهادة الصبي ما لم يصر مكلفًا، وقيل: تقبل مطلقًا إذا بلغ عَشْرًا، وهو متروك^(٣).

ثم قال: فالأولى الاختصار على القبول في الجراح بالشروط الثلاثة: بلوغ العشر، وبقاء الاجتماع إذا كان على مباح تمسكًا بموضع الوفاق وعدم اختلافهم^{(٤) (٥)}.

وكأنه أشار في البيع إلى ما ذكره في الحَجْر^(٦)، وأخذ قيد العقل أو البصيرة ممّا ذكر في بعض الروايات من اعتبار العقل^(٧)، وفي آخر من اعتبار وضع ما يصرفه من المال في موضعه^(٨)، وممّا دلّ على اعتبار الرشد^(٩) مطلقاً

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٤.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٨٩.

(٣) شرائع الإسلام ٤: ١٢٧.

(٤) جملة: «وعدم اختلافهم» لم ترد فيها عدا «حج» من النسخ، وكذا لم ترد في المصدر.

(٥) شرائع الإسلام ٤: ١٢٨.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ١٢ و ١٧.

(٧) الخصال: ١١٩ / ٤٠، الوسائل ١: ٤٥، أبواب مقدّمة العبادات، ب ٤ ح ١١.

(٨) مَنْ لا يحضره الفقيه ٤: ١٦٤ / ٥٧٥.

(٩) الكافي ٧: ٦٨ / ٢، الوسائل ١٧: ٣٦٠، أبواب عقد البيع، ب ١٤ ح ٢.

مع أنه في الصبي أولى بالاعتبار.

وأشار برواية الأشبار إلى رواية السكوني الواردة في القصاص^(١)، فيحكم بسائر الحدود؛ لعدم القائل بالفصل والفرق.

ويبقى عليه أننا لم نقف على رواية دالة على الاقتصاص من بالغ العشر، وإقامة الحدود عليه، إلا أن يستفاد من رواية الخزّاز^(٢)، التي أشار أخيراً إلى أنها متروكة.

وأما الرواية التي أشار إليها في الوصية، فهي ما رواه الشيخ - في الموثق - عن الحسن بن راشد، وكأنه مولى آل أهاب الثقة^(٣)، عن العسكري عليه السلام، قال: «إذا بلغ الغلام ثمانين^(٤) سنين فجائز أمره في ماله، وقد وجب عليه الفرائض والحدود، وإذا تمّ للجارية سبع سنين فكذلك^(٥)».

ولا يخفى دلالتها على تحقق البلوغ بذلك، وصحة جميع تصرفاته المالية من البيع وغيره.

وعمل بها الإسكافي في الوصية خاصة^(٦)، ويلزم من ثبوتها ثبوتها في

(١) الكافي ٧: ٣٠٢ / ١، تهذيب الأحكام ١٠: ٢٨٠ / ٣٣١، الوسائل ٢٩: ٩٠، كتاب القصاص، ب ٣٦ ح ١.

(٢) الكافي ٧: ٣٨٨ - ٣٨٩ / ١، تهذيب الأحكام ٦: ٢٨٤ / ١٣٦، الوسائل ٢٧: ٣٤٤، كتاب الشهادات، ب ٢١ ح ٣.

(٣) الحسن بن راشد، يكتنّى أبا علي، مولى لآل المهلب، ببغداد، ثقة. رجال الطوسي: ٣٧٥ / ٥٥٤٥. (٤) في المصدر: ثمان.

(٥) تهذيب الأحكام ٩: ٢١٤ / ٧٩، الوسائل ١٩: ٢١٢، كتاب الوقوف والصدقات، ب ١٥ ح ٤.

(٦) عنه في مختلف الشيعة ٦: ٣٤٨.

العشر، فتدبر.

وكيف كان، فاعلم: أتى لم أقف على رواية - في غير الوصية والصدقة - سائلة من القدح في السند، أو الدلالة، أو الحجية، أو المعارضة بالأقوى والأرجح، عموماً أو خصوصاً، مع أنها متعارضة في أنفسها وإن كثرت في موارد المتفرقة.

وبعضها مخالف لإجماع الإمامية، بل المسلمين كافة، ولم يدل شيء منها على حكم البيع، إلا ما دلّ على البلوغ الموجب لصحة البيع وغيره، وهو مع كونه متروكاً لا غرض لنا بالبحث عنه في هذا المقام.

وأما الاستناد إلى قياس البيع على الوصية فبطلانه واضح من وجوه كثيرة يعرفها كل ذي بصيرة.

الموضع الثاني: بيع المميز مطلقاً أو إذا أذن له الولي، أو أجاز بيعه، وكذلك شراءه.

والخلاف في ذلك منقول في الخلاف عن أبي حنيفة؛ حيث قال: إن كان بإذن الولي صحّ، وإن كان بغير إذنه وقف على إجازته.

وحكّم الشيخ بالمنع، وحكاه عن الشافعي^(١).

وحكى ابن زهرة إجماع الأصحاب على البطلان^(٢)، وهو الذي يظهر من كنز العرفان^(٣) أيضاً، كما يأتي.

(١) الخلاف ٣: ١٧٨.

(٢) غنية النزوع: ٢١٠.

(٣) كنز العرفان ٢: ٣٤.

وقال العلامة في كتاب الحَجْر من التذكرة - بعد ما نقل الروایتين المتقدمتين -: ولو أذن له الولي لم يصح، إلا في صورة الاختبار إن قلنا بأنه قبل البلوغ.

ثم قال: وهل يصح بيع المميز وشرائه بإذن الولي؟ الوجه عندي أنه لا يصح، ولا ينفذ^(١).

وقال في حَجْر القواعد: هل يصح بيع المميز وشرائه مع إذن الولي؟ نظر^(٢).

وقال ولده في الشرح: الأقوى عندي الصحة^(٣).

وقال في حَجْر التحرير: هل يجوز تصرف الصبي المميز فيما إذا أذن له الولي فيه أو لا؟ الأقرب العدم، وكذا لو تصرف من غير إذن الولي، الأقرب عدم توقفه على الإجازة، بل يقع باطلاً على إشكال^(٤).

وقال صاحب الكفاية: وفي المميز إشكال^(٥).

وحكى في كتاب المزارعة من المختلف، عن القاضي أنه قال: إذا اشترى الصبي التاجر أرضاً، وحَجَر أبوه عليه، فدفعها^(٦) مزارعةً بالنصف

(١) تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٤١.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ١٣٧.

(٣) في المصدر: والأقوى عدم الصحة.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٥٥.

(٥) تحرير الأحكام ٢: ٥٤٥.

(٦) كفاية الأحكام ١: ٤٤٩.

(٧) في «ش»، ك، م، و: ودفعها.

إلى غيره يزرعها يبذره وعمله، فعمل على ذلك، كان الخارج للعامل،
وعليه نقصان الأرض، إلى آخر كلامه^(١).

ومقتضاه صحة شراء الصبي وبيعه مع الإذن.

ومال المقدّس الأردبيلي - في كتابيه^(٢) - إلى جواز بيعه مع الرشد وإذن
الولي^(٣).

ويظهر من موضع من شرحه على الإرشاد^(٤) عدوله عن ذلك،
وموافقته لباقي الأصحاب، فالمسألة على هذا موضع إشكالٍ وخلافٍ.

وقد استدّل فخر الإسلام وغيره على الجواز^(٥): بأنّ العقد إذا وقع بإذن
الوليّ كان كما لو صدر منه، فيكون صحيحاً.

واحتج والده في التذكرة لأبي حنيفة^(٦) بقوله تعالى: ﴿وَاتْلُوا أَلَيْسَ﴾^(٧)
فإنّ الابتلاء والاختبار إنّما يتحقّق بتفويض التصرف إليهم، فيلزم صحة
العقد الصادر منهم بإذن الولي، وبأنّ المقتضي لصحة العقد موجود،

(١) مختلف الشيعة ٦: ١٥٠.

(٢) في «حج»: كتابه.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٥٢-١٥٣، زبدة البيان: ٣٩٥.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١٨١-١٨٢.

(٥) جامع المقاصد ٥: ١٩٤، وفيه: والأصح أنّه لا يصح، إيضاح الفوائد ٢: ٥٥، لكنّ فخر
الإسلام صرح بعدم الصحة بقوله: والأقوى عدم الصحة، والظاهر أنّ المصنّف كان عنده
نسخة من كتاب فخر الإسلام فيها النصّ على الصحة، ولم نحصل عليها.

(٦) تذكرة الفقهاء ١٠: ١١.

(٧) سورة النساء ٤: ٦.

وهو: العقل والتمييز، والمانع، وهو: الحجر ارتفع^(١) بالإذن، فيكون صحيحاً.

واستدلّ المقدّس الأردبيلي بالآية؛ مستظهراً: أنّ الاختبار بتفويض العقد قبل البلوغ، لا بمجرد الماكسة والسوم، ولا بتأخيره بعد البلوغ، قال: فإذا تحقّق الرشد يكون ما فعله صحيحاً^(٢).

واستدلّ أيضاً بعموم الأخبار والآيات، والأصل مع منع الإجماع، وعدم دليل صريح في المنع، قال: وبالجمله: إذا جَوَزَ عتقه وصدقته ووصيته^(٣) بالمعروف، وغيرها من القربات - كما هو ظاهر الروايات الكثيرة - لا يبعد جواز بيعه وشرائه، وسائر معاملاته إذا كان بصيراً، مميّزاً، رشيداً، يعرف نفعه وضرّه في المال، وطريق الحفظ والتصرّف، كما نجده في كثير من الصبيان، فإنّه قد يوجد فيهم مَنْ هو أعظم في هذه الأمور من آبائهم، فلا مانع له من إيقاع العقد، خصوصاً مع إذن الوليّ وحضوره، بعد تعيينه الثمن، إلّا أن يقال: قد لا يقصد؛ لجهله، أو لعلمه^(٤) بعدم عقابه، ولكن ذلك قد يندفع مع العلم بحاله^(٥).

وقال المحقّق الكركي: لا يبعد بناء المسألة على أنّ أفعال الصبي وأقواله شرعية أم لا؟ وحكم بأنّها غير شرعية، وأنّ الأصحّ بطلان

(١) في «حج»: يرتفع.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٥١-١٥٣.

(٣) في المصدر زيادة: وصدقته.

(٤) في المصدر: علمه.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٥٢-١٥٣.

العقد^(١).

واعلم: أنَّ ظاهر كلمات الجماعة - غير الأردبيلي -: أنَّه يُكتفى بالتمييز، ولا يعتبر الرشد؛ لقيام إذن الوليِّ مقامه، ويشهد لذلك إطلاقاتهم فتوىً ودليلاً، واستدلّاهم بالآية، فإنَّ الاختبار مع عدم العلم بالرشد^(٢)، وقد يكشف عن عدمه، وإلّا لم يحتج إليه.

وظاهرهم أيضاً: جواز إطلاق الإذن له من غير تعيين الثمن وسائر الأمور المعتبرة، بل يلزم الإطلاق إذا وقع بقصد الاختبار، وإلّا لم ينكشف به حقيقة الحال، فما سبق عن المسالك من أنَّ غير الرشيد لا يصحّ بيعه اتفاقاً^(٣) مبنيٌّ على عدم النظر إلى هذا الخلاف، أو مخصوص بصورة استقلاله في البيع؛ فإنَّه المقصود في ذلك المقام.

وإذا عرفت ذلك، فاعلم: أنَّ جميع ما ذكر من الأدلّة ممنوعة:

أما الأوّل: فلاّنه إن أُريد المشابهة بين الأمرين وتنزيل أحدهما منزلة الآخر في الجملة لا يجدي^(٤) شيئاً، أو المساواة من كلّ وجه أو في الحكم فهو مصادرة محضة.

ولو قصد بذلك القطع بمساواة الأمرين، فغلط محض؛ كيف والفرق ظاهرٌ بين مع الإطلاق، وبدونه.

(١) جامع المقاصد ٥: ١٩٤.

(٢) المهذب البارع ٢: ٥١٢، الروضة البهية ٤: ١٠١ - ١٠٢، الحقائق الناضرة ١: ٣٦٧ - ٣٦٨.

(٣) مسالك الافهام ٣: ١٥٥.

(٤) في «ف»: يجدي.

وأما الثاني: فلائته مبني على كون الاختبار قبل البلوغ، كما صرح به كثير من الأصحاب^(١)، حتى حكى: أنه لا خلاف فيه بينهم.

ولا يخلو عن مناقشة؛ فإنه قد ذكر في الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام ما يقتضي كونه بعده، حيث قال: وأروي عن العالم عليه السلام: «لا يتم بعد احتلام، فإذا احتلم امتحن في الأمر» الصغير، والوسط^(٢)، والكبير، فإن أنس^(٣) منه رشداً، دفع إليه ماله، وإلا كان على حالته إلى أن يؤنس منه الرشداً^(٤).

ولا يبعد كون قوله: «إذا احتلم» من تنمة الرواية، فلا يبعد الاعتماد عليه وإن لم يعتمد على فتاوى الكتاب.

وروى العياشي أيضاً في تفسيره عن عبد الله بن أسباط، عن أبي عبد الله عليه السلام. قال: سمعته يقول: «إن نجدة الحروري كتب إلى ابن عباس، يسأله عن اليتيم متى ينقضي يتمه؟ فكتب إليه: [أما اليتيم] فانقطاع يتمه^(٥) أشده، وهو: الاحتلام، إلا أن لا يؤنس منه رشد بعد ذلك، فيكون سفيهاً أو ضعيفاً^(٦)».

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٢٢، تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٢٥، تحرير الأحكام ٢: ٥٣٦، مسالك الافهام ٤: ١٦٦، جامع المقاصد ٥: ١٨٥، مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٣٨.

(٢) في المصدر: أمر.

(٣) في المصدر: والوسيط.

(٤) في المصدر: أنس.

(٥) فقه الرضا: ٣٣٢.

(٦) في «حج» زيادة: حتى يبلغ.

(٧) تفسير العياشي ١: ٣٦٨ / ٨٦٨، وما بين المعقوفين أثبتناه منه.

وهذا أيضاً يشعر بها ذكر، ولم نقف على رواية مخالفة لذلك، ولا دليل قاطع على خلافه.

وما قالوا من أنّ تأخير الاختبار يؤدّي إلى الحجر على البالغ الرشيد، وهو باطل بالإجماع.

مدفوع: بأنّ الباطل هو الحجر على من علم اجتماع الوصفين فيه؛ ولذلك وجب الحجر على مَنْ لم يختبر قبل البلوغ، ولم يتمكّن من اختباره.

فإن قلت: لا يجوز تأخير الدفع إلى أن يحصل العلم، بل يجب المبادرة إليه وإلى مقدّماته بحسب الإمكان.

قلنا: الأمر كذلك بحسب القاعدة، إلّا أنّه لما لم يجب الدفع إلّا مع الوصفين، وكان الرشد غير كاف بانفراده، وكان المدار على الرشد المتّصل بالبلوغ الموجود حاله، وكانت علامات البلوغ غير مقدورة، ولا منضبطة الأوقات، وكذلك علامات الرشد، وكان إيجاب الاختبار في جميع الحالات المحتملة للبلوغ مؤدياً إلى الحرج العظيم، فلذلك لا يبعد أن يأمر الشارع بالابتلاء بعد البلوغ، وهو الزمان الذي لا يتوقف الدفع فيه إلّا على الرشد خاصّة، ويستمرّ الحجر إلى أن يعلم ذلك.

وسوّج ذلك كما سوّج فيما إذا لم يتحقّق الاختبار، أو لم يتمكّن منه قبل البلوغ، فإذا دلّ عليه الخبر المعتضد بالأصل، المخالف للمعروف بين العامة، لم يبعد العمل بمقتضاه مطلقاً، ولو كان البلوغ بالسنّ.

ويؤيده: أن ظاهر الآية^(١): كون إيناس الرشد بعد البلوغ، على أنا نمنع إمكان الاختبار قبله؛ لأنه يتوقف غالباً على تسليم المال، وتمكينه من التصرف بانفراد، كما زعمه المستدل.

والصبي لا أهلية له لذلك، وليس محلاً للائتمان، لاسيما في ماله.

وإنما جاز ذلك في البالغ قبل العلم برشده؛ للضرورة، وللأمر بذلك، فيقتصر عليه ولا يتعدى إلى صورة انتفاء الأمرين معاً.

وأما الاستدلال على ذلك بالآية، حيث علق فيها الابتلاء باليتم، وجعل نهايته البلوغ، وأوجب الدفع بعده بلا فصل مع الرشد، فيمكن دفع الأول بأن إطلاق اليتامى عليهم؛ لما كانوا عليه، أو لقرب عهدهم بذلك، أو لبقاء حكم اليتيم قبل الرشد، وقد أطلق أيضاً على البالغين في قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٢).

أو يقال بأن الخطاب تعلق بالأولياء حال ولايتهم، وصغر اليتامى وإن تأخر زمان الفعل.

ويكون فيه إشارة إلى أنه يجب المبادرة إلى الاختبار بعد البلوغ من غير تأخير، كما أشير إليه في الخبر الرضوي^(٣)، ودلالة على لزوم الاستعداد للاختبار والدفع؛ كيلا يطمعوا في أموالهم قبل ذلك، كما يشير إليه قوله

(١) سورة النساء ٤: ٦.

(٢) سورة النساء ٤: ٢.

(٣) فقه الرضا: ٣٣٢.

تعالى بعد ذلك: ﴿وَلَا تَأْكُلُوْهَا سِرَافًا وَدَارًا اَنْ يَّكْبُرُوْا﴾^(١).

ويمكن دفع الثاني بأنه مبنيٌّ على خروج «إذا» عن الظرفية، وجَرَّها بـ: «حتى» محلاً، كما حكي عن الأخفش، وابن مالك، وغيرهما في مثل هذه الآية^(٢).

وهذا الوجه وإن كان أنسب بنظم الآية إلا أن الجمهور أنكروا ذلك، كما حكي عنهم^(٣)، وجعلوا «حتى» للابتداء، و«إذا» للظرفية.

ويضعف الأوّل من جهة المعنى بأنه يقتضي وجوب استمرار ابتلاء اليتامى إلى زمان تحقق البلوغ، وهو ظاهر الفساد.

وعلى قول الجمهور يحتمل أن يكون حاصل المعنى: ﴿وَأَبْتَلُوا اَلْيَتَامَى﴾ إلى وقت بلوغهم، فاستحقاقهم دفع أموالهم إليهم بشرط إيناس الرشد منهم في جميع أزمنة إمكانه، وهذا هو الذي ذكره الزمخشري، والبيضاوي^(٤).

وعلى هذا، يدلّ أيضاً على تقدّم الاختبار على البلوغ.

وهو متّجه، لو لم تذكر الفاء في الشرط الثاني، فيكون مقدّماً في المعنى على الأوّل، أو محتمل الأمرين على خلاف في ذلك.

وأما إذا ذكرت الفاء، كما في الآية، فلا بدّ من تأخّر الشرط الثاني في

(١) سورة النساء ٤: ٦.

(٢) شرح التسهيل ٢: ١٣٨، مغني اللبيب ١: ١٨٦ - ١٨٧، شرح كافية ابن الحاجب ٣: ٢٧٨.

(٣) مغني اللبيب ١: ١٨٧.

(٤) تفسير الكشاف ١: ٤٧٢ - ٤٧٤، تفسير البيضاوي ٢: ٢٠١ - ٢٠٢.

المعنى، كما لو قال: إن دخلت الدار فإن كلمت زيدا فأنت حرٌّ، فإنه يعتبر وقوع المكاملة بعد الدخول، ولا أثر لها لو تقدّمت عليه.

ووجهه ظاهر.

وعلى هذا فالمعنى ﴿وَأَبْتَلُوا أَلْيَسَ﴾ حتى إن ﴿ءَأَسْتَمَرُّهُمْ رُشْدًا﴾ بعد البلوغ ﴿فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾، فيكون غاية الاختبار هو: زمان إيناس الرشد الحاصل بعد البلوغ الموجب للدفع، فالدفع حينئذ يكون بعد إيناس الرشد الحاصل بالابتلاء بلا فصل، كما هو ظاهر الآية، ولذلك لم يقل: فإن كنتم أنستم منهم رشداً، فإنه الأنسب على تقدير إرادة المعنى، والعلم وإن كان أمراً مستمراً، إلا أن الظاهر ما ذكر.

ولا يبعد كون «حتى» حينئذٍ للسببية، والمعنى: ﴿وَأَبْتَلُوا أَلْيَسَ﴾ كي تدفعوا إليهم أموالهم إذا ﴿ءَأَسْتَمَرُّهُمْ رُشْدًا﴾ بعد البلوغ والاختبار، فإن الدفع واجب عليكم عند اجتماع الوصفين.

وعلى الوجهين فالآية دالة على تأخر الاختبار ولو لم تدلّ عليه كانت محتملة للوجوه المذكورة، فلا تُحمل على أحدها بلا قرينة.

وهذا كله بناءً على كون الابتلاء بمعنى: اختبار أحوالهم واستعلامها، كما ذكروه، أو بمعنى: تمرينهم على الأمور إلى أن تحصل ملكة الرشد.

ويمكن كون الابتلاء بمعنى: الحجر، أو كنايةً عن المنع من التصرف إلى أن يحصل الابتلاء والاختبار.

ويدلّ على ذلك: ما ذكره القمي في تفسيره عن أبي جعفر عليه السلام في هذه

الآية قال: «مَن كان في يده بعض مال اليتامى، فلا يجوز له أن يعطيه حتّى يبلغ النكاح، ويحتلم، فإذا احتلم وجب عليه الحدود، وإقامة الفرائض، ولا يكون مضيّعاً، ولا شارب خمر، ولا زانياً، فإذا أنس منه الرشد دفع إليه المال، وأشهد عليه»^(١).

وكيف كان، فالآية لا تدلّ على صحّة بيع الصبي قبل البلوغ، ولو سلّمنا دلالتها على تقدّم الاختبار، فالاختبار غير منحصّر في مباشرة البيع والشراء، والأمر به لا يقتضي صحّة جميع أفرادها، بل يقتصر على ما علّم جوازه من الأدلّة، فلا وجه لترك الأصول المعلومة والأدلّة المقرّرة المرسومة بمجرّد هذه الشبهة الموهمة.

ويؤيّد: أنّه فسّر إيناس الرشد - في جملة من الأخبار - بحفظ المال^(٢)، وبإصلاحه^(٣).

ولو سلّمنا دلالتها على جواز الاختبار بذلك، فهو لا يستلزم أزيد من كون ما به الابتلاء معتبراً في إفادة الرشد وعدمه، فلا يقتضي ترتّب أثر آخر عليه.

مع أنّه يمكن الاختبار بمقدّمات البيع والشراء، وإن صدر العقد من

(١) تفسير القمي ١: ١٣٩.

(٢) مَن لا يحضره الفقيه ٤: ١٦٤/٥٧٥، تفسير العيّاشي ١: ٣٦٨ - ٣٦٩/٨٦٨، البرهان في تفسير القرآن ٣: ٢٨/٢١٢٣، الوسائل ١٨: ٤١١، كتاب الحجر، ب ٢ ح ٤ و ١٩: ٣٦٨، كتاب الوصايا، ب ٤٥ ح ٦.

(٣) مَن لا يحضره الفقيه ٤: ١٦٤/٥٧٢، الوسائل ١٨: ٤١٠، كتاب الحجر، ب ٢ ح ١ و ١٩: ٣٦٦، كتاب الوصايا، ب ٤٥ ح ١.

غيرهم، وهو الذي نصّ عليه كثير من الأصحاب^(١).

قال الفاضل السيوري في كنز العرفان: اختلف في معنى ابتلائهم، فقال أبو حنيفة: أن يدفع إليه ما يتصرّف فيه.

وقال أصحابنا، والشافعي، ومالك: هو تتبّع أحواله في ضبط ماله^(٢)، وحسن تصرّفه، بأن يكلّ إليه مقدّمات البيع، لكنّ العقد لو وقع منه كان باطلاً، ويلزم على قول أبي حنيفة أن يكون العقد صحيحاً^(٣). انتهى.

وبعد تسليم دلالتها على صحّة العقد الصادر عنهم، يجب أن يقتصر على صورة الاختبار، ولا يلزم الجواز مطلقاً، كما هو المدعى.

وأما الدليل الثالث ففساده ظاهر.

وكذا الاستدلال بعموم الآيات، والأخبار، والأصل؛ فإنّ الآيات هي قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٤)، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٥)، وقوله: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٦)، وهي إنّما تدلّ على حكم المكلفين خاصّة.

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٨-١٩، تذكّرة الفقهاء ١٤: ٢٢٤.

(٢) في المصدر: أمواله.

(٣) كنز العرفان ٢: ١٠٢.

(٤) سورة البقرة ٢: ٢٧٥.

(٥) سورة النساء ٤: ٢٩.

(٦) سورة المائدة ٥: ١.

والأخبار أيضاً غير خالية غالباً عن القرائن الموجبة للاختصاص بهم، ولو وجد إطلاق فلا يبعد إحالة التقييد فيه على ما هو الشائع المعروف في سائر الأحكام من تعلّقها بالمتكّلّفين.

والأصل إن قصد به: أصل عدم الحرمة، فلا بحث في ذلك، بل هو مقطوع به في جميع أفعال الصبي، ممّا يحلّ في حقّ غيره وما يحرم.

وإن قصد: ترتّب الأثر من الانتقال ولوازمه، فبطلانه واضح؛ لأنّ الأصل عدم ذلك، كما أشرنا إليه.

وأما الاستناد إلى الروايات الواردة في صحّة القربات^(١)، وإلى أنّ الصبيان قد يوجد فيهم من هو أعرف بطريق الحفظ والتصرّف من أوليائهم^(٢)، فهو لو تمّ يقتضي جواز استقلاله في المعاملات، وعدم الاحتياج إلى الإذن، ولما علم أنّ الشارع أسقط اعتبار ذلك، فلا وجه للاستناد إليه.

قال العلامة في التذكرة: إنّ العقل لا يمكن الوقوف على حدّه المنوط بالتصرّف به؛ لخفائه وتزايد على التدريج، فجعل له الشارع ضابطاً، وهو: البلوغ، (كالمشقة المنوطة بالمسافة)^(٣)، فلا يثبت له أحكام العقلاء، قبل وجود المظنة^(٤). انتهى.

(١) الكافي ٤: ٣٠٤/٦، النوادر للراوندي: ٢٤٣.

(٢) لم نتحقّقه.

(٣) ما بين القوسين لم يرد في المصدر.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٠: ١١.

وجواز بعض التصرفات - كالقربات - لمصلحة خاصة لا يقتضي جوازها مطلقاً، وقد فرّق الشارع بينها، كما يظهر من تلك الروايات، وغيرها، فكيف يحكم بعدم الفرق؟ وهل هو إلا اجتهد باطل، وقياس مع الفارق في مقابل النصّ القاطع!!

ولو قصد بذلك: أن صحة بعض العقود منه تقتضي كونه قابلاً في نفسه لإجراء الصيغة، وإنها منع منه الحجر، فإذا أذن له الولي كان صحيحاً، فلهذا الكلام وجه.

لكنه لا يمكن إثبات الحكم المخالف للأصول والأدلة بمجرد ذلك.

مع أنه يمكن أن يجاب عنه: بأنّ المباشرة إنّما صحّت في الوصية ونحوها - على القول بذلك - تبعاً لصحة استقلاله في التصرف على هذا الوجه، فلو لم تصحّ حيثئذ مباشرة للصيغة، لم يصحّ توكيله أيضاً، فيفسد طريق إمضاء هذا التصرف.

وأما في البيع ونحوه فلا يصحّ له الاستقلال في التصرف قطعاً، فلا ضرورة إلى تجويز المباشرة، والتبعية تقضي بالمنع.

وقد اتّضح بما ذكر: أن الحقّ عدم صحة بيع المميز وإن كان رشيداً.

وقال المحقّق الكركي: لا يبعد بناء المسألة على أنّ أفعال الصبي وأقواله شرعية أم لا؟ وحكم بالثاني، وبطلان العقد الصادر منه^(١).

وفيه: أنّ لقائل أن يحكم بالتفصيل على حسب ما يقتضيه الدليل، فلمّا

دَلّ الدليل على اعتبار قوله في الوصيّة، وعدمه في النكاح والبيع، وجب متابعة كلّ دليل في محله، وإذا لم يكن دليل خاصّ على شيءٍ منهما، وجب رعاية الأدلّة العامّة على اختلاف مواردها.

وإذا فقد ذلك أيضاً فالحقّ هو البطلان؛ لأصالة عدم ترتّب الأثر، فالمستند حينئذٍ هو الأصل، وقد تقدّم الكلام فيه.

الموضع الثالث: بيعه وشراؤه إذا أذن له الوليّ في مقام الاختبار

وقد تقدّم^(١) عن السيوريّ: أنّه باطل عند أصحابنا، وآخرين من العامّة، وبه حكم المحقّق في الشرائع، والعلامة في التذكرة والإرشاد، والشهيدان، وغيرهما^(٢).

وحكم العلامة في حَجْر التحرير بالصحة^(٣)، واستشكله في حَجْر القواعد^(٤)، مع أنّ ظاهرهما في البيع هو القول بالبطلان^(٥).

وجعله في بيع التذكرة وجهاً لأصحابنا وللشافعية^(٦)، وهو يقتضي كونه مسبوقاً بذلك.

(١) في ص ٢٣٢ - ٢٣٣.

(٢) كنز العرفان ٢: ١٠٢، شرائع الإسلام ٢: ١٢، تذكرة الفقهاء ١٠: ١١، إرشاد الأذهان ١: ٣٦٠، الدروس ٣: ١٩٢، مسالك الافهام ٣: ١٥٥، جامع المقاصد ٤: ٦١، كفاية الأحكام ٤٤٩: ١.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ٥٣٦.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ١٣٧.

(٥) تحرير الأحكام ٢: ٢٧٥ - ٢٧٦، قواعد الأحكام ٢: ١٧.

(٦) تذكرة الفقهاء ١٠: ١٢.

ومقتضى الإطلاق هو الصحة عند من قال بها مطلقاً، سواء انكشف الرشد حال العقد، أو علم العدم، أو جهل الحال، أو وقع في مقام التمرين لاكتساب الملكة، وسواء أطلق الإذن، أو عيّن جهته في الجملة. أما التعيين من جميع الوجوه فقد يخلّ بالاختبار، وربما يفيد التمرين. وقد علم حجج القولين وتحقيق الحقّ منهما ممّا سبق، فلا حاجة إلى الإعادة.

الموضع الرابع: بيع المميّز، وشراؤه وكالة

والخلاف فيه مبنيّ على جواز توكيله وعدمه، والظاهر من أصحابنا اتّفاقهم على المنع^(١)، وعدم خلاف في ذلك يُعتدّ به. وهو المنقول عن الشافعية^(٢).

ونقل في الخلاف عن أبي حنيفة: وفي التذكرة عنه وعن أحمد جواز توكيله وإن لم يأذن الولي^(٣).

وقال المقدّس الأردبيلي: لعلّ المنع إجماعيّ عند الأصحاب، وإلاّ فدلّيله غير ظاهر.

وقال قبل ذلك: وما نجد^(٤) مانعاً مع التمييز والمعرفة التامة بأن يوقع عقداً بحضور الموكل، وأن يكون وكيلاً في إيصال الحقوق إلى أهلها.

(١) تذكرة الفقهاء ١٥: ٣٠ - ٣١، إيضاح الفوائد ٢: ٣٣٤، جامع المقاصد ٨: ١٩٥.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٥: ٣٠، التهذيب في فقه الشافعي ٤: ٢١١.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٥: ٣١.

(٤) في المصدر زيادة: منه.

وقد جَوَز الاعتماد على عبارته في الإذن في دخول دار الغير، وإيصال الهدية، وإن لم يكن خبره محفوفاً بالقرائن، فيجوز الاعتماد عليها في مثل ما ذكرناه بالطريق الأولى^(١)، هذا محصل كلامه.

ولا يخفى أن القول بالصحة هنا أوفق من القول بها فيما سبق؛ لارتفاع الحَجَر المانع من استقلاله في التصرف، ومن إذن الولي في ذلك.

ويمكن الاستناد له بما رواه الكليني - مسنداً - عن إبراهيم بن أبي يحيى، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة، وزوجها إياه عمر بن أبي سلمة، وهو صبي لم يبلغ الحلم»^(٢).

فإذا جاز وكالته في النكاح، فكذلك غيره بالطريق الأولى؛ ولعدم القائل بالفرق.

وهو لضعف سنده واحتمال عدم مباشرته لنفس العقد، وإمكان النسخ لا يصلح للاعتماد، والاعتماد على قول الصبي في غير العقود والإيقاعات لا يقتضي صحة صدورهما منه.

ويكفي في الفساد عدم الدليل على الصحة، والأدلة السابقة، والحكمة المقررة، والمخالفة لمن دَيَدَنه القياس في الشريعة، والإعراض عن الأدلة المعتمدة، ومخالفة العترة صلوات الله عليهم.

واعلم: أن الظاهر مساواة المأذون للوكيل في الحكم، بخلاف الولي،

(١) مجمع الفائدة ٩: ٥٠٥ - ٥٠٦.

(٢) الكافي ٥: ٣٩١ / ٧، الوسائل ٢٠: ٢٩٥، أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ب ١٦ ح ١.

ولا يختلف الحال عندنا في الجميع.

الموضع الخامس: بيعه وشراؤه فيما جرت العادة منه به للشيء اليسير على وجه الاستقلال.

وظاهر الأصحاب: عدم الفرق بينه وبين الخطير، ويشهد به أيضاً ما سبق عنهم في الاختبار.

مع أن الغالب وقوعه في أول الأمر في الشيء اليسير، فإذا لم يصح العقد منه في ذلك مع إذن الولي ووقوعه في محل الحاجة فبدون الإذن أولى بالمنع. وقال العلامة في التذكرة: الصغير محجور عليه بالنص، والإجماع، سواء كان مميزاً أو لا، في جميع التصرفات (بالنص، والإجماع)^(١)، إلا ما استثنى، كعبادته، وإسلامه، وإحرامه، وتديره، ووصيته، وإيصاله الهدية، وإذنه في دخول الدار، على خلاف في ذلك^(٢).

وظاهره إرادة إجماع المسلمين على التحجر في غير ما ذكر، وأن الأمر فيها بيد الولي، فيندرج فيه ما نحن فيه.

ونقل فيها - في موضع آخر: أن أبا الدرداء اشترى عصفوراً من صبي وأرسله، قال: وفعله ليس بحجة، وجاز أن يكون عرف^(٣) أنه ليس ملكاً للصبي، فاستنقذه^(٤).

(١) ما بين القوسين لم يرد في المصدر.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٤: ١٨٥.

(٣) في المصدر: قد عرف.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٤٣.

قلت: إرساله منافٍ لذلك، إلا أن يكون مأذوناً فيه.

والأولى أن يجاب بما ذكره أولاً، وبعد ثبوت النقل، واحتمال الاستئذان من الولي، وتسليم الثمن إليه، وإرادة الصبي في العرف وإن كان بالغاً في الشرع، ولا عموم في حكاية القضية.

وقال صاحب المفاتيح: أظهر جواز بيعه وشرائه فيما جرت العادة به منه في الشيء الدون؛ دفعاً للخرج في بعض الأحيان^(١).

قلت: ويمكن أن يُستأنس لذلك - مضافاً إلى السيرة المستمرة، وقضاء الحاجة، والضرورة في كل من المعاملة، ودفع العوض، وأخذه منه - بما رواه الشيخ - في الموثق كالصحيح - عن عبيد بن زرارة، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة الصبي والمملوك؟ فقال: «على قدرها يوم أشهد، تجوز في الأمر الدون، ولا تجوز في الأمر الكبير»^(٢).

وتقرب منه موثقة ابن أبي يعفور، عنه عليه السلام في شهادة المملوك^(٣).

فإذا شُرِعَ الفرق في الشهادة، فلا يبعد في المعاملة التي قضت بصحتها الضرورة.

وهذا القول لا يخلو من قوة، إلا أن الأصحاب تركوا العمل بالخبرين فيما أعلم، وإنهما يُستأنس لما نحن فيه بحكم الإقرار، فإن من ملك شيئاً، ملك الإقرار فيه، وهو لا يُقبل من الصبي في الشيء اليسير، ومن هذا

(١) مفاتيح الشرائع ٣: ٤٦.

(٢) تهذيب الأحكام ٦: ٢٨٥ / ١٤٢، الوسائل ٢٧: ٣٤٤، كتاب الشهادات، ب ٢٢ ح ٥.

(٣) تهذيب الأحكام ٦: ٢٨٣ / ١٣٢، الوسائل ٢٧: ٣٤٧، كتاب الشهادات، ب ٢٣ ح ٨.

وغيره يُعرف عدم قبول الشهادة فيه أيضاً.

وأما السيرة والضرورة فالتمسك بهما في مقابل إطلاق الآية والرواية، وفتوى الإمامية، وغيرهم من العامة خروج عن جادة الصواب، وعدول عن طريق الاحتياط المطلوب في كل باب، ويمكن التخلص من المشقة والخرج بما يأتي عن قريب.

الموضع السادس: بيعه وشرائه فيما كان فيه بمنزلة الآلة لمن له الأهلية. وظاهر الأصحاب^(١) بطلانه أيضاً في هذه الصورة، حتى أنهم لم يجوزوا له في مقام الاختبار إلا السوم، والمماكسة^(٢)، ولم يجوزوا إجراء الصيغة.

واختار صاحب المفاتيح الجواز^(٣)، كما في المسألة السابقة، وتبعه بعض مشايخنا المعاصرين - أطال الله بقاءه وتأيده - مستدلاً بتداوله في الأمصار والأعصار السابقة واللاحقة من غير نكير، بحيث يُعدّ مثله إجماعاً من المسلمين كافة، قال: لكن ينبغي تخصيصه بما هو المعتاد في أمثال هذه الأزمنة، فإنه الذي يمكن فيه دعوى إجماع^(٤) الأمة^(٥).

قلت: المتداول فيما بينهم ذلك في المعاطاة خاصة دون الصيغة، وفي الأشياء اليسيرة دون الخطيرة، وفي صورة تعيين الكيفية، وقد يتفق في غير ذلك، إلا أن الغالب الذي يمكن فيه استنباط الإجماع ما ذكر، فيقتصر

(١) تذكرة الفقهاء ١٤: ٢٢٥ و ٢٤٢، مسالك الافهام ٣: ١٥٥، الحدائق الناضرة ١٨: ٣٦٧.

(٢) لم ترد في «ف».

(٣) مفاتيح الشرائع ٣: ٤٦.

(٤) في المصدر: اتفاق.

(٥) رياض المسائل ٨: ٢١٧-٢١٨.

عليه، ولما كان بناء المعاطاة على حصول المراضاة كيف اتفقت، وكانت مفيدة لإباحة التصرف خاصةً، كما هو المشهور، وجرت عادة الناس بالتسامح في الأشياء اليسيرة، والرضا باعتماد غيرهم في التصرف فيها على الأمارات المورثة للظن بالرضا في المعاوضات وغيرها، وكان الغالب في الأشياء التي يعتمد فيها على قول الصبي تعيين القيمة، أو الاختلاف اليسير الذي يتسامح فيه في العادة، فلأجل ذلك صحّ القول بالاعتماد على ما يصدر من الصبي من صورة البيع والشراء مع الشروط المذكورة، كما يعتمد عليه في الإذن في دخول الدار، وإيصال الهدية إذا ظهرت أمارات الصدق.

بل ما ذكرناه أولى بالجواز من التصرف في الهدية من وجوه عديدة.

وقد استند فيه في التذكرة إلى تسامح السلف^(١).

وبالجملة: فالاعتماد في الحقيقة على الإذن المستفاد من حال المالك في الأخذ والإعطاء، مع البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التصرف، لا على قول الصبي، أو معاملته، من حيث إنه كذلك.

وكثيراً ما يعتمد الناس على الإذن المستفاد من غير وجود ذي يد أصلاً إذا شهدت الحال بذلك، كما في دخول الحمام، ووضع الأجرة، وعوض الماء التالف في الصندوق، كما في أخذ الخُضر الموضوعة للبيع، وشرب ماء السقّاتين، ووضع القيمة المتعارفة في الموضع المعدّ لها، وغير ذلك من الأمور التي جرت العادة بها، ولم يرد منع منها بالكلية، كما أنه يعتمد على

مثل ذلك في غير المعاوضات من أنواع التصرفات.

فالتحقيق: إنّ ذلك ليس مستثنى من إطلاق كلام الأصحاب، ولا منافياً له، ولا يعتمد على ذلك أيضاً في مقام الدعوى، ولا فيما إذا طالب المالك بحقه وأظهر عدم الرضا.

وبناءً على ذلك، فإذا عرف بالقرائن تصرفه بالزيادة والنقصان، وعدم الجريان على العادة المعروفة، ففي جواز الأخذ منه بالنقص، أو الإعطاء بالزائد إشكال، وللتفصيل بين المقدار الذي يتسامح فيه وما لا يتسامح فيه وجه.

والأحوط رعاية الاحتياط في جميع ذلك؛ تحصيلاً لظن الإذن، بل أقوى مراتبه مع الإمكان، كما هو مقتضى الأصل.

وهل يختص ذلك بما إذا وقع في مال الصبي وحقه، أو يعم مال غيره وحقه أيضاً؟ الأحوط الأوّل، والأقوى هو الثاني إن شهدت الحال بصدوره عن إذن الولي.

وإن شهدت الحال بالمخالفة، ولم يكن له ولي خاص، ولا تولّى أمره الولي العام - وهو الحاكم، أو العدل مع فقده - فالأشبه: المنع.

ولو دعت الضرورة أو المصلحة للصبي إلى المعاملة معه، فالأشبه الجواز، ولا يتعدى قدر الضرورة والمصلحة، ويتولّى هو أمر تعيين القيمة، أو الأجرة بما تقتضيه العادة والمصلحة.

ولو جهلت حقيقة الحال فالجواز قوي، وإلا لزم انسداد ما جرت

العادة به في مال الغير أيضاً غالباً، فإن اليد تقضي بالملك، وإقراره بأنه للغير غير مسموع، فلو لم يبين على أصالة صحة التصرف مع الشرائط المذكورة وأصالة الصدق، لزم المحذور المذكور.

ويمكن أن يستند أو يستأنس لبعض ما ذكر من الأحكام بما رواه الكليني والشيخ - مسنداً - عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «ونهى رسول الله ﷺ عن كسب الغلام الصغير، الذي لا يحسن صناعةً بيده، فإنه إن لم يجد سرق»^(١).

وما رواه الشيخ والكليني - في الصحيح - عن عبد الله بن يحيى الكاهلي - وهو ممدوح^(٢) - قال: قيل لأبي عبد الله عليه السلام: إنا ندخل على أخ لنا في بيت أيتام ومعه خادم لهم، فنقعد على بساطهم، ونشرب من مائهم، ونخدمنا خادمهم، وربما 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 ضرر فلا وقال عليه السلام: ﴿بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ﴾»^(٣) فأنتم لا يخفى عليكم، وقد قال الله تبارك وتعالى: ﴿وَلَمَّا تَخَالَطَوْهُمُ فَاخْرُؤْكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾»^(٤).

(١) الكافي ٥: ١٢٨/٨، تهذيب الأحكام ٦: ٤٢١/١٧٨، الوسائل ١٧: ١٦٣، أبواب ما يكتسب به، ب ٢٣ ح ١.

(٢) انظر نقد الرجال ٣: ١٥٣/٣٢٤١.

(٣) سورة القيامة ٧٥: ١٤.

(٤) سورة البقرة ٢: ٢٢٠.

(٥) تهذيب الأحكام ٦: ٣٩٠/٦٨، الكافي ٥: ١٢٩/٤، الوسائل ١٧: ٢٤٨-٢٤٩، أبواب ما يكتسب به، ب ٧١ ح ١.

وما رواه الكليني بإسناده عن عليّ بن المغيرة، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن لي ابنة أخ يتيمة، فربّما أهدى لها شيء فأكل منها^(١)، ثم أطعمها بعد ذلك الشيء من مالي، فأقول: يا ربّ هذا بذا؟ فقال عليه السلام: «لا بأس»^(٢). وما رواه العياشي - في تفسيره - عن عبد الرحمن بن الحجاج، عن أبي الحسن موسى عليه السلام، قال: قلت له: يكون [لليتيم]^(٣) عندي الشيء، وهو في حجري أنفق عليه منه، وربما أصبت^(٤) ممّا^(٥) يكون له من الطعام، وما يكون منّي إليه أكثر؟ قال: «لا بأس»^(٦).

وغير ذلك ممّا يقف عليه المتبع، فليتدبّر فيها.

واعلم: أنّه حيث يصحّ بيع الصبي وشراؤه مع إذن الوليّ، فإذا وقع بدونّه توقّف على إجازة الوليّ، أو إجازته بعد البلوغ، على ما هو المختار من صحّة الفضولي، وحيث لم يصحّ مع الإذن بطل من أصله، وهو ظاهر.

الثاني من الشروط: العقل

ويدلّ على اشتراطه: العقل، والنقل، والإجماع، فلا ينعقد بيع المجنون وشراؤه، وإن أذن له الوليّ؛ لسلب أهليته عن ذلك، كما دلّ عليه الحديث النبوي^(٧)، وسائر ما ذكر في الصبي، فإنّ المجنون أولى بالمنع منه؛ لانتفاء

(١) في المصدر: منه.

(٢) الكافي ٥/١٢٩: ٥، الوسائل ١٧: ٢٤٩، أبواب ما يكتسب به، ب ٧١ ح ٢.

(٣) ما بين المعقوفتين أضفناه من المصدر.

(٤) في المصدر: أصيب.

(٥) في «ك، م»: ما.

(٦) تفسير العياشي ١: ٢٢١-٢٢٢/٤٢٩.

(٧) دعائم الإسلام ١: ٢٤٧، الوسائل ٢٨: ٢٣، كتاب الحدود والتعزيرات، ب ٩ ح ٢.

الشعور والقصد، بل لم يعتبر البلوغ إلّا لكمال العقل.

وما رواه الشيخ - في الصحيح - عن (عبيد الله الحلبي)^(١)، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: وسألته عن طلاق المعتوه؟ قال: «وما هو؟» قلت: الأحمق الذاهب العقل، قال: «لا يجوز»، قلت: فالمرأة كذلك يجوز بيعها وشراؤها؟ قال: «لا»^(٢).

ويقرب منه ما رواه المشايخ بأسانيدهم عن الحلبي، عنه عليه السلام^(٣). ولا فرق بين المجنون المطبق ومن يعتوره أذواراً، فإنّ عقده باطل إذا صادف الجنون، ولو وقع حال الإفاقة صحّ إجماعاً.

قال العلامة في التذكرة: ولو ادّعى الجنون حالة العقد قدّم قوله، ولو لم يعرف له حالة جنون، قدّم قول مدّعي الصحة، ويقدّم قول الصبي لو ادّعى إيقاعه حالة الصبا^(٤). انتهى.

ومنشأ الأول: هو الشكّ في الشرط، المقتضي للشكّ في صحّة العقد، مع كونه أبصر بحاله من غيره، فيحكم ببقاء الملكية السابقة؛ حيث لم يعلم زوالها.

ومنشأ الثاني: استصحاب حكم العقل، وأصالة صحّة العقد، حيث لم يعلم بالمفسد أصلاً، مع ظهور عدمه.

(١) بدل ما بين القوسين في المصدر: عن عبد الله، عن الحلبي.

(٢) تهذيب الأحكام ٨: ١٤٠ / ٢٤١، الوسائل ٢٢: ٨٢، كتاب الطلاق، ب ٣٤ ح ٥.

(٣) الكافي ٦: ١٢٥ / ٤، من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٢٦ / ١٥٧٦، تهذيب الأحكام ٨: ١٤١ / ٢٤٧، الوسائل ٢٢: ٨٢، كتاب الطلاق، ب ٣٤ ح ٤.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٣: ١٠.

وجه الثالث: هو الأول مع استصحاب الصبا، ولو ادعى هو البلوغ أو الإفاقة، احتمل تقديم قوله مطلقاً.

وتمام تحقيق المسألة في أحكام الاختلاف.

ويلحق بالمجنون كلّ مسلوب العقل بالفعل، لسكر، أو إغماء، أو شرب مُرَقِد، أو كِبَر، أو دهشة؛ لتساوي الجميع في انتفاء العقل والقصد، على خلاف مقتضى الطبيعة وإن اختلفت من بعض الوجوه الأخر.

ثالثها: القصد

وهو شرط بالإجماع، كما هو الظاهر المستفيض النقل في البيع وسائر العقود والإيقاعات، وقد حكى هنا في التذكرة^(١).

ويدلّ عليه جملة مما سبق من الأدلة، وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٢)، والنبويّ الوارد في النائم^(٣)، ويأتي في المكره. وما روي في سائر العقود والإيقاعات، وقوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه»^(٤)، و«إنما لكل امرئ ما نوى»^(٥).

(١) تذكرة الفقهاء ١٣: ١٠.

(٢) سورة النساء ٤: ٢٩.

(٣) الوسائل ١: ٤٥، أبواب مقدّمة العبادات، ب ٤ ح ١١، مسند أحمد ١: ١٨٧/٩٤٣، المستدرک على الصحيحين ١: ٥٣٩/٩٨٨.

(٤) الكافي ٢: ٤٦٣/٢، التوحيد للصدوق ٣٥٣/٢٤، الخصال ٤١٧، الوسائل ١٥: ٣٧٠، أبواب جهاد النفس، ب ٥٦ ح ٣.

(٥) أمالي الطوسي ٦١٨/١٢٧٤، تهذيب الأحكام ١: ٨٦/٢١٨، الوسائل ١: ٤٨، أبواب مقدّمة العبادات، ب ٥ ح ٧.

وما اشتهر بينهم من أن: العقود تتبع القصد^(١)، وأن العقد الغير المقصود ليس عقداً في الحقيقة، فإن تأثير الصيغة ليس تعبداً محضاً، كما قد يكون في أذكار الصلاة ونحوها، بل بالمعنى المقصود منه، وبضميمة ذلك يسمى عقداً وإيجاباً وقبولاً.

فالقصد في الحقيقة من الأمور المعتبرة في نفس الصيغة، وإننا ذكرناه في شرائط المتعاقدين تبعاً للأصحاب، ولما بينه وبين شرائطها من كمال المناسبة والارتباط معنىً ودليلاً، فلا ينعقد بيع من لا قصد له أصلاً كالنائم، ولا بيع الساهي، والغافل، والغالط، والجاهل بالمعنى، والناقل للفظ، وقاصد الإخبار أو الاستفهام، والهازل اللاعب بالكلام - وإن وجه الخطاب إلى مَنْ أنشأ القبول مع^(٢) القصد - والمتواطئ على إيجاد الصورة لبعض الأغراض، أو على إرادة معنى بصيغة البيع غير الموضوع له، سواء كان مناسباً له أو لا، وقاصد ذلك المعنى لها مطلقاً وإن كان اللفظ صريحاً في معناه، ولم يواطئ على خلافه، والمخاطب من قبل غيره، وإن كان حاضراً عند الخطاب، أو وكيلاً عن المخاطب، أو ولياً عليه، وقد قال الله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾^(٣).

ويندرج في الثلاثة الأول مَنْ سبق لسانه إلى اللفظ من غير شعور به أو

(١) مسالك الافهام ٣: ٣٠٨-٣٠٩، مفتاح الكرامة ٢١: ٢٢٥، شرح خيارات اللمعة: ٢٣٧.

(٢) لم ترد في «ف، ك».

(٣) سورة المائدة ٥: ٨٩.

بمعناه، مع كونه عالماً به، ومَنْ باع عبده المعين الموصوف مثلاً زاعماً أن لا عبد له، فبان ملكه لعبد بالوصف أو بدونه، ومَنْ سبق لسانه إلى قول: بعث، وهو يريد أن يقول: وهبت، أو إلى: بعث الباب، وهو يريد بيع الكتاب، أو إلى: بعث - بضمّ التاء - وهو يريد التلقّظ بفتحها، أو نحو ذلك.

واعلم: أنّ الاعتبار في صحّة مباشرة العقد قصد اللفظ مع الشعور بالمعنى ممّن له صلاحية ذلك، بشرط أن لا يقصد غيره، مالكاً كان أو وكيلاً أو فضوليّاً، ولا يعتبر أكثر من ذلك؛ لعدم الدليل عليه، بل وجود الدليل على عدمه، وهو ما دلّ على صحّة عقد الفضولي والمكره بالإكراه الشرعيّ، وغير ذلك.

وعلى هذا، فلا يعتبر قصد الأحكام والآثار المترتبة عليه من لزوم اللازم، وجواز الجائز، وحصول الأثر بعد العقد بلا فصل، أو تأخره عن القبض، وغير ذلك، فإنّها أحكام وآثار تتبع العقد الصحيح قهراً، سواء قصدها، أو قصد خلافها، أو لم يقصدها أصلاً.

ولا يعتبر أيضاً علمه بصحّة العقد، ولا يخلّ زعمه فساد ما لم يتسبّب لارتفاع قصده من الأصل، وإلحاقه باللعب والهزل، كما في بعض الصور المتقدمة.

بل متى تحقّق هذا العقد كان صحيحاً وإن زعم الفساد، ولم يكن ممن يدين بالشرع، وينقاد للأحكام المتعلقة بالعقد إجمالاً أو تفصيلاً.

نعم، قد يختلف بعض الأحكام باختلاف المعتقد، وهو من الأحكام الثانوية المقصورة على مواردّها، كما بُيِّنَت مفصّلةً في مظانّها، فلتطلب منها.

ولا يعتبر أيضاً كون إمضاء أثر العقد مقدوراً له.

وربّما يتوهم اعتبار ذلك؛ نظراً إلى أنّ القصد لا يتعلّق بغير المقدور، ولو تعلّق به كان صورة قصد، لا قصداً على وجه الحقيقة.

فالقائل: بعت، لا بدّ من كونه أهلاً للنقل، وإمضاء أثره، وإلا كان لغواً وهزلاً، ويترتب على ذلك بطلان عقد الفضولي؛ لأنّه يمتنع منه هذا القصد، وقد يحصل منه الشوق والميل والمحبة لذلك، وليس مثل ذلك مقصوداً من القصد المعتبر.

وفيه: أنّه لو اعتبر القصد بهذا المعنى لبطل جميع العقود؛ للتفكيك، ولاستحالة قصد ذلك من الموجب، مع علمه بتوقّفه على القبول، فإنّ النقل الحقيقي هو: إخراج شيء من ملك مالك وإدخاله في ملك آخر، ويعتبر كونه بعوض كذلك في المعاوضات خاصّة، وليس هذا أمراً قابلاً للتبعض والزيادة والنقص.

وكذلك يستحيل صدوره من الصيرفي، والمسلم إليه مع علمه بتوقّف ذلك على تقابض أو إقباض من غيره قبل التفرّق، وكذا الكلام في نظائر ذلك.

فالمعتبر إذن هو: القصد الناقص الصوري الذي ذكرناه، وهو مشترك

الحصول في الجميع.

فإن قلت: اختصاص المالك ومن في حكمه بقصد العقد يمتنع صدوره من الفضولي أمر وجداني لا يسع أحداً إنكاره، فليكن ذلك مناط صحة العقد.

قلنا: اشتراط مقارنة هذا المعنى للعقد ممنوع، ويكفي صدوره بعد ذلك من المالك، ولا دليل على أكثر من ذلك.

وقد يتخلص من المحذور المذكور بالفرق بين من يثق الفضولي برضاه ومن لا يثق به، فيصح عقده عن^(١) الأول دون الثاني، فالقصد حينئذ أمر ممكن عادة؛ لتوقفه على أمر موثوق بحصوله وإن لم يكن مقدوراً.

وهو مردود بإجماعهم على عدم الفرق بين الصورتين، كما يظهر لمن تتبع كلماتهم في بيع الغاصب، والمكره، وغير ذلك، وبلزوم مثل ذلك في عقد المالك مع غيره، فيفرق بين ما إذا وثق بقبوله وإقباضه وقبضه حيث يتوقف عليه، وما إذا لم يثق به، وفساده ظاهر.

[اعتبار تعيين المالكين في النقل والانتقال]

وهل يعتبر تعيين المالكين - اللذين يتحقق النقل والانتقال بالنسبة إليهما - أم لا ؟ فيه أوجه وأقوال.

والمسألة في غاية الإشكال، وقد اضطربت فيها كلمات الأصحاب (قدس الله أرواحهم) في تضاعيف أبواب الفقه.

وتحقيق المسألة: أنه إن توقّف تعيين المالك على التعيين حال العقد؛ لتعدّد وجه وقوعه الممكن شرعاً، اعتبر تعيينه في النية، أو مع التلفّظ به أيضاً وذلك كبيع الوكيل والوليّ العاقد عن اثنين في بيع واحد، والوكيل عنهما، والوليّ عليهما في البيوع المتعدّدة، فيجب أن يعيّن مَنْ يقع له البيع، أو الشراء من نفسه ومن غيره، وأن يميّز البائع من المشتري إذا أمكن الوصفان في كلّ منهما، فإذا عيّن جهةً خاصّةً تعيّنّت، ولم يصحّ تغييرها.

وإن أطلق، فإن كان هناك جهة معيّنة يصرف إليها الإطلاق، كان كالتعين، كما لو دار الأمر بين نفسه وبين غيره ولم يقصد الإبهام والتعيين بعد العقد، وإلاّ وقع لاغياً، وهذا جارٍ في سائر العقود من النكاح وغيره.

والدليل على اشتراط التعيين ولزوم متابعتة فيما ذكر: أنّه لولا ذلك لزم بقاء الملك المملوك بلا مالك معيّن في نفس الأمر، وأن لا يحصل الجزم بشيءٍ من العقود التي لم يتعيّن فيها العوضان، ولا بالأحكام والآثار المترتبة على ذلك، وفساد ذلك ظاهر.

ولا دليل على تأثير التعيين المتعقّب، ولا على صحّة العقد المبهم؛ لانصراف الأدلّة إلى ما هو الشائع المعروف من الشريعة والعادة، فوجب الحكم بعدمه.

وعلى هذا، فلو شرى الفضولي لغيره في الذمّة، فإن عيّن ذلك الغير تعيّن، ووقف على إجازته سواء وقع التعيين في اللفظ والنية، أو في النية خاصّةً وإن أبهم وقد صرح بكونه لغيره بطل، ولا يقف إلى أن يوجد له مجيز، فيقع عنه.

وإن فسخ المعين انفسخ العقد، وإن أجاز لزم وانتقل إليه، وتوقف الانتقال إلى غيره على عقد آخر.

وإن تردّد لم يجزئ إجازة الغير، ولا أثر له.

ولو شرى الوصي مبهماً عازماً على أن يجعله للصغير إن رأى في ذلك المصلحة، وإلا وقع عن نفسه كان باطلاً.

وهذا كله بالنظر إلى الأحكام الواقعية، وقد يتخلف في الظاهر؛ للجهل بحقيقة الحال، وبحقيقة الأمر وإلا أعلم بها ليقع العقد على ذلك - وجهان^(١)، أصحهما: عدم؛ عملاً بظاهر النصوص والفتاوى الآتية، والطريقة المستمرة بين المسلمين، بحيث لا يعترها شبهة المنع، مع عدم ورود نص عليه.

نعم، يستثنى من ذلك صورتان:

الأولى: أن يصرّح بقصده تمليك العاقد خاصّةً بشيء في ذمته، وعدم رضاه بتمليك غيره، مع أنّ الغرض قصد العاقد المعاملة لغيره، فالأحوط المنع؛ عملاً بمقتضى القاعدة، وعدم ظهور دخول هذه الصورة في الأدلة المذكورة.

الثانية: عقد النكاح فإنّه يشترط فيه تعيين الزوجين، ومعرفة كلّ من المتعاقدين بذلك؛ لأنّهما كالعوضين في سائر العقود، وتختلف الأغراض باختلافهما، فلا بدّ من التعيين، وتوارد الإيجاب والقبول على أمر واحد؛

(١) كذا قوله: «وإلا..... وجهان» في النسخ، وهو كما ترى.

ولأنَّ معنى قوله: بعثك كذا بكذا، رضاه بكونه مشترياً للمال المبيع، والمشتري يطلق على المالك ووكيله، ومعنى قولها: زوّجتك نفسي بكذا، رضاها بكونه زوجاً لها، والزوج لا يطلق على وكيله، وهو ظاهر.

ومنه ينكشف الوجه في الصُّور كلّها.

نعم، لو لم يعبّ في النكاح مَنْ في ذمّته المهر، ولم يتوارد القصدان على شيء واحد، فالوجه: صحّة العقد والمهر؛ وذلك كما لو عقد الأب لابنه الصغير قاصداً كون المهر من ماله، أو مال الابن لإيساره، وقصد المرأة على خلاف ذلك، أو خلت عن قصد، فالوجه: الصحّة ما لم يصرّح بالمخالفة، كما سبق.

وجميع ما ذكر فيما إذا توقّف تعيّن المالك على التعيين.

وأما إذا لم يتوقّف عليه بأن يكون العوضان معيّنين، ولا يقع العقد فيهما على وجه صحيح إلّا لمالكيهما ففي وجوب التعيين، أو الإطلاق المنصرف إليه، أو عدمه مطلقاً، أو التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل، وعدمه فيصحّ أوجه، أحوطها: الأخير، وأوسطها: الأوسط، وأشبهها بالقاعدة: الأوّل.

وفي حكم المعيّن ما إذا عبّ الكلّي بكونه في ذمّة زيد - مثلاً - وعلى الأوسط لو باع مال نفسه عن الغير، لزم عنه، ولغا قصد كونه عن الغير، وكذلك تسميته.

ولو باع مال زيد عن عمرو، وقع عن زيد، فإن كان وكيلاً عنه صحّ

ولزم، وإن كان فضولياً وقف على إجازته.

ولو اشترى لنفسه بهالٍ في ذمة زيد، فإن لم يكن وكيلاً عن زيد، وقع عنه، وتعلق المال بذمته لا عن زيد؛ ليقف على إجازته، وإن كان وكيلاً، فالمقتضي لكل من القصدين منفرداً بوجود، والجمع بينهما يقتضي إلغاء أحدهما.

ولما لم يتعين احتمال البطلان؛ للتدافع، وصحّته عن نفسه؛ لعدم تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء، وترجيح جانب الأصالة، وعن الموكل لتعيين العوض بكونه في ذمته، فيقع قصد كون الشراء لنفسه لغواً كما في المعين.

ولو اشترى عن زيد بشيء في ذمته فضولاً، فلم يجوز وأجاز عمرو، لم يصحّ عن أحدهما، ويبنى على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب.

ولا فرق على الأوسط في الأحكام المذكورة بين النية المخالفة والتسمية المخالفة، ويفرق بينهما على الأخير، ويبطل الجميع على الأول.

وهل التعيين - حيث اعتُبر أو اعتُبر عدم التصريح بخلافه - شرط علمي، أو وجودي؟ وجهان، ويترتب عليهما مسائل:

منها: ما لو باع مالاً عن مورثه بظن الحياة، فبان ميتاً وأنّ المال له.

والوجه: الصحة، وعدم توقّفه على إجازته.

نعم، الأقرب أنّ له الخيار.

ولو باع ذلك المال عن نفسه، فبان أنّه ماله، صحّ، ولزم من حينه، ويأتي تمام المسألة في بيع الفضولي إن شاء الله سبحانه وتعالى.

[شروط أخر لصحة العقد]

واعلم: أن للمباشرة شروطاً أخر غير ما ذكرناه، اعتبرها بعضهم وأنكرها آخرون، وهي أيضاً أمور:

[الشرط الأول: الاختيار]

واشتراطه محل إشكال، وكلام الأصحاب لا يخلو فيه عن اضطراب وإجمال، فإنهم جعلوا الاختيار شرطاً في المتعاقدين^(١)، كسائر الشروط المتقدمة، ونقلوا الإجماع على بطلان جميع التصرفات القولية المكره عليها^(٢)، عقداً كان أو إيقاعاً.

وحكم كثير منهم هنا بالفرق بينها وبينه إذا حصل الرضا بعد زوال العذر، فقالوا بصحة عقد المكره حينئذٍ، وبطلان عقد غيره من الصبي وشبهه^(٣).

والمشهور بينهم: أن الملك شرط للزوم، وأن بيع الفضولي يصح، ويقف لزومه على إجازة المالك ومن في حكمه، فإن حصلت وإلا بطل العقد.

فيتوجه الإيراد عليهم من وجهين:

أحدهما: أن شرط الاختيار والملك من باب واحد، فينبغي أن يُحكم

(١) تذكرو الفقهاء ١٠: ١٣، اللعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأول) ١٣: ١٣٥.

(٢) تذكرو الفقهاء ١٠: ١٣، رياض المسائل ٨: ٢١٦.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ٣٥٣، تذكرو الفقهاء ١٠: ١٣ - ١٤، مفاتيح الشرائع ٣: ٤٧، الحقائق

بصحّة عقد المكره والفضولي معاً من أول الأمر، إلّا أنّه يقف اللزوم منهما على الاجازة المتعقّبة.

فعلى هذا، لا يكون شيءٌ منهما شرط المباشرة، بل كلاهما شرط ترتّب الأثر، أو العلم بترتّبه على الخلاف في أنّ الاجازة ناقلة أو كاشفة.

وأما مَنْ قال بعدم تأثير الاجازة فيهما أصلاً^(١)، فكلاهما عنده شرط الصحّة، كالشروط السابقة.

ومَنْ قال بتأثيرها في أحدهما دون الآخر^(٢)، يختلف الشرط عنده على حسب اختلاف تأثيرهما عنده، فالإشكال متوجّه على المشهور.

ثانيهما: أنّ إكراه العاقد قد يكون إكراهاً على نفس إجراء الصيغة، والإكراه حينئذٍ قد يكون من المالك، فعقد المكره على هذا الوجه لا معنى لتوقّفه على الاجازة، بل هو إمّا صحيح حين وقوعه من غير توقّف على إجازة المكره، ولازم أيضاً إذا كان الإكراه من المالك، أو باطل لا يصحّ بالإجازة، فإطلاقهم القول باشتراط الاختيار، واشتراط إجازة المكره معاً منظر فيه.

وغاية ما يتخيّل في توجيه الأوّل، هو: أنّ الاجازة في المكره ناقلة عندهم^(٣)، وفي الفضولي كاشفة، ولما أرادوا بالصحّة ترتّب الأثر ولا أثر لعقد المكره قبل الاجازة حكم ببطلانه، بخلاف عقد الفضولي؛ فإنّ الأثر

(١) الروضة البهيّة ٣: ٢٢٧، حاشية مجمع الفائدة والبرهان: ٩٢، رياض المسائل ٨: ٢١٨.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠: ١٣-١٤.

(٣) مدارك الأحكام ٥: ٢٠، ذخيرة المعاد: ٤٢٢، ملاذ الأخيار ٦: ٧٢.

حاصل واقعاً وإن لم يعلم إلا بالإجازة.

أو يقال: إن الإجازة لما كانت قابلةً لجعلها شرط الصحة؛ لتوقف إجراء الأحكام والآثار عليها، وشرط اللزوم؛ لأنه ينكشف بها ترتب الأثر واقعاً قبلها، والمشروط لا يتقدم على شرطه، فأرادوا الإشارة إلى الوجهين بجعل الاختيار شرط الصحة، والمملك شرط اللزوم، ولم يعكسوا؛ رعاية لما هو أولى وأنسب، فإن عقد المكره لما علم فيه عدم الرضا حال العقد، وكانت إجازته بعيدة الوقوع، ناسب جعل الاختيار شرط الصحة، وعقد الفضولي لما لم يكن بهذه المثابة، وقد يحتمل قريباً رضاؤه بالعقد لو علم به، ناسب جعل المملك شرط اللزوم.

وعلى هذا فالإجازة كاشفة في المقامين.

ويوجه الثاني بأنهم قصدوا هنا بيان حكم المكره المالك ومن في حكمه ممن يعتبر إجازته، وأما المكره على العقد فيناسب بيانه في أحكام الوكالة إن كان المالك هو الذي أكرهه على ذلك؛ لكون ذلك توكيلاً قهرياً من طرف الوكيل، ويندرج في الفضولي إن كان المكره غير المالك، وإن كان فيه إشكال آخر من جهة الإكراه، فيُعرف حكمه من حكم الفضولي والمكره.

والتوجيهات كلها غير خالية عن المناقشة، وحيث أفردنا شروط المباشرة عن شروط التصرف، فالكلام هنا عما يتعلق بالأول.

[بيان حد الإكراه]:

وينبغي أولاً: بيان حد الإكراه، وبعض ما يتعلق بذلك من الأحكام.

وقد جرت عادة الفقهاء بالبحث عنه في كتاب الطلاق، وكان المناسب تقديم ذكره هنا؛ ليني^(١) عليه سائر العقود والإيقاعات، مع أنه كثيراً ما تتفق الحاجة إلى معرفته في البيع، ويختص بأحكام لم تُذكر هناك؛ فلذلك قدّمناه هنا.

فاعلم: أن الإكراه عبارة عن حمل القادر غيره على فعل، وتوعّده - قولاً أو فعلاً - بما يكون مضرّاً بالمحمول، أو من يجري مجراه ظمناً، مع رجحان إيقاعه به لو لم يفعل مطلوبه، وعجزه عن دفعه.

فإن كان الإكراه بتوعّده بالقتل أو القطع^(٢) أو الجرح، استوى فيه جميع الناس.

وإن كان بغير ذلك مما يختلف أحوال الناس في التضرّر به وعدمه، كالضرب، والشتم، والحبس، والاستخفاف يختلف صدق الإكراه بحسب اختلاف منازلهم وأحوالهم.

فشتم الوجيه إكراه دون غيره ممّن يحتمل الإهانة، وعليه القياس.

والضابط في ذلك: حصول الضرر عرفاً بوقوع التوعّد به، واختلفوا فيما إذا كان الإكراه بأخذ المال.

فحكى الشهيد في المسالك عن بعض العلماء: أنه جعله من القسم الأوّل الذي لا يختلف فيه الحال باختلاف الأحوال من الغنى، والفقر،

(١) في «ف»: ليني، وفي «ك»: ليني.

(٢) ما بين القوسين في «حج»: أو القتل بالقطع.

والقلّة، والكثرة^(١)، وهو خيرته في الروضة^(٢).

واختار في المسالك كونه من القسم الثاني المختلف فيه، وهو خيرة سبطه في نهاية المرام^(٣).

ولم يذكر المحقّق من وجوه الإكراه التوعّد بأخذ المال، وذكره العلامة في القواعد والتحرير^(٤)، إلّا أنّ كلامه يحتمل القولين.

وحمله بعض الشراح على الثاني^(٥)، وكأنّه أقرب إلى الأوّل.

وذكر الفاضلان: أنّه لا يتحقّق الإكراه مع الضرر اليسير^(٦).

ومقتضاه: عدم الفرق بين وجوه الإضرار إذا كان يسيراً عرفاً في نفسه، وينبغي رعاية حال المكروه في ذلك، فربما كان اليسير أعظم عليه، وأضرّ به من الكثير، ولا ريب في كونه إكراهاً حينئذٍ كما يدلّ عليه حدّه. ولا يبعد حمل كلامهما على ذلك.

ثمّ إنّ هؤلاء قد اقتصروا على التوعّد بما ذكر، وألحق به بعض الأجلّة ما إذا أضرّ به، أو بمن يجري مجراه، كالأب والولد ونحوهما، حتّى أتى بذلك الفعل^(٧).

(١) مسالك الافهام ٩: ١٨ - ١٩.

(٢) الروضة البهيّة ٦: ١٩ - ٢١.

(٣) مسالك الافهام ٩: ١٨، نهاية المرام ٢: ١١.

(٤) قواعد الأحكام ٣: ١٢٢، تحرير الأحكام ٤: ٥٠.

(٥) كشف اللثام ٨: ٨ - ٩.

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٧، قواعد الأحكام ٣: ١٢٢.

(٧) قواعد الأحكام ٣: ١٢٢، كشف اللثام ٨: ٨.

ولا ريب في أنّ تحقّق الإكراه بذلك أظهر وأعظم ممّا إذا وقع بالتوعدّ. ويمكن تعميم كلامهم لذلك؛ لأنّه إن سبقه توعدّ فلم يفعل إلى أن أضرب به فدخوله ظاهر، وإلا فإن ظهر من حاله أنّه لو لم يفعل المكره لدام الضرر، كان ضرره السابق بمنزلة التوعدّ على الضرر اللاحق، فإنّه أعمّ من القول والفعل كما قلنا، فيندرج حينئذٍ في كلامهم. وإن لم يظهر ذلك لم يكن إكراهاً؛ لعدم إمكان رفع السابق بالفعل، وعدم ظنّ باللاحق ليدفع به، وهو ظاهر.

[متعلّق الإكراه بالأفعال دون النية والقصد]

وإنّما يتعلّق الإكراه بالأفعال لا بالنيات والقصود، فلا أثر للإكراه فيها؛ إذ لا يعلم موافقتها لغرض المكره ولا مخالفتها، ولا يتحقّق إلّا تبعاً للدواعي والأغراض الواقعية.

ويترتب على ذلك ما ذكر في التحرير، والروضة، والمسالك: من أنّه لو أكره على الفعل ففعله قاصداً صحتّ، ولم يجز عليه حكم الإكراه؛ لحصول اللفظ والقصد^(١).

وذكر الشهيد في المسالك وجهاً آخر، وهو: البطلان؛ لأنّ الإكراه أسقط أثر اللفظ، ومجرد النية لا حكم^(٢) له^(٣).

ونقله سبطه قولاً واستدلّ عليه بعموم ما دلّ من النصّ والإجماع على

(١) تحرير الأحكام ٤: ٥٠، الروضة البهية ٦: ١٩-٢١، مسالك الافهام ٩: ٢٠-٢١.

(٢) في المصدر: لا تعمل.

(٣) مسالك الافهام ٩: ٢٢.

بطلان عقد المكره، والإكراه متحقق هنا؛ إذ الفرض أنه لو لواه لما فعله، ثم قال: والمسألة محل إشكال^(١).

وقال بعض الأجلة: إنه لو علم أنه لا يلزمه إلا اللفظ وله تجريده من القصد فلا شبهة في عدم الإكراه، وإنما يحتمل الإكراه مع العلم بذلك، سواء ظن لزوم القصد وإن لم يرده المكره، أو لا^(٢).

والتحقيق: أنه لو أكرهه على الفعل - إلا أنه بني على حمل الضرر، وإنما حمله على الفعل اختياره له؛ للدواعي المقتضية لذلك، بحيث لو لا الإكراه لفعل - فلا شبهة في عدم تأثير الإكراه واقعاً؛ لصدور الفعل عن اختياره. ولا فرق بين كون الداعي أمراً راجعاً إليه، أو إلى المكره لأجله، كحفظه من التصرف المحرم؛ لإيمانه، أو صداقته، أو غير ذلك.

ويجب على المكره - لمعرفته بحال نفسه - إمضاء ذلك العقد، وأما غيره فلا يجوز العمل بمقتضاه، إلا إذا عرف قصده بإقراره بعد اختياره.

وكذلك الحال لو لم يبين على حمل الضرر، وإنما الداعي الأصلي ما ذكر وإن ضم معه دفع الضرر.

ولو كان الداعي مركباً منهما، أو دفع الضرر خاصةً، فلا ريب في كونه حينئذٍ مكرهاً على اللفظ، فإذا قصد مدلوله مع ذلك معتقداً أنه اللازم عليه؛ لجهله، أو دهشته، جرى عليه حكم الإكراه قطعاً؛ لأن الإكراه على الشيء إكراه على آثاره الواقعية، أو الاعتقادية مطلقاً، أو في

مثل ذلك المبحوث عنه، والعمومات تشمل ذلك.

وإن لم يعتقد ذلك بُنيت المسألة على أنَّ الإكراه على مباشرة العقد يسقط اعتباره، أم لا ؟

فإن قلنا بالأوّل ظاهر.

وإن قلنا بالثاني والمكره معتقد لذلك لم يجز عليه حكم الإكراه.

وإن كان معتقداً للأوّل وإنّا قصد لزعمه عدم التأثير، ولولاه لم يقصد، ففي تأثير هذا الاعتقاد في البطلان، وسماع دعواه إشكال، من كونه أثر الإكراه فلا يعتدّ به، ومن أن اعتقاد خلاف الواقع لا أثر له في الحكم؛ لأنّه من التوابع، كما سبق.

[صُور المخالفة لما أكره عليه]

وقد اتفقوا على أنّه لو ظهرت أمانة على كون الفعل صدر على وجه الاختيار فلا إكراه فيه، كما لو أكره على بيع شيء فباع غيره، أو على أن يبيعه غداً فباعه اليوم.

أمّا لو توعّد على أنّه إن لم يفعل الآن أضرب به غداً، فإن فعّله الآن كان مكرهاً، وإن فعّله بعد ذلك لظنّ دفع الضرر به فكذلك، وإلّا لم يجز عليه حكم الإكراه.

وقال العلّامة في التذكرة: لو أكره على بيع عبد فباع عبدين، أو نصفه فإشكال، وكذا لو أكره بثمان فباع بأزيد، أو بأنقص، أو بوصف حلول،

أو غيره فباع بخلافه^(١).

والمراد ببيع العبدین: أن يبيعهما في عقد واحد، أما لو باعهما في عقدین كان لكل حكمه.

فإن كان الإكراه وقع على أمر معین - باعتبار المبيع، أو الثمن، أو الزمان، أو المشتري، أو الوصف - ووافقه أحد البيّعين دون الآخر، فالموافق مكره عليه دون المخالف، إلا أن يقدم المخالف فرضي به فلا إكراه فيهما.

وإن لم يقع على معین، أو وافق المعین كلّ منهما، فالأول هو المكره عليه دون الثاني، إلا أن ينوي عكس ذلك فيتبع ويصدق فيه؛ لأنه أبصر بنيته، وكذلك لو ظهر العكس من القرائن.

ولو باع العبدین خوفاً من أن لا يوافق أحد البيّعين مراده، ويأتي زمان الوعيد ولم يتمكّن من الاستخبار، أو باع هو أحدهما ووكله الآخر جاهلاً أحدهما بالآخر، فالوجه بطلان العقدین معاً.

ونقل الشهيد في المسالك عن بعضهم في الطلاق: أنه لم يفصل بين اتحاد العقد وتعده، فحكّم بالصحة فيهما بالنسبة إلى كلّ من المتعدّد، قال: والفرق متّجه.

وحكّم هو بالصحة مع اتحاد العقد، تبعاً للعلامة في القواعد، وقد فرضنا المسألة فيما إذا كان الإكراه على معین، فضمّ غيره معه.

وعَلَّله الشهيد بآته خلاف المكره عليه، وقد عدل عنه إلى غيره، فلا مانع من صحَّته^(١).

وأنا لا أرى فرقاً بين التعدّد والاتّحاد في البطلان بالنسبة إلى ما أكره عليه، ودعوى المخالفة في المجموع غير مجدية في الصحّة، بعد حصول الموافقة في ذلك المعين، فيكون من باب ضمّ ما يصحّ العقد عليه مع ما لا يصحّ.

وإذا كان الأمر بعكس ذلك، كما لو أكره على بيع عبد باع نصفه، أو طلاق زوجتين فطلّق إحداهما.

فالوجه: أنّ الإكراه إن كان على فعل المكره عليه دفعةً أو دفعات، مخيراً في دفع الضرر بأيّهما شاء، فأَيُّهما وقع كان مكرهاً عليه، حتّى أنّه لو عقّبه ببيع النصف الآخر، أو طلاق الأخرى قبل أن يأمن، فالإكراه في الجميع.

وكذلك لو قصد تخليص نفسه بفعل بعض المكره عليه، رجاء أن يرضى المكره بذلك؛ لإجابته إلى بعض مطلوبه، فالإكراه ثابت أيضاً وإن عيّن المكره فعل مطلوبه دفعةً واحدةً.

وحكى في المسالك قولاً بعدم الإكراه في الصورة المذكورة^(٢)، ولم يفصل بين الصورتين، واختار هو ما اخترناه من غير تفصيل.

(١) مسالك الافهام ٩: ٢١.

(٢) مسالك الافهام ٩: ٢١.

[في صَوْر الإكراه على مقدار الثمن أو الوصف]

وأما المخالفة في مقدار الثمن والوصف، فالوجه أنه إن أظهر الرضا قبل الإكراه بالبيع، وإنما كان الإكراه في الأمر الذي وقع فيه المخالفة، وقد عدل عن المكروه عليه إلى مطلوبه، فلا شبهة في ارتفاع الإكراه عن ذلك العقد.

وإن كان الإكراه على الأمرين معاً فوافق في أصل العقد وخالف في الأمر المعتبر فيه، ففي كونه أمانة الرضا والقصد نظر.

واحتمال قصد الإجابة إلى بعض المطلوب لدفع الباقي ممكن.

فالوجه أنه يرجع إلى المكروه في دعوى الرضا والعدم.

ولو كان الإكراه على العقد أو دفع مال ظلماً، فاختار العقد في تخليص نفسه، فهو مكروه عليه، كما ذكره العلامة، والشهيد، وسبطه^(١).

أما لو أكرهه على بيع العبد، أو أداء ما يجب له من النفقة، أو على طلاق المرأة، أو القيام بحقوقها، فاختار البيع والطلاق، لم يكن فيه إكراه، كما صرحوا به.

ولا فرق بين كون التخيير بين العقد وأداء حق، أو دفع مال، أو غير ذلك من الأمور المستحقة.

ولو أكرهه على بيع أحد العبدین، أو طلاق إحدى الزوجتين، فإن قصد فعله على وجه التعيين، وصرح بذلك، أو ظهر من حاله لكونه

(١) تحرير الأحكام ٤: ٥١، الروضة البهية ٦: ٢٠، مسالك الافهام ٩: ١٨، نهاية المرام ٢: ١١.

الصحيح في البيع، وفي الطلاق على قول، فلا شبهة في أنه إذا عقد على المعين كان إكراهاً، وإن قصد الإبهام فأبهم فكذاك.

أما لو قصد الإبهام فعين لفظاً، فالوجه أنه ليس إكراهاً؛ لمخالفته للمكره عليه؛ ولأنه ربما قصد المكره إكراهه على الفاسد، فعدوله إلى الصحيح أمانة الاختيار.

ولو قلنا بصحة الطلاق المبهم، احتمل كونه إكراهاً؛ نظراً إلى أن الإبهام يؤول إلى التعيين، فالإكراه في الحقيقة على المعين، إلا أن يصرح بعدم إرادته إلا المبهم، فلا يكون إكراهاً قطعاً.

ولو عين قصداً، فلا إكراه على القصد، والعقد في نفسه صحيح في الطلاق إجماعاً، كما نقل^(١)، وفي تأثير الإكراه حيثئذ نظر، ووجهه يُعلم مما سبق.

أما لو قصد التعيين فأبهم المكره، فبيعه فاسد؛ للإبهام، وكذلك طلاقه على قول، وعلى القول بصحته مبهماً فإشكال.

ولو أطلق ولم يعين أحد الأمرين، فالظاهر منه قصد المعين، لكنه إن أبهم المكره أو عين كان إكراهاً.

أما المعين؛ فلظهوره من اللفظ، وأقل مراتبه أن يكون أحد أفراد المطلق.

وأما المبهم فالصحيح منه يؤول إلى التعيين، فالعقد مع التعيين المتعقب

لأحد أفراد المطلق^(١)، وليس اللفظ نصّاً في عدم قصده.

وأما الباطل منه فلا حاجة إلى البحث عنه.

هذا ما ظهر لي في الصُّور المفروضة لهذا القسم.

وقال العلامة في التحرير: لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه فطلق معيّنة، فإشكال^(٢).

وحكم في القواعد بعدم الإكراه حينئذٍ^(٣).

وحملها بعض الأجلة على ما إذا كان الإكراه على إجراءات بصيغة الإبهام، وذكر في بيان الإشكال: إنّه ينشأ من المخالفة فلا يكون إكراهاً، ومن اتحاد المؤدّي؛ إذ لا بدّ للمطلق لإحدى الزوجتين أن يعيّنها، أو لأنّه بعض ممّا أكره عليه؛ لأنّه إن طلق إحداها حرمتا عليه إلى أن يعيّن^(٤).

ولا يخفى أنّه اختار في التحرير بطلان الإبهام^(٥).

وفي القواعد صحّته، ورجوع التعيين إليه^(٦)، فلا وجه لتوجيه وجه الإكراه بما ذكر.

وأطلق الشهيد في الروضة - في المسألة المفروضة - كونه إكراهاً؛ لأنّه لا

(١) كذا قوله: فالعقد مع التعيين المتعقّب لأحد أفراد المطلق، من دون ذكر الخبر.

(٢) تحرير الأحكام ٤ : ٥١.

(٣) قواعد الأحكام ٣ : ١٢٢.

(٤) كشف اللثام ٨ : ٩.

(٥) تحرير الأحكام ٤ : ٥٧.

(٦) قواعد الأحكام ٣ : ١٢٣.

يتحقق فعل مقتضى أمره بدون إحداهما^(١).

وذكر سبطه نحو ذلك، ومختاره: بطلان الإبهام^(٢).

وظاهر الشهيد التردّد فيه^(٣).

وقال في المسالك: لو أكرهه على طلاق إحدى زوجتيه لا على التعيين، فطلق واحدة بعينها، قيل: يقع الطلاق؛ لأنّه مختار في تعيينها، ولأنّه لما عدل عن الإبهام إلى التعيين، فقد زاد على ما أكرهه عليه؛ لأنّ الإكراه على طلاق إحداها لا على طلاق هذه، وطلاق هذه طلاق إحداها مع زيادة، وقد تقرّر في الأصول: أنّ الأمر بالكليّ ليس أمراً بجزئيّ معيّن^(٤).

ويحتمل قوياً عدم الوقوع؛ لأنّ متعلّق الإكراه وإن كان كليّاً لكنّه يتأدّى في ضمن طلاق كلّ واحدة بعينها، و^(٥) بطلاق واحدة غير معيّنة، فكلّ واحد من الأفراد داخل في المكره عليه، ومدلول عليه بالتضمّن.

نعم، لو صرح له بالحمل على طلاق واحدة مبهمّة بأن يقول: إحداكما طالق - مثلاً - فعدل عنه إلى طلاق معيّنة، فلا شبهة هنا في وقوع الطلاق على المعيّنة؛ لأنّه غير المكره عليه خوفاً^(٦). انتهى.

(١) الروضة البهيّة ٦: ٢١.

(٢) نهاية المرام ٢: ١٢.

(٣) غاية المراد ٣: ٢٢٩.

(٤) معارج الأصول: ٤٩ - ٥٠، الوافية في الأصول: ٩٢.

(٥) في «حجج» أو.

(٦) في المصدر: جزماً.

(٧) مسالك الافهام ٩: ٢١-٢٢.

وَحَكَمَ فِيهِ تَبَعاً لِلْقَوَاعِدِ بِأَنَّهُ لَوْ أَكْرَهَ عَلَى الطَّلَاقِ بِالْكُنْيَةِ فَاتَى
بِالصَّرِيحِ، لَمْ يَكُنْ إِكْرَاهاً^(١).

قال في المسالك: وكذلك العكس عند القائل بصحّته، أو أن يعدل من
صريح مأمور به إلى صريح آخر، فلا إكراه في الكل، خصوصاً في الأول؛
لعدوله من الفاسد إلى الصحيح^(٢).

وقال العلامة في القواعد، والشهيد في كتابيه، وسبطه: إنّه لا يشترط
التورية في إجراء حكم الإكراه وإن أحسنها وتمكّن منها، بأن لم يصبه
دهشة مانعة منها، وإذا انتفى أحدهما عذر إجماعاً، كما في المسالك^(٣).

ومرادهم: أنّه لا يشترط قصد المعنى المخالف بالتورية، بل لو خلا من
قصده وقصد المعنى الموافق جرى حكم الإكراه؛ لتحقيق الإكراه، وانتفاء
القصده.

أمّا لو قصد المعنى الموافق، فقد سبق الكلام فيه.

واعلم: أنّ الإلزام والإيجاب إذا كان من الله سبحانه وتعالى لأمر
يرجع فائدته إلى الملزم نفساً، أو مالا، أو عرضاً، أو إلى غيره، فلا أثر
لذلك، بل الحكم بالصحة حينئذٍ أكدّ ممّا إذا وقع العقد على وجه الإباحة.
فلو أكرهه حينئذٍ أحد على ذلك تبعاً لأمر الله، كان تأكيداً له، ولم يجر
عليه حكم الإكراه.

(١) قواعد الأحكام ٣: ١٢٢.

(٢) مسالك الافهام ٩: ٢٢.

(٣) قواعد الأحكام ٣: ١٢٢، مسالك الافهام ٩: ٢٢، الروضة البهية ٦: ٢١، نهاية المرام ٢: ١٢.

ولو لم يقصد به إمضاء أمر الله، فالظاهر أنه كذلك وإن كان هذا هو الداعي إلى العقد.

ولو جهل المكره بالأمر، فإشكال.

ولو أدى الإكراه إلى ارتفاع القصد إلى اللفظ، فالظاهر عدم الاعتبار به، بل يتولاه غيره ممن له أهلية ذلك.

[استثناء الإكراه بحق]

وقد أطلق الأصحاب - ممن وقفوا على كلامه -: أنه يستثنى من الإكراه ما إذا وقع بحق، فلا يجري عليه حكمه^(١).

وذكر بعضهم: أن الرضا الواقع من الله قائم مقام رضاه بالعقد^(٢).

وقد ذكروا أقسامه في تضاعيف أبواب الفقه، وذكر هنا في الروضة جملة منها، مثل: ما إذا أجبره الحاكم على بيع مال لوفاء دينه، أو نفقة واجب النفقة، وتقويم العبد على معتق نصيبه منه، وفكّه من الرق ليرث، وإذا أسلم عبد الكافر أو اشتراه وسوّغناه، أو اشترى المصحف، وبيع الحيوان إذا امتنع مالكة من القيام بحق نفقته، والطعام عند المخمصة يشتره خائف التلف، والمحترق مع عدم وجود غيره، واحتياج الناس إليه^(٣).

(١) لم نتحققه.

(٢) لم نتحققه.

(٣) الروضة البهية ٣: ٢٢٧-٢٢٩.

وهذه الصُّور مختلفة في كون الإكراه في بعضها على البيع، وما في حكمه كالتقويم.

وفي بعضها على مطلق المعاوضة.

وفي بعضها على الإخراج من الملك، لكنّه إذا امتنع ممّا عدها ومن البيع أُجبر على البيع لا على غيره، ويحتمل قيام سائر المعاوضات مقامه إذا لم يؤدّ إلى الإضرار به.

وفي بعضها على التخيير بينه وبين القيام بالحقوق الواجبة، والحكم في الجميع واحد، والتفصيل يُطلب من مظانّه.

ولو قصده عدوّ ظالم فباع ماله خوفاً من استيلائه عليه، أو إضراره ببدنه؛ لاتّهامه بسرقة ونحوه، لم يكن إكراهاً قطعاً، وإن انحصر طريق الخلاص في البيع عليه، كان إكراهاً قطعاً، وكذلك لو لم ينحصر فيه، إلّا أنّه خاف من إظهار تملكه لذات غير المبيع.

ولو انتفى الانحصار والخوف، وأمكن التخلّص بإعطاء شيءٍ بغير البيع، ليكون غصباً، أو بيع شيءٍ على غيره وتسليم الثمن إليه، ليكون غصباً فيه، فالحقّ أنّه إكراه أيضاً.

كما لو وهبه قليلاً لدفع ضرره الكثير، فإنّه لا يملكه بذلك، بخلاف ما لو وهب لغيره لدفع ضرره.

ولو باع على غيره ولم يكن مكرهاً عليه، بل على تسليم المال إلى العدو، فالمسألة حينئذٍ في غاية الإشكال.

فيحتمل الصحة؛ للأصل، وعدم الإكراه على البيع، ولا إجبار من المشتري، وقصدهما مصلحة البائع في تخليصه، أو قصد كل مصلحة نفسه؛ ولأنه قد يجب عليه حيثئذ لحفظ نفسه، فيجوز للحاكم أن يكرهه على ذلك إذا لم يمكن دفع العدو إلّا به.

ولا يجب على الغير تسليم المال لتخليصه مع تمكّنه من ذلك، خصوصاً على وجه التبرّع.

ولو وجب على الغير أيضاً فعلى وجه الاستحقاق للعوض، فيكون كالبيع في ترتّب الأثر؛ إذ لا فرق بين العقود في ذلك.

وإذا امتنع المكره، جاز للحاكم المباشرة، فكيف يكون باطلاً؟!

ولأداء الحاجة، بل الضرورة أحياناً إلى صحّته، فيجب في الحكمة حكم الشارع بها.

ويحتمل البطلان؛ لوقوعه في مقام الإكراه، وعدم الفرق بين إكراه أحد غيره على البيع عليه أو على غيره، ولذلك استثنى الصّور المذكورة في الإكراه الصحيح.

ويحتمل التفصيل بين الانحصار في البيع لذلك المال أو لغيره، أو سائر المعاضات، فيكون إكراهها؛ لأنّ الإكراه على الشيء إكراه على مقدّماته، وبين إمكان تسليم المال بدون ذلك، فلا يكون إكراهها.

أو التفصيل بين ما إذا كان العدو بحيث يرفع اليد عنه إذا لم يوجد المشتري، وبين ما إذا لم يمكن التخلّص إلّا بالبيع، فيبطل بالأوّل دون

الثاني.

وخير الوجوه: هو الأول والثاني.

وكأن الأظهر الأول، والأحوط الثاني.

وإذا كان المقصود المال دون البيع، فلا فرق بين الأمر به لتحصيل المال وعدمه؛ لأنّ المقدّمة ما دامت مقدّمةً يستوي الحكم في الأمر بها وعدمه، فإذا كان الإكراه على المال إكراهاً على مقدّمته، وكان البيع منها كان إكراهاً، وإلا فلا، وهو ظاهر.

ثمّ إنّ ما ذكرناه في حدّ الإكراه إنّما تبعت فيه مَنْ وقفت على كلامه في ذلك من الأصحاب، مع ما ذكرته على وجه التخريج.

والأقرب عندي: أنّه إنّما يعتبر ذلك في جواز ترك الواجب وفعل الحرام، على تفصيلٍ في ذلك يُبيّن في محلّ آخر.

وأما فيما عدا ذلك، فمتى أُكره على البيع لدفع ما لا يجب حمله، أو لا يجوز له حمله وإن كان ممّن لا يبالي به، جاز له حينئذٍ أن يأتي بصورة البيع، ولا أثر لها لأنّهم بعد ما قالوا بأن لا أثر للإكراه، وإنّما المدار على القصد وعدمه فإذا لم يقصد البيع، بل دفع ذلك المتوعّد به لم يكن له أثر، وإذا قصده صحّ، وإن كثر لولاه الضرر.

وإذا جهل الحال، وكان هناك شيء من الأمارات المقتضية لعدم القصد، صدّق في ذلك مع اليمين، وإلا بني على ما هو الأصل من صحّة الأفعال، ووقوعها عن الاختيار.

وعلى ما ذكرنا لا فرق بين الضرر اليسير والكثير، ولا بين كون التهديد بالإضرار به أو بمن يجري مجراه، أو بالإضرار بغيره من المؤمنين، فكما جاز التقيّة لدفع ذلك في ترك الواجب وفعل القبيح بشرائطها المقرّرة، كذلك يجوز إجراء صورة العقد بطريق أولى.

وبالجملة: فالمدار على وقوع العقد عن التراضي وعدمه، فكلّما كان كارهاً أو ارتفع لغرض هو دفع الضرر المتوّعد به على تقدير عدم البيع جرى حكم المكره، وإن ارتفع لغير ذلك ممّا سبق، فقد تقدّم حكمه.

[الإكراه على المباشرة، أو على المباشرة والتصرّف]

إذا عرفت ذلك، فاعلم: أنّ الإكراه قد يكون في المباشرة والتصرّف معاً، كإكراه المالك على البيع ومباشرة القصد والعقد، وهو غير راضٍ بشيءٍ منهما.

وقد يكون في المباشرة وحدها، كما لو أكره المالك والوكيل غيره على إجراء الصيغة، أو أكره المشتري أو ثالث شخصاً على إجرائها، ثمّ أجاز المالك.

وقد يفرض في وكيل المالك، كما لو أكره على مباشرة عقد خاصّ وهو وكيل فيه، وراض بالوكالة غير فاسخ لها، بل في المسالك أيضاً: كما لو رضي بالبيع دون مباشرة الصيغة لعهد أو غيره فأكره عليها^(١).

وقد يكون في البيع وحده، كما لو أكره المالك على توكيل شخص في

العقد، فوكله مكرهاً، وهو أجرى الصيغة مختاراً، وهذا بعض أقسام بيع الفضولي، وهو ما يكون مسبوقاً بالمنع، وإظهار عدم الرضا؛ لبطلان التوكيل، وعدم تأثير الإجازة فيه؛ إذ ليس معناه إلا الرضا بالموكل فيه، وهو معلوم العدم.

والقسم الأول بيع قد اجتمع فيه الجهتان، والأصحاب قد أطلقوا في بيع المكره المالك: توقفه على الإجازة، أو بطلانه من أصله.

فالمبطل يحتمل أن يكون وجه البطلان عنده: عدم تأثير الإجازة المتأخرة في التصرف السابق، كما هو خيرة بعضهم في عقد الفضولي^(١)، أو عدم أهلية العبارة للتأثير، أو الأمرين معاً، ويأتي الكلام في ذلك.

والقائل بالصحة لا يحصل شيئاً من الأمرين موجباً للبطلان؛ بحيث لا يقبل التصحيح بالإجازة.

والقسم الثاني مشتمل على صور:

فالصورة الأولى والأخيرة قد وجد فيهما شبهة البطلان من جهة المباشرة.

والثالثة متفرعة على ذلك وعلى مسألة الفضولي، ويعرف حكمها من حكمها.

فالكلام إننا يقع من جهة الإكراه على التصرف، أو عدم الإذن فيه،

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ١٤، اللمعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأول) ١٣: ١٣٥،

ويأتي البحث عنه، ومن جهة الإكراه على المباشرة، أو عدم الإذن فيها، وهي المبحوث عنها هنا.

فنقول: لا ريب أن الإجازة المتعقبة إنما تؤثر - حيث قلنا بتأثيرها - في الأول خاصة، فإذا تبدل الإكراه بالرضا، أو عدم الإذن بالإذن، ترتب على العقد أثره، عند من يقول بصحة عقد المكره والفضولي.

ولا^(١) تأثير لها في الثاني؛ فإن الصيغة إذا لم يكن لها قائل، كانت من أصلها مسلوقة الأهلية لم تقبل التأثير بالإجازة، كما في بيع الصبي والمجنون، ووجهه ظاهر.

ومن ثم يختلف حكمها فيما لا يقبل التوقف على الإجازة إجماعاً، كالطلاق ونحوه من الإيقاعات، وما يقبله، كالبيع ونحوه من العقود على المشهور.

فإذا أكره الزوج شخصاً على إجراء صيغة الطلاق، توجه القول بصحته؛ بناءً على أهلية العبارة.

ولو طلق شخص عنه فضولاً، بطل إجماعاً.

فما ذكره كثير من الأصحاب: من توقف بيع المكره على الرضا والإجازة، فإنها ذلك باعتبار الإكراه على التصرف؛ لفرضهم المسألة في المالك المكره، لا للإكراه على المباشرة.

ولهذا عللوا الحكم بأن المكره موثوق بعبارته.

وقد اتّضح ممّا ذكر غاية الوضوح: أنّ كلّ مَنْ قال بصحّة بيع المكره المالك، يلزمه أن يقول بعدم اشتراط الاختيار في صحّة المباشرة، وهو الظاهر ممّا سبق عن التحرير والروضة والمسالك من لزوم عقد المكره إذا أتى به قاصداً لدلوله^(١).

ولم أقف على ناصٍ في المسألة، إلّا ما ذكره الشهيد؛ في طلاق المسالك، حيث قال: لو قال: طلّق زوجتي ولّا قتلتك، أو غير ذلك ممّا يتحقّق به الإكراه، فطلّق، ففي وقوع الطلاق وجهان، أصحّهما: الوقوع؛ لأنّه أبلغ في الإذن، ووجه المنع: أنّ الإكراه يُسقط حكم اللفظ، فصار كما لو قال لمجنون: طلّقها، فطلّق.

قال: والفرق بينهما: أنّ عبارة المجنون مسلوبة أصلاً، بخلاف عبارة المكره؛ فإنّها مسلوبة لعارض تخلف القصد، فإذا كان الأمر قاصداً لم يقدر إكراه المأمور.

وقال أيضاً: لو أكره الوكيل على الطلاق دون الموكل، ففي صحّته وجهان أيضاً من تحقّق اختيار الموكل المالك للتصرّف، ومن سلب عبارة المباشر^(٢). انتهى.

وما ذكره في الوكالة مبنيٌّ على كونها إباحةً محضةً، أو بقاء الوكالة مع الإكراه، أو وقوعه بإذن الموكل.

ثمّ إنّ مبنى كلام هؤلاء على أنّ المعتبر في العقود مطلقاً والإيقاعات في

(١) الروضة البهية ٦: ٢١، مسالك الافهام ٩: ١٩-٢٢، تحرير الأحكام ٤: ٥١.

(٢) مسالك الافهام ٩: ٢٢-٢٣.

الجملة أمران منفصلان: رضا من المالك ومَنْ في حكمه، وصيغة من بالغ عاقل قاصد، مالكا كان، أو وكيلًا، أو غيرهما.

والمشهور بينهم: جعل التأثير تابعاً للأول، ومَنْ ثم قالوا بكون الإجازة كاشفة عن الصحة، وليست الصيغة معتبرة؛ لصراحتها في الدلالة على الرضا خاصة، وإلا لانحصرت عندهم في العقد الصادر من المالك، ومن في حكمه، وإنما المعتبر حصوله منهم، هو التصرف والإذن فيه.

ويمكن الاستناد لما ذكر: بما دلّ على صحة عقد الفضولي، وصحة عقود المكره بحق، وعدم وجوب استنابة غيره فيها، فلو كان عقد المكره كعقد الصبي والمجنون لوجب الاستنابة فيها لمن يأتي بها على وجه الاختيار.

ولقائل أن يقول: إن صحة العقود توقيفية تتبع الدليل، فلما دلّ على صحة الفضولي والمكره بحق قلنا بها، ولم يدلّ فيما سوى ذلك، فلا نقول به، والاستناد إلى الاستحسانات لا يناسب مذهبنا، وفي شمول العمومات إشكال ظاهر، فوجب القول بالمنع.

وأيضاً: إن إرادة مدلول اللفظ لا بدّ منها في صحة العقد وإن تجرّد من الرضا به، ولذلك بطل عقد الهازل، وقاصد التورية، ونحوهما.

وإذا صدر العقد من مختار بالغ عاقل، حكمنا بما هو الظاهر من حصول ذلك، بخلاف ما إذا صدر من مكره؛ إذ لا ظهور لعبارته في قصد المعنى المطلوب، ولا عبرة بالدلالة المجردة عن الإرادة، فكيف يحكم

بالصحة بمجرد صدور العقد والرضا؟!

ولو قيل بتوقف الحكم على إخباره بالقصد بعد زوال الإكراه، أمكن دفع المحذور بذلك، إلا أنه متفق على بطلانه بين الفريقين، والاعتماد على إخباره مطلقاً في محل المنع.

ويرشدك^(١) إلى ما ذكرنا: أنه لو أكره أحد على غسل الثوب، فعلم الغسل، ولم يعلم أنه وقع على وجه معتبر في الشرع، لم يجز الحكم بطهارته بمجرد ذلك، ولو أخبر بوقوعه على الوجه المعتبر بعد زوال الإكراه ولم يكن عادلاً، لم نحكم بالعمل بخبره؛ لانتفاء العدالة واليد الشرعية معاً، بل قد ترتفع اليد مطلقاً حين الإخبار، وهو المفروض في محل البحث.

وإذا كان عادلاً رجع على المسألة المعروفة.

وبالجملة: فعدم الدليل دليل العدم.

وأما الفضولي، فالظاهر فرض صدور العقد منه على وجه الاختيار، فيُحكم بأصالة القصد.

وأما المكره بحق، فالمقصود منه هو الإتيان بصورة الصيغة، وإذا أُخلّ بالقصد فهو تقصير منه، ومخالفة للشرع، ولا يعبأ به، كما لا يعبأ بعدم رضاه، وليس الأمر فيما نحن فيه كذلك.

ويأتي تمام تحقيق المسألة في الإكراه على التصرف إن شاء الله.

بقي شيء، وهو إن الشهيد في الدروس استثنى من عقد المكره ما إذا لم

يكن قاصداً إلى اللفظ، كما أنه ليس قاصداً إلى مدلوله، وذلك كما لو أكره حتى ارتفع قصده، فيكون كعقد السكران حينئذ^(١).

وأورد عليه المحقق الكركي بأن الإكراه لا يقع إلا على وجه واحد؛ إذ التكلم فعل المكره لا المكره له، فلا يصدر على لسانه بطريق الإلجاء.

نعم، يتحقق بطريق الإكراه، بأن يأتي به خوفاً، والفرق بينه وبين السكران ظاهر حينئذ كما لا يخفى^(٢).

ولعله رحمته زعم: أن مراد الشهيد بقصد اللفظ قصد التكلم، وليس كذلك، بل أراد قصد اللفظ الخاص الدال على المعنى المطلوب، فإنه معتبر في صحة العقد قطعاً، كما سبق.

ومعلوم أنه قد يبلغ الحال بالمكره - لكثرة الإيذاء والذلة - إلى أن يتكلم بما يلقي على لسانه، من غير أن يشعر بمعناه ويميّزه عن غيره، فعقده باطل حينئذ بلا شبهة.

وقد تنبه لما ذكرنا شيخنا الشهيد في الروضة، لكنه أورد من وجه آخر، حيث إنه - بعد ما نقل عن الشهيد إلحاقه للمكره على وجه يرتفع قصده، بالغافل والسكران - قال: وهو حسن مع تحقق الإكراه بهذا المعنى، فإن الظاهر من معناه حمل المكره للمكره على الفعل؛ خوفاً على نفسه، أو ما في حكمها، مع حضور عقله وتمييزه^(٣). انتهى.

(١) الدروس ٣: ١٩٢.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٦٢.

(٣) الروضة البهية ٣: ٢٢٧.

وذكر نحوه في المسالك^(١).

وفيه نظر؛ إذ المدار على وقوع أصل العقد خوفاً، ولو اجتمع مع ذلك غفلة ناشئة من الإكراه، باعتبار بعض الخصوصيات المعتبرة في العقد، لم يخرج بذلك عن كونه مكرهاً، مع أنّ النزاع حيثئذٍ لفظي، ولا ينبغي البحث عنه.

وربما قصد الشهيد ؛ : الكشف عن مراد الأصحاب وإن أوهم كلامه خلاف ذلك.

[الشرط] الثاني: الملك وما في حكمه، كبيع ما في الذمة، وبيع الولي والوكيل والقاضي.

وقد اختلف الأصحاب^(٢) في اشتراط هذا الشرط.

[بيع الفضولي]

ويتربّب عليه الكلام في بيع الفضولي وشرائه، وأبطله المشترط وصحّحه النافي، وجعل لزومه موقوفاً على إجازة المالك.

وله صور كثيرة، وأصولها سبعة؛ لأنّ العوض^(٣) المبذول من جانب الفضولي - بائعاً أو مشترياً - إما معيّن، أو مقدّر في الذمة.

(١) مسالك الافهام ٣: ١٥٦-١٥٧.

(٢) مختلف الشيعة ٥: ٨٥ - ٨٦، تذكرة الفقهاء ١٠: ١٤، مسالك الافهام ٣: ١٥٨، رياض

المسائل ٨: ٢٢١-٢٢٤.

(٣) في (م): العرض.

وعلى الأول فالمقصود بالعقد إما المعاملة لنفسه، أو للمالك.

وعلى التقديرين لا يخلو إما أن يكون للعقد مجيز في الحال ثم حصلت الإجازة منه، أو له مجيز واقعاً، أو بزعم الفضولي وحصلت الإجازة من غيره ممن انتقل إليه أمر المال لشراء، أو إرث، أو ولاية، أو نحو ذلك أو لا يكون له مجيز في الحال، ثم حصل له مجيز وأجاز.

فهذه سبع صور، ويترتب على الكلام فيها النظر في سائر العقود الصادرة منه، وفي أحكام الإجازة والفسخ.

وقد يكون المالك العاقد بنفسه، أو بمن يقيمه مقامه فضولياً بالعارض؛ لكونه ممنوعاً من التصرف؛ لرهن، أو حجر لا يخرج عن أهلية المعاملة.

ويبحث عنه في سائر شروط المتعاقدين والعوضين، فالبحث في مواضع:

[البحث في مواضع بيع الفضولي]

[الموضع الأول: أن يبيع الفضولي معيناً، أو يشتري بمعين قاصداً وقوعه عن المالك، وكان له مجيز بالفعل، هو المالك أو من في حكمه، فأجاز، وهذا الموضع أعرف الصور وأظهرها.

وقد اختلف فيها الأصحاب على أقوال:

أحدها: الصحة مطلقاً في البيع والشراء، بل سائر العقود مطلقاً، حكاة الشهيد في غاية المراد عن العماني، والمفيد، والمرتضى، والشيخ في النهاية،

والديلمي، والقاضي، والحلي، والطوسي^(١).

وحكاه عنهم العلامة وغيره في النكاح^(٢).

وأما في البيع فنقل عن الشيخ في النهاية، والمفيد، والإسكافي، والطوسي^(٣) خاصة.

ونقله الشيخ في الخلاف - في البيع - عن قوم من أصحابنا^(٤).

والذي وقفْتُ على كلامه ممَّن قال بالصحة في البيع، هو: الشيخان، والطوسي في مواضع من المقنعة، والنهاية، والوسيلة^(٥)، وفي الاستبصار^(٦).

وَهُمْ وإن لم أفُ على تصريح منهم بصحة شراء الفضولي، إلا أنَّ الظاهر منهم عدم الفرق بين البيع والشراء في ذلك، كما هو الغالب في سائر الأحكام.

وبه نصَّ القاضي في عباراته المنقولة في المختلف - في كتاب الحجر - فإنَّه حكم فيها بصحة بيع العبد وشرائه بغير إذن سيِّده، إذا أجاز بعد العقد، وحكم أيضاً بأنَّ جميع التصرفات السائغة للولي في مال الصبي لو فعلها أجنبي، وأجازها الصبي بعد ما بلغ، كانت صحيحة^(٧).

(١) غاية المراد ٣: ٣٩.

(٢) مختلف الشيعة ٧: ١١٩، رياض المسائل ١١: ١٠٣.

(٣) مختلف الشيعة ٥: ٨٥، النهاية: ٣٨٥، المقنعة: ٦٠٦، الوسيلة: ٢٤٩.

(٤) الخلاف ٣: ١٦٨.

(٥) المقنعة: ٥١١ و ٦٠٦، النهاية: ٣٨٥ و ٤٦٦ - ٤٦٧، الوسيلة: ٢٤٩.

(٦) لم نثر على مورد البحث في المصدر المشار إليه.

(٧) مختلف الشيعة ٥: ٤٥٤.

ولم أقف على كلام العماني والمرتضى في البيع.

وأما الديلمي فقال في بيع المراسم: وأما شروطه فعلى ضربين: عامٌّ، وخاصٌّ، فالعامُّ: أن يكون المبيع ملك البائع، أو ملك موكله، أو يكون أب المالك ويكون هو صغيراً.

ثم قال: لا يمضى بيع إلا في ملك البائع، أو لمن^(١) للبائع أن يبيع عنه^(٢).

وظاهر العبارتين بطلان بيع الفضولي عنده وإن قال بصحة نكاحه.

وقال في أحكام الرهن: ومتى باع الراهن الرهن، أو أعتقه إن كان عبداً، أو دبره، أو استخدمه، أو أراد وطأه إن كانت أمة، لم يجوز له شيء من ذلك، وهو باطل.

ثم قال: ومن رهن رهنأ يملك بعضه، استقرّ الرهن في ملكه خاصة^(٣).

وأما الحلبي فعبارته - فيما عندي من نسخة الكافي - لا تخلو من اضطراب، فإنه قال في باب الرهن: ولا يصح بيع الرهن إلا عن تراض منهما، متقدّم أو متأخّر^(٤).

وهو يحتمل الاكتفاء بالرضا المتأخّر من البيع الحاصل من كلّ منهما.

ويحتمل المتقدّم في عقد الرهن، والمتأخّر عنه، لا المتأخّر عن البيع.

(١) في «ف»: تمن، وفي المصدر: من.

(٢) المراسم: ١٧١-١٧٢.

(٣) المراسم: ١٩٢-١٩٣.

(٤) الكافي في الفقه: ٣٣٥.

ويحتمل المتقدم على الرهن والمتأخر عنه.

يدلّ على ذلك قوله قبل ذلك: ولا يجوز للراهن ولا للمرتهن التصرّف في الرهن، ولا الانتفاع به إلا من اتفاق قبل عقدة الرهن، أو في حالها^(١).

والموافق لسائر فتاويه هو أحد الوجهين الأخيرين؛ فإنه قال في باب الرهن أيضاً: فإذا^(٢) رهن ما يملك بعضه صحّ الرهن فيما يملكه^(٣)، وكان رهناً على جملة الدّين، وبطل^(٤) فيما لا يملكه^(٥).

وقال في باب البيع: وتفتقر صحّته إلى شروط ثمانية، وعدّها منها: صحّة الولاية في المبيعين.

قال: واعتبرنا صحّة الولاية؛ لتأثير حصولها بثبوت الملك أو الإذن، وصحّة الرأي في صحّة العقد، وعدم ذلك في فساد.

ثمّ قال: فإن اختل شرط من هذه، لم ينقصد البيع.

وقال أيضاً: وإن وقع العقد على ما يصحّ فيه الولاية وما لا يصحّ فالبيع ماضٍ فيما يصحّ بيعه، وفاسد فيما لا يصحّ ذلك فيه.

وقال أيضاً: ولا يصحّ البيع على مَنْ لا يولّى على مثله إلا بإذنه،

(١) الكافي في الفقه: ٣٣٤.

(٢) في المصدر: وإذا.

(٣) في المصدر: يملك.

(٤) في المصدر: ويبطل.

(٥) الكافي في الفقه: ٣٣٤ - ٣٣٥.

وسكوته ليس بإذن يُعتدّ به^(١).

والظاهر من جميع ذلك ومن كلامه في سائر العقود حتّى النكاح^(٢): هو القول بفساد عقد الفضولي في غيره.

نعم، في كلامه في الوديعة^(٣) ما يوهم القول بصحّته في البيع، ويأتي الإشارة إليه.

واعلم: أنّ هذا القول هو اختيار الفاضلين وابن سعيد في النزهة، والشهيدين، والصيمري، والكركي، والسيوري في الكنز، وبيع التنقيح، ورهنه، وغيرهم من المتأخرين^(٤).

وظاهر بعضهم وتصريح آخرين منهم -: عدم الفرق بين البيع والشراء في ذلك^(٥).

وهذا أيضاً أحد قولي الحلي، على ما حكى الشهيد، حيث قال: اختلف قوله في البيع، فتارة يبطل العقد؛ لأنّه منهى عنه فيكون فاسداً، وهو الظاهر من فتواه وتارة يبيّزه^(٦).

(١) الكافي في الفقه: ٣٥٢-٣٥٦.

(٢) الكافي في الفقه: ٢٩٢-٢٩٣.

(٣) الكافي في الفقه: ٢٣٠.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٣، قواعد الأحكام ٢: ١٨-١٩، نزهة الناظر: ٧٧، اللمعة الدمشقية

(ضمن موسوعة الشهيد الأول) ١٣: ١٣٥، مسالك الافهام ٣: ١٥٨-١٥٩، غاية المرام ٢:

١٢-١٣، جامع المقاصد ٤: ٦٨-٦٩، كنز العرفان ٢: ٣٤-٣٥، التنقيح الرائع ٢: ٢٥-٢٦

و ١٧٠-١٧١، كشف اللثام ٧: ١١٢-١١٣، رياض المسائل ٨: ٢٢١-٢٢٢.

(٥) الخدائق الناضرة ١٨: ٣٩٠.

(٦) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٣٨٦، غاية المرام ٣: ٤٣.

وأنا لم أقف إلى الآن في كلامه على ما يقتضي القول بالصحة.

ويظهر من أبي العباس في كتابيه^(١) التوقف في المسألة.

وربما يظهر من الشهيد الثاني أيضاً^(٢) إلا أن المتحصّل من تتبّع كلامه وتدبره ما قلناه.

ثانيها: البطلان مطلقاً وهو اختيار الشيخ في المبسوط، والمسائل الحاثريّة، على ما حكى عنها في السرائر، وأحد قوّليه في الخلاف، وقول ابن زهرة، وظاهر الحلبي، والمعروف من مذهب الحلّي.

واختاره من المتأخّرين فخر المحقّقين، والمحقّق الداماد في رسالته الرضاعيّة، ورجّحه المقدّس الأردبيلي في كتابيه^(٣).

ثالثها: صحّة البيع وبطلان الشراء، وهو القول الآخر للشيخ في الخلاف، قال في كتاب النكاح: لو اشترى لغيره بغير اذنه، لم يقف على إجازته وكان باطلاً.

ثمّ قال: وعندنا: إن البيع يقف على إجازة مالكه^(٤).

وفي المسألة وجهان آخران:

(١) المقتصر ١٦٦، المهذب البارع ٢: ٣٥٦.

(٢) مسالك الافهام ٤: ٣٥١.

(٣) المبسوط. ٣: ١٧٤، المسائل الحاثريّة (ضمن الرسائل العشر للطوسي): ٢٩٣، السرائر (ضمن

موسوعة ابن إدريس): ١٠: ٣٨٦، الخلاف ٣: ١٦٨، غنية النزوع: ٢٠٧ و ٢٦٧، الكافي في

الفقه: ٣٥٢-٣٥٣ و ٣٥٩-٣٦٠، إيضاح الفوائد ١: ٤١٦-٤١٧، ضوابط الرضاع: ٥٤

(مخطوط)، مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٥٧-١٥٩، زبدة البيان: ٤٢٨.

(٤) الخلاف ٤: ٢٥٧-٢٥٨.

أحدهما: أنه إن وثق برضا المالك فأجاز، صحّ، وإلا فلا.

ثانيهما: أنه إن لم يسبق منه منع ولم يظهر كراهته، صحّ، وإلا بطل.

ويشير إلى هذا الوجه ما ذكره المحقق الكركي في بيع الغاصب، حيث احتل الفساد^(١)؛ نظراً إلى القرينة الدالة على عدم الرضا، وهي الغصب.

وما ذكره فخر الإسلام، حيث قال: وزاد بعضهم - أي: بعض القائلين بصحة عقد الفضولي - عدم مسبوقة الصيغة بنهي المالك لا غير^(٢).

والظاهر من كلامه في كتاب المضاربة اختياره لذلك؛ بناءً على صحة عقد الفضولي^(٣).

وما ذكره العلامة في التذكرة، حيث حمل الخبر النبوي: «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر»^(٤)، بعد تضعيفه للسند^(٥)؛ على أنه نكح بعد منع مولاه وكراهته له، قال: فإنه يقع باطلاً^(٦).

وهو لم يفرّق بين النكاح وغيره، فيلزم أن يقول بمثله في البيع أيضاً.

والمشهور: هو القول الأوّل، كما عرفت.

(١) جامع المقاصد ٤: ٦٩.

(٢) إيضاح الفوائد ١: ٤١٧.

(٣) إيضاح الفوائد ٢: ٣١٣ - ٣١٤.

(٤) سنن أبي داود ٢: ١٩٠ - ١٩١ / ٢٠٧٨، كنز العمال ١٦: ١٣٢ / ٤٤٦٣٨، المصنّف لابن أبي

شيبه ٣: ٣٦٩ / ١.

(٥) في «حج»: السند.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٢٢٣ - ٢٢٤.

وقد حكى شهرته غير واحد من الأصحاب^(١)، وهو الأشبه؛ لوجوه:
الأول: اتفاق المعظم من الأصحاب عليه سيما المتأخرين^(٢) وندرة
المخالف، فإن الشيخ قد اضطرب مذهبه في ذلك، وكذلك الحلّي على ما
نقل^(٣).

وكلام الحلبي ليس صريحاً في المخالفة، والمحكي عنه الموافقة^(٤).
ولا يُعتدّ بخلاف مَنْ عداهم؛ بعد ذهاب الأساطين إلى ذلك،
واعترضه باتفاق المعظم عليه في النكاح، وموافقة الحلبيين والحلي لهم في
ذلك^(٥)، وحكاية جماعة منهم الإجماع عليه^(٦)، مع أنّ الأمر في الفروج
أعظم وأشدّ.

وعزا العلامة في التذكرة صحّة العقد في الموضعين إلى علمائنا^(٧).

وينبّه عليه عبارة الخلاف في البيع.

مع أنّه بعد أن حكم في موضع بطلان تزويج العبد بغير إذن مولاه،

(١) مختلف الشيعة ٧: ١١٩، رياض المسائل ٨: ٢٢٢ و ١١: ١٠٣، الحقائق الناضرة ١٨: ٣٧٦ - ٣٧٧.

(٢) جامع المقاصد ١٢: ١٥٠ - ١٥١.

(٣) النهاية: ٣٨٥، المبسوط ٣: ١٧٤، الخلاف ٣: ١٦٨ و ٤: ٢٥٧ - ٢٥٨، غاية المراد ٣: ٤٣.

(٤) الكافي في الفقه: ٣٣٤ - ٣٣٥ و ٣٥٢ و ٣٥٤ و ٣٥٦، غاية المراد ٣: ٣٩.

(٥) الكافي في الفقه: ٢٩٢، غنية النزوع: ٣٤٣، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١١: ٢٧٥ - ٢٧٦.

(٦) الخلاف ٣: ١٦٨، غنية النزوع: ٣٤٣، تذكرة الفقهاء ١٠: ١٤.

(٧) تذكرة الفقهاء ١٠: ١٥ و ٢٣: ٢١٤ - ٢١٥ و ٣٩٨.

نسب وقوفه على الإجازة إلى رواية أصحابنا.

وحكم في موضع آخر بذلك، حاكياً لإجماع الفرقة وأخبارهم عليه^(١).

ومع ذلك كله فالعدول عن هذا القول جرأة عظيمة.

الثاني: ما احتج به جماعة منهم، وهو: إنه عقد صدر من صحيح العبارة، قابل للنقل في محل يصح حلوله فيه، وكان المانع حق المالك وقد انتفى بإجازته، فيكون صحيحاً^(٢).

وليس هذا كما قال الشهيد: من باب المصادرات^(٣)، بل من باب التمسك بالإطلاقات.

وقد يؤخذ في الدليل مع ذلك: إنه لا يعتبر ملك العاقد ليكون عدمه مانعاً من صحة عقده، بل يكفي كونه مأذوناً من المالك، فكما أن الإذن السابق كافٍ في صحة العقد، فكذلك الإجازة اللاحقة؛ لتساويهما في حصول الرضا الذي هو الأصل في ذلك فيتساويان في التأثير. وفيه منع ظاهر؛ لأنه لا يخلو من كونه قياساً أو مصادرةً.

الثالث: حديث عروة بن جعد البارقى، وهو حديث مشهور متكرر في الكتب^(٤) بعبارات مختلفة، لا يختلف بها المطلوب، لكنّها تنبئ عن تعدّد

(١) الخلاف ٣: ١٦٨، و٤: ٢٥٧-٢٦٠، و٢٦٦-٢٦٧.

(٢) الروضة البهية ٣: ١٧٦، مسالك الافهام ٣٢٢: ٥، جامع المقاصد ٩: ٥٦-٥٧.

(٣) غاية المراد ٣: ٤٠.

(٤) كما في الثاقب في المناقب: ١١٢/١٠٨، عوالي اللآلئ ٣: ٢٠٥/٣٦، مستدرک الوسائل ١٣: ٢٤٥، أبواب عقد البيع وشروطه، ب ١٨ ح ١، سنن الترمذي ٢: ١٢٥٨/٢٨٨، المعجم الكبير ١٧: ١٦٠/٤٢١.

المأخذ وإن كان بعضها نقلاً بالمعنى.

ونقله الشيخ في الخلاف أيضاً في مقام الاحتجاج به على مسألة من الوكالة، فقال: روي عن النبي ﷺ أنه عرض له جَلْبُ^(١)، فأعطى عروة البارقي ديناراً؛ ليشتري به شاةً للأضحية، فاشترى به شاتين، ثم باع إحداهما بدينار، فجاء إلى رسول الله ﷺ بشاة ودينار، فقال: هذه شاة، وهذا دينارك، فقال له النبي ﷺ: «كيف صنعت؟»، فذكر له ما صنع، فقال له النبي ﷺ: «بارك الله لك في صفقة يمينك»^(٢).

وذكر في الإيضاح^(٣) مثل ذلك.

وفي المختلف والتذكرة وغيرهما: أن عروة هو راوي الخبر^(٤).

وذكر في بعضها صورة الدعاء: «اللهم بارك له في صفقة يمينه»

وذكر أيضاً أنه قال: فجئت أسوقها - أو أقودها - فلقيني رجل بالطريق،

فساومني، فبعت منه شاةً بدينار، وأتيت النبي ﷺ، الحديث^(٥).

والموجود في كتب الفقه: عروة، بالواو^(٦).

(١) الجلب: سوق الشيء من موضع إلى آخر، والجلْبُ: ما جَلَبَ القوم من غنم أو سبي.

لسان العرب ١: ٢٦٨ (جلب).

(٢) الخلاف ٣: ٢٥٤.

(٣) إيضاح الفوائد ٢: ٣٤٥.

(٤) مختلف الشيعة ٥: ٨٦، تذكرة الفقهاء ١٠: ١٤، المهذب البارع ٢: ٣٥٧، التنقيح الرائع ٢:

٢٥، غاية المرام ٢: ١٣، مجمع الفائدة ٨: ١٥٨.

(٥) كما في تذكرة الفقهاء ١٥: ٦، وجامع المقاصد ٨: ٢٤٤، والمجموع ١٣: ٤٤٤.

(٦) كما في البسوط للطوسي ٢: ٣٦٠، مختلف الشيعة للعلامة ٥: ٥٤، المجموع للنووي ١٤: ٩٣،

المغني لابن قدامة ٤: ٢٧٤.

وذكر في كتب الرجال: عرفة الأزدي، بالفاء^(١).

وذكره العلامة في القسم الأول من الخلاصة^(٢).

ونقل مولانا الأسترابادي في كتابيه: المنهج، والتلخيص عنها وعن رجال الشيخ: أنّ عرفة الأزدي من أصحاب أمير المؤمنين عليه السلام، وكان رسول الله صلى الله عليه وآله دعا له، فقال: «اللهم بارك له في صفقة يمينه»، كما في الخلاصة، و: «في صفقته»، كما في الرجال قال: وفي نسخة أخرى من الرجال: عرفة الأزدي، عرفة المدني وكان^(٣).

قال: والأولى أصح^(٤).

وذكر ابن داود والأمير مصطفى النسخة الأولى^(٥) خاصة.

ثم إنه نقل في كتابيه، عن البرقي: أنه ذكره في أصحاب الرسول صلى الله عليه وآله، وقال: في الأصفياء من أصحاب أمير المؤمنين عليه السلام عرفة الأزدي، وكان إلى آخره^(٦).

قال: ونبه عليه في الخلاصة^(٧) أيضاً^(٨).

(١) كما في رجال الطوسي: ٧٠/٦٤٧، ورجال ابن داود: ١٣٣/٩٩٤، ونقد الرجال ٣: ٢٠٠/٣٤٠١.

(٢) خلاصة الأقوال: ٢٢٧/٧٥٨.

(٣) منهج المقال ٧: ٢٥٢-٢٥٣/٣٧٥٨، تلخيص المقال: ١٥٤ (مخطوط).

(٤) ما بين القوسين لم يرد في المصدر.

(٥) رجال ابن داود: ١٣٣/٩٩٤، نقد الرجال: ٣: ٢٠٠/٣٤٠١.

(٦) رجال البرقي: ٣٢/٢٧ و ٣٤.

(٧) خلاصة الأقوال: ٢٢٧/٧٥٨.

(٨) منهج المقال ٧: ٢٥٢-٢٥٣/٣٧٥٨، تلخيص المقال: ١٥٤ (مخطوط).

ثم نقل في المنهج، وبعض نُسخ التلخيص عن رجال الشيخ في أصحاب الرسول عروة بن البارقي^(١). انتهى.

ولم أجد ذلك في الرجال، ولا نقله غيره، ولا يبعد اتحاد ما في الرجال وما في كتب الفقه، بأن يكون دعاء النبي ﷺ هو ما ذكر في الرواية المذكورة، أو أنه وقع شبهة في نقل ما ثبت في عروة البارقي في عرفة. ثم إن نقل هؤلاء لتلك الرواية يدل على اشتهاها، والاعتماد عليها كما لا يخفى، والله أعلم.

ووجه الاستدلال بالرواية: أنه باع إحدى الشاتين من غير إذن النبي ﷺ، ثم إنه أجاز ذلك، وأقره عليه، وأظهر حسن صنيعه، فلو كان بيع الفضولي باطلاً لم يصدر من النبي ﷺ ذلك، وكان عليه زجره، وأمره برّد الدينار وأخذ الشاة، أو تجديد المعاملة بعد الإذن، وهو خلاف المنقول.

وعلى هذا، فالاستدلال بالبيع خاصّة، كما في الإيضاح وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك^(٢).

واستدلّ هنا في التذكرة بشرائه الشاتين أيضاً ورجع عنه في كتاب الوكالة، وحكّم بأنّ مثل ذلك يندرج في الإذن عرفاً، ولا يقف على

(١) رجال الطوسي: ٣٠٨/٤٣.

(٢) منهج المقال ٧: ٣٥٤ / ٣٧٦٠، تلخيص المقال: ١٥٤ (مخطوط)، وفيها: عروة البارقي.

(٣) إيضاح الفوائد ١: ٤١٦، غاية المرام ٢: ١٣، جامع المقاصد ٤: ٦٩، مسالك الافهام ٣:

ونسب المحقق الكركي ذلك إلى الشيخ والأصحاب، وقيدته - تبعاً للتذكرة - بما إذا كانت كلٌّ من الشاتين أو إحداهما تساوي ديناراً، وإلا وقع فضوليّاً^(٢).

وتحقيق المقام: أنّ قول النبي ﷺ لعروة: «اشتر به شاة» محتمل لإرادة كون الشراء بكلّ الدينار، وإرادة كون الشراء بالدينار كلّاً أو بعضاً، والمتعارف في مثل ذلك هو الثاني، إلا إذا عرف الموكل القيمة السوقية، وتساويها لما دفع إلى الوكيل، فلا يبعد حينئذٍ قصد الأول.

لكنّه خلاف ظاهر مورد الرواية، فشراء الشاتين حينئذٍ أو إحداهما فضوليٌّ حينئذٍ قطعاً؛ لانتفاء الإذن في ذلك صريحاً ولا فحوى.

وإنّما يتّجه على الوجه الأول، ولا ضرورة إلى الحمل عليه؛ لأنّ الإجازة كما تصحّح البيع تصحّح الشراء، فلا جهة لدعوى: أنّه ربما فهم المعنى الأول بمعونة القرينة، أو اشتبه في فهمه.

مع أنّ الاشتباه لا أثر له في تصحيح الوكالة وإن أثر في إباحة التصرف المبتني عليه ظاهراً.

نعم، لو قلنا بأنّ الإجازة ناقلة، لزم حمل الشراء على وقوعه بالوكالة؛ لأنّ الشاتين إنّما ملكهما النبي ﷺ بعد الإجازة، فهما قبل ذلك باقيتان

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ١٤ و ١٥: ١١٠-١١٢.

(٢) جامع المقاصد ٨: ٢٤٣، ٢٤٤، المبسوط ٢: ٣٩٧، تذكرة الفقهاء ١٥: ١٠٧-١٠٨.

على ملك البائع، فالمعتبر حينئذٍ إجازته إن وقع البيع عنه، وإلا فلا أثر لإجازتها أصلاً.

ولو اعتبرنا إجازته مطلقاً وإن لم يقع البيع عنه، لكان حكمه: أنه لو أجاز البيع قبل إجازة النبي ﷺ، رجع الدينار - الذي هو الثمن - إليه، وبطل البيع في الشاة الأخرى، أو صحّ بقسطه من الثمن، وإن أجاز بعدها كان لغواً؛ لانتقال الملك عنه.

نعم، لو قلنا بأنّ مَنْ باع شيئاً فضولاً، ثمّ اشتراه وأجاز، كان بيعه صحيحاً، أمكن بناء الحديث عليه، وهو ممنوع، كما يأتي.

فقد اتّضح: أنه بناءً على كون الإجازة ناقلةً، يجب الحمل على كون الشراء وقع بطريق الوكالة؛ نظراً إلى الإذن المستفاد من الوجه الأول.

فإن قلت: هذا لا يستقيم بالنسبة إلى النبي ﷺ؛ لابتناء أموره على مصالح خفية لا يطلع عليها غيره، وفي حقّ غيره أيضاً لا يخلو من إشكال، كما يُبين في محله.

مع أنّ عروة قد عيّن البائع والمشتري، ولا ينبغي لمثل النبي ﷺ أن يرضى بذلك.

ويشهد لذلك أيضاً بعض قصصه المنقولة في شراء البعير^(١).

فإذن ما كان ينبغي البناء على إذن الفحوى !!.

قلنا: إنّ أمثال هذا الأمر مبتنية على ما جرت به العادات، وإذا أعطى

البائع شاتين بدينار، فأخذ شاةً منه بدينار تضييع للمال بلا فائدة دينية ولا دنيوية، بل سفه في الحقيقة إذا لم يعلم البائع كون الشراء للنبي ﷺ، أو لم يكن أهلاً للإحسان؛ لكفر أو نحوه، وكلا الأمرين محتمل في المقام، ودعاء النبي ﷺ ورضاه بكل من البيع والشراء، دليل على انتفاء الغبن فيهما بسبب اختلاف الوقت، أو عدم الضرر في مثله.

فإن قلت: الرواية عامية فلا تصلح للاحتجاج.

سلمنا، لكنّها اشتملت على إقباض الثمن والمبيع، ولا كلام - على القول بانعقاد العقد الفضولي - في أنّه ليس له التسليم قبل مراجعة المالك وإجازته، ومقتضى الرواية تقرير النبي ﷺ على جميع ما صدر منه، فيكون سائغاً، فيجب حينئذٍ طرح الرواية؛ لضعفها، واشتمالها على ما هو متفق على بطلانه، أو حملها على أنّه كان وكيلاً عاماً في البيع والشراء بذلك الدينار، وما يملك به، أو بما يشملها وغيره.

ولا ينافي ذلك الخاصّ؛ لعدم امتناع الجمع بينهما، وعدم نقل الوكالة العامة لا يقتضي عدمها واقعاً.

وأيضاً، فالغالب المعتاد في أمثال هذا البيع والشراء هو البناء على المعاطاة، ويتسامح فيها بما لا يتسامح به في العقد، فلا يلزم من جواز معاطاة الفضولي جواز عقده الذي هو محل الكلام.

والحاصل: أنّه لا يمكن الاستدلال بالقضية الواقعة في موردٍ خاصّ على حكمٍ ما لم يعلم جهتها، ويبنى الاستدلال عليها.

قلنا: قد عرفت شهرة الرواية، وتلقي الأصحاب لها بالقبول، حتى أن الشيخ استدّل بها على صحّة الشراء - وهو الأصل والعماد لمذهب القائلين ببطلان^(١) عقد الفضولي - واعتمد عليها في الرجال بناءً على ما سبق من اتحاد الشخص والقضيّة، وقد اعتضدت أيضاً بالأدلة الأخرى، فلا ينبغي طرحها.

وأما الإيراد باشتغالها على ما أجمع على بطلانه، فمدفوع بأنّه لا دلالة لها على ذلك بشيء من الدلالات، فإنّ المذكور فيها هو قبض عروة للشاتين^(٢) والدينار، وقد وقع ذلك بإذن مالكها، فيكون سائغاً وإن لم يعلما بكونه فضولياً.

وأما إقباضه الدينار والشاة فغير مذكور فيها، لكن الظاهر إقباضه الدينار، وإقباض الشاة غير معلوم، فلا يلزم قدح فيها، بناءً على كون البيع فضولياً خاصّةً، وحيثنّذ فيمكن أن يكون قد أودع الشاة، وأتى إلى النبي ﷺ بخبره، ويستجيره في ذلك، ولا مانع أيضاً من إيداعها عند المشتري إلى أن ينكشف حقيقة الحال.

على أنّه يكتفى في إباحة الإقباض بإذن الفحوى، والاطمئنان الحاصل برضا النبي ﷺ بذلك، مع حصول مقصوده، وهو: تملك شاة واحدة للأضحية، وأما التمليك فلا بدّ فيه من الإجازة، وبينهما فرق ظاهر، وأثرهما مختلف أيضاً فإنّه إن لم يتوقّف التمليك على الإجازة، لزم أنّه لو

(١) كذا في جميع النسخ، والصحيح: بصحة.

(٢) في «حج»: الشاتين.

أظهر المالك عدم الرضا لم يسمع منه، فيلزم وقوع التصرف بعد ذلك في ملكه بدون إذنه.

وأما الإباحة فهي سائغة ما دام الإذن باقياً ولم ينكشف خلافه، فإذا حصل المنع وجب الارتداع من التصرف، وإذا انكشف خلاف الظاهر من الإذن، وجب إجراء حكم الضمان في التصرف السابق.

فإن قلت: بناءً على كون الشراء فضولياً، لم يعلم ملك النبي ﷺ للشاتين، حتى يكون رضاه المستفاد من قرائن الأحوال كافياً في إباحة الإقباض.

مع أن الأصل عدم الإجازة، فهما باقيتان على ملك البائع ظاهراً إلى أن تحصل الإجازة.

قلنا: لما لزم العقد من طرف البائع برضاه ومنعه، فإذا علم أن النبي ﷺ سيرضى ويميز العقد، جاز بناء حلية التصرف عليه.

على أنه ربما لم يعلم البائع بكونه فضولياً، فلا طريق له إلى إثبات ذلك، ويُحكم عليه ظاهراً باللزوم من طرفه، على أن يكون للنبي ﷺ أو للفضولي، فيجب عليه ظاهراً أن يعمل بمقتضى عقده، فلا قدح فيه من جهته.

سلمنا أن إقباضه لم يكن سائغاً، لكنه لم يكن معصوماً، ولا يثبت إقرار النبي ﷺ له على جميع ما صنع، سيما ما يتعلق بحقه، وقد كان قصده المذمة، ورعاية المصلحة والغبطة.

وأما احتمال الوكالة العامة الغير المنافية للوكالة الخاصة، فخلافاً للأصل والظاهر، ولا ضرورة تدعو إلى ارتكابه.

وأما الحمل على المعاطاة فغير جيّد، بناءً على عدم كونها بيعاً وشراءً، وعلى أنّه يكتفى في العقد بكلّ لفظ دالّ على المعاطاة، وسيأتي أنّ معاطاة الفضولي أشدّ إشكالاً من عقده، فلا يجدي الحمل عليها، وإذا بنينا على كونها بيعاً وشراءً حقيقةً، وأنها مقتضية للتملك، فالفرق في حكم الفضولي ليس بجيّد.

الرابع: ما نقل من حكاية بيع عقيل دار النبي ﷺ، وإقراره عليه بعد فتح مكة^(١)، ونقل في التذكرة: أنّه لما قيل له: أين تنزل غداً؟ قال: «وهل ترك لنا عقيل من ربا»^(٢)، قال: يعني: أنّ عقيلاً باع ربا أبي طالب؛ لأنّه ورثه دون إخوته^(٣).

فإن كانت في الحكاية دلالة، فهي من المؤيدات.

الخامس: ما رواه المشايخ الثلاثة - في الحسن كالصحيح، والشيخ في الموثق أيضاً - عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر ﷺ، قال: «قضى أمير المؤمنين ﷺ في وليدة باعها ابن سيدها، وأبوه غائب، فاستولدها الذي اشتراها، فولدت منه غلاماً، ثمّ جاء سيدها الأوّل فخاصم سيدها

(١) التبيان ٩: ٣٦٩، مجمع البيان ٩: ٢٤٥، كنز العمال ١١: ٣٥ / ٣٠٦٨١، شرح نهج البلاغة

للمعتزلي ١٧: ١٩٤، معجم البلدان ٧: ١٧١.

(٢) مسند أحمد ٥: ٢٠١ و ٢٠٢، صحيح البخاري ٢: ١٥٧ و ٤: ٣٣.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٠.

الآخر، فقال: وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال: الحكم أن يأخذ وليدته وابنها، فناشده الذي اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ^(١) لك البيع، فلما أخذه، قال له أبوه: أرسل ابني، قال: لا والله، لا أرسل إليك ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليدة، أجاز بيع ابنه».

وهذا لفظ الكافي^(٢)، ونحوه ما في التهذيب^(٣)، وبينهما وبين عبارة الاستبصار وعبارة الفقيه^(٤) اختلاف يسير لا يخل بالمطلوب.

إلا أن في الكافي والتهذيب: «حتى ينفذ لك البيع» - بالفاء والذال المعجمة - أي: يمضيه لك، وفاعله: المالك أو ابنه؛ نظراً إلى احتمال قصد المباشرة أو التسبب، وفي الاستبصار: «حتى ينقد لك ما باعك» - بالقاف والذال المهملة - وربما كان بالذال المعجمة.

ومعناه على الأول: حتى ينقد لك الابن الثمن، الذي باعك الوليدة به، ويحتمل نفس المبيع، أعني: الوليدة.

وعلى الثاني: حتى يخلص لك المبيع باستجازته من أبيه وإجازته. ولعل هذا هو الظاهر، جمعاً بين النسخ فحاصل الجمع: هو حبس الابن حتى يميز الأب بيعه.

(١) في الكافي: ينقد.

(٢) الكافي ٥: ١٢/٢١١.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٩٠ - ٣١٩/٩١.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ٩٠ - ٣١٩/٩١، من لا يحضره الفقيه ٣: ١٤٠/٦١٥، الوسائل ٢١:

٢٠٣، أبواب نكاح العبيد والأماء، ب ٨٨ ح ١.

ووجه الاستدلال ظاهر، لأنه ﷺ أمر المشتري بحبس الابن حتى يميز الأب بيعه، فلو لم يكن للإجازة فائدة لم يأمره بذلك، وقد أخبر الباقر ﷺ بإجازة الأب للبيع، والظاهر وقوعها باطلاع من أمير المؤمنين ﷺ.

ومقتضاه: أن الوليدة وابنها بقيا للمشتري من غير أن يجدد الصيغة، ويعطي قيمة الابن.

وهذه كلها توجب صحة البيع الصادر من الفضولي، ووقوفه على الإجازة، وهو المطلوب.

وفي الحديث إشكال من وجوه:

أحدها: أنه ﷺ حكم للأب بأنه يأخذ ابن الوليدة، مع أنه كان حرّاً؛ إذ المشتري كان جاهلاً بحقيقة الحال، معتقداً صحة البيع، كما هو الظاهر، فيكون ولده حرّاً، ولأب أن يطالب المشتري بقيمة الولد، وليس له أخذ الولد الحرّ لحقه الثابت على الأب، بل لا يحل حبسه أيضاً فضلاً عن تملكه.

وأجاب الشيخ في الاستبصار:

أولاً بأنه إنّما حكم له بذلك؛ لامتناع المشتري من أداء قيمة الولد، فإنّه يجوز حينئذٍ أخذ الولد.

وثانياً بأنه يمكن المراد: وقيمة ابنها، وقال: وحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه، فإنّه كثير الاستعمال^(١).

وأجاب بعضهم بأنه إنما جاز ذلك؛ لأنّ الولد إنّما يعتق بأداء أبيه قيمته^(١). وهذا هو الوجه الأوّل.

وحمله بعض الفضلاء: على أنّه حكم بالتبني أولاً بذلك تقيّة، ثمّ أرشد المشتري إلى حيلة لتمشية الحقّ، وإبطال ذلك الحكم الفاسد^(٢).

أقول: وقد روى الشيخ - بإسناده الموثّق لهذا الخبر - عن عاصم بن حميد، عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قضى (عليّ عليه السلام)^(٣) في رجل ظنّ أهله أنّه قد مات أو قتل، فنكحت امرأته، أو تزوّجت سرّيته، فولدت كلّ واحدة منهما من زوجها، ثمّ جاء الزوج الأوّل، أو جاء مولى السريّة، قال: فقضى في ذلك أن يأخذ الأوّل امرأته؛ فهو أحقّ بها، ويأخذ سيّد سرّيته وولدها، أو يأخذ رضاه من الثمن؛ ثمن الولد^(٤)».

ورواه أيضاً - في الصحيح - عن عاصم بن حميد، عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل، الحديث^(٥).

وذكر في جملة من الأخبار: «إنّ للمالك قيمة الولد^(٦)»، وفي بعضها: «أنّه رقب^(٧)»، والجمع بين الروايات يقتضي جواز حبس الولد؛ للتوصّل إلى أخذ

(١) حاشية مجمع الفائدة والبرهان للبههاني: ٨٣.

(٢) روضة المتّقين ٩: ٢٨٨-٢٨٩.

(٣) ما بين القوسين لم يرد في المصدر.

(٤) تهذيب الأحكام ٨: ٢٧١/٦٣٣، الوسائل ٢٠: ٤٤٧، أبواب ما يحرم من الرضاع، ب ١٦ ح ٥.

(٥) تهذيب الأحكام ٧: ٤٠٦/٣٨٧، الوسائل ٢١: ١٨٨، أبواب نكاح العبد والأماء، ب ٧٦ ح ٦.

(٦) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٠/٣٥٣، الوسائل ٢١: ٢٠٥، أبواب نكاح العبد والأماء، ب ٨٨ ح ٥.

(٧) الكافي ٦: ١٨٤/٤، الوسائل ٢٣: ١٢٣، كتاب التدبير والمكاتبة، ب ٥ ح ٣.

قيمته وإن لم يجز تملكه.

ويشهد بذلك ما رواه الشيخ - في الموثق - عن سماعة، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مملوكة أتت قوماً، وزعمت أنها حرة، فتزوجها رجل منهم، وأولدها، ثم إن مولاهم أتاهم فأقام عندهم البيّنة أنها مملوكة، فأقرت^(١) الجارية بذلك؟ قال: «تُدفع إلى مولاهم هي وولدها، وعلى مولاهم أن يدفع ولدها إلى أبيه، بقيمته يوم يصير^(٢) إليه»، قلت: فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به؟ قال: «يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤديه، ويأخذ ولده»، قلت: فإن أبى الأب أن يسعى في ثمن ابنه؟ قال: «فعلى الإمام أن يفتديه، ولا يملك ولد حر^(٣)».

وهذه أوضح الروايات، ويمكن الجمع بينها على ما اقتضته.

وحمل جميع الأخبار المذكورة على التقية بعيد.

مع أن الظاهر من نقل الباقر عليه السلام لذلك الخبر: بيان الأحكام الواقعية، لا ما صدر على وجه التقية، والله أعلم.

ثانيها: إنه عليه السلام أشار إلى المشتري بأن يأخذ ابن سيّد الوليدة، حتى يمضي البيع، ومعلوم أنه لو وجب عليه الإماء، لم يجز أخذ الابن وحبسه لذلك، فكيف جاز مع عدم وجوب ذلك عليه؟ وهو إنَّما حبس

(١) في المصدر: وأقرت.

(٢) في المصدر: تصير.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٤٠٥ - ٤٠٦ / ٣٨٦، الوسائل ٢١: ١٨٧، أبواب نكاح العبيد والأماء،

ولد المشتري بأمرة عليه السلام، فكيف جاز مجازاته بأخذ ابنه؟ فأحد الأمرين مخالف للشرع ألّبتة.

ويمكن الجواب عن ذلك - بناءً على أنّ الحكم الأول صدر على وجه التقية - بأنّ غرض المشتري في الأصل تخليص ابنه، كما ينّبّه عليه قوله: «لا أرسل»^(١) ابنك حتّى ترسل ابني»^(٢)، فاقتضت المصلحة لإثبات الحقّ ورفع يد المالك عن الولد الحرّ أن يحبس ابنه الذي كان هو السبب في الأصل لحبس ولد الوليدة، فلذلك جاز له عليه السلام أن يأمر بذلك، فيكون من باب: ارتكاب أقلّ القبيحين عند الضرورة.

ويمكن أن يكون حبسه لاستيفاء الثمن وقيمة الولد عنه، حتّى يعطي قيمته للمالك، وينقذ ولده منه، فإنّ (غرامة ذلك)^(٣) على ابن المالك؛ لأنّه الذي غرّ المشتري، وتسبّب لخسارته، ولدلالة النصوص والفتاوى عليه، وحيث إنّ يجوز حبسه مع امتناعه من الوفاء وتمكّنه منه، فيُحمل القضية الواقعة على هذه الصورة.

وعلى هذا، فالغرض تخليص الولد بالإجازة، أو بأداء القيمة. ولما كان المظنون حصول الإجازة، قال: «خذ ابنه حتّى ينفذ لك البيع»، وحيث كان المهمّ عنده تخليص الولد قال: «لا أرسل ابنك حتّى ترسل ابني»^(٤)، ومعناه - كما قيل -: لا أرسله حتّى ترسل ابني، عوضاً عن

(١) في المصدر زيادة: إليك.

(٢) الكافي ٥: ٢١١/١٢، الوسائل ٢١: ٢٠٣، أبواب نكاح العبيد والأماء، ب ٨٨ ح ١.

(٣) بدل ما بين القوسين في «ف، ك»: غرامته.

(٤) الكافي ٥: ٢١١/١٢، الوسائل ٢١: ٢٠٣، أبواب نكاح العبيد والأماء، ب ٨٨ ح ١.

إرسال ابنك، أو لآخذ منه قيمة ابني، فأعطيك، فترسل ابني^(١).

وأجاب الشيخ عن هذا الإشكال بأنه إنَّما أمره أن يتعلّق بولد البائع؛ لأنَّه يلزم الدرك بالولد، ويجب عليه أن يغرم لصاحب الجارية ثمن الولد، ويفكّ ولد المشتري منه ويردّه عليه، فلمّا فعل ذلك أجاز الأب بيع الابن^(٢).

وبناء هذا الوجه على ما ذكر ثانياً، إلّا أنّه قد يستفاد منه وجوب فكّ الولد على الابن، وعدم الاكتفاء منه بأداء القيمة، وهو ممنوع.
والأمر في ذلك سهل، كما لا يخفى.

ثالثها: أنّ القائلين بصحّة عقد الفضوليّ يحكمون بأنّه يبقى موقوفاً إلى أن يبيّزه المالك، فيلزم، أو يفسخه، فينفسخ، ولا يجدي الإجازة بعد ذلك.

وهذا خلاف مقتضى الرواية، فيمتنع العمل بها ووجب طرحها، أو حملها على ما نقل عن العلامة المجلسي طاب ثراه، حيث قال: الظاهر أنّه عليه السلام كان عالماً بأنّه قد أذن للابن في ذلك، فأجرى بهذه الحيلة حكم الله تعالى موافقاً لعلمه، كما يظهر من قضاياه، وعلى هذا يسقط الاستدلال بالرواية^(٣).

وأجاب الأستاذ رحمته الله عن ذلك: بأنّه لا حاجة إلى هذا الحمل؛ لأنّ

(١) حاشية مجمع الفائدة: ٨٣، الحقائق الناضرة ١٩: ٤٥٧.

(٢) الاستبصار ٣: ٢٠٥.

(٣) حاشية مجمع الفائدة: ٨٣، مرآة العقول ١٩: ٢٣٧-٢٣٨.

المالك لم يتعرّض لفسخ العقد، كما لم يتعرّض لإمضائه، وغاية ما ظهر منه عدم الرضا بالإقباض واسترداد الجارية وابنها، ولا^(١) يمنع ذلك من كونه متردداً بين الفسخ والإمضاء^(٢).

وما قاله ليس ببعيد؛ إذ لا يشترط في تأثير الإجازة حصولها بعد عرض العقد عليه بلا فصل، من غير تردد وتوقف في ذلك قبلها.

كيف، وقد حكموا بصحة إجازة المكره بعد زوال إكراهه، وإنها العبرة بحصولها قبل أن يستقرّ رأيه على الفسخ ويفسخ.

ولم يظهر من الرواية خلاف ذلك، ولا يلزم من عدم الرضا بالقبض والتصرّف قبل إذنه عدم الرضا بالعقد والبناء على فسخه؛ فإنّ أحدهما غير الآخر.

فلا وجه حينئذٍ لطرح الرواية، ولا لحملها على ما هو خلاف الظاهر، مع أنّ الظاهر أنّ الباقر عليه السلام إنّما حكى ذلك ليعمل الناس بمقتضاه، ولو كان مبنياً على أمر غيبي لأشار إليه، والله أعلم.

السادس: ما رواه الشيخ والصدوق، عن مسمع أبي سيار، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني كنت استودعت رجلاً مالا، فجحدنيه وحلف لي عليه، ثمّ إنّه جاءني بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنت استودعته إيّاه، فقال: هذا مالك فخذ، وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك، فهي لك مع مالك، واجعلني في حلّ، فأخذت المال منه وأبيت أن آخذ الربح

(١) في المصدر: ولم.

(٢) حاشية مجمع الفائدة والبرهان: ٨٣ - ٨٤.

منه، وأوقفته^(١) المال الذي كنت استودعته، وأتيت حتّى أستطلع رأيك، فما ترى ؟ قال: فقال: «خذ نصف الربح منه، وأعطه النصف وحلّه، إنّ هذا رجل تائب ﴿إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ﴾»^(٢).

وذكر مضمونه في فقه الرضا عليه السلام^(٣).

قال العلامة في المختلف: إنّ الشيخ أفتى بما تضمّنته الرواية في الدين، وحمل هو وغيره ردّ النصف على الاستحباب^(٤).

وربّما يتأيد ذلك بأمره بالتحليل؛ فإنّه يعمّ التحليل من ذلك النصف، ومن منعه وتصرفه في ماله في تلك المدة وإن كان المستودع طلب التحليل له من الثاني، ومن نحوه دون الأول.

والتحليل ليس من الأمور الواجبة.

وفي بعض نسخ التهذيب: «خذ نصف الربح منه، وأعطه وحلّه، فالنصف الذي يأخذه هو الذي يعطيه».

وهذا يومئ أيضاً إلى أنّ الربح بتمامه له، إلّا أنّه يعطي نصفه للمستودع، ويجعله في حلّ منه ندباً؛ مجازاةً له على توبته، وعمله في الحال.

(١) في من لا يحضره الفقيه: ووقفت.

(٢) سورة البقرة: ٢: ٢٢٢.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٢١٥ / ٧٩٣، من لا يحضره الفقيه ٣: ١٩٤ / ٨٨٢، الوسائل ١٩: ٨٩،

كتاب الودیعة، ب ١٠ ح ١.

(٤) فقه الرضا: ٢٥٢.

(٥) مختلف الشيعة ٦: ٣٤.

ويمكن أن يكون الوجه في ذلك: أنه لم يعلم كون التجارة بعين ذلك المال، أو في الذمة، أو بكلّ منهما، أو اتفق بكلّ منهما، فأمره ﷺ بأن يتراضيا على المناصفة.

ولأنّما لم يأخذ الربح أولاً لجهله باستحقاقه له وإن كان المستودع أعطاه برضاه، وكأنّه لم يرد أن يقبل عطيته، أو ظهر له أنّ ذلك كان لزعمه استحقاق المودع للربح.

ولعلّ توقفه في أخذ أصل المال أيضاً - كما يقتضيه ظاهر الحديث - إمّا لجعله وديعةً عند المستودع إلى أن يستعلم حال الربح، أو لأنّه توهم الشبهة في استرداد المال منه، بعد الرضا بحلفه.

ووجه الاستدلال: أنّ ظاهر الرواية: كون الربح كلّهُ أو نصفه للمودع على جهة الاستحقاق، فيُحمل على أنّ التجارة وقعت بعين المال؛ لأنّها لو وقعت بهال في الذمة، ثمّ دفع ذلك المال عمّا في الذمة، كان عليه أداء ذلك المال خاصّةً والربح.

ولعلّه إنّما لم يسأل عن ذلك؛ نظراً إلى إقراره بأنّه ربح المقدار المذكور في ماله، وبإقراره بأنّه للمودع، كما هو ظاهر قوله: فهي لك.

ثمّ إنّ الظاهر تعدّد المعاملة بذلك المال في المدة المذكورة، فيكون رضا المودع بأخذ الربح إجازةً للعقد الأخير، ولكلّ ما ترتّب هو عليه من العقود السابقة، ولو فرض اتّحاد المعاملة لم يختلف الحكم أيضاً وإن كان خلاف الظاهر.

والظاهر أيضاً: أنّ المستودع إنّما اتّجر لنفسه، فإنّه كان غاصباً غير قاصد لاسترداد المال إلى صاحبه، ويحتمل أنّه اتّجر لصاحبه.

وعلى الوجهين يدلّ الحديث - ولو بمعونة الإجماع المركّب والأولوية - على صحّة الصورة الأولى التي هي محلّ البحث.

وظاهره الدلالة على صحّة كلّ من البيع والشراء، وأنّ الوديعة كانت من جنس الأثمان.

ومراده بقوله: هذا مالك، أي: حقّك الذي في ذمتي، لا أنّه عين ماله.

واعلم: أنّا لو نحمل الرواية على ما ذكر لم يكن لاستحقاق المودع للربح وجه أصلاً؛ لعدم كون الوديعة من الأموال التي فيها منافع وأرباح، وإنّما حصل الربح فيها بسبب التجارة الواقعة بعينها.

ولو لم يجز المالك المستودع، بطل العقد الأوّل، ووجب استرداد عوض الوديعة إلى أهله.

ولو اتّجر بالعوض ثانياً بطل، أو توقّف على إذن مالكه، وهكذا باقي العقود.

فلو أبطلنا عقد الفضولي، وجب عليه ردّ أموال الناس إليهم واسترداد أموالهم، فإذا جهلهم، أو عجز من الوصول إليهم بالنسبة إلى جميعهم أو بعضهم وجب العمل بأحكام مجهول المالك.

وإذا جوّزنا التقاصّ في بعض الصور، فالربح الباقي ليس له ولا للمودع قطعاً، فكيف أجاز لها الإمام عليه السلام؟

فالرواية حينئذٍ كالنصّ، بل نصّ على المدعى، ألا ترى أنّ الحليّ بنى في هذه المسألة المفروضة في الرواية على أصله من الحكم ببطلان العقد إذا وقع بعين المال.

وقال: الصحيح من أقوال أصحابنا، وعند المحصّلين منهم: أنّ البيع غير منعقد، ولا صحيح، والأمتعة لأربابها، والأرباح والأثمان^(١) لصاحبها.

وقال: إن كان الشراء بضمن في الذمة، ونقد المال عوضاً عنه، فالربح للمودّع^(٢)؛ لأنّه نهاء ملكه وربحه^(٣).

والرواية حجة عليه، ولا يقدر ضعف سندها؛ لتعدّد طرقها، وكون الضعف في طريق الصدوق إلى صاحب الأصل، وانجبارها بالشهرة العظيمة بين الأصحاب، بل اتّفاقهم ظاهراً على العمل بمضمونها في الجملة، إلّا من شدّد ونذر منهم.

قال العلامة في المختلف: إذا اتّجر الودعي بالوديعة من غير إذن المالك، كان ضامناً، والربح للمالك بأجمعه، قاله الشيخان وسلار وأبو الصلاح وابن البرّاج، وغيرهم^(٤).

(١) في جميع النسخ: الأثمار. وما أثبتناه من المصدر؛ لاقتضاء السياق.

(٢) في «حجج، ك»: للودعي.

(٣) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٥٣ - ٥٤.

(٤) المقنعة: ٦٢٦، النهاية: ٤٣٧، المراسم: ١٩٣، الكافي في الفقه: ٢٣٠ المهذب ١: ٤٢٣، غنية

التزوع: ٢٨٣ - ٢٨٤، الجامع للشرائع: ٣٣٩.

وكذا قال ابن الجنيد، إلا أن أصحابنا أطلقوا القول، وابن الجنيد قال: ولو تعدى فيها بالتجارة كان الربح لصاحب المال، إلا أن يكون صاحب المال خيرَه على أن ضمّته إياها، ولو خيرَه على ذلك ولم يتجر فيها ولا انتفع بها، ولا تعدى، لم يلزمه ضمانه إياها^(١).

قال العلامة: ولا بأس بهذا القول؛ لأنّ التضمين وإن لم يكن لازماً إلا أنّه يفيد الإذن في التصرف، وحيثُذ يكون الربح للودعي؛ لأنّه في الحقيقة استدانة.

ثمّ ذكر الرواية، وقال: الظاهر أن ذلك - أي: ردّ نصف الربح - على وجه الاستحباب.

وحكى عن الشيخ: أنّه أفتى بما تضمّنته الرواية في الدّين^(٢).

وهو قد ذكر ذلك في باب الدّين من النهاية، ووافق الأصحاب في باب الوديعة^(٣).

وقد تقدّم: أنّ الرواية لا تنافي استحقاق المالك لجميع الربح، بل ظاهرها ذلك، كما نقله العلامة عن الأصحاب^(٤)، وكأنّه لم يعتدّ بخلاف الحليّ^(٥)، أو لم يقف عليه.

(١) فتاوى ابن الجنيد: ٢١٠.

(٢) مختلف الشيعة ٦: ٣٤.

(٣) النهاية: ٣٠٧ و ٤٣٧.

(٤) مختلف الشيعة ٦: ٣٤.

(٥) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٥٣ - ٥٤.

ثم إنَّ اتِّفاقهم عليه مع خلافهم في عقد الفضولي إمَّا للبناء على صحَّته وإن غفل بعضهم فخالف في غير هذه المسألة، وإمَّا لتلقِّيهم الرواية على وجه التسليم والقبول.

وعلى أيِّ حال، فالرواية مقبولة عندهم، وإن كان الوجه فيها ما ذكرناه.

ولعلَّ عدم تقييدهم للحكم بصورة الإجازة، إحالة على الظهور، ونظراً إلى أنَّ مرادهم بكون الربح للمالك أنَّ له أن يأخذه من الودعي، وأخذه دليل الرضا والإجازة، وإنَّما لم يقيّدوا الحكم بما إذا وقعت التجارة بالعين؛ اكتفاءً بأنَّ ذلك ظاهر العبارة، وكون المسألة جليّةً.

ولذلك أنَّ العلامة - مع إطلاق كلامه هنا في المختلف - قال في التذكرة: إذا استودع مالاً وانَّجَر به بغير إذن صاحبه، فإن كانت التجارة بعين المال، فالربح للمالك إن أجاز المعاوضات، وإلَّا بطلت بأسرها، وإن كانت في الذمّة ونقد مال الوديعة دَيْناً عليه، فالربح للعامل، وعليه ردّ المال.

ثم ذكر الرواية، وقال: إنَّها محمولة على الإرشاد على فعل الأولى، بقرينة قوله: فما ترى، والإمام عليه السلام أرشده إلى المعتاد بين الناس من^(١) قسمة ربح التجارة نصفين^(٢). انتهى كلامه.

واعلم: أنّه في كتاب القراض من المختلف قال: قال الشيخ في

(١) لم ترد في المصدر.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٦: ٢٢٧.

المبسوط، وابن إدريس: إذا غصب مالاً فاتَّجر به، أو كان في يده وديعة أو نحوها، فتعدَّى فيها واتَّجر وربح، قيل: في الربح قولان:

أحدهما: أنه بأجمعه للمالك، وإلا كان ذريعةً إلى غصب الأموال والخيانة في الودائع، فجعل^(١) الربح لصاحب المال صيانةً للمال^(٢).

والثاني: أن الربح للغاصب خاصّة؛ لأنه إن اشترى بالعين بطل، وإن اشترى في الذمة ملك المشتري المبيع، وكان الثمن في ذمته بلا خلاف، فإذا دفع مال غيره فقد قضى دين نفسه بهال غيره، فكان عليه ضمان المال فقط، والمبيع ملكه حلال له طلق، فإذا اتَّجر فيه وربح كان متصرفاً في مال نفسه، فلهذا كان الربح له دون غيره، وعصمة الأموال تحصل بالخوف من الله سبحانه وتعالى.

قال الشيخ: وهذا القول أقوى، والأول تشهد به روايتنا^(٣).

وقال ابن إدريس: وهذا القول هو الصحيح الذي تقتضيه الأدلة وأصول المذهب.

وقال العلامة: وجه الجمع بين القولين: (أنه إن كان الشراء)^(٤) بالعين وربح، كان الربح للمالك إن أجاز، أو تعددت العقود وتناقلت الأثمان والمثمنات، بحيث لا يمكن تحصيل العين، وإن كان الشراء في الذمة،

(١) في المصدر: فيجعل.

(٢) في المصدر: للأموال.

(٣) في المصدر: رواياتنا.

(٤) يدل ما بين القوسين في المصدر: إنَّ الشراء إن كان.

فالربح للغاصب^(١). انتهى كلامه.

وقال المحقق الكركي في بيان مضاربة العامل بدون إذن المالك: إنّ الحكم بأن ربح ما اشتراه الغاصب في ذمته ليس مذهباً لنا، واستحقاق العامل الأول - مع أنّه لا مال له ولا عمل - كذلك^(٢).

وليتدبّر فيما ذكره ونقلوه.

السابع: ما رواه الشيخ - في الموثق كالصحيح - عن جميل، عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل دفع إلى رجل مالاً يشتري به ضرباً من المتاع مضاربةً، فذهب فاشترى به غير الذي أمره، قال: «هو ضامن، والربح بينهما على ما شرطه»^(٣).

ويعضدها أخبار أخر قد عمل بها الأصحاب بلا خلاف يعرف بينهم. ووجه الاستدلال بها: أنّ العامل لم يكن وكيلاً في تلك المعاملة، فلو بطل عقد الفضوليّ، لبطل عقد العامل هنا أيضاً، فوجب ردّ كلّ إلى صاحبه، ولم يجز تقسيم الربح بينهما، كما دلّت عليه الرواية، فهي محمولة على تحقّق الإجازة مع الربح، كما هو الغالب، دون الخسران.

وإنما قسّم الربح بينهما بناءً على إطلاق عقد المضاربة، وتعلّقه بكلّ

(١) مختلف الشيعة ٦: ٢١٠ - ٢١١، المبسوط ٣: ١٨١، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ٥٠ - ٥١.

(٢) جامع المقاصد ٨: ٦٣.

(٣) في المصدر: شرط.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ٢٢٩ - ٢٣٠ / ٨٥٣، الوسائل ١٩: ١٨، كتاب المضاربة، ب ١ ح ٩.

عقد صحيح وقع بذلك المال برضا المالك سابقاً، أو لاحقاً، وفي هذا كلام بيّن في محله.

الثامن: ما رواه الشيخ والكليني، عن ابن أشيم^(١)، عن أبي جعفر عليه السلام: في العبد المأذون إذا توكل عن أجنبي في شراء عبد وإعتاقه وإحجاجة بهاله، فشرى أباه، وعمل بجميع ذلك، ثم اختلف مولى المأذون، وورثة الأجنبي وموالي المعتق، كلّ منهم يدّعي: أنّ الشراء وقع بهاله، فقال أبو جعفر عليه السلام: «أما المعتق فهو ردّ في الرق لموالي أبيه، وأيّ الفريقين بعد أقاموا البيّنة على أنّه اشترى أباه من أمواهم، كان له^(٢) رقاً^(٣)»، وتأتي الرواية بعينها في بيع الحيوان.

ووجه الاستدلال: أنّه عليه السلام اكتفى في الحكم بتملّك العبد بثبوت كون الشراء وقع بهاله، فلو لم تكن إجازة المالك للفضولي كافية في صحّة العقد، لم يكن كذلك؛ لعدم استلزام العام للخاصّ، فتدبّر.

التاسع: الروايات الواردة في صحّة نكاح الفضولي، ونكاح العبد أو الأمة بغير إذن المولى، وهي كثيرة، بل ادّعى الحلّي: أنّها متواترة، وقد عمل بها الأصحاب، إلّا من ندر منهم^(٤)، كما تقدّم:

منها: ما رواه الكليني والشيخ - في الحسن كالصحيح - عن زرارة، عن

(١) في النسخ: «أبي أشيم»، والمثبت كما في المصدر.

(٢) في المصدر: لهم.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٢٧٩ - ٢٨٠ / ٢٣، الكافي ٧: ٦٢ - ٦٣ / ٢٠، الوسائل ١٨: ٢٨٠،

أبواب بيع الحيوان، ب ٢٥ ح ١.

(٤) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١١: ٢٨٠.

أبي جعفر عليه السلام، قال: سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيده، فقال: «ذاك إلى سيّده، إن شاء أجازته وإن شاء فرق بينهما»، قلت: أصلحك الله إنّ الحكم بن عتيبة، وإبراهيم النخعي، وأصحابهما، يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد، ولا تحلّ إجازة السيّد له، فقال أبو جعفر عليه السلام: «إنّه لم يعص الله، إنّما عصى سيّده، فإذا أجاز فهو له جائز»^(١).

ورواه الصدوق، في الموثّق كالصحيح، على ما في الوسائل^(٢).

ويقرب من ذلك الرواية الأخرى لزرارة، عنه عليه السلام، وفي آخرها: فقلت لأبي جعفر عليه السلام: (فإنّه في أصل)^(٣) النكاح كان عاصياً، فقال: «إنّما أتى شيئاً حلالاً، وليس بعاصٍ لله، إنّما عصى سيّده ولم يعص الله، إنّ ذلك ليس كإتيان ما حرّم الله^(٤) من نكاح في عدة، وأشباهه»^(٥).

ولعلّ المراد: إنّ ذلك النكاح ليس ممّا منع الله سبحانه وتعالى منه مطلقاً، كما في نكاح المعتدّة، ونحوه، بل إنّما منع منه لعدم رضا السيّد، فإذا رضي ارتفع المانع، كما نصّ عليه في الرواية السابقة.

(١) الكافي ٥: ٤٧٨/٣، تهذيب الأحكام ٧: ٤٠٦ - ٤٠٧/٣٨٩، الوسائل ٢١: ١١٤، أبواب

نكاح العبيد والأماء، ب ٢٤ ح ١.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٥٠/١٦٧٥، الوسائل ٢١: ١١٥، أبواب نكاح العبيد والأماء، ب

٢٤ ذيل ح ١.

(٣) في الكافي: فإن أصل.

(٤) في المصدر زيادة: عليه.

(٥) الكافي ٥: ٤٧٨/٢، من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٨٣/١٣٤٩، الوسائل ٢١: ١١٥، أبواب

نكاح العبيد والأماء، ب ٢٤ ح ٢.

والاستدلال بهذين الخبرين ونظائرها من وجوه:

الأول: إنه إذا جاز نكاح الفضولي فكذلك بيعه؛ لأن الأصل في الخلاف في ذلك هو الشيخ، وقد منع في الموضعين^(١)، وكذلك فخر المحققين^(٢).

والفرق بينهما قول نادر، ولا يعتد به، وقد ثبت صحّة الأوّل بها ذكر، فكذا الثاني بالإجماع على عدم الفرق.

والروايات المخالفة لذلك مطرحة، أو محمولة بما يُتّين في كتاب النكاح.

الثاني: إنه صحّ بما ذكر نكاح العبد مع كونه فضولياً ومحجوراً عليه، فيصحّ بيع الفضولي إذا كان فضولياً خاصّةً أيضاً.

وكما أنّ الإجازة المتأخّرة معتبرة في الأوّل، فكذا الثاني؛ لاشتراكهما في اشتراط صدور العقد من المالك، أو إذنه ورضاه بذلك.

الثالث: إنّ المتحصّل من هذه الأخبار: أنّ وضع صيغ العقود ليس لمجرّد دلالتها على الرضا بمضامينها، حتّى أنّها إذا وقعت من غير المالك ومن في حكمه كانت لاغية باطلّة، بل هي في نفسها معتبرة مطلوبة للشارع أيضاً، كما أنّ الرضا والإذن مطلوب.

وعلى هذا، يرتفع الفرق بين النكاح والبيع، بناءً على عدم لزوم المعاطاة، أو عدم اقتضائه التملك أصلاً، فصحة عقد الفضولي في أحدهما يقتضي بها في الآخر أيضاً.

(١) الخلاف ٣: ١٦٨، و ٤: ٢٥٧-٢٥٨.

(٢) إيضاح الفوائد ١: ٤١٦-٤١٧ و ٣: ٢٧.

الرابع: إنّه ثبت الحكم في النكاح بما ذكر، فكذا البيع بالطريق الأولى؛ لأنّ بناء البيع على المعاوضة، ومقابلة المال بالمال، والرضا بذلك، وهذا الغرض حاصل في الفضولي مع الإجازة.

والماليّات يتسامح فيها بما لا يتسامح به في الفروج، فإنّ الأمر فيها شديد، كما هو معلوم، ومنصوص عليه.

ففي صحيحة شعيب الحدّاد، عن الصادق عليه السلام، قال: «هو الفرج، وأمر الفرج شديد، ومنه يكون الولد، ونحن نحتاط، فلا تزوّجها»^(١).

وفي صحيحة مسعدة بن زياد، عنه^(٢)، عن آبائه عن النبي صلى الله عليه وآله، قال: «لا تجامعوا في النكاح على الشبهة، وقفوا عند الشبهة»^(٣) الحديث.

وفيما رواه الشيخ والصدوق، عن العلاء بن سيّابة - في حديث طويل - أنّه قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «يزعمون أنّها لو وكلت رجلاً، وأشهدت في الملاء، وقالت في الملاء»: اشهدوا أنّي قد عزلته (وأبطلت وكالته، بلا أن يعلم بالعزل)^(٤)، ينقضون^(٥) جميع ما فعل الوكيل في النكاح

(١) في المصدر: يتزوّجها.

(٢) الكافي ٥: ٤٢٣ / ٢، تهذيب الأحكام ٨: ٢٨ / ٨٤٠، الوسائل ٢٠: ٢٥٨، كتاب النكاح، ب ١٥٧ ح ١.

(٣) في المصدر: عن جعفر عليه السلام.

(٤) تهذيب الأحكام ٨: ٣٢ / ٨٥٩، الوسائل ٢٢٠: ٢٥٨ - ٢٥٩، كتاب النكاح، ب ١٥٧ ح ٢.

(٥) في النسخ: الخلا. والمثبت كما في المصدر.

(٦) بدل ما بين القوسين في التهذيب: بطلت وكالته وإن لم يعلم العزل.

(٧) في المصدر: وينقضون.

خاصّةً، وفي غيره لا يبطلون الوكالة، إلّا أن يعلم الوكيل بالعزل، ويقولون: المال منه عوض لصاحبه، والفرج ليس منه عوض إذا وقع منه ولد، فقال ﷺ: «سبحان الله! ما أجور هذا الحكم، وأفسده، إنّ النكاح أحرى وأحرى أن يحتاط فيه، وهو فرج ومنه يكون الولد»^(١) الحديث.

ولعلّ حكمه ﷺ بتركهم للاحتياط، مع أنّهم - بحسب الظاهر - زعموا: رعاية الاحتياط في ذلك؛ نظراً إلى ما كان يترتب على نقضهم النكاح، وهو تزويجها بغير من عقدها الوكيل له، فيؤدّي إلى ولادة أولاد الزنا منه.

ولو أبقوا النكاح على حاله، فلو لم يكن صحيحاً بطريق الوكالة لكان صحيحاً باعتبار الإجازة.

ولو أرادوا زيادة الاحتياط أمكن لهما تجديد العقد برضاها؛ لعدم ضرر عليهما في ذلك.

وأما النقض فإنّما يقع قهراً على الزوج، ولم يكن باختياره حتّى يسهل عليه الاحتياط بإجراء صيغة الطلاق.

ويمكن أن يكون الوجه في ذلك: بناءهم أمر النكاح - الذي هو موضع الاحتياط - على رأيهم المبني على القياس والاستحسان، وعدم الوقوف فيه على النصوص المحكمة المتقنة، وقولهم في سائر العقود وإن كان كذلك إلّا أنّه لا يطلب فيها الاحتياط كما يطلب في النكاح، فالغرض

(١) تهذيب الأحكام ٦: ٢٤٠ - ٢٤١ / ١٣٠، من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٨ / ١٦٨، الوسائل ١٩ :

حيثُ أنَّه أخرى بأن يحتاط فيه من غيره، وقد تركه المخالفون، ولا يراد أنهم احتاطوا في غيره وتركوا الاحتياط فيه.

وقد ثبت بما ذكر: أنه إذا جاز للمالك وللزوجين أن يميزا نكاح الفضولي - وبنا أمرهم عليه، مع ما يطلب فيه من الاحتياط، وكون الصيغة مطلوبةً فيه، بحيث لا يقوم غيرها مقامها - فالجواز في بيع الفضولي أولى.

وقد اعترف فخر الإسلام بالأولوية، واستدل على بطلان نكاح الفضولي ببطلان بيعه، فيكون صحة الأول مستلزماً لصحة الثاني^(١)، وهو المدعى.

الخامس: فحوى التعليل المذكور في الخبرين حيث فرق بينهما، بين ما يكون سبب اختلال العقد أمراً محرماً بالأصالة، وما يكون لأجل حق المخلوق كالمالك، فالأول يبطل مطلقاً، والثاني يتدارك بإجازة ذي الحق وإسقاطه لحقه، وقد ذكر في مقام الاستدلال والتعجب من فتاوى المخالفين، فيكون عامّاً لكل ما كان كذلك، إلا ما خرج بالدليل، فيندرج فيه البيع، وهو المطلوب، فلا وجه للعدول عن هذا القول أصلاً.

[حجج القائلين بالبطلان مطلقاً]

احتج القائلون بالبطلان مطلقاً بوجوه:

الأول: الإجماع، حكاه ابن زهرة في الغنية، وكذا الشيخ في الخلاف،

قال: ولا يعتد بالمخالف^(١).

وجوابه يظهر مما سبق.

وقد أفتى هو في النهاية: وظاهر الاستبصار بالصحة^(٢)، وقال في نكاح الخلاف - وهو بعد بيعه - ما قال^(٣)، وقد تقدّم.

الثاني: إنّ العقود الشرعية تتوقف على أدلة شرعية، ولا دليل على أنّ عقد الفضولي من العقود المقررة في الشرع، وآنه يقف على الإجازة، فوجب الحكم بفسادها.

وفيه: إنه قد ثبت بما ذكرنا من الأدلة.

الثالث: إنّ من لوازم عقد البيع التصرف ووجوب الوفاء والتسليم، وغير ذلك من الأحكام المترتبة على كلّ بيع صحيح شرعيّ بمجرد حصوله، واللوازم منتفية في الفضولي، كما هو ظاهر، وهو قاض بانتفاء الملزوم - أعني: كونه صحيحاً - فيكون باطلاً، وهو المطلوب.

وفيه: أنّ المستند في ثبوت هذه الأحكام الأدلة المطلقة التي رتب الأحكام فيها على البيع، والعقد، ونحو ذلك، ولا بدّ من تقييدها بالصحيح منها، كما هو ظاهر، وعليه بني الدليل.

وحينئذٍ، فإن قلنا بأنّ الإجازة ناقلة، فالصحة الموجبة لترتب الأثر إنّما تحصل بعدها، فيتأخّر ثبوت الأحكام عنها، كما يتأخّر عن التقابض في

(١) غنية النزوع: ٢٠٧، الخلاف ٣: ١٦٨.

(٢) النهاية: ٣٨٥، الاستبصار ٣: ٢٣٤.

(٣) الخلاف ٤: ٢٥٧-٢٥٨.

الصرف، ونحوه من الشرائط المتأخرة عن العقد، فالعقد وإن صحّ قبلها من حيث إنّه عقد لكنّه إنّما يقتضي أثراً ناقصاً، لا يثمر إلّا بتحقيق الشرط المتأخر، كما هو الشأن في أجزاء العلة التامة.

وبهذا المعنى يحكم بصحة عقد الفضولي قبل الإجازة، وبيع الصرف قبل التقابض، والإيجاب قبل القبول، ونحو ذلك، فالأثر التام يتبع شرائط المباشرة والتصرف معاً، وأما الآثار الناقصة فتتبع مقتضياتها.

وإن قلنا بأنّها كاشفة، فصحة العقد وفسادها^(١) يعرف بالإجازة والفسخ، وبذلك يعرف ترتّب الأحكام وعدمه.

فإن أريد باللوازم: العلم بالأحكام، فمنعه ظاهر، وإلّا لم يشته حكم شيء من العقود الصحيحة عند وقوعها، وهو ظاهر البطلان.

وإن أريد: نفس الأحكام، فدعوى انتفائها مطلقاً ممنوعة.

وإنّما هو مع الفسخ وعدم الإجازة.

وأما مع الإجازة فهي ثابتة واقعاً بمجرد العقد، وعدم العلم بذلك لا يقتضي عدمه واقعاً، فاللازم حينئذٍ فساد الصورة الأولى لا الثانية، وهو مسلم.

الرابع: إنّ صيغ العقود إنّما شرّعت للدلالة على الرضا بمضامينها، ومن المعلوم أنّ ذلك وظيفة المالك ومن في حكمه خاصّة، فإذا صدرت من الفضولي كانت لاغية غير مشمّرة.

(١) كذا في النسخ، والصحيح: وفساده.

وهذا متوجّه على مَنْ لا يشترط الصيغة، ولا يفرّق بينها وبين المعاطاة.
وأما المشترطون للصيغة - ومنهم المخالف في هذه المسألة^(١) - فلا وجه لاستدلالهم بذلك.

الخامس: إنّ رضا المالك شرط لانتقال ماله عنه، وإباحة تصرّف غيره فيه؛ إذ «لا يحلّ مال امرئ إلّا من طيب نفسه»^(٢)، وكذلك لانتقال مال الغير إليه وسائر أحكام البيع، وما هو شرط للآثار المترتبة على الشيء شرط لذلك الشيء، وإلّا لزم تخلف المعلول عن علته.
فلو وقف عقد الفضولي على الإجازة، لزم تأخّر الشرط عن المشروط، وهو باطل.

وهو منقوض بنحو التقابض في الصرف، وحلّه ما سبق.

السادس: إنّ الإذن لو لم يكن شرطاً حال العقد، لم يكن شرطاً مطلقاً،
والتالي معلوم البطلان، فكذا المقدم.

ووجه الملازمة: إنّ البيع وسائر العقود أسباب للنقل والانتقال،
ومدلولها إنشاء ذلك، فلو لم تكن حال وقوعها وتأثيرها مشروطة
بالإذن، لم تكن أيضاً مشروطة به حال انعدامها وانتهاء تأثيرها.

(١) الشيخ الطوسي في الخلاف ٤: ٢٥٧، وابن إدريس في السرائر ٣: ٥٣ - ٥٤، وفخر المحقّقين في إيضاح الفوائد ١: ٤١٦ - ٤١٧.

(٢) هذه الرواية منقولة بالمعنى، انظر: مَنْ لا يحضره الفقيه ٤: ٦٦ - ٦٧ / ١٩٥، تفسير القمي ١: ١٧٩، بحار الأنوار ٣٧: ١١٣ / ضمن الحديث ٦، الوسائل ٥: ١٢٠، أبواب مكان المصلي، ب ٣ ح ١، و ٢٩: ١٠، كتاب القصاص، ب ١ ح ٣.

وجوابه أيضاً ما سبق.

السابع: ما ذكره فخر الإسلام، وهو: أن جواز التصرف بالعقود من توابع الملك وليس بأعم منه ومعلول له، ولا يجوز وجود التابع المساوي بدون متبوعه، ولا المعلول بدون علته^(١).

وفيه: أن أراد توقف التصرف بالعقد على الملك مطلقاً، فمصادرة، أو توقف الاستقلال فيه من كل وجه، فمسلّم، وتصرف الفضولي ليس كذلك.

الثامن: ما ذكره هو والشيخ وغيرهما، وتحريره: أن عقد الفضولي تصرف في مال الغير بغير إذنه، فيكون حراماً وباطلاً^(٢).

أما أنه تصرف؛ فلائنه لم يقصد بعقده الهذر والهديان، وإلا كان لاغياً، وإنما قصد النقل والانتقال حقيقة، وهو تصرف.

ولذلك يسقط الخيار إذا صدر من ذي الخيار فيما انتقل إليه، ويوجب لزوم الهبة الجائزة.

وأما حرمة؛ فلعدم الخلاف في ذلك، كما في الخلاف^(٣)، ولقبحه عقلاً وشرعاً، وهو معلوم.

وقد نقل في الوسائل، عن إكمال الصدوق: أنه روى عن عدة ممن روى

(١) إيضاح الفوائد ١: ٤١٧.

(٢) إيضاح الفوائد ١: ٤١٧، الخلاف ٣: ١٦٨، المهذب البارع ١: ٤٦٢.

(٣) الخلاف ٣: ١٦٨.

عنهم، عن محمد بن جعفر الأسدي - فيما ورد عليه من جواب مسائله -
عن محمد بن عثمان العمري رحمته الله، عن صاحب الزمان عليه السلام: «وأما ما
سألت من أمر الضياع التي لناحيتنا: - هل يجوز القيام بعمارتها، وأداء
الخراج منها، وصرف ما يفضل من دخلها إلى الناحية؛ احتساباً للأجرة؛
وتقرباً إليكم؟ - : فلا يحل لأحد أن يتصرف في^(١) مال غيره بغير إذنه،
فكيف يحل ذلك في مالنا؟ مَنْ فعل شيئاً من ذلك بغير أمرنا، فقد استحلَّ
منا ما حرم عليه^(٢) الحديث، ونقله صاحب الاحتجاج عن الأسدي^(٣)،
وهو يعم التصرفات المذكورة.

وإذا ثبت الحرمة ثبت الفساد بالإجماع المركب، كما هو الظاهر، وبأن
النهي يقتضي الفساد في مثل ذلك، كما قُرّر في الأصول^(٤).

والجواب: منع إطلاق التصرف على ذلك؛ لأنه إنَّما يطلق على نحو
البيع إذا صدر عن المالك؛ لوجود المقتضي للانتقال وهو الملك، أو من
الغاصب المستقل بالأمر؛ لقصد نقل مال الغير بفعله، وأما من يقيم
نفسه مقام المالك في إجراء صيغة البيع منه؛ لكونه مطلوباً منه إذا قصد
المعاوضة، عازماً على وقوف العقد على رضاه في الإجازة أو الفسخ، فلا
يعدّ فعله هذا تصرفاً في العرف والعادة، فلا يشمل إطلاق النهي، ولا

(١) في كمال الدين: من.

(٢) الوسائل ٩: ٥٤٠ - ٥٤١، أبواب الأنفال، ب ٣ ح ٧، كمال الدين وإتمام النعمة: ٥٤٦ -

٤٩/٥٤٨.

(٣) الاحتجاج ٢: ٥٥٨ - ٥٥٩/٣٥١.

(٤) العدة في أصول الفقه ١: ٢٦٠ - ٢٦٧، تهذيب الوصول: ١٢١.

يحكم بقبحه العقل، مع أن في دلالة النهي على الفساد كلاماً مبيّناً في محله.
التاسع: ما ذكره هو وغيره أيضاً، وهو: أنه إنّا بطل بيع الآبق لتعذر التسليم، وهو شرط، فبيع ما لا ملك فيه ولا قدرة على تسليمه أولى؛ لفقد السبب والشرط^(١).

وفيه: أنه إنّا يعتبر الملك والقدرة على التسليم بالنسبة إلى المالك المجيز لا العاقد، وإلا لم يصح عقد الوكيل على إجراء الصيغة فقط، أو ما عدا التسليم مطلقاً؛ لعدم تسلّطه على ذلك أصلاً، فإذا جاز عقده، جاز عقد الفضولي أيضاً.

ويمكن الجواب بأنّه يكفي القدرة على التسليم واقعاً، وإن لم يعلم حال العقد، وهو هنا حاصل؛ إذ بالإجازة يعلم حصول الشرط عند العقد، وهو المطلوب، وإنّا ينتفي مع عدمها، ولا كلام في البطلان حينئذٍ. مع أنه لا دليل يُعتدّ به على اعتبار الشرط المذكور مطلقاً إلا الإجماع، وهو مفقود في المقام.

العاشر: إنّه يشترط في صحّة العقد مقارنته لقصد المدلول، فإنّ العقود تتبع القصود، وهو منتف في الفضولي؛ لأنّه لا يتعلّق إلا بالمقدور، والنقل غير مقدور له، فيمتنع قصده.

وقد سبق في اشتراط القصد ما يعرف به الجواب عن ذلك.

(١) إيضاح الفوائد ١: ٤١٧، الكافي في الفقه: ٣٥٦، غنية النزوع: ٢١١، قواعد الأحكام

الحادي عشر: إنّ عقد الفضولي مشتمل على الغرر؛ للجهل بحصول أثره، وبيع الغرر منهي عنه، وباطل.

ويتأكد ذلك فيما إذا كان أحد المتعاقدين مالكا، وبعيداً عن المالك الآخر، فإنه يمنع حيثئذ من التصرف في كلا العوضين إلى أن ينكشف حقيقة أمر الآخر، وهو ضرر، وحذر عظيم.

وفيه: إنا إن جوّزنا الفسخ قبل الإجازة لكلّ منهما، فالغرر^(١) متنف؛ لتملكه أمر نفسه، بخلاف ما إذا وقع العقد من المالكين ومن في حكمهما؛ للزوم العقد من طرفهما، كما هو الأصل.

وإلا فالإشكال متجه، لكنّه لا يتمّ مع الوثوق بالإجازة، ولا قائل بالفرق.

والجواب الحاسم لمادة الإشكال: أنّ عمدة ما ثبت به بطلان الغرر هو الإجماع، وانتفاؤه ظاهر في المقام، والنصوص مختصة بمواضع ليس ما نحن فيه منها.

وأنّ العبرة في الغرر بجهالة الحصول بالنسبة إلى من يجب عليه التسليم، وإلا لما صحّ المعاملة مع من يعلم أو يظنّ عدم تسليمه للعوض، مع أنّه صحيح اتفاقاً، فإذا كان العبرة بحال من يجب عليه التسليم، لم يلزم ثبوت الغرر هنا؛ ولذلك فهم الأصحاب من هذا النهي شرط القدرة على التسليم، لا ظنّ حصول التسليم.

(١) في «ع، ش، ك، م: فالضرر.

الثاني عشر: الأدلة السمعية الدالة على ذلك.

منها: الآية الكريمة: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١) فإنها تدلّ أبليغ دلالة على بطلان غير التجارة الصادرة عن التراضي، ولذلك سمي ما عداها باطلاً.

والمعنى: لا يتصرّف بعضكم في أموال بعض بوجه من الوجوه، فإنّه باطل، إلّا بوجه التجارة المذكورة، ولو لم يقصد ذلك لزم الإجمال، وقلة الارتباط بين المستثنى والمستثنى منه، فينبغي دفع ذلك بحسب الإمكان.

والتجارة هي: العقد، لا التوكيل فيه، أو الإجازة له.

والتراضي: عبارة عن تراضي المالكين؛ إذ لا عبرة برضا غيرهما.

ومعنى كون التجارة ﴿عَنْ تَرَاضٍ﴾: أن تكون صادرةً وناشئةً عنه بالمباشرة، أو الوكالة وما في حكمها، أو كائناً بعده، ومفهوم القيد معتبر هنا؛ لإخراج التجارة الواقعة عن إكراه، ففي الآية دلالة من وجهين على اشتراط تراضي المالكين مقارنةً للعقد، وأنه إذا لم يكن مقارنةً كان التصرف في العوضين حراماً، وهو يشمل عقد الفضولي بأقسامه، فيبطل مطلقاً، تعقّب الإجازة أم لا.

وفيه: أن الاستدلال إن كان بالنهي، فإجماله ظاهر، وكذلك انقطاع الاستثناء، كما نصّ عليه جمع من المفسرين^(٢).

(١) سورة النساء ٤: ٢٩.

(٢) التبيان في تفسير القرآن ٣: ١٧٨، الكشف ١: ٥٠٢، التفسير الكبير للرازي ١٠: ٧٠.

والحمل على البيان والاتصال تكلفٌ مقتضى لمخالفة الآية للواقع؛
لعدم انحصار حلّة الأكل في جهة التجارة، فبناء الاستدلال على ذلك
باطل لا وجه له.

مع أنه قد روى في المجمع، عن الباقر عليه السلام: «أن الباطل: هو الربا،
والقمار، والنجس^(١)، والظلم^(٢)».

وإن كان بمفهوم القيد، فاعتباره ممنوع.

والغرض منه: خروج التجارة الواقعة مع عدم التراضي، ولا يلزم من
ذلك حرمتها، وفسادها مطلقاً.

على أنه يمكن على تقدير نصب ﴿تَجَرَّةٌ﴾ - كما هو المنقول عن قراءة
الكوفي^(٣) - أن يكون ﴿عَنْ تَرَاضٍ﴾ خبراً ثانياً لـ ﴿تَكُونُ﴾، فيلزم حينئذٍ
وقوع الأكل والتصرف بعد التراضي، سواء تقدّم على التجارة أو تأخر
عنها.

أو يقال على القراءتين: إنّ المراد ﴿أَنْ تَكُونَ تَجَرَّةً﴾ كاملة ﴿عَنْ
تَرَاضٍ﴾، أو ممضأة ﴿عَنْ تَرَاضٍ﴾، فيندرج عقد الفضولي؛ لأنّ كماله
وإمضاءه بالإجازة.

وهذا نظير ما حكى في المجمع عن مذهب الإمامية والشافعية وعن
غيرهم من: أنّ معنى التراضي بالتجارة: إمضاء البيع بالتفرّق، أو التأخير

(١) في المصدر: والبخس.

(٢) مجمع البيان ٣: ٦٨.

(٣) مجمع البيان ٣: ٦٨.

بعد العقد^(١).

أو يقال: إنّ الخطاب تعلّق بالمالكين، والتجارة الصادرة من الفضولي لا يطلق عليها أنّها تجارة المالك إلّا بعد إجازته، فكأنّ تجارته وقعت عن التراضي.

أو يقال: إنّ الآية إنّها اشتملت على بيان التجارة الصادرة من المالكين، فيشترط وقوعها برضاها^(٢).

ويشير إلى هذا المعنى ملاحظة بقية الآية، فتدلّ حينئذٍ على بطلان عقد المالك المكره، ويكون حكم عقد الوكيل والفضولي وغيرهما مسكوتاً عنه.

أو يقال: إنّ المدار على وقوع التجارة عن رضا المتعاقدين، فتشمل جميع أقسامها، وخرج من ذلك المتعاقدان اللذان لم يأذن لهما المالك، ولا أجاز عقدهما، وبقي الباقي داخلاً.

وبوجه آخر: إنّ العبرة برضا المالكين المتعاقدين، ومن في حكمهما، والفضولي بعد الإجازة يُعلم كونه عند العقد في حكم المالك، وقد وقع العقد برضاه.

أو يقال على القول بكون الإجازة ناقلّة: إنّ التجارة عبارة عن العقد والإجازة، وهي الأصل في الصحة حتّى قيل: إنّها كالعقد المستأنف^(٣) وقد وقعت برضا المالك، فتندرج في الآية.

(١) مجمع البيان ٣: ٦٩.

(٢) في وف، ك، حج: برضاها.

(٣) النهاية: ٤٧٦، شرائع الإسلام ٢: ٣٦١، تحرير الأحكام ٣: ٥٠٩.

وبالجملة: فمع احتمال هذه الوجوه الكثيرة، والمناقشات المذكورة، كيف يمكن الاستدلال بالآية على إبطال الحكم الثابت بالنصوص والشهرة العظيمة؟

مع أنّ غاية ما يلزم من العمل بالنصوص وحمل الآية على المعنى المذكور في الاستدلال أن تخصّص الآية بالأدلة، وليس هذا أمراً منكراً، مع أنّها لم تبق على إطلاقها؛ لصحة التجارة مع الإكراه في كثير من المواضع، فتعيّن التخصيص، أو الحمل على أحد الوجوه المذكورة.

ومنها: ما رواه صاحب الاحتجاج، عن الحميري، عن صاحب الزمان عليه السلام، أنّه كتب في جواب بعض مسائله: «الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالكها، أو بأمره، أو رضئ منه»^(١).

كذا وجد في الوسائل^(٢)، وفي الاحتجاج - الذي عندي -: «ورضئ منه» بالواو، وهو يدلّ على أنّ الابتاع إذا وقع مع غير المالك، وبدون أمره ورضاه، كان حراماً، بل وباطلاً أيضاً.

وعقد الفضولي كذلك؛ إذ يصدق عليه حين وقوعه أنّه لم يقع عن المالك، ولا بأمره ورضاه، فلا يكون صحيحاً.

وفيه: أنّ الظاهر من السؤال وقرينة المقام كون المراد: أنّه لا يجوز ابتياعها، على وجه يترتب عليه فائدة البيع، من إباحة التصرف وغيرها، من حين وقوعه إلّا بما ذكر.

(١) الاحتجاج ٢: ٥٧٧.

(٢) الوسائل ١٧: ٣٣٧، أبواب عقد البيع وشروطه، ب ١ ح ٨.

أما ابتياعها على أن يكون الأمر موقوفاً إلى أن يحصل الرضا فلا يفهم من الخبر عدم جوازه، بل ربّما يستفاد جوازه منه، بناءً على ما في الوسائل؛ إذ مغايرة الأمر للرضا إنّما تكون بأن يراد من الأوّل: الوكالة، ومن الثاني: الإجازة، ويشهد بذلك اشتهاً مسألة الفضيولي في تلك الأزمنة، وبحث الفقهاء عنه من الخاصّة والعامة.

ويمكن أن يراد بالأوّل: إذن السيّد لعبده، وأمره بالمعاملة في ماله، كما يقتضيه ظاهر لفظ الأمر، وبالثاني: الوكالة.

وأما الوصي والولي فما كان للعقد حقيقة وإن لم يكونا مالكين للمال.

وبناءً على هذا الاحتمال والنسخة الأخرى، فدلالته على القول بالمنع أظهر، إلّا أنّ إرسال الحديث، واحتمال عدم إرادة المقارنة مع العلم بالرضا، وكون المقصود حصول رضا المالك كيف كان يمنع من مقاومته للأدلة السابقة، فيطرح حيثنّذ أو يحمل على ما ذكر.

ومنها: ما رواه الشيخ والكليني - في الصحيح - عن محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام - في حديث - قال: سأله رجل من أهل النيل عن أرض اشتراها بفم النيل، وأهل^(١) الأرض يقولون: هي أرضهم، وأهل الأستان^(٢) يقولون: هي من أرضنا؟ فقال: «لا تشتريها إلّا برضاء أهلها»^(٣).

(١) في الكافي: فأهل، وفي التهذيب: من أهل.

(٢) الأستان: أربع كور ببغداد. معجم البلدان ١: ١٤٣، تاج العروس ١٨: ٢٧٠.

(٣) الكافي ٥: ٢٨٣/٤، تهذيب الأحكام ٧: ١٧٦-١٧٧/١١، الوسائل ١٧: ٣٣٤، أبواب عقد

والكلام فيه يعلم مما سبق.

ومنها: ما رواه الشيخ - في الصحيح - عن محمد بن القاسم بن الفضل، قال: سألت أبا الحسن الأول عليه السلام: عن رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم، فكتب عليها^(١) أنها قد قبضت المال، ولم تقبضه، فيعطيهما المال أم يمنعهما؟ قال: «قل له: ليمنعهما أشد المنع؛ فإنها باعتها ما لم تملكه»^(٢).

وروى الكليني - في الضعيف - عنه مثل ذلك^(٣).

وفي الاستدلال به نظر ظاهر؛ لأنه إننا يدل على منعها من إقباض الثمن؛ لعدم استحقاقها ذلك، وهو متفق عليه.

وربما يومئ إلى صحة البيع، ووجوب إقباض الثمن من أربابه، كما هو اللازم على القول بكون الإجازة كاشفة، فيجب مراجعتهم، فإن أجازوا سلمهم الثمن، فتدبر.

ومنها: ما رواه المشايخ - في الصحيح - عن الصفار: أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي عليه السلام، في رجل كانت له قطاع أرضين، فيحضره الخروج إلى مكة، والقرية على مراحل من منزله، ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه، وعرف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: اشهدوا

(١) في المصدر زيادة: كتاباً.

(٢) تهذيب الأحكام ٦: ٣٨٩ - ٣٩٠/٦٦، الوسائل ١٧: ٣٣٤، أبواب عقد البيع وشروطه،

ب ١ ح ٣.

(٣) الكافي ٥: ١٣٣ - ١٣٤/٨، الوسائل ١٧: ٣٣٣ - ٣٣٤، أبواب عقد البيع وشروطه، ب ١

ح ٢ و ١٩: ٧٤ كتاب الوديعة، ب ٢ ح ٩.

أتى قد بعث من فلان - يعني: المشتري - جميع القرية التي حدّ منها كذا، والثاني، والثالث، والرابع، وإنّما له في هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك، وإنّما له بعض هذه القرية، وقد أقر له بكلّها؟
فوقع عليه السلام: «لا يجوز بيع ما ليس يملك»^(١).

ولا يخفى أنّه أراد المشتري تملك جميع القرية بذلك العقد، والتسلّط عليها بدون إذن أربابها، وقصد البائع أن يبيع الجميع عن نفسه أو حصّته خاصّة في ضمن بيع الجميع؛ لمعرفته بحدوده دون حدود حصّته، وأجاب الإمام عليه السلام بأنّه «لا يجوز بيع ما ليس يملك» أي: بمجرد هذا العقد أو: لا يمضى بيعه بقرينة قوله: «وقد وجب»^(٢) إلى آخره، فلا يدلّ على بطلان عقد الفضولي.

ومنها: ما ذكره الشيخ في الخلاف، قال: وروي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه، عن النبي صلى الله عليه وآله، أنّه قال: «لا طلاق إلّا فيما يملك، ولا عتق إلّا فيما يملك، ولا بيع إلّا فيما يملك»^(٣).

وقوله: يملك، بصيغة الفاعل لا المفعول، كما توهم^(٤)، والمعنى: لا يبيع إلّا فيما يملكه البائع قبل العقد، وكذلك معنى باقي الخبر، وهو موافق للأخبار المستفيضة: «لا طلاق إلّا بعد نكاح، ولا عتق إلّا بعد

(١) الكافي ٧: ٤٠٢/٤، من لا يحضره الفقيه ٣: ١٥٣/٦٧٤، تهذيب الأحكام ٧: ١٧٨/٦٦٧،

الوسائل ١٧: ٣٤٠، أبواب عقد البيع وشروطه، ب ٢ ح ١.

(٢) هذه العبارة وردت في الرواية بعد قوله: «ما ليس يملك».

(٣) الخلاف ٣: ١٦٩.

(٤) حاشية مجمع الفائدة: ٨٤.

ملك»^(١).

وفي بعضها: «لا يطلّق الرجل إلّا ما ملك، ولا يعتق إلّا ما ملك»^(٢).

فلا وجه للحمل على أنّه لا يبيع إلّا فيما يكون مملوكاً لأحدٍ حال العقد، أو فيما من شأنه أن يملك، ليخرج على الأوّل المباحات قبل الحيازة، وعلى الثاني ما لا يقبل الملك كالحرّ والخمر؛ فإنّ من المعلوم عدم إرادة ذلك، وتخرج هذه الأشياء على المعنى الذي ذكرنا أيضاً.

وإنّ^(٣) تعيّن هذا المعنى، فالمراد في الجميع: إمّا قصد النهي، فيفيد الحرمة والفساد، أو النفي، فيرجع حينئذٍ إمّا إلى الحقيقة، كما هو مقتضى الوضع؛ بناءً على أنّ هذه الأشياء إذا صدرت من غير المالك، كانت لغوّاً وهذراً، فالحقيقة متنفية وإن صحّ الإطلاق مجازاً، وإمّا إلى أقرب المجازات، وهو: نفي الصحة، وإرادة هذا المعنى في غير البيع مقطوع بها، فكذا في البيع؛ لاشتراكها^(٤) في الحكم، ولأنّها جاز بيع الولي، والوكيل؛ للدليل، كما جاز طلاقها، وعققها.

ولكونها بمنزلة المالك، بل مالكين للعقد حقيقة وإن لم يملكا المبيع، فيحكم بمقتضى الخبر فيما عدا ذلك، فيلزم فساد بيع الفضولي، وهو المدّعى.

(١) قرب الاستاد: ١٠٤ - ٣٥٣/١٠٥، من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٢١/١٥٥٨، الوسائل ٢٢:

٣١-٣٢، كتاب الطلاق، ب ١٢، ح ١.

(٢) تهذيب الأحكام ٨: ١١٤/١٦٣، الوسائل ٢٢: ٣٤، كتاب الطلاق، ب ١٢ ح ١٠-١١.

(٣) في (م): وإذا.

(٤) الظاهر: لاشتراكها.

ويجاء بضعف السند، فإنّا لم نقف عليه من طرق الخاصّة فضلاً عن أن يكون صحيح السند، وباحتمال أن يكون المراد بطلان بيع ما يملكه بعد العقد، بأن يبيع مال الغير عن نفسه ثمّ يشتريه، وكذلك الكلام في الطلاق، والعتق.

وقد وقع النصّ على هذا المعنى في الروايات الكثيرة، كما يأتي بعضها في المسائل الآتية.

فلا يلزم بطلان عقد الفضولي القاصد للنيابة عن المالك قبل العقد. ويمكن أن يقال: إنّ البائع حقيقةً هو المالك، وقد باع ما ملكه بإجازته العقد الذي وقع عنه، فبطلان طلاق الفضولي وعتقه إنّما علم بغير الأدلّة المذكورة.

وربما يجاب باحتمال إرادة نفي اللزوم، أو نفي صحّة البيع، على وجه يمضي بمجرّد الصيغة.

ومنها: ما رواه الشيخ وغيره، عن النبي ﷺ أنّه قال لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»^(١).

وروى الصدوق بإسناده إلى مناهي النبي ﷺ أنّه: «نهى عن بيع ما ليس عندك»^(٢).

(١) الخلاف ٣: ١٦٩، نهاية الإحكام ٢: ٤٧٧، مسند أحمد ٤: ٤٠٣/١٤٨٨٧، المصنّف لابن أبي شيبة ٥: ٥٩/١، المعجم الكبير ٣: ١٩٤/٣٠٩٧.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٤: ٤ / ذيل الحديث ٤٩٦٨، الوسائل ١٧: ٣٥٧، أبواب عقد البيع وشروطه، ب ١٢ ذيل ح ١٢.

ورواه الشيخ - في الموثق، أو الصحيح - عن سليمان بن صالح - وهو مشترك بين الثقة وغيره - عن النبي ﷺ^(١)، قال الشيخ: وهذا نص^(٢)، أي: في بطلان بيع الفضولي.

وهذا عجيب منه عليه السلام؛ فإنه ظاهر في الوجه الأول مما ذكرنا في الخبر السابق، أو في النهي عن بيع ما لا يقدر على تسليمه، أو في الأعمّ منهما. وذكر في التذكرة: أن النبي ﷺ ذكر هذا الكلام جواباً لحكيم حين سأله: أن يبيع الشيء، ثم يمضي ويشتره، ويسلمه^(٣). وعلى هذا يتعين الوجه الأول، ويبعد غيره.

مع أن الخبر بطرقه كلها غير نقي السند، ومعارض بما رواه المشايخ - في الصحيح - عن عبد الرحمن بن الحجاج، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده، فيشتري منه حالاً، قال: «ليس به بأس»، قلت: إثمهم يفسدونه عندنا، قال: «وأي شيء يقولون في السلم؟» قلت: لا يرون به بأساً، يقولون: هذا إلى أجل، فإذا كان إلى غير أجل فليس^(٤) عند صاحبه، فلا يصلح، فقال: «فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود»^(٥).

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٢٧٤ / ١٠٠٥، الوسائل ١٨: ٣٨، أبواب أحكام العقود، ب ٢ ح ٤.

(٢) الخلاف ٣: ١٦٩.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٠: ١٥.

(٤) في المصدر: وليس.

(٥) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٧٩ / ٨١١، تهذيب الأحكام ٧: ٥٩ / ٢١١، و انظر: الكافي ٥:

١٧٩ / ٣، ورد فيه صدر الحديث، وأما تمامه فلم نثر عليه فيه، نعم، قد أشار إليه صاحب

الوسائل فقال: ورواه الكليني، عن محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن الحسين بن سعيد

مثله. الوسائل ١٨: ٤٦، أبواب أحكام العقود، ب ٧ ح ١.

وقد يستفاد من هذه الرواية وغيرها من النصوص المعتبرة، المجوزة لبيع ما ليس عنده: إنَّ المنع مذهب العامة، فيحمل على التقيّة، كذا قيل^(١).

والتحقيق: إنَّ العامة أخطأوا في فهم معنى الخبر، فلم يفرّقوا بين المعيّن والمضمون في الذمّة، ويأتي بيان ذلك في بقية المسائل.

ومنها: ما روي من النهي عن شراء السرقة والخيانة^(٢)، وما دلّ على عدم إمضاء عقد الوكيل بعد علمه بالعزل^(٣)، وهي روايات كثيرة، لكنها لا تدلّ على بطلان عقد الفضولي، كما لا يخفى.

ومنها: ما ورد في النكاح، وهي أيضاً روايات كثيرة تطلب مع الجواب عنها في محلّها.

وقد تبين بما ذكرنا، ضعف حجج المخالف بأسرها.

[في بيان وجه القول بصحة البيع وبطلان الشراء]

وأما القول بصحة البيع وبطلان الشراء، فلعلّ وجهه عدم تعرّض كثير من المجوّزين إلّا للبيع واختصاص جملة من الأدلّة به، فيقتصر عليه في مخالفة الأصل؛ لكونه موضع اليقين.

وجوابه: أن لا وجه للاختلاف بين البيع والشراء في مثل هذا الحكم،

(١) الحداائق الناضرة ١٩: ١٤١.

(٢) الكافي ٥: ٢٢٨ / ٤، تهذيب الأحكام ٧: ٥٧٦ / ١٥٦، الوسائل ١٧: ٣٣٦، أبواب عقد البيع وشروطه، ب ١ ح ٧.

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٨ - ٤٩ / ١٦٨، الوسائل ١٩: ١٦٢، كتاب الحوالة، ٢ ح ١.

مع اتّحادهما في المعنى، وقد تقدّم ما يدلّ على حكم الشراء أيضاً، فالفرق تحكّم.

وأما وجه الفرق بين الوثوق وعدمه، فلعلّه الاختصار على المتيقّن، وتمكّن قصد الفضوليّ لدلول العقد في الأوّل، وخلوّه من الغرر، بخلاف الثاني.

وهو مردود: بإجماعهم على عدم الفرق، وقد تقدّم الكلام فيه في شرط القصد.

وسبقت الأدلة الدالة على صحّته مع عدم الوثوق.

وأجبنا عن الإيراد بالغرر وعدم القصد، فلنقتصر عليه ولا نعيده.

وأما وجه الفرق بين سبق النهي والمنع وعدمه، فلعلّه الاستناد إلى أنّ الإجازة إنّما تصحّح العقد؛ لكشفها عن وجود الرضا الاعتباري حال العقد، حتّى يصادف واقعاً، وإن لم يعلم إلّا بعد العقد، ولا يتحقّق ذلك مع سبق النهي؛ لاستصحاب حكمه، وتقدّمه في التأثير، وأنّ المنع السابق كالفسخ اللاحق في إبطال العقد، كما أنّ الرضا متساو في الحالين لإمضائه، وأنّ موارد النصوص غير هذه الصور، والشكّ في اندراجها في كلام الأصحاب أيضاً، فيقتصر^(١) على موضع اليقين.

ويردّ الأوّل بأنّه لا يعتبر في الإجازة إلّا الرضا حالها، ولو كانت العبرة بمصادفة العقد للرضا؛ لوجب أن لا تصحّ الإجازة، إلّا مع إظهار أنّه

(١) في «حج»: فنقتصر.

كان راضياً عند العقد بذلك، وهو خلاف الإجماع والنصوص، بل أمر غير معقول.

ويلزم أيضاً: إنه لو أظهر ذلك وقد كان منع منه سابقاً، يُحكم بصحة العقد، ولو لم يمنع منه وأظهر عدم الرضا به في ذلك الوقت، يحكم ببطلانه، وكلاهما خلاف مقتضى الوجه المذكور.

ويرد الثاني: إن الفرق تحقق^(١) المنع سابقاً والرضا لاحقاً، والحكم فيه وفي عكسه تقديم جانب الرضا؛ لأنه الشرط، وقد حصل، ولا يشترط عدم تقدّم المنع عليه مطلقاً؛ لعدم الدليل عليه.

ويرد الثالث بما^(٢) روي في مخالفة العامل للمالك في المضاربة وبما روي في النكاح: «إنه لم يعص الله، وإنما عصى سيّده»^(٣)، وقد تقدّم الجميع.

وبما ذكره الأصحاب في مخالفة الوكيل والعامل من أنه يقف العقد حينئذٍ على الإجازة، مع إطلاق كلامهم في مسألة الفضولي.

ويرد الجميع بأنّه لا عبرة بالرضا التقديري؛ لعدم وجوده، فيجب أن يعتبر الرضا الفعلي حال العقد، أو يكتفى بالإجازة مطلقاً.

واعلم: أن من قال بلزوم بيع المكره بعد الإجازة يلزم أن لا يعتبر المنع هنا، كما هو ظاهر.

(١) في «م»: بتحقق.

(٢) بدل بما في «ف»: ما.

(٣) الكافي ٥: ٤٧٨/٣، تهذيب الأحكام ٧: ٤٠٦ - ٤٠٧ / ٣٨٩، الوسائل ٢١: ١١٤، أبواب

نكاح العيب والأماء، ب ٢٤ ح ١.

وَمَنْ أَبْطَلَهُ مِنْ أَصْلِهِ، فعلى قوله يحتمل هنا وجهان، والوجه أيضاً هو: الصّحة.

نعم، لو خرج عقده بالمنع عن الاعتبار، ودخل في اللغو والهذر، فالوجه هو: البطلان، ولا بحث في ذلك.

الموضع الثاني: من المواضع المشار إليها هو: الصورة الأولى، إلّا أنّ الفضولي قصد المعاملة لنفسه لا للمالك، وهذا هو الغالب في بيع الغاصب.

وقد أطلق كثير من الأصحاب: أنّه يقف على الإجازة كغيره، ومنهم: العلامة في بيع المختلف، وغصب التحرير، وبيع التذكرة والقواعد، وغصبها، والشهيد، والسيوري، والصيمري، والكركي^(١).

واختاره فخر الإسلام بناءً على صحة الفضولي^(٢).

وهو قضية إطلاق الباقيين، واللازم من فتاويهم في مسألة ترتيب سلسلة العقود على أحد العوضين، حيث حكموا بأنّ للمالك أن يميز منها ما شاء.

ولا يستقيم بإطلاقه إلّا على القول بصحة هذه الصورة.

وقد استشكله العلامة في بيع التذكرة فيما إذا علم المشتري بالغصب^(٣).

(١) مختلف الشيعة ٥: ٨٧، تحرير الأحكام ٤: ٥٤١، تذكرة الفقهاء ١٠: ١٧ و ١٩: ٣٢٣، قواعد الأحكام ٢: ١٩ و ٢٤٠، الدروس ٣: ١٩٣، التنقيح الرائع ٢: ٢٧، غاية المرام ٢: ١٥-١٦، جامع المقاصد ٤: ٦٨-٦٩.

(٢) إيضاح الفوائد ١: ٤١٧.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٠: ١٨.

وكذلك في القواعد في صورة ترتب العقود، فقال: وللمالك تتبّع العقود، ورعاية مصلحته، ومع علم المشتري إشكال^(١).

وقال ولده في شرحه: هذه المسألة متفرّعة على مسألة الفضولي، فعلى القول ببطلان بيع الفضولي، فبيع الغاصب أولى بالبطلان، وعلى القول بوقوف بيع الفضولي على الإجازة، فالأكثر على أنّه كذلك في الغاصب مع جهل المشتري.

ثمّ قال: وإن كان المشتري عالماً بالغصب، فعلى قول الأصحاب: إنّ المشتري إذا رجع عليه بالسلعة لا يرجع على الغاصب بالثمن مع وجود عينه، فيكون قد ملكه الغاصب مجّاناً، إلى أن قال: فيكون قد سبق ملك الغاصب للثمن على سبب ملك المالك له، فإذا نقل الثمن عن ملكه، لم يكن للمالك إبطاله، إلى أن قال: وعلى القول بأنّ الإجازة كاشفة، فإذا أجازته كان له، قال: ويحتمل أن يقال: للمالك العين حقّ تعلّق بالثمن، فإنّ له إجازة البيع وأخذ الثمن، وحقّه مقدّم على حقّ الغاصب بدفع المشتري؛ لأنّ الغاصب يؤخذ بأشقّ الأحوال، والمالك بأجودها^(٢). انتهى كلامه ملخصاً.

وقال الشهيد- بعد ذكره حكم الفضولي، وترتب العقود، وتخير المالك فيها- ولا يقدح في ذلك علم المشتري بالغصب^(٣).

(١) قواعد الأحكام ٢: ١٩.

(٢) إيضاح الفوائد ١: ٤١٧-٤١٨.

(٣) الدروس ٣: ١٩٣.

وقال الشيخ في النهاية - في كتاب اللقطة -: ومتى اشترى بهال اللقطة جاريةً، ثم جاء صاحبها فوجدها بنته، لم يلزمه أخذها، وكان له أن يطالب^(١) بالمال الذي اشترى به ابنته، ولا تحصل هذه البنت في ملكه، فتكون قد انعتقت عليه^(٢)، بل هي حاصلة في ملك الغير، وهو ضامن لماله الذي وجده، فإن أجاز شراءه لها انعتقت بعد ذلك، ولم يحجز له بيعها^(٣).

وأورد عليه بما يبتنى على مذهبه من بطلان عقد الفضولي^(٤).

وذكر لقول الشيخ خبر أبي العلاء، قال: وليس فيه دلالة على شيء من صورة النزاع إلا من حيث المفهوم؛ لأنه حَكَمَ بأنها دراهم المالك، فإذا اشترى بها الملتقط، وأجاز المالك، صحّ^(٥). انتهى ملخصاً.

وقال العلامة في المختلف: والتحقيق أن نقول: إن تملك بعد الحول الدراهم، ثم اشترى الجارية وقعت له، ولم تؤثر الإجازة في العتق، وإن لم يتملك الدراهم واشترى لمالكها بالعين بعد الحول أو قبله، وقف على الإجازة.

قال: بقي هنا إشكال، وهو: أنه إذا اشترى بالعين قبل الحول لنفسه، فالوجه بطلان العقد، ولا يقع له، ولا لمالكه وإن أجاز، وكذا الغاصب،

(١) في المصدر: يطالبه.

(٢) في المصدر: به.

(٣) النهاية : ٣٢١.

(٤) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ١٤٥-١٤٦.

(٥) مختلف الشيعة ٦: ٥٨.

ويحتمل الصحة معها، وفيه بحث لا يحتمله هذا المختصر^(١). انتهى كلامه.

وقال في بيع الفضولي منه في ردّ حجة المخالف ما لفظه: والنهي عن بيع ما ليس عنده نقول بموجبه؛ فإنه متوجّه على مَنْ باع سلعة غيره لنفسه لا للمالك، ثم يمضي إلى المالك فيشتريها منه، أمّا على ما صورناه نحن من أنه يبيع مال غيره عن الغير، فإن أمضاه مضى، وإلا فلا^(٢).

وقال في كتاب الوكالة منه: قال ابن إدريس: إذا اشترى الوكيل بعين مال الموكل لنفس الموكل، كان الملك واقعاً للموكل دون الوكيل.

قال العلامة: وعندي في ذلك نظر، نعم، لو أطلق كان ما قاله جيداً، ولو اشتراه للوكيل بالعين ففي الانعقاد إشكال؛ من حيث إن البيع وقع للوكيل بعين مال الموكل^(٣).

وقال في الفصل الرابع عشر من كتاب البيع: قال الشيخ في النهاية: مَنْ غصب غيره مالاً واشترى به جارية، كان الفرج له حلالاً، وعليه وزر المال، وقال ابن إدريس: إن كان الشراء بالعين بطل ولم يجز الوطاء، وإن كان قد وقع في الذمة، صحّ البيع وحلّ الوطاء، ثم نقل ابن إدريس عن الشيخ في المسائل الحائرية أنه أفتى بذلك^(٤).

وقال العلامة: كلام الشيخ يحتمل أمرين:

(١) مختلف الشيعة ٦: ٥٨ - ٥٩.

(٢) مختلف الشيعة ٥: ٨٧.

(٣) مختلف الشيعة ٥: ١٩١ في كتاب المتاجر، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ١٣٧.

(٤) مختلف الشيعة ٥: ٢٧٩، النهاية: ٤٠٤، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٤٥٨،

المسائل الحائريات (ضمن الرسائل العشر للطوسي): ٢٨٧ - ٢٨٨.

أحدهما: ما ذكره في جواب المسائل الحاثريّة، فإنّ الشراء بالمال أعمّ من أن يكون بالعين أو في الذمّة، وإن كان الأوّل هو الظاهر، لكن يمكن العدول عن الظاهر للعلم به.

والثاني: أن يكون البائع عالماً بأنّ المال غصب، فالمشتري حينئذٍ يستبيح وطء الجارية، وعليه وزر المال وإن كان الشراء وقع بالعين^(١).

وقال في التذكرة: لو اشترى الفضولي لغيره شيئاً بهال نفسه، فإن لم يُسمّه، وقع العقد عن المباشر سواء أذن ذلك الغير أو لا وإن سمّاه، فإن لم يأذن له لغت التسمية، وبه قال الشافعي، وهل يقع عنه، أو يبطل من أصله؟ احتمال، وللشافعي وجهان، فإن قلنا به، ففي بطلان العقد، أو وقوعه عن العاقد وجهان، والأقرب: البطلان فيما لو أذن؛ إذ ليس للإنسان أن يملك شيئاً والتمن على غيره^(٢).

ويلزم من كلامه: أنّه لو باع مال غيره لنفسه ثمّ أذن المالك على ما وقع عليه العقد، كان أيضاً باطلاً؛ للعلّة المذكورة.

وقال في وكالة القواعد: وكلّ موضع يبطل الشراء للموكل، فإن سمّاه عند العقد لم يقع عن أحدهما، وإلاّ قضى به عن^(٣) الوكيل ظاهراً^(٤).

وقال في رهنه: إذا قال الراهن^(٥): بيع الرهن لي، واستوف الثمن لي، ثمّ

(١) مختلف الشيعة ٥: ٢٨٠.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠: ٢١٨-٢١٩.

(٣) في المصدر: على.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٣٦١-٣٦٢.

(٥) في المصدر: المالك.

اقتضيه لنفسك، فالأقرب: صحة الجميع، ولو قال: يَغْه لي واقتضيه لنفسك، صحَّ البيع دون القبض، ولو قال: يَغْه لنفسك، بطل الإذن؛ لأنَّه لا يتصور أن يبيع ملك غيره لنفسه، ولو قال: بيع مطلقاً، صح^(١).

وقال ولده في الشرح في مسألة مخالفة الوكيل للموكل: وعدم ذكره للموكل عند الشراء؛ أنه إن لم يصفه إليه في نيته وقصده، وقع الشراء له ظاهراً وباطناً، وإن أضافه إليه في نيته، فإن لم يجز، وقع في الظاهر للوكيل، والبايع لم يكلف إلا بأحكام وقوعه للوكيل، وإلا لزم تكليف ما لا يطاق، وأمَّا في نفس الأمر فلا؛ لأنَّه أضافه إلى غيره ونفاه عن نفسه، وإن أجاز، وقع بالنسبة إلى الوكيل لا إلى البائع، إلا أن يصدقه ويرضى به^(٢)، هذا محصل كلامه.

وقد تقدّم عن المحقق الكركي: أنَّ وجه بطلان بيع الغاصب: ظهور عدم رضا المالك بذلك بسبب الغصب^(٣).

هذه جملة ما وقفتُ عليه من كلماتهم المتعلقة بالمسألة المفروضة، وهي مضطربة جدّاً، ولهم عبارات أُخر في بيع الواهب ما وهبه باهبة اللازمة، أو الجائزة، أو الفاسدة، لا تخلو من اضطراب أيضاً.

[وجوه الإشكال في صحة بيع الفضولي الغاصب]

والتحقيق: أنَّ الإشكال في صحة بيع الغاصب ونحوه من وجوه:

(١) قواعد الأحكام ٢: ١٢٧.

(٢) إيضاح الفوائد ٢: ٣٤٧.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٦٩.

أحدها: ما ذكره المحقق الكركي^(١)، وقد سبق الجواب عنه.

ثانيها: ما أشار إليه العلامة في المختلف والقواعد، بيانه: أنَّ البيع إنَّما يتحقَّق بنقل المال من شخص إلى آخر بعوض، فلا بدَّ من وجود عوضين ينتقل أحدهما من شخص بما ينتقل إليه من العوض الآخر^(٢).

ولا بدَّ أيضاً من تعيين الشخصين، أو إطلاق يقوم مقام ذلك، وإلَّا لزم بقاء المال المملوك بلا مالك معيَّن، وغير ذلك من المحذورات المتقدِّمة في شرط القصد، والمعتبرة في التعيين بالنية والقصد خاصَّةً، أو مع اللفظ الدالُّ على ذلك؛ فإنَّ العقود تتبع القصد، وليس في نفس الأمر شيء يتبع، بل هو يتبع النية واللفظ؛ إذ لا يعقل معيَّن غير ذلك، وربما يتخلَّف الحكم الظاهري عن القصد، ولا بحث فيه هنا.

فعلى هذا إذا باع الفضولي، أو اشترى لنفسه، وكان المبيع أو الثمن بهال الغير، ثمَّ أجاز المالك، فالانتقال إمَّا من المالك وإليه، أو من الفضولي وإليه، أو من المالك وإلى الفضولي، أو عكس ذلك.

ويبطل الأوَّل بمخالفته القصد أو اللفظ أيضاً إذا اتَّفَق معه.

والثاني بمخالفته للواقع؛ لتوقُّف الانتقال على الملك، فينتفي بانتهائه، كما هو الفرض.

والثالث بمخالفته لوضع البيع من حصول المعاوضة والمقابلة؛ لاستلزامه وقوع التملُّك والتمليك بالبيع بلا عوض، خصوصاً إذا كان

(١) جامع المقاصد ٤: ٦٩.

(٢) مختلف الشيعة ٥: ٨٣، قواعد الأحكام ٢: ١٦.

المتعاقدان كلاهما فضوليّين قاصدين للمعاملة لأنفسهما.

والرابع بجميع ما ذكر من مخالفة القصد والواقع والوضع.

وإذا^(١) بطلت هذه الوجوه بأسرها، تعيّن بطلان العقد من أصله.

فإن قلت: يمكن دفع المحذورات الثلاثة بأسرها:

أما الأوّل - وهو المخالفة للقصد فيما سبق من عدم اعتباره فيما إذا كانت للمعاملة جهة واحدة تقع عليها -: فإنّ تعيّن الجهة مغن عن القصد، والمعتبر قصد النقل باللفظ المعلوم، وهو حاصل، وهذا كما قال بعضهم في نيّة وجه العمل في العبادات: إنّه إذا كان العمل معيّناً وقصد القربة، صحّ سواء نوى وجهه، أو نوى خلافه، أو لم ينو أصلاً؛ لأنّ العبرة بالتعيين ونيّة القربة، وقد وجد ذلك، فلا يراعى ما زاد عليه^(٢)، فإذا ثبت في العبادة فالمعاملة أولى بذلك.

ويشهد للحكم هنا تتبّع كلمات الأصحاب في تضاعيف الأحكام، وحكاية بيع عقيل دار النبي ﷺ^(٣)، ورواية مسمع^(٤) السابقة، فإنّ الظاهر وقوع معاملات الودعي عن نفسه، ورواية ابن أشيم^(٥) الظاهرة في أنّ

(١) في «حج»: فإذا.

(٢) الحدائق الناضرة ٢: ١٨٣-١٨٤.

(٣) التبيان ٩: ٣٦٩، كنز العمال ١١: ٣٥/٣٠٦٨١، شرح نهج البلاغة للمعتزلي ١٧: ١٩٤.

(٤) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٩٤/٨٨٢، تهذيب الأحكام ٧: ٧٩٣/٢١٥، الوسائل ١٩: ٨٩،

كتاب الوديعة، ب ١٠ ح ١.

(٥) الكافي ٧: ٦٢-٦٣/٢٠، تهذيب الأحكام ٧: ٢٧٩ - ٢٨٠/١٠٢٣، الوسائل ١٨: ٢٨٠،

أبواب بيع الحيوان، ب ٢٥ ح ١.

المدار على وقوع الشراء بهال المالك، والروايات الواردة في النكاح، فإن ظاهرها: عدم قصد وقوع النكاح عن المولى، أو الولي، أو الزوجين، بل قصد الاستقلال بالأمر.

وأما الثاني: فبأننا لو قلنا بأن الانتقال من الفضولي وإليه، وأجاز المالك، أمكن تصحيحه بانكشاف حصول الملك الضمني بالإجازة، كما ادعوه في من أمر غيره أن يعتق عبده عنه، فإن كلاً من العتق والبيع مشروط بالملك، وعتق الفضولي غير جائز عندنا.

وكما جاز إعتاق عبد غيره لنفسه مع إذنه، ورهن مال غيره كذلك، فلا مانع من جواز بيع مال غيره لنفسه بإذنه أو إجازته.

وكما أنهم حكموا بأن المشتري العالم بالغصب إذا سلم الثمن إلى البائع الغاصب، صحّت تصرّفات الغاصب فيه، ولم يجوز له استرداده منه، فكذلك إذا أجاز له أن يبيع لنفسه.

ويشهد لذلك إطلاق: «إنّ الناس مسلّطون على أموالهم»^(١).

وقول القائم عليه السلام: «الضيعة لا يجوز ابتياعها إلّا من مالكها، أو بأمره، أو رضئ منه»^(٢)، مع أنّ الإجازة قائمة مقام الملك في تصحيح العقد.

وأما الثالث: فيستفاد دفعه بما ذكر في دفع الثاني.

قلت: باب المناقشة فيما ذكر واسع، وحيث كان الحكم على خلاف

(١) عوالي اللآلي ١/ ٢٢٢/ ٩٩، بحار الانوار ٢: ٢٧٢/ ٧.

(٢) الاحتجاج ٢: ٣٠٩، الوسائل ١٧: ٣٦٦، أبواب عقد البيع، ب ١ ح ٨.

الأصل، ناسب الاختصار على محلّ اليقين، فلا يكتفى بإجازة بيع الفضولي إذا أوقعه عن نفسه، خصوصاً إذا سمى نفسه في العقد، بل يحدّد العقد ثانياً.

وربّما يكون فيما دلّ على النهي عن أن يبيع شيئاً ثمّ يشتريه من مالكة^(١) ليلزم العقد، وما دلّ على النهي عن شراء السرقة والخيانة^(٢) ما يؤيد ذلك، فتدبر.

ثالثها: إنّ المشتري أو البائع من الغاصب، إنّما قصد تملكه، فكيف ينتقل إلى المالك بالإجازة؟

وإلى هذا أشار العلامة في التذكرة، فقال: لو باع الفضولي، أو اشترى مع جهل الآخر، فإشكال؛ ينشأ من أنّ الآخر إنّما قصد تملك العاقد^(٣).

ويلزم عليه: أنّه لو باع الوكيل، أو اشترى مع جهل الآخر، جرى الإشكال، وأنّه لو علم الآخر بكونه فضولياً - وهو قد قصد البيع لنفسه كان أيضاً موضع إشكال؛ لعدم مطابقة القصدين، وقد تقدّم تحقيق ذلك في شرط القصد.

رابعها: ما أشار إليه العلامة في التذكرة أيضاً حيث قال - بعد العبارة السابقة - : أمّا مع العلم فالأقوى ما تقدّم - أي: الوقوف على الإجازة - وفي الغاصب مع علم المشتري أشكل؛ إذ ليس له الرجوع بما دفعه إلى

(١) الكافي ٥: ١٩٩ - ٢٠٠/١، الوسائل ١٨: ٤٩، أبواب أحكام العقود، ب ٨ ح ٣.

(٢) الكافي ٥: ٢٢٨/١، الوسائل ١٧: ٣٣٦، أبواب عقد البيع وشروطه، ب ١ ح ٧.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٠: ١٧ - ١٨.

الغاصب هنا^(١).

وكان هذا هو الوجه في إشكال القواعد، وحاصله: إن المشتري لم يقصد الشراء حقيقةً، وإلا لكان الثمن للمالك إن أجاز، ورجع به على الغاصب إن تلف عنده، وكان للمشتري أن يسترده مع فسخ المالك، وقبل إجازته أيضاً، وكل ذلك باطل عندهم، فيلزم الحكم بأنه أباح الثمن للغاصب مجتأناً، أو بعوض تسليمه المبيع، فلا تنفع إجازة المالك؛ لتخلف آثارها ولو ازمها عنه^(٢).

ويمكن الجواب بانفكاك العقد عن الإقباض، ويترتب على كل منهما حكمه، وما ذكره من آثار الإقباض، فإن كان الثمن شيئاً في الذمة وأجاز المالك، أخذه منه وإن كان قد دفع غيره إلى الغاصب.

وإن كان معيناً، فإن قلنا بأن الإجازة ناقلة، اشترط بقاء العوضين قابلين للانتقال إلى أن تحصل الإجازة.

وإن قلنا بأنها كاشفة، وقد دفع الثمن إلى الغاصب، ففي الرجوع إليه إن كان، وإلا فالمثل، أو القيمة، أو إلى المثل أو القيمة؛ أو لا، خلاف معروف.

خامسها: ما أشار إليه ولده في الشرح^(٣) في صورة ترتب العقود من أنه إذا أخذ الغاصب الثمن أو المبيع برضا المالك الآخر، فأوقع عليه عقداً

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ١٨.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ١٩.

(٣) إيضاح الفوائد ١: ٤١٨.

آخر، وقع عنه، ولم ينفع إجازة المالك، كما لا يجدي فسخه وإبطاله.

ويجاب بأنه إن حكم بصيرورة ذلك ملكاً له أو في حكم الملك، فقد خرج عقده الواقع عليه عن مسألة الفضولي.

وإن قلنا بأنه مال أحد المالكين في العقد الأول، كما كان قبل الإقباض، فالإشكال حيثئذٍ كما في غيره، فبناء الإشكال في جواز تتبع المالك للعقود مطلقاً، على الإشكال في تعيين المالك، فتدبر.

الموضع الثالث والرابع: أن يبيع مال الغير أو يشتريه، ولم يمكن صدور الإجازة منه، ولا تَمَن يقوم مقامه، ثم حصل قابليته للإجازة فوجدت.

ويندرج في ذلك ما إذا كان المعاملة للمالك أو لنفسه، بناءً على عدم البطلان من هذه الجهة.

ويتصور هذا الفرض في صور عديدة:

أحدها: أن يبيع مال الطفل أو يشتري بهاله، على خلاف ما تقتضيه المصلحة، فإنه حيثئذٍ لا يجوز للولي إجازة ذلك، فإن تصرف في المال بما ينافي تلك المعاملة أو فسخها، انفسخت.

وإن بقي على حاله إلى أن بلغ الطفل وأجاز، فهو من المسألة المفروضة.

ثانيها: أن يتغير المصلحة في الصورة المذكورة، ويصير العقد موافقاً للمصلحة، فيجيزه الولي.

ثالثها: أن يعزل من التركة نصيب للحمل، فإنه يقف حكم ذلك النصيب إلى أن يعلم حال الحمل، ولا ولاية لأحد عليه، فلو تصرف فيه الفضولي بيع أو شراء، ثم ولد وأجاز^(١) الولي، أو أجاز هو بعد البلوغ، اندرج فيما نحن فيه.

واعلم: أن كلام الأصحاب لا يخلو من إبهام في هذه المسألة، فإنّ العلامة، قال في موضع من التذكرة: شرط أبو حنيفة: أن يكون للعقد مجيز في الحال، فلو باع مال الطفل فبلغ وأجاز، لم ينعقد، وكذا لو باع مال غيره ثم ملكه، وأجاز، وهو قول للشافعية.

ونقل في موضع آخر منها شرط أبي حنيفة لذلك، ثم قال: والمعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد، حتى لو باع مال الطفل فبلغ وأجاز، لم ينعقد، وكذا لو باع مال الغير ثم ملكه وأجاز^(٢).

وهذه العبارة يحتمل أن تكون منه، وأن تكون من كلام أبي حنيفة.

وقال في القواعد: والأقرب اشتراط كون العقد له مجيز في الحال، فلو باع مال الطفل قبل بلوغه فبلغ وأجاز، لم ينفذ على إشكال، وكذا لو باع مال غيره ثم ملكه وأجاز^(٣).

وقال ولده في الشرح - في المسألة الأولى -: إن هذا الفرع يتأتى على مذهب الأشاعرة، وأما على قولنا، ففي صورة واحدة، وهي: بيع مال

(١) في «حج»: فأجاز.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٥: ١٠ و ٢١٩.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ١٩.

الطفل على خلاف المصلحة، أو الشراء له^(١).

وتبعه المحقق الكركي في الشرح^(٢)، وقال في تعليق الإرشاد - بعد حكاية كلام فخر المحققين -: وقد نبّه بذلك على أنّ الإمام موجود في كلّ زمان عندنا، وهو ولي من لا ولي له^(٣).

وقال الفاضل الصيمري: هل يشترط ثبوت المجيز لعقد الفضولي في الحال بمعنى: أنّه يشترط كون المالك بالغاً عاقلاً، حتّى تصحّ إجازته في الحال أو لا يشترط؟ وتوقف الإجازة إلى حين البلوغ والعقل، فإن أجازته حينئذٍ جاز، وإلا بطل^(٤).

وقال الشهيد في الدروس: ولا تشترط الإجازة في الحال، ولا كون المجيز حاصلاً حين العقد، فتصحّ إجازة الصبي والمجنون بعد الكمال، وكذا لو باع مال غيره، ثمّ انتقل إليه فأجازته^(٥).

وقال الفاضل السيوري: ولا يشترط كون المجيز جازر التصرف حين العقد، فتصحّ إجازة الصبي والمجنون بعد الكمال، وكذا نقول في من باع ملك غيره ثمّ انتقل إليه فأجازته^(٦).

(١) إيضاح الفوائد ١: ٤١٩.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٧٢.

(٣) حاشية إرشاد الأذهان (ضمن حياة المحقق الكركي وآثاره) ٩: ٣٣٧.

(٤) غاية المرام ٢: ١٤.

(٥) في المصدر: فأجاز.

(٦) الدروس ٣: ١٩٣.

(٧) في المصدر: فأجاز.

(٨) التنقيح الرائع ٢: ٢٦.

هذه جملة ما وقفت عليه الآن من كلمات الأصحاب، ومقتضى كلام الشهيد، والسيوري: فرض المسألة في جواز كون من صدر منه الإجازة، غير قابل للإجازة حال العقد، سواء وجد مجيز آخر في ذلك الحال أم لم يوجد.

وهو الذي يفهم من كلام العلامة في التذكرة^(١).

ومن ثم جعلوا مسألة بيع مال الصبي، وبيع ملك الغير إذا انتقل إليه بعد العقد من باب واحد، ولم يقيّدوا الأول بمخالفة المصلحة.

وينبغي حمل عبارة القواعد على ذلك أيضاً، فيلزم استشكله في الحكم بعد ترجيح الاشتراط، فمراده اشتراط وجود من يميز العقد حال صدوره، أو كونه على الأوصاف المعتبرة في الإجازة من الكمال والمملك، فلو انتفى أحدهما - كما في المسألتين - بطلت الإجازة والعقد أيضاً إذا انحصر مجيزه فيما ذكر.

ومقتضى عبارة شارحي القواعد: أنّ المراد: اشتراط وجود قابل للإجازة حال العقد؛ فلذلك فرضوا المسألة الأولى فيما إذا كانت المعاملة على خلاف المصلحة؛ نظراً إلى امتناع خلوّ الزمان من الإمام^(٢).

قلت: سيأتي: أنّ من جملة من يجري عليه حكم الولي المؤمن العدل إذا لم يوجد أحد الأولياء، بحيث يمكن الوصول إليه، فإنّه يقوم حينئذ بوظائف الولاية، فلا يختلف الحال على الأقوال كلّها؛ لعدم خلوّ الزمان

(١) تذكرة الفقهاء ١٥: ١٠ و ٢١٩.

(٢) إيضاح الفوائد ١: ٤١٨ - ٤١٩، جامع المقاصد ٤: ٧٢ - ٧٣.

من عدل عادةً، وإن فرضوا إمكانه عقلاً.

مع أنّ في تصحيح العقد بوليّ لا يمكن الوصول إليه إشكالاً.

نعم، للعلماء كلام في جواز خلوّ زمان الغيبة من مجتهد جامع للشرائط، ونحن قد ذكرنا صورةً أخرى للمسألة، فلا يتمّ الحصر.

ويشكل على ما قالوا تفريع المسألة الثانية، إلّا إذا قلنا بأنّه لا يجوز للفضوليّ بأن يبيع عن نفسه، بل يجب عليه أن يبيع عن المالك، ولما باع هنا عن نفسه، فلا يمكن هنا إجازته، إلّا بأن يملك هو ويبيز، فإذا اشترطنا وجود المجيز حال العقد بطل ذلك؛ لعدم إمكان حصول الإجازة منه ومن غيره.

ولكن قد سبق أنّ المشهور عدم اشتراط ما ذكر في الفضولي، فلا يتمّ التفريع.

ولو حمل على ذكر مسألة مشابهة للمسألة المتفرّعة وإن لم تكن هي بنفسها متفرّعة على العنوان فهو كما ترى.

وأما تجويز النزاع على ما ذكره الصيمري^(١)، فبديهيّ البطلان؛ إذ لو باع الفضولي مال الطفل على حسب المصلحة، فأجاز الولي، صحّ قطعاً عند من يقول بصحّة عقد الفضولي.

هذا كلّّه في تحقيق كلام الأصحاب.

وأما تحقيق المسألة:

فاعلم: أنَّ الحكم فيما فرضناه وفرضه شارحا القواعد^(١) لا يخلو من إشكال، وكلّ من منع صحّة العقد في العنوان المفروض في كلام غيرهما يمنعها في ذلك أيضاً؛ لكونه مندرجاً فيه، وإن اختصّ بها لا يوجد في غيره، وهو الذي استقر به العلامة^(٢).

ويظهر من كلام الشهيد والسيوري: جواز ذلك^(٣).

وهو الذي استظهره الكركي في الشرح^(٤).

وظاهر فخر الإسلام والصيمري: التردّد في الحكم^(٥).

حجّة الأوّل: أنَّ البيع إذا امتنع صحّته في زمان امتنع دائماً؛ لأنّه إذا امتنعت الصحّة تعيّن البطلان؛ لامتناع ارتفاعها معاً واقعاً، والبطلان في زمان يقتضي بطلانه دائماً، ولما فرض عدم وجود من له أهليّة الإجازة حال العقد، امتنع الصحّة حينئذٍ، فيكون باطلاً.

وأيضاً يلزم الضرر على المشتري؛ لمنعه من التصرف في الثمن إذا كان معيّناً؛ للزوم العقد من جانبه، واحتمال الإجازة وفي المبيع أيضاً؛ لعدم تحقّق المقتضي لجواز التصرف - وهو الإجازة - وإمكان عدمه^(٦).

قال فخر الإسلام - في تقرير الدليل الأوّل -: إنّه يبنى^(٧) على مقدّمات:

(١) إيضاح الفوائد ١: ٤١٨ - ٤١٩، جامع المقاصد ٤: ٧٢ - ٧٣.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠: ٢١٩.

(٣) الدروس ٣: ١٩٣، التنقيح الرائع ٢: ٢٦.

(٤) جامع المقاصد ٤: ٧٢ - ٧٣.

(٥) إيضاح الفوائد ١: ٤١٨ - ٤١٩، غاية المرام ٢: ١٤.

(٦) إيضاح الفوائد ١: ٤١٩.

(٧) في المصدر: يبتني.

الأولى: إنّ معنى صحّة بيع الفضولي قبل الإجازة: كونه في التأثير على أقرب مراتب الإمكان الاستعدادي لاجتماع الشرائط غير الإجازة، فإذا أمكنت إمكاناً قريباً حُكم بالصحة.

الثانية: كلّ آن يمتنع وقوع [الشرط فيه يمتنع وقوع] الشروط فيه.

الثالثة: هي ما ذكر في الاحتجاج^(١).

حجة الثاني^(٢): التمسك بوجود المقتضي، وهو: عموم الكتاب والسنة؛ لاندراج عقد الفضولي في ذلك على القول بصحته، والمانع لا يصلح للمنع؛ لأنّه يجوز تأخير الإجازة زماناً طويلاً اتفاقاً منّا، بل ومن العامة أيضاً إلّا ما حكي في الخلاف عن مالك: أنّه فرّق بين قرب الإجازة وبُعدها، فحكم ببطلان الثاني خاصة^(٣).

وعلى ما قلنا، فلا يتم اشتراط الاستعداد القريب، وقد يمتنع حصولها إلّا بعد زمان طويل، كما إذا كان المجيز يمتنع الوصول إليه عادةً قبله، مع أنّ العقد حينئذٍ صحيح اتفاقاً، فلو كان امتناع الإجازة في زمان موجباً للبطلان لبطل في هذه الصورة، بل وفي كلّ صورة يمتنع حصولها بعد العقد بلا فصل، على أنّ من جملة المسألة المفروضة ما إذا قرب زمان العقد، أو زمان البلوغ جداً، فيحصل الإجازة بعده بلا فصل يعتدّ به، فلا يتم المنع مطلقاً.

(١) مراده: ما ورد في قوله: وحجة الأول.

(٢) إيضاح الفوائد ١: ٤١٨ - ٤١٩، وما بين المعقوفين أثبتناه منه.

(٣) غاية المرام ٢: ١٣ - ١٤.

(٤) الخلاف ٤: ٢٥٨.

ويمكن الاحتجاج للأول بأنه بناء على كون الإجازة كاشفة - كما هو الأقوى - يلزم صحة بيع مال الطفل في زمان، من دون ولي أصلاً، وهو باطل بظاهر النص والإجماع.

وللثاني بأنه لو كان شيء مما ذكر في المنع صالحاً لذلك؛ لعم جميع العقود، وثبت في النكاح أيضاً، بل بالطريق الأولى، لكن نكاح الفضولي للصغير والصغيرة مع إجازتهما بعد البلوغ، جائز اتفاقاً، نصاً وفتوى، فكذا سائر العقود.

ومن النصوص الواردة في النكاح: ما رواه الشيخ، عن محمد بن الحسن الأشعري، قال: كتب بعض بني عمي إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام: ما تقول في صبيّة زوجها عمّها، فلما كبرت أبت التزويج؟ فكتب بخطه: «لا تكره على ذلك، والأمر أمرها»^(١).

وما رواه الشيخ والكليني - في الصحيح - والشيخ، عنه أيضاً، عن أبي عبيدة الحذاء، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوجهما وليّان لهما، وهما غير مدرّكين، فقال: «النكاح جائز، وأيّها أدرك كان له الخيار، وإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، إلّا أن يكونا قد أدركا ورضيا»، قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: «يجوز ذلك عليه إن رضي هو»^(٢)، قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٤٤٦/ ٥٠٨، الاستبصار ٣: ٢٣٩/ ٨٥٧، الوسائل ٢٠: ٢٧٦، أبواب

عقد النكاح، ب ٦ ح ٢.

(٢) في المصدر: هو رضي.

بالنكاح، ثم مات قبل أن تدرك الجارية أثره ؟ قال: «نعم، يعزل ميراثها منه حتى تدرك، فتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث، إلى أن قال: قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك ؟ قال: «يجوز عليها تزويج الأب، ويجوز على الغلام، والمهر على الأب للجارية»^(١).

وهذه الرواية مع صحتها معمول بها عند الأصحاب.

والمراد بالوليتين: غير الولي الشرعي، كما فهموه، ودل عليه الأحكام المذكورة، وآخر الرواية، فيكون النكاح فضولياً.

ولا قائل بالفرق بين القرابة وغيرهم، وهي نص في المدعى في النكاح، ودالة على كون الإجازة كاشفة، وإلا لم يفد إجازة أحدهما بعد موت الآخر، ولم يستحق إرثه، ولم يلزم النكاح من أجاز منهما قبل إجازة الآخر.

وقد حكم فيها بصحة النكاح والإجازة، مع بنائها على كونها كاشفة، ولم يفرق فيها بين من له ولي، وبين من لا ولي له، بل ظاهرها الثاني؛ ولذلك وقع الانتظار المذكور فيها؛ لأنّ النكاح ليس كالعقود المالية التي يرجع أمرها إلى الولي مطلقاً، ولا بين نكاح يجوز للولي إجازته وما ليس كذلك، وإذا ثبت الحكم في النكاح، فكذلك في البيع، وهذا هو الأقوى.

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٤٤٨ - ٤٤٩ / ٥١٢، الكافي ٥: ٤٠١ / ٤، الوسائل ٢٦: ٢١٩، أبواب

ميراث الأزواج، ب ١١ ح ١.

الموضع الخامس والسادس: أن يكون للعقد مجيز واقعاً أو بزعم العاقد، وحصلت الإجازة من غيره ممّن انتقل إليه ذلك المال بشراء، أو إرث، أو ولاية، أو نحو ذلك سواء وقع العقد عن الفضولي، أو عن المالك ولذلك ستّة أقسام:

[القسم] الأول: أن يبيع الفضولي مال الغير لنفسه، ثمّ يشتره من المالك، وفيه أقوال:

الأول: بطلانه من أصله، اختاره العلامة في التذكرة، وقال: لا يجوز أن يبيع عبثاً لا يملكها، ويمضي ليشترها ويسلمها، وبه قال الشافعي وأحمد، ولا نعلم فيه خلافاً^(١).

وظاهره: أنّه لم يقف على خلاف فيه من الخاصّة ولا العامّة، وهو ظاهره في التحرير حيث قال بعد ذكر حكم الفضولي: وقد نهى النبي ﷺ عن بيع ما ليس عندك، وهو أن يبيع سلعة معيّنة وليس يملكها^(٢)، ثمّ يمضي إلى المالك يشترها منه، ويدفعها، قال: ولو باع ما ليس معيّناً صحّ وإن لم يكن عنده^(٣).

وهو الظاهر من المختلف، وقد سبق عبارته في الموضع الثاني في بيان معنى النهي النبوي.

وقال في فصل النقد والنسيئة منه: والنهي الوارد عن النبي ﷺ

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ١٦.

(٢) في المصدر: بهالك لها.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ٢٧٧.

للكراهة، أو ورد عن الشيء المشخص الذي في ملك الغير فإنه لا يصلح^(١) بيعه؛ لأدائه إلى التنازع؛ إذ ربما يمتنع مالكة من بيعه، والمشتري يطالب البائع^(٢).

وقال في فصل الغرر والمجازفة: قال الشيخ في المبسوط: لا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها، ثم يشتريها ويسلمها إلى المشتري، وقال أبو الصلاح: يصح بيع ما ليس عند البائع، ويلزمه^(٣) بعد مضي العقد إحضاره.

ثم جمع بينهما بحمل الأول على بيع العين المشخصة المملوكة للغير، والثاني على بيع الموصوف في الذمة^(٤).

وقد تقدّم عبارته في القواعد^(٥).

وقال الفاضل السيوري - في رد الاستدلال بالنهي النبوي على بطلان بيع الفضولي -: إنّ النهي لا يدلّ على الفساد.

ثم قال: ويحمل على من باع سلعة غيره لنفسه لا للمالك، ثم يمضي إلى المالك فيشتريها منه^(٦).

الثاني: ما اختاره الشهيد في الدروس؛ حيث قال في آخر العبارة التي

(١) في المصدر: لا يصح.

(٢) في المصدر زيادة: به.

(٣) في المصدر: ويلزم.

(٤) مختلف الشيعية ٥: ٨٧ و ١٦٠ و ٢٨٥، المبسوط ٢: ١٥٦، الكافي في الفقه: ٣٥٩.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ١٩.

(٦) التنقيح الرائع ٢: ٢٦.

نقلناها عنه سابقاً: وكذا لو باع ملك غيره ثم انتقل إليه فأجاز.

ثم قال: ولو أراد لزوم البيع بالانتقال، فهو بيع ما ليس عنده، وقد نهي عنه.

ثم جوز بيع الموصوف في الذمة حالاً، وحمل عليه كلام الحلبي^(١).

وقد تقدّم عبارة السيوري، الموافقة لأوّل كلام الشهيد.

وقال الصيمري: لو باع مال الغير^(٢) ثم ملكه قبل فسخ البائع^(٣) وإجازته، افتقر إلى الإجازة من البائع؛ لأنّه باع وهو غير مالك، ولا بدّ من إجازة المالك، وقد صار مالكاً، فلا بدّ من إجازته^(٤).

الثالث: ما اختاره فخر الإسلام: تحريجاً على صحّة الفضولي، وهو: أنّه إذا ملكه، صحّ البيع من غير توقّف على الإجازة^(٥).

وهو الذي يلوح من الشهيد الثاني في هبة المسالك^(٦).

وكلام أرباب القولين الآخرين يحتمل الاختصاص بما إذا باع عن المالك لا عن نفسه، وبما إذا انتقل إليه قهراً بإرث ونحوه، لا اختياراً كشرائه.

(١) الدروس ٣: ١٩٣.

(٢) في المصدر: غيره.

(٣) في المصدر: المالك.

(٤) غاية المرام ٢: ١٥.

(٥) إيضاح الفوائد ١: ٤١٩.

(٦) مسالك الافهام ٦: ٤٩ - ٥٠.

وهو بعيد من عبارة الشهيد، كما لا يخفى، ويشهد به استناده إلى الحديث النبوي^(١)، وحمله له، وللكلام الحلبي على ما ذكر^(٢).

وظاهر كلام الشهيد الثاني: أنه إذا قصد البيع عن نفسه، كان أولى بالجواز^(٣).

وأما كلام الشيخ في المبسوط^(٤) فيحتمل ابتناؤه على بطلان الفضولي، فلا يعدّ من أهل القول الأوّل.

وكيف كان، فالأصحّ فيما فرضناه هو: البطلان مطلقاً، وهو المتّجه عند المحقّق الكركي في تعليق الإرشاد^(٥)، لكنّه لم ينصّ على كون بيعه لنفسه، واضطرب كلامه في شرح القواعد^(٦).

لنا: إنّ هذا العقد قد اشتمل على وجوه من الخلل والمفاسد:

الأوّل: أنّه قد باع مال الغير لنفسه، وقد مرّ الكلام فيه، وربّما لا يجري فيه بعض ما ذكر هناك، فليتأمّل فيه.

الثاني: إنّنا حيث جوّزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك ورضا المالك، والقدرة على التسليم اكتفينا بحصول ذلك للمالك المجيز؛ لأنّه البائع

(١) من لا يحضره الفقيه ٤: ٤.

(٢) الدروس ٣: ١٩٣.

(٣) مسالك الافهام ٦: ٤٩ - ٥٠.

(٤) المبسوط ٢: ١٥٦.

(٥) حاشية إرشاد الأذهان (ضمن حياة المحقّق الكركي وآثاره) ٩: ٣٣٧.

(٦) جامع المقاصد ٤: ٧٢ - ٧٤.

حقيقةً، والفرض هنا عدم إجازته، وعدم وقوع البيع عنه.

الثالث: إنّ الإجازة حيث صحّت كاشفة على الأصحّ مطلقاً؛ لعموم الدليل الدالّ عليه، ويلزم حينئذٍ خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله في ملكه، وهو محال.

الرابع: أنّ العقد الأوّل إنّما صحّ وترتب عليه أثره بإجازة الفضولي، وهي متوقّفة على صحّة العقد الثاني، المتوقّفة على كون المال باقياً على ملك ماله الأصلي، فتكون صحّة الأوّل مستلزماً لكون المال المعين ملك المالك وملك المشتري معاً في زمان واحد، وهو محال؛ لتضادّهما، فوجود الثاني يقتضي عدم الأوّل، وهو موجب لعدم الثاني أيضاً فيلزم وجوده وعدمه معاً في آن واحد، وهو محال.

فإن قلت: مثل هذا لازم في كلّ عقد فضوليّ؛ لأنّ صحّته موقوفة على الإجازة المتأخّرة، المتوقّفة على بقاء ملك المالك بعده، والمستلزمة للملك المشتري كذلك، فيلزم كونه بعد العقد، ملك المالك والمشتري معاً في آن واحد، فيلزم، إمّا بطلان عقد الفضولي مطلقاً، أو بطلان القول بالكشف، فلا اختصاص للإيراد بها نحن فيه.

قلنا: يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهراً، وهو الحاصل من استصحاب تملكه السابق؛ لأنّها في الحقيقة رفع لليد، وإسقاط للحقّ، ولا يكفي الملك الصوري في صحّة العقد الثاني، فتدبّر.

الخامس: أنّ الإجازة المتأخّرة لما كشفت عن صحّة العقد الأوّل، وعن

كون المال ملك المشتري الأول، فقد وقع العقد الثاني على ماله، فلا بدّ من إجازته له، كما لو بيع المبيع من شخص آخر، فأجاز المالك البيع الأول، فلا بدّ من إجازة المشتري للبيع الثاني، حتّى يصحّ، ويلزم.

وعلى هذا، فيلزم توقّف إجازة كلّ من الشخصين على إجازة الآخر، وتوقّف صحّة كلّ من العقدين على إجازة المشتري الغير الفضولي، وهو من الأعاجيب، بل من المستحيل؛ لاستلزام ذلك عدم تملك المالك الأصلي شيئاً من الثمن والمثمن، وتملك المشتري الأول للمبيع بلا عوض إن اتّحد الثمنان، وبدون تمامه إن زاد الأول ومع زيادة إن نقص لانكشاف وقوعه في ملكه، فالثمن له، وقد كان المبيع له - أيضاً بما بذله من الثمن، وهو ظاهر.

السادس: أنّ من المعلوم أنّه يكفي في إجازة المالك وفسخه فعل ما هو من لوازمهما، ولما باع المالك ماله على الفضولي بالعقد الثاني فقد نقل المال عن نفسه وتملك الثمن، وهو لا يجمع صحّة العقد الأول؛ فإنّها تقتضي تملك المالك للثمن الأول، وحيث وقع العقد [الثاني]^(١)، لزم أن يكون فسخاً له، وإن لم يعلم بوقوعه، فلا يجدي الإجازة المتأخّرة عنه.

وبالجملة: حكم عقد الفضولي قبل الإجازة كسائر العقود الجائزة، بل أدنى منها، فكما أنّ التصرف المنافي مبطل لها، كذلك يبطل عقد الفضولي.

(١) بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة: «الأول»، وما أثبتناه - كما هو المصحّح في الحجرية بعد أن كانت «الأول» مشطوباً عليها فيها - يقتضيه السياق.

واعلم: أن أكثر المفاسد المذكورة جارية على القول بأن الإجازة كاشفة خاصةً، وإن قلنا: بأنها ناقلة لزم بعضها.

والظاهر: أنه إذا كان سبب الانتقال مركباً من العقد والإجازة، فما هو شرط أحدهما شرط الآخر، سيما مع كون العقد هو الأصل.

ألا ترى لزوم اجتماع الشرائط في مجموع الإيجاب والقبول، مع كون النقل يحصل بإتمام العقد، ولا يكتفى باجتماعها عند إتمام القبول.

ويدل على ما اخترناه الأخبار المعتبرة المستفيضة:

منها: جملة من الأخبار المتقدمة في الموضع الأول، كالمشملة منها على النهي عن بيع الآجل ما ليس عنده^(١).

ومنها: ما رواه الشيخ والكليني - في الصحيح - عن يحيى بن الحجاج، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لي: اشتر هذا الثوب وهذه الدابة، ويعينها^(٢)، أربحك فيها كذا وكذا؟، قال: «لا بأس بذلك اشتريها، ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها»^(٣).

وما رواه الشيخ، والكليني، عن ابن أبي عمير، عن يحيى بن الحجاج، عن خالد بن الحجاج^(٤)، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يبيع

(١) من لا يحضره الفقيه ٤: ٤، الوسائل ١٨: ٤٦، أبواب أحكام العقود، ب ٧ ح ١.

(٢) في الكافي: ويعينها، وفي التهذيب: بعينها، بدون حرف الواو.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٧١/٢٥٠، الكافي ٥: ٦/١٩٨، الوسائل ١٨: ٥٢، أبواب أحكام

العقود، ب ٧ ح ١٣.

(٤) في الكافي: خالد بن نجيع.

فيقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا؟ قال: «أليس إن شاء ترك، وإن شاء أخذ؟» قلت: بلى، قال: «لا بأس به، إنما يحل الكلام ويحرم الكلام»^(١).

والمراد بالكلام: عقد البيع، فإنه يحل نفيًا، ويحرم إثباتًا، أو يحل ثانيًا ويحرم أولًا.

أو المراد: أن الكلام الذي جرى بينهما قد يحلّ، وقد يحرم بحسب اختلافه، فإن كان بطريق الإلزام، حرمت المعاملة بذلك، وإن كان بطريق المراضاة من دون إلزام وإنما يحصل الإلزام بعد شراء البائع بعقد مستأنف كانت حلالاً.

وما رواه الشيخ - في الصحيح - عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألت عن رجل أتاه رجل، فقال: ابتع لي متاعاً، لعلّي اشتريه منك بنقد أو بنسيئة، فابتاعه الرجل من أجله؟ قال عليه السلام: «ليس به بأس، إنما يشتريه منه بعد ما يملكه»^(٢).

وما رواه - في الصحيح - عن منصور بن حازم، عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجل أمر رجلاً يشتري له متاعاً، فيشتريه منه؟ قال: «لا بأس بذلك، إنما البيع بعد ما يشتريه»^(٣).

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٢١٦/٦٠، الكافي ٥: ٢٠١/٦، الوسائل ١٨: ٥٠، أبواب أحكام العقود، ب ٨ ح ٤.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٢٢٠/٦١، الوسائل ١٨: ٥١، أبواب أحكام العقود، ب ٨ ح ٨.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٢١٨/٦١، الوسائل ١٨: ٥٠، أبواب أحكام العقود، ب ٨ ح ٦.

وهذه الروايات ظاهرة الدلالة على عدم جواز البيع قبل الشراء والتملك.

وظاهر التذكرة: دعوى الإجماع على ذلك^(١)، والأدلة الواردة في الفضولي مختصة بغير ما نحن فيه إلا العمومات، وفي الاستناد إليها وشمولها له نظر واضح، فلا محيص من القول بالمنع.

وما يظهر من الشهيد^(٢) من حمل نحو هذه الأخبار على ما إذا أراد اللزوم بمجرد الانتقال، لا بالإجازة بعده، فبعده ظاهر؛ فإنه لو كانت الإجازة كافية، لما نهي عن البيع قبل ذلك، ولم يؤمر بفعله بعده، مع أن التسليم كان يحصل بعده، وهو في حكم الإجازة؛ لأنها تحصل بالفعل كما تحصل بالقول.

وأيضاً لا وجه للإجازة بعد أن رضي وباع لنفسه، فإن صحّ لزوم بالانتقال، وإلا لم يلزم بإجازته.

واستناد الصيمري: إلى لزوم حصول الإجازة من المالك، إن أراد المالك قبل العقد، فالغرض عدم حصول الإجازة منه، وإن أراد المالك في الجملة، فلا دليل على اعتبار إجازته^(٣).

نعم، ورد في جملة من الأخبار - كصحيحتي^(٤) ابن سنان، وعبد

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ١٦.

(٢) الدروس ٣: ١٩٣.

(٣) غاية المرام ٢: ١٥.

(٤) في «ك، م»: كصحيحي.

الرحمن بن الحجاج^(١)، وغيرهما - ما يلوح منه المنع عن بيع الموصوف في الذمة حالاً قبل التملك.

وهو مذهب العماني والحلي؛ حيث منعا من بيع الحال الموصوف في الذمة مطلقاً، كما حكى عنهما^(٢).

ويظهر من بعض الأخبار^(٣) المتقدمة: أن المنع من بيعه قبل التملك كان مشهوراً بين العامة، وأن النهي من باب الكراهة، أو التقية، فيستفاد حينئذ: أن الحكم في الروايات كلها من باب واحد، فيسقط الاستدلال بها.

ولعل هذا هو الوجه في إعراض الأصحاب عن الاحتجاج بها في هذا المقام.

والتحقيق: أن حمل ما ورد في غير المعين على ما ذكر مع عدم ظهورها في المنع، ووجود المعارض لا يقتضي حمل ما ورد في المعين، مع دلالتها على المنع، وخلوها عن المعارض، وصحة أكثرها، واعتضاها بالإجماع المنقول، وسائر الأدلة.

وربما كان سبب المنع من بيع غير المعين في بعض الأخبار هو انحصار ذلك وعدم شيوعه، بحيث يصدق على البائع أنه قادر على تسليمه، فكأنه

(١) الكافي ٥: ٢٠٠/٤، تهذيب الأحكام ٧: ٣٤-٣٥/١٢٢، و٥٩/٢١١، الوسائل ١٨: ٤٧،

أبواب أحكام العقود، ب ٧ ح ٣، و٢٩٣، أبواب السلف، ب ٥ ح ٣.

(٢) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٣٨٦، والحاكي عنها هو العلامة في مختلف الشريعة ٥: ١٥٨.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٥٩/٢١١، الوسائل ١٨: ٤٧، أبواب أحكام العقود، ب ٧ ح ٣.

تعلّق بذلك المعين، فيتوقّف بيعه على اشترائه كما في المعين، فالأصحّ هو المنع، ومحله البيع الواقع بالقصد المذكور، فإذا اشترى البائع الفضولي ذلك المال قبل إجازة المالك للأول وفسخه، بطل الأول.

وكذا لو فسخه المالك وإن لم يقصد البيع عنه.

ولو أجازته قبل البيع الثاني، صحّ الأول، على القول بجواز أن يقصد الفضولي البيع لنفسه، ولا يطل من أصله.

الثاني من الأقسام: أن يبيع الفضولي أو يشتري عن المالك، ثم يشتري المبيع أو الثمن منه قبل إجازته وفسخه، والأصحّ هنا أيضاً هو القول بالمنع، ووجهه ظاهر ممّا سبق.

وهذا أقلّ إشكالاً من الأول من جهة نفس البيع، وأشدّ من جهة الإجازة؛ لوقوعها هنا أصالةً ممّن لم يوقع البيع عنه.

ولو قلنا بصحّة ذلك، فالوجه: أنّه لا يلزم بمجرد الانتقال، بل يتوقّف على إجازة الفضولي بعد ملكه، ولا يجب عليه شراؤه ولا إجازته.

ولو قلنا بصحّة القسم الأول، احتمل وجوب الشراء أو ما يقوم مقامه؛ لوجوب التسليم المتوقّف عليه.

أما الإجازة بعد الانتقال إليه فهي إن اعتبرناها واجبة عليه، وهذا ممّا يؤيد عدم اعتبارها، كما لا يخفى.

[القسم] الثالث: أن يبيع الفضولي، أو يشتري، ثم ينتقل إليه أمر ذلك المال، بولاية على المالك أو وكالة عنه، فيتوقّف على إجازته ويصحّ

صدورها منه قطعاً.

وحكم قصده البيع لنفسه، أو عدم وجود مجيز حال العقد كما مضى.

[القسم] الرابع: أن يبيع، أو يشتري عن المالك فضولاً، ثم ينكشف كونه ولياً عليه، أو وكيلاً عنه عند العقد، فإن كان العقد غير جارٍ على ما تقتضيه النيابة، توقف على إجازة المالك أو نائبه، وإن لم يوجد مجيز، فكما سبق، وإن كان جارياً على مقتضى النيابة، ففي الافتقار إلى إجازته نظر.

والأشبه وقوعه لازماً؛ لوجود المقتضي وعدم المانع، ولا دليل على اعتبار العلم بالسبب في الجواز ولا اللزوم.

ويطرد الحكم على القول بصحة الفضولي وبطلانه.

والأحوط اعتبار الإجازة فيها إذا كانت النيابة بولاية عامة، كولاية الحاكم والعدل.

أما إذن الولي لعبد في التجارة فحكمه كالوكالة.

وقال القاضي: إذا أذن السيد لعبد في التجارة، فباع واشترى وهو لا يعلم بإذن سيده، ولا علم به أحد، لم يكن مأذوناً له في التجارة، ولا يجوز شيء مما فعله، فإن علم بعد ذلك واشترى وباع، جاز ما فعله بعد العلم بالإذن، ولم يجز ما فعله قبل ذلك، فإن أمر السيد قوماً أن يبيعوا العبد، والعبد لا يعلم بإذنه له، كان يبيعه وشراؤه منهم جائزاً، وجرى ذلك مجرى الإذن الظاهر، فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم وباع كان ذلك جائزاً.

حكى ذلك عنه في المختلف، وأورد عليه بأنه لو أذن المولى ولا يعلم العبد، ثم باع العبد صح؛ لأنه صادف الإذن، ولا يؤثر فيه إعلام المولى بعض المعاملين^(١).

قلت: كأن القاضي جعل الإذن الذي لا يعلم به أحد كسائر ما يتكلم به الإنسان عند نفسه مما يتعلّق بمخاطبة غيره، فلا يعتدّ به ما لم يقصد إفهامه لأحد، ولا يبعد ذلك؛ فإنّ الإذن لا يصدق عرفاً على مثل ذلك، كما أنّ مَنْ أوجب البيع عند نفسه فحضر القابل فوراً وقبّل لم يعتدّ به.

وعلى هذا، لا يختصّ بإعلام المعاملين، بل متى أظهر الإذن لأحد من الناس، صحّت المعاملة الواقعة بعده، وهو الذي يقتضيه إطلاق أوّل كلام القاضي.

نعم، لو اكتفينا في الإذن بالرضا النفسي مطلقاً، أو جعلناه من الإيقاعات المحضة، صحّ قول العلامة.

[القسم] الخامس: أن يبيع، أو يشتري لنفسه، ثمّ ينكشف كونه مالكاً للمال، وأنّ العقد صادف ملكه، والأقرب صحّة البيع، وعدم توقّفه على الإجازة، ووجهه ما مضى في الرابع.

[القسم] السادس: أن يبيع لنفسه، ثمّ ينكشف كونه وليّاً، أو وكيلّاً على المال عند العقد، وحكمه يعرف ممّا سبق.

[القسم] السابع^(١): أن يبيع أو يشتري عن المالك بزعمه، ثم ينكشف كون المال له، وقد فرضه الأصحاب: في مَنْ باع مال أبيه بظن الحياة وآته فضوليّ، فبان موته وآته مالك.

وذكر جماعة منهم فروضاً آخر أيضاً من هذا القسم.

وحكم العلامة في التذكرة بصحة العقد، وقال: إنه أصحّ قوليّ الشافعي؛ لأنه بيعٌ صدر من أهله في محله، وليس عبادةً تفتقر إلى النية^(٢)، وبه حكم في هبة التحرير^(٣).

واستوجهه في القواعد هنا، وقطع به في كتاب الهبة منه، ومن الإرشاد^(٤). وربّما يستفاد منهما دعوى الإجماع عليه.

وناقشه في ذلك المحقق الكرّكي، والشهيد الثاني، فمنعوا الإجماع^(٥).

واستند الأوّل إلى عبارة التذكرة حيث تدلّ على عدم الإجماع.

وهو اشتباه ظاهر؛ لأنه حكى أقوال العامة وذكر قولين عنهم.

وهذا هو قول المحقّق في الشرائع، وظاهر الشهيد في الدروس^(٦).

(١) تقدّم من المصنّف رحمه الله أن الأقسام ستة، حيث قال: ولذلك ستة أقسام، ثم أضاف إليها ثلاثة أقسام أخرى، فصارت تسعة.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠: ١٧.

(٣) تحرير الأحكام ٣: ٢٨٢.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ١٩ و ٤٠٩، إرشاد الأذهان ١: ٤٥٠.

(٥) مسالك الافهام ٦: ٥٠ - ٥١.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٦، الدروس ٢: ٢٨٩.

وظاهر هؤلاء: أنه يلزم حين وقوعه، ولا يفتقر إلى إجازة من المباشر، وبذلك فسر كلام العلامة في الإيضاح، وجامع المقاصد^(١).

وقيل بالتوقف على الإجازة، واختاره المحقق الكركي في الجامع، قال: لأنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن، بل مع إجازة المالك، إلا أن يقال: قصده إلى أصل البيع كاف^(٢).

وهذا يومئ إلى تردده في الحكم، كما يظهر من كلامه في تعليق الإرشاد^(٣).

وإلى هذا القول مال الشهيد الثاني في هبة المسالك فقال: ولعل هذا [أقوى]^(٤).

وعزا القول بالصحة مطلقاً في الكفاية إلى المشهور^(٥).

وذكر فخر الإسلام وجوهاً ثلاثة، ثالثها: البطلان، وعلله بأنه إنما قصد نقل الملك عن الأب لا عنه، وبأنه وإن كان منجزاً في الصورة، فهو في المعنى معلق، والتقدير: إن مات مورثي فقد بعثك، وبأنه كالعابث عند مباشرة العقد؛ لاعتقاده أن المبيع لغيره^(٦).

والتعليلان الأخيران ذكرهما العلامة في التذكرة عن الشافعي بناءً على

(١) إيضاح الفوائد ١: ٤٢٠، جامع المقاصد ٩: ١٧٢ - ١٧٣.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٧٦.

(٣) حاشية إرشاد الأذهان (ضمن حياة المحقق الكركي وآثاره) ٩: ٤٧٨.

(٤) مسالك الافهام ٦: ٥١، وما بين المعقوفين أثبتناه منها.

(٥) كفاية الأحكام ٢: ٣٤.

(٦) إيضاح الفوائد ١: ٤٢٠.

أضعف قوله^(١).

ولا يخفى أنّ بناء الأخير على بطلان عقد الفضولي، وأنّه كالعبث ولا عبرة به، وبين الأولين تدافع ظاهر، إلّا أن يكون الأوّل نظراً إلى الظاهر، والآخر نظراً إلى الاعتبار والفرض على تقدير صحّة العقد وإلغاء قصد وقوعه عن الأب.

واعلم: أنّ هذه المسألة - كبعض المسائل السابقة - جارية على القول ببطلان الفضولي أيضاً، فلعلّ عدم ترجيح فخر الإسلام لأحد الوجوه؛ نظراً إلى ترّدده في الحكم، لا لاستغنائه عنه.

وتحقيق المسألة موقوف على النظر في أمور:

الأوّل: إنّ المالك إذا كان معيّناً، هل يتعيّن وقوع البيع عنه وإن قصد غير المالك، أو لا؟ وقد مرّ الكلام فيه.

الثاني: إنّه لو اعتبر قصد وقوعه عن المالك، أو عدم قصد غيره، فهل هو شرط علمي، أو وجودي؟

والوجه هو الثاني؛ لأنّه الأصل في الشروط؛ ولكونه في العقود من باب خطاب الوضع لا التكليف.

الثالث: إنّه هل يكفي قصد المالك في الجملة، أو لا بدّ من التعيين، أو عدم تعيين غير المالك؟

والوجه هو: الثالث مع العلم بالمالك.

أما مع الجهل - كما إذا زعم كون زيد مالك المال فعليته، وهو ملك عمرو، فقد عيّن غير المالك، لكنّه قد قصد المالك في الجملة، وإن أخطأ في التعيين - فهل يقع التعيين لاغياً؛ لأنّ الفرض وقوعه عن المالك أيّ ما كان، أو يبطل العقد؛ لمخالفة القصد للواقع، أو يفرّق بين نفسه وغيره؟ فإذا أخطأ في تعيين غيره وقع لاغياً؛ لتساوي نسبة الكلّ إليه. وإن أخطأ في تعيين غيره بدل نفسه بطل العقد؛ لظهور قصده المغايرة. وهذا ليس ببعيد.

الرابع: إنّه هل يعتبر في عقد الفضولي أن يراعى في التقويم ما يراعيه الوكيل والمالك بحسب العادة، بحيث لو كان مالكاً أو وكيلاً لكان بيعه على نحو ما وقع، أم لا يعتبر، بل يجوز الحوالة على إجازة المالك؛ لينظر ما فيه صلاح أمره وفساده؟ الوجه هو الثاني.

الخامس: إنّه هل يعتبر قصد وجه العقد من كونه جائزاً أو لازماً أو يعتبر عدم قصد ما هو خلاف الواقع، أو يكفي قصد العقد مطلقاً؟ الوجه هو الثالث، كما سبق.

إذا تحققت هذه المقدمات، تبين أنّ المتّجه هو القول بالبطلان، أو الوقوف على الإجازة.

فإن اشترطنا عدم تعيين غيره إذا كان هو المالك لزم الأوّل، وإلاّ فالثاني؛ لاحتمال إحالته الأمر على المالك.

فلو حكمنا بلزوم العقد من حين وقوعه، أدى إلى الضرر^(١) المنفي في الشرع.

وهل جواز فسخه للعقد من باب الخيار، أو لتوقفه على الإجازة؟ وجهان، والأول لا يخلو من قوة؛ لأنه مقتضى قاعدة نفي الضرر^(٢)، ولأنه بناءً على صحة العقد، لو سُلّم المال إلى المشتري وسلّطه عليه، ثم انكشف كونه ملكه، جاز للمشتري حيثنّذ أن يتصرّف فيه، ولا يضمن شيئاً أصلاً سواء وقع التصرف قبل انكشاف الحال أو بعده إن أخذه وإلا رجع عليه بالمثل أو القيمة.

واعلم: أنّ العلامة في القواعد والإرشاد حكى الإجماع على أنّه إذا باع الواهب الموهوب بعد إقباضه، صحّ بيعه إذا كانت الهبة فاسدة، ثمّ قال: ولو باع مال مورّثه معتنقاً بقاءه فكذلك^(٣).

وزاد في القواعد: أن يوصي بمن أعتقه^(٤)، أي: إذا ظهر فساد العتق، وصادف الوصيّة الملك.

[القسم] الثامن: أن يبيع، أو يشتري الفضولي عن المالك، ثمّ يموت المالك قبل البناء على الإجازة أو الفسخ، فيجيزه الوارث سواء كان هو الفضولي أو غيره ففي صحّته نظر: من مشاركة الانتقال القهري للانتقال

(١) في «حج»: الغرر.

(٢) في «ش»، ع، ك، م: الضرر.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٤٠٩، إرشاد الأذهان ١: ٤٥٠.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٤٠٩.

الاختياري في جملة من الخلل المذكورة فيه، ومن خروجه عن النصوص الواردة فيه، وقيام الوارث مقام المالك في الحقوق المتعلقة بذلك المال، كما يقوم مقامه في استحقاق الخيار، والتقابض في الصرف، والإقباض في الهبة على قول.

وإلى الأوّل ذهب القاضي، حيث قال - كما حكى عنه في المختلف -: إذا ابتاع العبد المحجور عليه متاعاً بغير إذن سيّده، ثمّ أذن له في التجارة، لم يميز ابتياعه الأوّل، فإنّ أجازته السيّد، أو أجازته العبد إجازةً مستقبلّةً كان جائزاً، فإنّ لم يأذن له سيّده، لكنّ أعتقه، لم يميز الابتياح الأوّل، فإنّ أجازته العبد بعد العتق لم يميز، وكذا لو أجازته السيّد، ولو مات سيّده وأجاز وارثه ذلك لم يميز.

قال العلامة: وليس بجيّد، فإنّ الحجر لحقّ السيّد، فإذا أجاز بعد العتق نفذ، وكذا لو أجاز وارثه؛ لانتقال حقوق السيّد إليه^(١).

أقول: كأنّ القاضي قصد الابتياح الواقع بضمن موصوف في الذمّة، فما دامت الرقبة باقيةً كانت ذمّته كذمّة المولى، فإنّ أجازته المولى أو العبد بإذنه صحّ، وإذا أعتق لم يميز له ولا للمولى إجازته.

وكيف كان، فما اختاره العلامة من الاكتفاء بإجازة الورثة يخالف ما اشتهر بينهم: أنّ العقود الجائزة تبطل بالموت^(٢).

والمراد بها: ما لم يتمّ شرائطه من العقود في حال الحياة، كالهبة قبل

(١) مختلف الشيعة ٥: ٤٦٠.

(٢) تحرير الأحكام ٣: ٢٣١، مفتاح الكرامة ١٧: ٩١٨.

القبض، وما كان ترتّب أثره دائماً موقوفاً على الإذن ولو مستصحباً كالوكالة.

ولم يفرّقوا في الأوّل بين هبة ذوي الأرحام والهبة المعوّضة، أو غيرهما من الهبات اللازمة وبين الهبة الجائزة، وعقد الفضولي جائز قبل الإجازة، فحقّه أن يبطل بالموت وإن كان البيع من العقود اللازمة في الأصل، المبنية على المعاوضة.

ويمكن بناء المسألة على الاختلاف في كون الإجازة ناقلةً أو كاشفةً.

فعلى الأوّل يبطل بالموت، ولا يقف على الإجازة.

وعلى الثاني لا يبطل بالموت، بل يقف على إجازة الوارث.

ولك أن تقول: إنّ المال إن انتقل إلى الوارث، فكيف يخرج عنه بالإجازة خاصّةً، وإلاّ فأيّ معنى للإجازة؟

ونجيب بأنّه نحكم ظاهراً بأنّه للوارث، كما نقول في المورث^(١) قبل الإجازة، فإذا حصلت الإجازة انكشف انتفاء الملك الصوري واقعاً.

وبالجملة: فالمسألة عندنا موضع توقّف وإشكال.

[القسم] التاسع: أن يبيع، أو يشتري لنفسه، ثمّ ينتقل إليه أو إلى غيره بالإرث، فيجيز.

وحكمه في الصّحة، والبطلان، والوقوف على الإجازة يُعرف ممّا مضى، وإذا انتقل إلى غيره وقلنا بالصّحة، فلا بدّ من الإجازة قطعاً.

الموضع السابع: أن يبيع موصوفاً في الذمة، أو يشتري به.

ولا ريب في أنه يقع فضولاً كالمعتن، فكما أن الوكالة تتعلق بها في الذمة كذلك.

وقد نصّ على هذا القسم كثير من الأصحاب هنا، وفي كتاب المضاربة، والوكالة، وغيرهما^(١)، ولم أقف على من يفرّق بين القسمين، وظاهرهم الإجماع على ذلك، وهو الحجّة بعد العمومات، وظهور عدم الفرق.

ولما كان تملك كلّ شيء بحسبه، صحّ وصف ما في الذمة بكونه مملوكاً وغير مملوك، بحسب اختلاف الإضافة، فإذا باع شيئاً في ذمته بمعنى التزامه بالبيع، أو شيئاً كان له قبل العقد في ذمة غيره، فهو بيع المملوك، وإذا باع شيئاً استحقّه غيره في ذمته أو في ذمة غيره، أو شيئاً في ذمة غيره يلتزم به عنه بالبيع، فهو بيع غير المملوك.

وكذلك الشراء بالموصوف في الذمة، ينقسم إلى المملوك، وغيره، فإذا أوقع المعاملة بالأوّل لزم أن يطلق أو يعيّن كون المعاملة لنفسه.

وإذا أوقعها بالثاني، فإن كان وكيلاً أو وليّاً، جاز له الإطلاق أو التعيين عن ذلك الغير، إن سبق الاستحقاق على العقد، فيقول: بعثك كذا في ذمتي لفلان بكذا، أو يزيد عن فلان أيضاً أو ينوي ذلك.

(١) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠ : ١٣٨ و ١١ : ٤٠، اللعة الدمشقية (ضمن

موسوعة الشهيد الأوّل) ١٣ : ١٨٣ و ١٩٩، المهذب البارع ٢ : ٥٥٥، و ٣ : ٣٧-٣٨.

ولو لم يكن استحقاق سابق، فإن عيّن بأن قال: بعتك كذا في ذمة فلان عنه بكذا، وقع عنه بمقتضى الإذن.

ولو قال: بعتك كذا في الذمة عن فلان بكذا، فكذلك.

والمناسب أن يقول: بعتك كذا في الذمة لفلان بكذا.

ولو قال: بعتك كذا في ذمة فلان، لوحظ نيّته، فإن قصد العمل بمقتضى الإذن، وقع عنه، وإلا فالكلام فيه كما تقدّم في المعين.

وإذا لم يكن مأذوناً وأطلق، بأن قال: بعتك كذا في الذمة، فإن نواه عن نفسه، فلا كلام.

وإن نواه عن غيره وقف على إجازته، فإن أجاز حكم بوقوعه عنه بالنسبة إليهما.

وكذلك المشتري إن صدّق البائع في النيّة، وإلا فله الخيرة في البناء على ظاهر اللفظ، ومطالبة البائع بحقه، أو على مقتضى نيّته إذا أقرّ بها وأجاز الآخر، فيطالب المجيز بذلك.

ومثل ذلك لو قال: بعتك كذا في ذمتي، وكان لغيره في ذمّته ذلك، وإذا فسخ الغير نفذ البيع في حقه في ظاهر الحكم.

وهل ثبت ذلك واقعاً فتلغو النيّة، أو في الظاهر خاصّةً، كما لو كان وكيلاً عن شخص فاشترى أو باع له ثم أنكر الوكالة؟ وجهان.

والثاني خيرة المحقّق وفخر الإسلام والمحقّق الكركي والسيوري

والشاهد الثاني^(١).

والأول قضية إطلاق القواعد^(٢)، ويمكن تنزيله على الثاني.

ومّا يُبطل الأوّل - بعد قاعدة: إنّ العقود تتبع القصد -: أنّه لو كان على تقدير عدم الإجازة يقع عن الفضولي واقعاً، فكذلك مع الإجازة؛ إذ لا بدّ من وجود شخص معيّن يرجع إلى أمره في لزوم العقد، وإلا لم يحصل الجزم بشيء من العقود المتعلقة بالذمة، فهو إما الفضوليّ أو المنويّ عنه، ولما تعيّن الثاني في صورة الإجازة، فكذلك في صورة الفسخ، فيحكم بالبطلان حينئذٍ.

أمّا عدم الجزم - مع اختلاف الجهة باعتبار الواقع والظاهر - فلا مانع منه، وقد أشار إلى ذلك في الإيضاح^(٣)، وهو في غاية الجودة.

وعلى هذا، فيلزم العقد ظاهراً، ويقع موقوفاً واقعاً إلى أن ينكشف الحال.

ويلزم على الأوّل: أن لا يقع عن المنويّ عنه وإن صدّق وأجاز؛ إذ لا يختلف الواقع.

ولو اختلف لزم أن لا يعلمه الحال لو اشترى الفضولي أباه أو غيره ممّن ينعتق عليه، أو من ينعتق على المنويّ عنه البيع.

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٩، إيضاح الفوائد ٢: ٣٤٧، جامع المقاصد ٨: ٢٥٠-٢٥٢، كنز العرفان ٢: ٣٤-٣٥، مسالك الافهام ٥: ٢٧٥-٢٧٦.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٣٦٠.

(٣) إيضاح الفوائد ٢: ٣٤٧.

وعلى المختار ينعتق في الثاني مع الإجازة دون الأوّل مطلقاً؛ لكونه ملك المنويّ عنه مع الإجازة، وبطلان العقد واقعاً بدونها.

وعلى غير المختار لزم في الثاني الانعتاق مع الإجازة، وفي الأوّل مع عدمها.

وهل للعبد أن يطالب بظاهر العقد كالبائع ؟ يحتمل ذلك، ويحتمل العدم؛ لكون العتق من حقوق الله سبحانه وتعالى، ويرجع فيها إلى النية، والمشتري أبصر بنفسه، فيصدّق في نيته.

ويقرب الأوّل على القول بأنّه حقٌّ للعبد، أو اجتمعت فيه الحقوق.

ولو أضاف البيع إلى غيره وأطلق الذمّة، أو عيّن ذمّة الغير، أو ذمّة من هو مطلوب له بذلك المال، وقف على الإجازة.

فإن ردّ فلو عيّن ذمته بطل، ولو أطلق احتمل نفوذه في حقه، فتلغون، التسمية والبطلان.

وذكرهما العلامة في التذكرة، ونقلهما عن بعض العامة في الشراء على الوجه المذكور^(١).

والأقرب: الثاني، كما هو الظاهر من مضاربة القواعد والإيضاح^(٢).

ولو أضاف البيع إلى غيره، وعيّن ذمّة نفسه من دون استحقاق سابق، فلا بدّ من القول بالبطلان، أو إلغاء أحد الأمرين من الإضافة والتعيين.

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ٢١٨.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٣٣٨، إيضاح الفوائد ٢: ٣١٣-٣١٤.

فإن لم يميز الغير، تعين إلغاء الإضافة، أو البطلان.

وبناءً على أن المعين إذا تعلّق به المعاملة وقعت عن مالكة مطلقاً، لزم إلغاء الإضافة وصحة العقد.

وإن اعتبرنا التعيين أو عدم تعيين الخلاف، حكم هنا بالبطلان.

ولو أضاف البيع إلى نفسه، وعين ذمة الغير من غير استحقاق سابق، فالأقرب أنه كالمعين، ففيه الكلام السابق.

ويحتمل إلغاء قيد الذمة؛ لأنّ إلغاء أحدهما لازم، وما هو على وجه النيابة أولى ممّا هو على وجه الأصاله.

واعلم: أنه حيث نوى شيئاً ولم يسمّه، ثم لم يقع بمقتضى النية، جاز للآخر مطالبته بظاهر اللفظ، وفي كونه هو الحكم الواقعي ما تقدّم من الكلام.

وحيث كان الموصوف في الذمة مستحقّاً سابقاً وتعلّق العقد به، فكلّ ما ذكرنا في المعين من جهة نية العاقد وحال الإجازة جارٍ فيه أيضاً.

وإنما يفارقه في احتمال إلغاء قيد التعيين هنا دون المعين.

وأما الفرق بين المستحقّ بالبيع والمستحقّ سابقاً، فظاهر، ويختلف الأحكام بسبب ذلك، كما أشرنا إليه.

ولو باع شيئاً في الذمة، قاصداً أن يثبت بعد العقد ذلك الشيء في ذمته بأحد أسبابه المقررة، فهو كما لو باع شيئاً ثم ملكه، ويجري عليه حكمه، وعلى هذا القياس في الباب.

تذنيب:

فليعلم أنّ ما سبق كلّه فيما إذا باع، أو اشترى الفضولي بالصيغة، فأما لو باع، أو اشترى بطريق المعاطة، فإنّه يلغو، ويفسد من أصله، ولا يقف على الإجازة على الأقرب؛ للأصل، مع اختصاص المعتمد من الأدلة السابقة نصّاً وفتوى بغيره، فإنّ المعاطة ليست بيعاً على المشهور، وإنّما هي إباحة محضة غير لازمة، فلا تندرج في إطلاق البيع وعقد البيع، ولا في قولهم: إنّ الإجازة شرط لزوم البيع لا صحته وانعقاده.

ولا يمكن إثبات الحكم هنا بالنصوص الواردة في نكاح الفضولي، كما سلف؛ لاختصاصها بالعقد قطعاً، فتعيّن حيثنّ القول بفسادها، كما هو مقتضى الأصل.

ويدلّ على ذلك أيضاً: أنّ المعاطة منوطة بالتراضي، وقصد الإباحة، أو التملك للمعيّن، أو المقدّر في الذمة، بناءً على جوازه، وهما من وظائف المالك، ولا يتصوّر صدورهما من غيره.

ومشروطة أيضاً بتحقيق الإقباض من الطرفين أو من أحدهما، مقارناً للأمرين، ولا أثر له إلّا إذا صدر من المالك، أو بإذنه.

فإن قلت: يمكن صدور صورة الرضا والقصد، والقبض من الفضولي، كما يقع منه صورة العقد، وربّما يثق برضا المالك بذلك، فيكون إقباضه سائغاً، وقد يكون أحد الطرفين مالكاً، فيجوز له إقباض ماله للفضولي، وقابضاً للعوض الآخر بإذن المالك.

أو كان حقّاً ثابتاً في ذمته قبل المعاطاة، فيستغنى عن إقباض الفضولي، فإذا أجاز المالك انكشف صحّة جميع ذلك، كما ينكشف بالإجازة صحّة صورة العقد السابق.

ويشهد لذلك: احتجاج الأصحاب بحديث عروة^(١) المتقدم، وهو مطلق، بل ظاهر في المعاطاة، وإطلاقهم صحّة بيع الفضولي، ولزومه بالإجازة، مع أنّه منه ما يتوقّف على التقابض، أو إقباض أحد العوضين قبل التفريق، كالصرف، والسلف.

وتعميم بعضهم النزاع في كلّ عقد، كالشهاد في غاية المراد^(٢)، مع أنّ منه العقود الجائزة المنوطة بمجرد الرضا.

فإذا صحّ جميع ذلك بالإجازة، صحّ معاطاة الفضولي بها أيضاً، مع أنّ الأمر فيها مبنيٌّ على المسامحة.

قلت: لا معنى لصورة الرضا والقصد، ولا أثر لها أصلاً، ولذلك قال الشهيد الثاني: إنّ المكره والفضولي قاصدان للفظ دون المدلول، وذكر: أنّ قصد المدلول لا يتحقّق من غير المالك^(٣).

وأما القبض، فالظاهر من الأصحاب: أنّه لا عبرة به؛ حيث كان شرطاً في العقود، إلّا إذا وقع بإذن المالك، كما نصّوا عليه في الهبة،

(١) عوالي اللآلئ: ٣/ ٢٠٥/ ٣٦، مستدرک الوسائل ١٣: ٢٤٥، أبواب عقد البيع وشروطه، ب ١٨ ح ١، الثاقب في المناقب: ١١٢/ ١٠٨/ ١١، سنن الترمذي ٢: ٢٨٨/ ١٢٥٨.

(٢) غاية المراد ٣: ٣٧.

(٣) مسالك الافهام ٣: ١٥٦.

والوقف، وغير ذلك^(١).

وأما إقباض المالك للفضولي فلا يخلو من إشكال إذا كان بقصد المعاوضة، وبدونه لا أثر له.

وأما القبض السابق وكون الحق في الذمة فإنها يغني عن قبض جديد إذا صدر المعاطة من المالك؛ لتسلطه على تعيين^(٢) جهة القبض، وإسقاط الحق، بخلاف الفضولي.

والفرق بين المعاطة والصيغة: أنّ الصيغة مطلوبة صورةً، فإذا صحّت من حيث أنّها صيغة، فلا مانع من العمل بمقتضاها إلاّ حقّ المالك، فإذا أجاز لزم العمل بمقتضاها، بخلاف المعاطة المتوطة بالمرضاة. وأما حديث عروة فمع ضعفه قضية في واقعة قابلة للحمل على وقوع الصيغة، فلا يقوم به الحجة.

وأما البيع المتوقف صحته على القبض في المجلس، فيصحّ من الفضولي إذا وقع القبض بعد الإجازة وقبل التفرّق، ويكفي ذلك في صحة إطلاقاتهم، مع أنّ كلامهم في صحة الفضولي من حيث أنّه عقد، فلا يقدح التخلف لأمر آخر.

وأما العقود الجائزة - كالوكالة، والوديعة، والعارية، ونحوها - فالظاهر منهم عدم جريان حكم الفضولي فيها، وينبغي أن يخصّ العموم

(١) النهاية ونكتها ١٢٧: ٢-١٢٨، شرائع الإسلام ٢: ٢٢١ و ٢٥٩ و ٢٧٤، قواعد الأحكام ٢:

٣٧ و ٣٨٨ و ٤٠٥، الروضة البهية ٣: ١٦٦ و ١٩٢.

(٢) في ذك، ع: تغيير.

في كلام الشهيد^(١) بما عداها، كما يقتضيه التدبر في كلامه.

وأما دعوى: أن المعاطاة مبنية على المسامحة، فصحيحة من بعض الوجوه، ولا يلزم من ذلك صحتها بأي نحو اتفقت.

ولا يبعد أن يقال: إن المشتري - مثلاً - لو علم برضا المالك بأن يتصرف في ماله بالعوض المقدّر، جاز له التصرف فيه ظاهراً، فإن رضى أخذ العوض، وإلا ضمنه المشتري كما يضمن المغصوب.

واعلم: أنه إنمّا تظهر ثمرة البحث في المعاطاة، إذا قلنا بأن الإجازة كاشفة عن صحتها من حين وقوعها، فإنه حينئذ لا حاجة إلى قصد الإباحة أو التملك بالإجازة، ولا إلى بقاء العوضين قابلين لذلك القصد في تلك الحال.

ويحكم أيضاً بصحة ما فعله غير الفضولي من التصرفات السابقة عليها وإن أثم فيها، ويسقط الضمان عنه وعن الفضولي.

وإذا قلنا بفساد معاطاة الفضولي، أو بصحتها مع كون الإجازة ناقلة، فإذا تعقبتها الإجازة كانت كمعاطاة مبتدأة، ويحكم بصحتها مع اجتماع الشرائط، فتدبر.

الثالث من الشروط المختلف فيها: أن يكون طلقاً.

أي تأم الملك، والعبارتان متداولتان بين متأخري الأصحاب^(٢)، وفيها

(١) غاية المراد ٣: ٣٧.

(٢) تلخيص المرام: ٩٤، مسالك الافهام ١٠: ٤٧، كشف الغطاء ٤: ٢٣٣.

إجمال، والمستند غير واضح، فإن أُريد أن للمالك التصرف في المال كيف شاء، فلا يُعرف ذلك على وجه يبنى عليه الأحكام، ويرد إليه الفروع والأمثلة، إلا بما يبين في الموارد الخاصة، ويتنقض أيضاً بالأعيان المؤجرة، والموصى بمنافعها، والمتعلق بها حق السكنى، وما جاز إكراه مالكه على البيع، كالمصحف والمسلم اللذين ملكهما الكافر وغير ذلك، فكان ينبغي الاختصار على العنوانات الخاصة، كما فعل الشهيد في الدروس^(١)، وهو الشائع بين قدماء الأصحاب.

وإن أُريد تمكّنه شرعاً من البيع أو نحوه، فاشتراطه لغو وعبث.

وإن أُريد تسلّطه على إتلاف العين، ففيه أيضاً بعض ما قلنا مع عدم ظهوره من اللفظ.

ويمكن أن يقال: إنهم قصدوا بذلك ما ذكروه مفصلاً من عدم كونه وقفاً ولا رهناً ولا غير ذلك ممّا يأتي بيانه.

ودليله دليل التفصيل، ووجه التعبير بالعنوان المشترك قصد الاختصار والضبط، كما هو طريقتهم المألوفة، والشمول لما شذّ عنهم من الأمثلة التي هي نظائر ما ذكروها في الحكم.

أو يقال: إن المراد استقلاله في استحقاق عين المال، بحيث يكون تملكه على وجه يتناول الانتفاع بالبيع ونحوه، ولا يعترضه أيضاً حقٌ لغيره يوجب كون تملكه في معرض الزوال، أو إسقاط آثار الملك بالكليّة،

ولا ريب أن عدم الاستقلال على هذا الوجه يقتضي حبس المال لذلك الحق، ونقص الملكية، وإن كان ملكه بالفعل.

ولا ينتقض هذا المعنى بشيء من الأمور المذكورة، كما هو ظاهر.

والدليل عليه في النقص الأصلي - وهو عدم تناول التملك للانتفاع بالبيع - ظاهر، وأما في النقص العارضي؛ فلائه لما كان بناء البيع ووضعه على قطع علاقة المالك عن المبيع، وتسليط المشتري عليه على وجه الدوام؛ حيث إنه يُعدّ شرط عدم البيع ونحوه منافياً لمقتضى العقد، وموجباً لفساده، وكان ذلك منافياً للحق السابق؛ فلذلك كان تعلق ذلك الحق مانعاً من إمضاء البيع، وإجرائه على مقتضى وضعه، فإن كان النقص الحاصل بسبب ذلك الحق قابلاً للتدارك، كان مانعاً من اللزوم، ومن التصرف والانتفاع معاً، أو من اللزوم خاصة، كالذي يقع مراعى لا موقوفاً، وإلا كان مانعاً من صحة البيع، وموجباً لفساده من أصله، وعاضد الدليل المذكور ما يأتي في الموارد الخاصة من الأدلة.

وهذا الشرط معتبر في كل من العوضين بالنسبة إلى المالك الناقل، ولا يقدح النقص في حق المنتقل إليه، كما في شراء ما تعلق به حق الشفعة، وشراء من ينعق عليه، فليتأمل ذلك ويلحظ بعين البصيرة.

[الأمر الموجبة لنقص الملك]

ولنقص الملك أسباب، بعضها أصلي وبعضها عارضي، وهو قد يكون قابلاً للتدارك، وقد لا يكون كذلك كما عرفت، وهي عدة أمور:

[السبب الأول: الوقفية.]

وهي إنما تُعدّ من أسباب النقص، بناءً على كون الموقوف ملكاً للموقوف عليه أو الواقف، فالوقفية حينئذٍ موجبة لنقص ملكية المالك منهما دون الآخر؛ لانتفاء ملكيته رأساً.

ولو قلنا: بالانتقال إلى الله سبحانه وتعالى مطلقاً، أو في بعض الأوقاف، فشرط الملك متنفّ في حقّها، وتجوز البيع حينئذٍ في بعض الصُّور مبنيٌّ على تخصيص شرط الملك، أو توجيهه بحيث لا ينافي ذلك.

وهذا النقص عارضيّ في حقّ الواقف، وأصليّ في حقّ الموقوف عليه، وإيجابه لفساد البيع في الجملة ثابت بالإجماع من الخاصة والعامة، والنصوص الكثيرة، وبأنّ شرع الوقف غالباً أو دائماً على هذا الوجه، وبه تميّز من سائر العقود الناقلة، فلم يثبت للموقوف عليه ملكية شاملة لصحة البيع، فلا مقتضي لصحته، وبأنّ الوقف إذا كان عاماً، فلا يختصّ بواحد أو جماعة محصورين، وليس لأحد حصّة معيّنة في ذلك، حتى يتمكنوا من البيع.

وإذا كان خاصّاً، فإن كان مؤبداً فقد تعلّق حقّ غير الموقوف عليه بهتمام المال، والبيع منافٍ لذلك، وإنّما جاز إجارته مع عدم العلم بزمان الانتقال عنه غالباً قضاءً لضرورة الانتفاع؛ وعملاً باستصحاب بقاء الاستحقاق، وإمكان تبعض المنافع في الإجارة، فتصحّ بالنسبة إلى بعض، وتبطل بالنسبة إلى آخر، فإنّ الإجارة تتبع التوقيت، ويختلف حالها باختلافه، بخلاف البيع، فإنّه لا يقبل التوقيت والتبعيض، والطوارئ العارضة

توجب بطلان البيع من أصله، أو من حينه، لا صحته في بعض الأوقات، وبطلانه في بعض آخر حال الوقوع، وهو ظاهر.

ولو قلنا بأنه باقٍ على ملك الواقف، فلا أثر للملكه في الانتفاع، لا في الأصل ولا في المنافع، فلا وجه يصح بيعه أصلاً، ولا عبرة بالآثار الأخر في صحة البيع، واستحقاق مطالبة المتلف، ونحو ذلك.

وإن كان غير مؤبد بناءً على صحته، فإن قلنا برجوعه إلى المؤبد فالوجه المذكور جارٍ فيه، وإن قلنا برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى الواقف وورثته، فهو المالك حيثئذٍ، وليس للموقوف عليه أن يبيع مطلقاً، سواء كان بعده بطن آخر يستحق الانتفاع بالوقف، أم لا.

وأما الواقف ومن بحكمه فيمكن القول بجواز بيعهم على أن يكون منافع مدة الوقف مستثناة، خصوصاً إذا كانت معينة، كما يجوز للمؤجر بيع العين المستأجرة، ويأتي الكلام في ذلك.

وإن قلنا برجوعه بعد الانقراض إلى ورثة الموقوف عليه، فليس للواقف أن يبيع أصلاً، وأما الموقوف عليه فلجواز بيعه وجه يأتي بيانه.

وإذا عرفت ذلك، فاعلم: إن الإسكافي والحلي وفخر الإسلام، ذهبوا إلى طرد الحكم بالمنع في جميع الصور، إلا في آلات الموقوف وأجزائه^(١)، التي انحصر طريق الانتفاع بها في البيع، وهو ظاهر الحلبي^(٢)، كما يأتي.

(١) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس الحلبي) ١٢: ٢٣٢، إيضاح الفوائد ٢: ٣٩٢، وعن الاسكافي في مختلف الشيعة ٦: ٢٥٠-٢٥١.

(٢) غنية النزوع: ٢٩٨.

وقال الشهيد في الدروس: وسدّ ابن إدريس الباب، وهو نادر مع قوّته^(١). انتهى.

وهذا يقتضي الميل إلى هذا القول، كما هو ظاهر اللمعة والتحرير^(٢) أيضاً.

[صُور جواز بيع الوقف]

وذهب أكثر الأصحاب إلى تجويز البيع في بعض الصُور الأخر، واختلفوا في تعيين ذلك على أقوال كثيرة، واضطربوا اضطراباً عظيماً، حتى من الواحد منهم في الكتاب الواحد.

ونحن نذكر الصُور بأسرها، ونتكلّم فيها بما يقتضيه المقام، وينكشف به الإبهام عن وجه المرام، ولا بأس بنقل عباراتهم في هذه المسألة، فإنّها عامّة البلوى، مضطربة الفتوى، وكثير من المطالب موقوفة على النظر فيها، موكولة إلى التأمل في مطاويها، ولنقدّم الصُور الخلافية؛ لكون البحث عنها أهمّ من الوفاقية :

الصورة الأولى: أن يكون البيع أنفع للموقوف عليهم من تركه، وفيها أقوال:

أحدها: جواز البيع، حكاه الفاضلان والشهيد الثاني في الشرائع والمسالك وظاهر القواعد^(٣)، ولم يستموا قائله.

(١) الدروس ٢: ٢٧٩.

(٢) اللمعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل ١٣): ١٣٧، تحرير الأحكام ٣: ٣١٦.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٧، مسالك الافهام ٣: ١٦٩، و٥: ٣٩٨-٤٠٠، قواعد الأحكام ٢: ٣٩٥.

وعزي إلى المفيد في الدروس وغاية المراد وغاية المرام وجامع المقاصد^(١)، وإليه وإلى المرتضى في المهذب البارع، والمقتصر، وبيع غاية المرام^(٢).

ولم أقف على كلامٍ للمرتضى يدلّ على ذلك، ولم ينقله غيره، وعبارة الانتصار^(٣) - كما يأتي - تقضي بمنعه، وهو مقتضى كلام الشهيد^(٤) وغيره.

وأما المفيد فقال في أول باب الوقوف من المقنعة ما لفظه بعينه وتماه : الوقوف في الأصل صدقات، لا يجوز الرجوع فيها، إلا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم، والقرب إلى الله تعالى بصلتهم، أو يكون تغيير الشرط في الوقف إلى غيره أردّ عليهم وأنفع لهم من تركه على حاله^(٥).

وعبارته إلى هنا منقولة في السرائر والمختلف والتحرير^(٦).

وقال متصلاً بذلك: وإذا أخرج الواقف الوقف عن يده إلى مَنْ وقفه عليه، لم يجوز له الرجوع في شيء منه، ولا تغيير شرائطه، ولا نقله عن وجوهه وسُبله، ومتى اشترط الواقف في الوقف: أنّه إن احتاج إليه في

(١) الدروس ٢: ٢٧٩، غاية المراد ٢: ٢٤، غاية المرام ٢: ٣٨٣، جامع المقاصد ٩: ٦٨.

(٢) المهذب البارع ٣: ٦٤-٦٥، المقتصر ٢١١: ٢١١، غاية المرام ٢: ٢١.

(٣) راجع الانتصار: ٤٦٨-٤٦٩.

(٤) الدروس ٢: ٢٧٩، غاية المراد ٢: ٢٤-٢٥.

(٥) المقنعة: ٦٥٢.

(٦) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس ١٢) ٥: ٢٣٢، مختلف الشيعة ٦: ٢٤٩، تحرير الأحكام

أوان حياته لفقر، كان له يبعه وصرف ثمنه في مصالحه، (جاز له مثل ذلك)^(١)، وليس لأرباب الوقف بعد وفاة الواقف أن يتصرّفوا فيه ببيع أو هبة، ولا يغيّروا شيئاً من شروطه، إلّا أن يخرب الوقف، ولا يوجد مَنْ يراعيه من سلطانٍ وغيره بعمارة وغيرها، أو يحصل بحيث لا يجدي نفعاً، فلهم حينئذٍ يبعه والانتفاع بثمنه.

وكذلك إن حصلت بهم ضرورة إلى ثمنه، كان لهم حلّه، ولا يجوز لهم ذلك مع عدم ما ذكرناه من الأسباب والضروريات^(٢). انتهى كلامه، علا في الفردوس مقامه.

والذي يظهر من الشهيد في غاية المراد: أنّ مأخذه في النقل المذكور هو العبارة الأولى حيث قال: قال المفيد: يجوز بيع الوقف إذا خرب، ولم يوجد له عامر، أو يكون غير مُجدٍ نفعاً، أو اضطرّ الموقوف عليه إلى ثمنه، أو كان يبعه أعود عليهم، أو يحدثوا ما يمنع الشرع من معونتهم، والتقرب إلى الله بصلّتهم^(٣).

وحكى المحقّق الكركي عنه نحو ذلك^(٤).

قال الشهيد: فهذه خمسة مجوّزة للبيع، ليس بعضها مشروطاً ببعض^(٥).

(١) ما بين القوسين غير موجود في المصدر.

(٢) في المصدر: والضرورات.

(٣) المقنعة: ٦٥٢-٦٥٣.

(٤) غاية المراد ٢: ٢٤.

(٥) جامع المقاصد ٩: ٦٨.

(٦) غاية المراد ٢: ٢٤.

ويظهر من فخر الإسلام في الإيضاح: أنَّ مأخذ العلامة فيما نقله هو ذلك أيضاً حيث إنَّه بعد ذكر عبارة القواعد - وهي: لو لم يقع خلف ولا خشي خرابه، بل كان البيع أنفع لهم، لم يجوز بيعه أيضاً على رأي^(١) - قال: هذا اختيار ابن إدريس، وعليه أكثر العلماء، وقال الشيخ المفيد: يجوز تغيير الشرط في الوقف إلى غيره عملاً بالرواية^(٢). وذكر أول رواية ابن مهزيار^(٣) الآتية.

ويظهر من الحلِّي في السرائر: أنَّه فهم من العبارة ما فهم القوم؛ حيث قال بعد نقلها: والذي يقتضيه مذهبنا أنَّه بعد وقفه وقبضه^(٤) لا يجوز الرجوع فيه، ولا تغييره عن وجوهه وسبله، ولا بيعه، سواء كان بيعه أردّ عليهم أم لا، وسواء خرب الوقف، ولا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان وغيره، أو يحصل بحيث لا يجدي نفعاً^(٥).

وظاهر الدروس: أنَّ له مأخذاً آخر في النقل؛ حيث قال أولاً: وجوز المفيد بيعه إذا كان أنفع من بقاءه^(٦)، ثم ذكر بعد هذه المسألة بلا فصل: ولا يجوز تغيير شرط الواقف ما أمكن، وقال المفيد: لو أحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معונهم، أو يكون تغيير الشرط أردّ على

(١) قواعد الأحكام ٢: ٣٩٥.

(٢) إيضاح الفوائد ٢: ٣٩٢.

(٣) الكافي ٧: ٣٦ / ٣٠.

(٤) في المصدر: وتقبضه.

(٥) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس الحلِّي) ١٢: ٢٣٢.

(٦) في «ك»: أبقائه.

الموقوف عليهم جاز تغييره^(١). انتهى.

والعلامة في المختلف ذكر أولاً مسألة وقال: المشهور: أن الوقف لا يجوز تغييره ولا تبدليه ولا نقله عن أربابه^(٢)، وذكر العبارة الأولى للمفيد، وقال: ومنع ابن إدريس من ذلك، سواء أحدث الموقوف عليه ما يمنع الشرع من معونته، أو لم يحدث.

ثم قال: وكلام المفيد له محمل، وهو: أن الواقف قد شرط ما يمتنع بدونه إجراء الوقف على حاله، فهنا يخرج الوقف عن اللزوم، أو أن يكون الواقف قد قصد معونة الموقوف عليهم؛ لصلاحهم ودينهم، فيخرج أربابه عن هذا الوصف إلى حد الكفر. فلقاتل أن يقول: يخرج أربابه عن الاستحقاق؛ لأن الوقف صدقة، ومن شرط الصدقة التقرب بها إلى الله سبحانه وتعالى، فمن لا يصحّ التقرب عليه، يبطل الوقف عليه^(٣).

ثم ذكر مسألة أخرى وقال: وسوّخ الشيخان بيع الوقف إذا خيف وقوع فتنة بين أربابه أو خرب وتعذرت عمارته.

ونقل بعد ذلك العبارة الأخيرة للمفيد بعينها، وذكر بقية الأقوال والأدلة من الروايات وغيرها.

ثم ذكر مسألة أخرى وقال: لا يجوز تغيير شرط الواقف بعد لزومه. ونقل هنا العبارة الأولى للمفيد.

(١) الدروس ٢: ٢٧٩.

(٢) مختلف الشيعة ٦: ٢٤٩.

(٣) مختلف الشيعة ٦: ٢٤٩.

واحتجّ على فتواه بلزوم العقد، فلا يجوز تغييره عن شرطه وسُبله، وللمفيد بما قدمه في المسألة المتوسطة من الروايات، وأجاب: بأنها محمولة على تعذّر الانتفاع بالعين، إمّا للخراب، أو لخوف الفتنة^(١).

وربّما يزعم الناظر في بادئ الأمر تكرار المسألة، والاختلاف بين كلاميه، وليس كذلك؛ فإنّ العبارة الأولى قد اشتملت على مسألتين، وتكلّم أولاً في المسألة الأولى، وأخيراً في المسألة الثانية، إلّا أنّ مقتضى عنوانه الأخير هو: أنّ الكلام في جواز تغيير شرط الواقف وعدمه، ومقتضى استدلاله للمفيد بالروايات هو: تجويز المفيد للبيع إذا كان أعود، كما فهمه الجماعة.

ثمّ قال بعد مسألتين: مسألة: لو كان بيع الوقف أنفع من بقائه، قال الشيخ المفيد: يجوز تغيير الشرط في الوقف إلى غيره؛ عملاً بالرواية، ومَنَعَه ابن إدريس؛ للأصل، وعليه أكثر علمائنا، وهو المعتمد^(٢). انتهى.

ولم يظهر وجه مغايرة هذه المسألة للمسألتين السابقتين، لكنّها ناصّة فيما فهموه من العبارة.

وقال في التحرير: إذا تمّ الوقف صحّ ولزم، ولم يجوز فسخه ولا إبطاله بمجرد الوقف، فليس^(٣) للواقف الرجوع فيه. ثمّ ذكر العبارة الأولى

(١) مختلف الشيعة ٦: ٢٥٠ - ٢٥٣.

(٢) مختلف الشيعة ٦: ٢٥٧.

(٣) في المصدر: وليس.

للمفيد وقال: إنّه متأول^(١).

هذا جملة ما وقفتُ عليه في تحقيقهم لفتوى المفيد، والذي يظهر لي أنّ كلامه الأوّل محتمل لمعنيين:

أحدهما: ما ذكره بأن يراد بالرجوع: الرجوع في العين في الصورتين معاً، وهما صورة إحداثهم ما يمنع القرية، وصورة كون عدم إبقاء الوقف على حاله أنفع لهم.

والمراد بتغيير الشرط في الوقف: تغيير الدوام وعدم البيع، ونحو ذلك ممّا يشترط في الوقف.

والضمير في قوله: إلى غيره، راجع إلى الشرط أو الوقف، وحينئذٍ فلا معنى لكونه أنفع لهم، إلّا أن يباع ويصرف ثمنه فيهم، أو يتصدّق على كلّ بما يستحقّه ليفعل به ما شاء، فيدّل حينئذٍ على جواز بيعه إذا كان أنفع للموقوف عليهم، لكنّه يجب تخصيصه بما إذا كان الواقف هو المباشر لذلك، وأمّا الموقوف عليهم فلا يجوز لهم ذلك، كما هو صريح كلامه الأخير، بل يختصّ بيعهم بالصّور الثلاث الأخيرة، كما أنّ بيع الواقف يختصّ بالصورتين الأوليين^(٢)، وعلى هذا يشكل الاستدلال عليه بالروايات، كما يأتي.

وثانيهما: أن يراد إبقاء الوقف على حاله، إلّا أنّه يبدّل الشرط المذكور فيه إلى غيره، أو يُرفع من أصله مع بقاء الوقف على حاله، فالرجوع

(١) تحرير الأحكام ٣: ٢٩٠.

(٢) في «حج»: الأوليتين.

المذكور أولاً أعمّ من فسخ أصل الوقف، كما في الصورة الأولى، أو شرطه كما في الصورة الثانية، وهو أوفق بتلك العبارة والعبارة التي بعدها.

ويمكن أن يراد بالرجوع: الرجوع عن إعطاء الجماعة المخصوصين الذين خرجوا عن قابلية ذلك وإن بقي الوقف على حاله، وصرف في باقي الطبقات إن كان مؤبداً، وفي غير ذلك إن كان منقطعاً، ولا يخلو هذا المعنى عن منافاة مع ما بعدها.

ثم لا يخفى إن العبارة التي بعدها - ولم يتعرّضوا لها - إن كانت من زيادة النسخة التي عندي، ولم تكن في الأصل، فالأمر كما ذكر، وإن كانت صحيحة كما هو الظاهر، فمقتضاها أنّ الحكم الذي ذكره في الصورتين إنّما هو في الوقف الذي لم يقبضه الموقوف عليهم، ولم أجد في كلامه اعتبار القبض في الوقف، ولا في الصدقة، إلّا ما نقلناه عنه هنا، وإنّما اشترط القبض في الهبة.

وقد نقل الخلاف في الخلاف^(١) عن الإسكافي والحلي في بعض الصور، وتدلّ جملة من الروايات على عدم اعتباره، فلا يبعد أنّ المفيد لا يشترط القبض في صحة الوقف ولا في لزومه، إلّا في بعض الصور، وعبارته - على ما نقلناه - نصّ في ذلك.

فعلى هذا إنّما جوّز الرجوع وتغيير الشرط في الصورتين قبل القبض؛ لعدم استقراره قبله من جميع الوجوه، ولذلك لم يجوّزهما في سائر الصوّر، كما هو ظاهر كلامه.

(١) لم نثر على مورد البحث في الخلاف، ولعلّه تصحيف من النسخ. مختلف الشيعة ٦: ٢٨٣.

وقد اتّضح بما ذكرنا ما في نسبة القول المذكور إليه، مع أنّه في آخر أبواب المقنعة - وهو باب رسوم كتب الوصايا والوقوف وغيرها - قال في بيان رسم كتاب الوقف: هذا ما تصدّق به فلان، إلى أن قال: صدقة موقوفة لله سبحانه وتعالى، حبساً مؤبداً محرماً بتّة بتلاً، لا رجوع فيها ولا استثناء، لا تباع ولا توهب ولا تورث، ولا تملك بشيء من سُبُل الأملاك، ولا تتلف، قائمة على أصولها أبداً، حتّى يرثها الله الذي له ميراث السماوات والأرض، إلى أن قال: لا يحلّ لأحد يؤمن بالله واليوم الآخر أن يغيّر هذه الصدقة، ولا يحولها عن منزلتها، ولا يبدّل شيئاً منها ولا من شروطها، ولا يطعن بها بشيء من وارث ولا سلطان ولا قاضٍ، ولا أحد من الناس كلّهم، حتّى يرثها الله الذي له ميراث السماوات والأرض، وهو خير الوارثين، فمن غيّر منها شيئاً أو من شروطها، أو طعن فيها بشيء يبتغي به توهينها، أو تغيير شيء منها، فقد باء بإثمها فيها، وعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين^(١)، إلى آخر كلامه.

فمن كان هذا كلامه في بيان صورة الوقف، كيف يجوز البيع بمجرد كونه أنفع، خصوصاً في المؤبد، مع أنّه في آخر كلامه ذكر جواز البيع للضرورة إلى ثمن الوقف، ولو جَوّز بيعه إذا كان أنفع مطلقاً، لم يُجدّ ذكر هذا القسم، إلّا أن يفرّق بين مباشرة الواقف له، أو الموقوف عليه، وهم لم يشيروا إلى ذلك أصلاً، وظاهرهم الثاني في الجمع^(٢)، فليُعرف ذلك.

(١) المقنعة: ٨٢٤ - ٨٢٦.

(٢) في ٤٥: الجمع.

وهذا القول على فرض ثبوته يتناول المؤبد والمنقطع بناءً على صحته، كما هو اختيار المفيد، وظاهره الاختصاص بالوقف الخاص، أي ما يكون أربابه محصورين عند إرادة البيع، سواء كان ما عدا الطبقة الأخيرة في المؤبد محصورين بأجمعهم على حسب أزمته، أو كانت تلك الطبقة المريدون للبيع محصورين، سواء كانت أولى الطبقات أو وسطها، أو أخيرتها في المنقطع.

ويحتمل التعميم للوقف العام أيضاً، والعبرة في الخاص بكون^(١) البيع أنفع بحال جميع المستحقين في ذلك الوقت، لا ببعضهم وإن كانوا أكثر، وفي العام بكونه أنفع بحال عامتهم، ولا يعتبر جميعهم؛ لعدم إمكان استقصائهم، وإذا كان أنفع بحال بعض دون بعض، لم يجز البيع في العام؛ لاشتراك الجميع، وعدم اختصاص أحدهم بحصة خاصة، وأما في الخاص فيمكن تبعض حصصهم، فيبيع من هو أنفع له دون الآخر، وكلامهم غير منقح في ذلك.

ويمكن بناء ذلك على صحة قسمة الوقف وعدمها، وإنما ذكرنا ذلك مع عدم ثبوت هذا القول؛ ليكون توطئة لباقي الأقوال.

القول الثاني: إنه يجوز البيع إذا كان أنفع بشرط الحاجة الضرورية إلى ذلك، وقد قال بذلك كثير من الأصحاب، إلا أن منهم من خص ذلك بالوقف الخاص المنقطع، الذي لا يقتضي الانتقال من أرباب الحاجة إلى غيرهم على سبيل الوقف، ومنع منه في المؤبد، وهو القاضي، وحكي أيضاً

(١) في «حج»: يكون.

عن الحلبي والصدوق.

أما القاضي فقال في المهذب: إذا كان الشيء وقفاً على قوم، ومن بعدهم على غيرهم، وكان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غير ذلك، إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، لم يجوز بيعه على وجه من الوجوه، فإن كان وقفاً على قوم مخصوصين، وليس فيه شرط يقتضي رجوعه إلى غيرهم، حسبما قدمناه، وحصل الخوف من هلاكه أو^(١) إفساده^(٢)، أو كان بأربابه حاجة ضرورية، يكون بيعه أصلح لهم من بقاءه عليهم، أو يخاف من وقوع خلاف بينهم يؤدي إلى فساد، فإنه يجوز حينئذ بيعه، وصرف ثمنه في مصالحهم، على حسب استحقاقهم، فإن لم يحصل شيء من ذلك لم يجوز بيعه على وجه من الوجوه، ولا يجوز هبة الوقف ولا الصدقة به أيضاً^(٣).

وأما الحلبي ففي المختلف: أنه فصل كما فصل القاضي^(٤)، وكذلك نقل عنه في التذكرة، وغاية المراد، والتنقيح، والمهذب البارع، وغاية المرام، وظاهر جامع المقاصد^(٥).

والظاهر أن المأخذ كتاب الكافي، وهو - على ما في النسخة الموجودة عندي - يقتضي التفصيل بغير ما ذكره، فإنه قسّم الصدقة أولاً إلى ما

(١) في المصدر: و.

(٢) في «م»: فساد.

(٣) المهذب ٢: ٩٢.

(٤) مختلف الشيعة ٦: ٢٥١، وينظر: الكافي في الفقه: ٣٢٥-٣٢٦.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢٠: ٢٤٩-٢٥٠، غاية المراد ٢: ٢٥، التنقيح الرابع ٢: ٣٢٩، المهذب البارع

٦٥: ٣، غاية المرام ٢: ٣٨٤، جامع المقاصد ٩: ٧٠.

يقتضي ملكية الرقبة، وما يقتضي إباحة المنافع، ثم قال: والثاني على ضربين: مشرط ومؤبد، والمشرط على ضروب: منها أن يتصدق بمنافع داره - أو أرضه، أو رقيقه، أو دابته - على شخص معين، مدة معلومة، ثم ذلك راجع إلى مالكة، أو إلى جهة من الجهات، فهي على شرطها، أو يتصدق على أقاربه أو غيرهم بذلك مطلقاً، ويجعل إليهم بيع الرقبة عند الحاجة، أو عند خراب الصدقة، دون حالتي الغنى وعمايتها، أو يتصدق بمنافع الدار والأرض على قوم بشرط أن لا يفسقوا في الجملة، أو فسقاً مخصوصاً، أو يتنقلوا عن بلد أو مذهب، فمتى اختل الشرط رجعت الصدقة ملكاً، أو انتقلت إلى جهة غير ذلك من وجوه الاشتراط، فالحكم إيقاف الصدقة على ما شرط المتصدق.

والمؤبد: أن يحبس الرقبة، ويجعل منافعها لموجود معين من نسله، أو غيرهم من الأقارب أو الأجانب، وعلى من يتجدد من ولده وولد ولده، أبداً ما تناسلوا أو إلى غاية معلومة، فإذا انقضوا أو انتهوا إلى الغاية، فذلك راجع إلى بني عليّ، أو حسين، أو جعفر، أو إلى جهة من أبواب البر، ويشترط ما شاء من مساواة في المنافع بين أهلها، أو تفضيل بعض على بعض، أو ترتيب الأعلى على الأدنى أو تساويهم، ويؤبدها ويحرّم بيعها ونقلها عن جهاتها، وتغيير شروطها، فإذا وقعت الصدقة على هذا الوجه، وجب إمضاؤها على شروطها، وحرّم تغيير شيء منها^(١).

هذه عبارته، ولا أجد فيها أثر سقم أصلاً، ومقتضاها عدم جواز بيع

المؤبد مطلقاً، وأما غيره فإن وقع مطلقاً، أو مشروطاً برجوعه إلى ملكه بعد الانقطاع، فهذا يجب إرجاعه إليه، ولا يجوز للموقوف عليه أن يبيعه أبداً، وإن كان مشروطاً بأن يكون له يبيعه عند الحاجة أو خرابه جاز له ذلك.

والظاهر أنّ هذا من باب المثال، والمعتبر هو الوقت، أو الحال الذي عينه للبيع، وينقطع فيه الوقف إذا أراد الموقوف عليه؛ لأنّه ماله يتصرّف فيه بما شاء، ويشترط في عقده ما أراد، أما بعد الوقف، ففي جواز الإذن في ذلك ومنعه قبل الانقطاع كلام آخر لم ينصّ عليه، وظاهره: المنع من ذلك إلى أن يحصل الانقطاع.

وبالجملة: فكلامه صريح في أنّ الموقوف عليه ليس له البيع بمجرد الوقف مطلقاً، فيكون مذهبه هو مذهب الإسكافي^(١) وأتباعه، فإنّ الظاهر عدم الإشكال في جواز البيع في المنقطع، مع الشرط المذكور؛ بناءً على كونه باقياً في ملك الواقف، كما هو اختيار الحلبي.

نعم، قال صاحب الوسيلة وغيره: لا يجوز الوقف المشروط بأن يبيعه متى شاء، أو يخرج من الموقوف عليهم متى شاء^(٢). وكأنّه في المؤبد الذي شرط ذلك للواقف، فتدبّر.

وقال في الدروس بعد ذكر جملة من الأقوال المفصلة: إنّ الصدوق وابن البرّاج جوّزا بيع غير المؤبد^(٣).

(١) مختلف الشيعة ٦: ٢٥١.

(٢) الوسيلة: ٣٧٠، إصباح الشيعة: ٣٤٨.

(٣) الدروس ٢: ٢٧٩.

وأما الصدوق فنقل عنه قول القاضي في التنقيح والمهذب وغاية المرام^(١)، ونقل عنه في المختلف أنه قال: إذا وقف على قوم دون عصبتهم^(٢)، جاز البيع، وإن وقف عليهم وعلى أولادهم ما تناسلوا، ومن بعد على فقراء المسلمين إلى أن يرث الله سبحانه وتعالى الأرض ومن عليها، لم يجوز بيعه أبداً^(٣). وحكي عنه نحو ذلك في غاية المرام^(٤).

والعبارة المنقولة في المختلف موجودة في الفقيه على ما نذكر، وهو أنه بعد ذكر رواية ابن مهزيار قال: هذا وقف كان عليهم دون من بعدهم، ولو كان عليهم وعلى أولادهم^(٥)، إلى آخر ما في المختلف.

فمقتضى كلامه: أنه لا يجوز بيع المؤبد أبداً، وأما المنقطع فلم يظهر منه تفصيل المواضع التي يجوز فيها، وقد روى جملة من روايات الباب، فإن كان عاملاً - كما هو الظاهر في رواية ابن مهزيار - فتعين حيثئذ موضع الجواز. وأما قوله بجواز بيعه مطلقاً كما يوهمه كلام العلامة^(٦) والشهيد^(٧)، وتوهمه جملة من مشايخنا الأجلة^(٨)، فليس في كلامه ما يدل عليه.

(١) التنقيح الرائع ٢: ٣٢٩، المهذب ٣: ٦٥، غاية المرام ٢: ٣٨٤.

(٢) في المصدر: عقبهم.

(٣) مختلف الشيعة ٦: ٢٥٠.

(٤) غاية المرام ٢: ٢٣.

(٥) مَنْ لا يحضره الفقيه ٤: ١٧٨-١٧٩، وسائل الشيعة ٣: ٥١٣، أبواب النجاسات باب ٦٧، ح ٧.

(٦) مختلف الشيعة ٦: ٢٥٠.

(٧) الدروس ٢: ٢٧٩.

(٨) حاشية مجمع الفائدة والبرهان: ١٠٦، كشف الغطاء ٤: ٢٦٠-٢٦١.

واعلم: أنّ الصدوق والقاضي لم يذكر احكام المنقطع الموقوف على بطون متعدّدة، ومقتضى كلامهما سيما القاضي: أنّ البيع يجوز للبطن الأخير خاصّةً، دون من تقدّم عليه.

ثم إنّ من أرباب القول الثاني من أطلق الكلام، ولم ينص على الفرق بين المؤبّد والمنقطع، وربّما يظهر منه الاختصاص بالمؤبّد، أو التعميم للقسمين، كما يأتي مفصّلاً، وهُم^(١) الشيخ في النهاية، والديلمي، وابن سعيد في الجامع والنزهة، والشهيد في غاية المراد.

أمّا الشيخ فقال: ومتى وقف الإنسان شيئاً في وجهٍ من الوجوه، أو على قومٍ بأعيانهم، ولم يشترط بعد انقراضهم عوده على شيءٍ بعينه، فمتى انقرض أرباب الوقف، رجع الوقف على ورثة الواقف، ولا يجوز بيع الوقف، ولا هبته، ولا الصدقة به، إلّا أن يخاف الواقف^(٢) هلاكه أو فساده، أو كان بأرباب الوقف حاجة ضروريّة كان معها بيع الوقف أصلح لهم، وأردّ عليهم، أو يخاف وقوع خلافٍ بينهم، فيؤدّي ذلك إلى وقوع فسادٍ بينهم، فحينئذٍ يجوز بيعه وصرف ثمنه فيهم، على ما يستحقّونه من الوقف، ولا يجوز بيع الوقف مع عدم شيءٍ من ذلك^(٣).

ووجه الإطلاق ظاهر؛ لأنّ الوقف يتناول المنقطع الذي ذكره، والمؤبّد المذكور قبل ذلك، وهو الأصل في الوقف.

(١) في ٤٤: ومنهم.

(٢) في المصدر: الوقف.

(٣) النهاية: ٥٩٩ - ٦٠٠.

ووجه ظهور إرادة الثاني: أنه حَكَمَ في الأوّل بما يقتضي كونه باقياً على ملك الواقف، وقد نصّ هو وغيره على عدم جواز بيع غير المملوك، فلا يصحّ حينئذٍ للموقوف عليه بيعه، وقد حَكَمَ في صورة البيع بأنّه يصرف ثمنه فيهم، على ما يستحقّونه من الوقف، وهو ظاهر في استحقاق عين الوقف، فيختصّ بالمنقطع.

وتعبير القاضي بنحو ذلك في المنقطع مع قوله برجوعه بعد الانقراض إلى الواقف وورثته^(١) لا ينافي ظهور ما قلنا من كلام الشيخ، كما لا يخفى.

وأما الديلمي فقسّم الوقف أولاً إلى مشروط وغيره، وقال: فالمشروط يلزم فيه كلّ ما شرط الواقف، ثمّ قال: ولا يخلو الحال في الوقف والموقوف عليهم من أن يبقى ويبقوا على الحال التي وقّف فيها، أو يتغيّر الحال، فقال: فإن لم يتغيّر الحال، فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف، ولا هبته، ولا تغيير شيء من أحواله، وإن تغيّر الحال في الوقف، حتى لا ينتفع به على أيّ وجه كان، أو يلحق الموقوف عليه^(٢) حاجة شديدة، جاز بيعه وصرف ثمنه فيما هو أنفع^(٣).

وهو أيضاً في آخر الباب ذكر الوقف المنقطع، ووافق الشيخ في رجوعه إلى ورثة الواقف^(٤)، وظهور الوقف في المؤبد ممّا لا ينبغي إنكاره.

(١) المهذب ٢: ٩١.

(٢) في المصدر: عليهم.

(٣) في المصدر: أنفع لهم.

(٤) المراسم: ١٩٧.

(٥) المراسم: ١٩٨.

وأما ابن سعيد فنقل في غاية المراد عن الجامع له: أنه تبع فيه الشيخ في النهاية، إلا أنه لم يذكر هلاكه أو فسادَه، بل قال: عند خوف خرابه، وقيد الفساد بينهم بأن تحتاج فيه الأنفس^(١).

وأما في النزهة فعّد من الأشياء التي لا يجوز بيعها الوقف، وقال: إلا أن يخاف هلاكه، أو يؤدي المنازعة فيه بين أربابه إلى ضررٍ عظيم، أو يكون لهم حاجة شديدة، وبيع الموقوف معها أصلح لهم^(٢).

وقال: روي في البيع عند المنازعة رواية ابن مهزيار^(٣)، وفي البيع مع وجود حاجتهم وعدم ما يخرج من الوقف في كفايتهم رواية ابن حنان^(٤). وروى^(٥).

ولم يسبق في كلامه ذكر الوقف المنقطع، ولم يظهر أنه يقول بصحته أو لا، فالوقف في كلامه مخصوص بالمؤبد؛ لأنه الفرد الشائع أو متناول للقسمين معاً.

وأما الشهيد فقال: الأجود العمل بما تضمنته الحديثان السابقان^(٦). وأشار إلى هاتين الروايتين، وذكر في الثانية: أنها تتضمن قيد كون

(١) غاية المراد ٢: ٢٤، الجامع للشرائع: ٣٧٢.

(٢) نزهة الناظر: ٧٤.

(٣) لم يتعرض ابن سعيد لرواية ابن مهزيار وإنما ذكر رواية أخرى: عن علي بن رثاب عن جعفر ابن حنان عن أبي عبد الله عليه السلام، وأشار إلى رواية ضعيفة لم يسم راويها.

(٤) نزهة الناظر: ٧٤.

(٥) كذا قوله: وروى، في جميع النسخ.

(٦) غاية المراد ٢: ٣٠.

[البيع]^(١) أعود مع الحاجة^(٢)، وحكى عن المختلف أنه قال: مفهومها عدم التأيد^(٣). وهو لم يصرح بنفي لذلك ولا إثبات، لكنه قال قبل ذلك: إن تجوز بيع المنقطع أشد إشكالاً^(٤).

واعلم: أن جماعة من الأصحاب - وهم المفيد والمرتضى والطوسي وأبو المكارم والمحقق الكركي - حكموا بجواز البيع مع الاضطرار إلى الثمن، ولم يعتبروا كون البيع أنفع^(٥).

والظاهر الملازمة بين الأمرين؛ إذ الظاهر اعتبار كونه أنفع مع ملاحظة جميع الجهات الموجودة حال البيع، لا كونه أنفع بالذات، ومن المعلوم أنه مع الاضطرار أنفع من إبقاء الوقف على حاله.

والظاهر أيضاً اتحاد مدرك الجميع، وسينكشف أنه يقتضي الاكتفاء بكونه أنفع، أو اعتبار الحاجة مع ذلك أيضاً.

وأما المفيد في المقنعة فقد تقدّم كلامه، وذكر بعد ذلك الوقف المنقطع، وحكم بأنه يرجع بعد الانقراض إلى ورثة الموقوف عليه^(٦).

وأما عماد الدين الطوسي فإنه ذكر في الوسيلة أولاً من شرائط الوقف:

(١) بدل ما بين المعقوفين في النسخ: «الوقف». والصحيح ما أثبتناه من المصدر.

(٢) غاية المراد ٢: ٢٨.

(٣) مختلف الشيعة ٦: ٢٥٣، غاية المراد ٢: ٢٨.

(٤) غاية المراد ٢: ٢٥.

(٥) المقنعة: ٦٥٢، الإنصار ٤٦٨-٤٦٩، الوسيلة: ٣٧٠، غنية النزوع: ٢٩٨، جامع المقاصد ٩:

٦٨-٧١.

(٦) المقنعة: ٦٥٥.

أن لا يعلّق (الوقف بوجه منقضي، قال: فإن علّق على وجه يصحّ، كان عمرى، ورقبى، وسكنى، أو حبساً، بلفظ الوقف.

وذكر متصلاً بذلك: أن الوقف ضربان: مطلق ومشروط، فإذا أطلق كان للموقوف عليه التصرف في منافعه على حسب مشيئته، وإن شرط فيه شرطاً لم يسع أحداً خلافه، ولا بدّ من إجرائه على ما شرط، ولا يجوز بيعه إلا بأحد شرطين: الخوف من خرابه، أو حاجة بالموقوف عليه شديدة، لا يمكنه معها القيام به^(١). وهو ظاهر في المؤبد.

ولعل مراده بقوله: لا يمكنه، إلى آخره: أنّه يشقّ عليه إبقاء الوقف على حاله؛ لا اضطرابه إلى ثمنه.

وحكى الشهيد^(٢) العبارة الأخيرة، التي هي محلّ الفائدة عن كتابيه، والظاهر أنّه أراد بهما: الوسيلة، والواسطة.

وأما السيّد المرتضى فقال في الانتصار: ممّا انفردت به الإماميّة القول بأنّ من وقف وقفاً، جاز له أن يشترط أنّه إن احتاج إليه في حال حياته كان له بيعه، والانتفاع بثمنه، والقول أيضاً بأنّ الوقف متى حصل من الخراب بحيث لا يجدي نفعاً، جاز لمن وقف عليه بيعه والانتفاع بثمنه، وأنّ أرباب الوقف متى دعتهم ضرورة شديدة إلى ثمنه، جاز لهم بيعه، ولا يجوز لهم ذلك مع فقد الضرورة، وخالف باقي الفقهاء.

ثمّ استدلل بالإجماع، وقال: فإن قيل: قد خالفنا أبو عليّ ابن الجنيّد فيما

(١) الوسيلة: ٣٧٠.

(٢) غاية المراد ٢: ٢٥.

ذكرتموه، وذكر أنه لا يجوز للواقف أن يشترط لنفسه بيعه له على وجه من الوجوه، وكذلك في مَنْ هو وقف عليه أنه لا يجوز بيعه.

قلنا: لا اعتبار بابن الجنيد، وقد تقدّمه إجماع الطائفة وتأخر عنه أيضاً، وإنّما عوّل في ذلك على ظنون وحسبان، وأخباره شاذة لا يُلتفت إلى مثلها.

فأمّا إذا صار الوقف بحيث لا يجدي نفعاً، أو دعت أربابه الضرورة إلى ثمنه لشدة فقرهم، فالأحوط ما ذكرناه من جواز بيعه؛ لأنّه إنّما جعل لمنافعهم، وإذا بطلت منافعهم منه، فقد انتقض الغرض فيه، ولم يبق منفعة^(١) إلّا من الوجه الذي ذكرناه^(٢).

ولا يخفى ظهوره في الوقف المعروف، وهو المؤبد، ويؤكد ذلك تأمل باقي كلامه الذي تركناه.

وأما أبو المكارم فإنه عدّ في الغنية من شرائط صحّة الوقف: أن يكون مؤبداً غير منقطع، ثمّ قال: وإذا تكاملت هذه الشروط، زال ملك الواقف، ولم يجز له الرجوع في الوقف، ولا تغييره عن وجوهه وسُبله، إلّا على وجه نذكره بدليل الإجماع.

ثمّ قال: يجوز عندنا بيع الوقف للموقوف عليه، إذا صار بحيث لا يجدي نفعاً، وخيف خرابه، أو كانت بأربابه حاجة شديدة، ودعتهم الضرورة إلى بيعه، بدليل إجماع الطائفة^(٣).

(١) في المصدر: منفعة فيه.

(٢) الانتصار: ٤٦٨ - ٤٧٠.

(٣) غنية النزوع: ٢٩٨.

وهو صريح في الوقف المؤبد؛ لبطلان المنقطع عنده إذا شرط فيه الانقطاع، وأما إذا لم يشترط ذلك فعنده أنه يُصرف في وجوه البر^(١).

وأما المحقق الكركي، فقد أفتى في كتاب البيع من شرح القواعد، وتعليقات الإرشاد بجواز بيع الوقف في ثلاثة مواضع، وقال: ثالثها: إذا لحق الموقف عليهم حاجة شديدة، ولم يكن لهم ما يكفيهم من غلة وغيرها؛ لرواية جعفر بن حنّان عن الصادق عليه السلام^(٢).

وقال في كتاب الوقف من شرح القواعد: إن العمل بها ليس ببيع، وصرّح بأنّه لا دلالة فيها على عدم التأيد، بل حكاية الحال محتملة، وقد ترك عليه الاستفصال، وذلك دليل العموم^(٣).

فهؤلاء أحد عشر أو اثنا عشر من أساطين الفقه أفتوا بجواز البيع في هذه الصورة، فمنهم من خصّه بالمنقطع، كالفاضي والصدوق والحلي، ومنهم من عمّه للقسمين، كالمحقق الكركي، ومنهم من خصّه بالمؤبد، كأبي المكارم، ومنهم من حكّم به في المؤبد، ويحتمل كلامه التناول للمنقطع، وهم الباقيون غير الشهيد، وأما الشهيد فلا يبعد اختياره للتعميم.

القول الثالث: إنّه لا يصحّ البيع بذلك، وهؤلاء منهم من أنكر بيع الوقف من أصله، كالإسكافي وأتباعه، إلّا أنّ الإسكافي أطلق المنع، كما

(١) غنية النزوع: ٢٩٨-٢٩٩.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٩٧-٩٨، حاشية الإرشاد (ضمن حياة المحقق الكركي واثاره) ٩: ٤٨٣.

(٣) جامع المقاصد ٩: ٧٠.

حكى عنه العلامة والشهيد^(١)، والحلي وفخر الإسلام صرحا بتعميم المنع، حتى قال الحلي: إنّ الخلاف الذي حكيناه بين أصحابنا إنّما هو إذا كان الوقف على قوم مخصوصين، وليس فيه شرط يقتضي رجوعه إلى غيرهم، فأما إذا كان الوقف على قوم ومن بعدهم على غيرهم، وكان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غير ذلك، إلى أن يرث الله الأرض، لم يجوز بيعه على وجهٍ بغير خلاف بين أصحابنا^(٢).

وأنت - بعد خبرتك بما ذكرنا وما يأتي - لا يخفى عليك بطلان ما ادّعاه من عدم الخلاف في بطلان بيع المؤبد.

وأما الحلبي فنصّ على بطلان ذلك، وخصّ بيع المنقطع بصورة الشرط، وأبطله فيما عداها^(٣).

ومنهم من لم يحكم ببطلان بيعه؛ لبعض الأسباب، إلّا أنّه أسقط منها صورة الحاجة، وكون البيع أنفع من هذه الجهة، وهم الشيخ في المبسوط، وظاهر الخلاف، ومحتمل كتابي الأخبار، والمحقق في بيع الشرائع ووقفه، وظاهر وقف النافع، كما فهمه الشهيد أيضاً، والعلامة في المختلف، والتلخيص، وبيع القواعد، والإرشاد، والتذكرة، والتحرير ووقفها، والشهيدان في الدروس واللمعة، والروضة والمسالك، والفاضل السيوري في التنقيح، وأبو العباس في المقتصر وظاهر المهذب،

(١) مختلف الشيعة ٦: ٢٥١، غاية المراد ٢: ٢٦.

(٢) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس ١٢) ٥: ٢٣٢، إيضاح الفوائد ٢: ٣٩٢.

(٣) الكافي في الفقه: ٣٢٥.

والصيمريّ في بيع غاية المرام ووقفه، وصاحب المفاتيح^(١)، وجملة ممن تأخّر عنه.

ويظهر من صاحب الكفاية التردّد في ذلك، ويحتمله عبارة النافع^(٢).

واعلم: أنّ هؤلاء - غير السيوري - أطلقوا القول بالمنع، وقد علمنا بوقوفهم - إلّا الشيخ والمحقّق - على الفرق بين المنقطع والمؤبّد، حتى أنّهم نقلوا القول بذلك مقابلاً لمختارهم، وهذا يقتضي القول بالتعميم، وينزل منزلة التصريح بذلك.

والظاهر أنّ المحقّق^(٣) وقف عليه أيضاً، وآثمه قصد التعميم، بل لا ينبغي الارتياح في ذلك وإن كان الوقف ظاهراً في المؤبّد.

والظنون بالشيخ أيضاً ذلك؛ لسبق تفصيل الصدوق، ووجوده في الفقيه^(٤).

(١) المبسوط ٣: ٣٠٠، الخلاف ٣: ٥٥١، تهذيب الأحكام ٩: ١٥٣، الاستبصار ٤: ٩٩، شرائع الإسلام ٢: ١٦، ٢٦٦-٢٦٧، المختصر النافع: ١٥٨، غاية المرام ٢: ٢٤، مختلف الشيعة ٦: ٢٥١، تلخيص المرام: ١٥٢، قواعد الأحكام ٢: ٢٣، إرشاد الأذهان ١: ٣٦١، تذكرة الفقهاء ١٠: ٤١، و٢٠: ٢٤٩، تحرير الأحكام ٢: ٢٧٩، و٣: ٣١٦، الدروس ٢: ٢٧٩، اللعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأول) ١٣: ١٣٧، الروضة البهية ٣: ٢٥٣-٢٥٥، مسالك الافهام ٥: ٣٩٨-٣٩٩، التنقيح الرائع ٢: ٣٢٩-٣٣٠، المختصر: ٢١١-٢١٢، المهذّب البارع ٣: ٦٤-٦٧، غاية المرام ٢: ٢٠-٢١، و٣٨٣-٣٨٥، مفاتيح الشرائع ٣: ٥٢.

(٢) المختصر النافع: ١٥٨.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٦-٢٦٧.

(٤) من لا يحضره الفقيه ٤: ١٧٩.

وأما السيوري فقطع بالحكم في المؤبد، وكذا بعدم تأثير الحاجة، وعظم الفائدة في صحّة بيع المنقطع، كما نقلنا عنه، إلّا أنّه قال فيه بجواز البيع إذا اتّفق الموقوف عليه مع الواقف أو وارثه على ذلك^(١)، فلنجعل هذا قولاً رابعاً.

[حجج الأقوال في بيع الوقف]

بقي الكلام في حجج الأقوال:

[حجّة المانعين من بيع الوقف]

أما حجّة المانعين مطلقاً: فقد تقدّم سابقاً ما فيه كفاية في ذلك، وذكرنا حكاية الحلي إجماع الأصحاب على بطلان بيع المؤبد مطلقاً^(٢)، وأشرنا إلى أنه بمعزلٍ عن الاعتبار، مع أنّه معارض بالإجماع المنقول في الانتصار والغنية^(٣)، وليس مورده أعمّ من إجماعه، بحيث يقبل التخصيص به، كما سبق بيانه.

ولا بأس بذكر الروايات الدالة على ذلك تفصيلاً، وقد سبقت إجمالاً:
فمنها: النبويّ المعروف «حبّس الأصل وسبّل الثمرة»^(٤). والمراد به الوقف، والحبس ينافي البيع.

(١) التنقيح الرائع ٢: ٣٢٩-٣٣٠.

(٢) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس ١٢): ٥: ٢٣٣.

(٣) الانتصار: ٤٦٩، غنية النزوع: ٢٩٨.

(٤) عوالي اللآلئ ٢: ١٤/٢٦٠، سنن ابن ماجه ٣: ١٤٥-١٤٦/٢٣٩٧.

والروايات^(١) الدالة على أنه مما يتبع الرجل بعد موته، الصدقة التي أجراها في حياته، فهي تجري بعد موته، وهي أخبار كثيرة، والمراد به الوقف أو ما في حكمه أيضاً، كالموصى بمنافعه دائماً، والظاهر إرادة جريان تلك الصدقة بعينها، بمعنى أنه الواجب وإن قام قيمتها أو المشتري بها مقامها عند عروض التلف.

والروايات الدالة على أن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها^(٢)، ومعلوم أن الوقف ينافي البيع، منقطعاً كان أو مؤبداً.

ومنها: ما روي في كيفية أوقاف الأئمة عليهم السلام، كوقف علي عليه السلام لبعض الأراضي^(٣)، ووقفه الآخر لبعض الدور، ووقف الكاظم عليه السلام لبعض الأراضي^(٤).

وذكر في الأول: أنها «صدقة لا تباع، ولا توهب، ولا تورث، فمن باعها، أو وهبها، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين»^(٥).

وفي الثاني: «لا تباع ولا توهب، حتى يرثها الله الذي يرث السماوات والأرض»^(٦).

(١) منها: ما في الكافي ٥٦: ٧/ ١، الوسائل ١٩: ١٧١، كتاب الوقوف والصدقات، الباب ١، ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ١٧٥، كتاب الوقوف والصدقات، ب ٢، ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٦، كتاب الوقوف والصدقات، ب ٦، ح ٢، بتفاوت يسير.

(٤) الكافي ٥٣: ٧ - ٥٤: ٨، تهذيب الأحكام ٩: ١٧٤ - ١٧٦/ ٥٥، الوسائل ١٩: ٢٠٣، كتاب

الوقف والصدقات، الباب ١٠، ح ٤.

(٥) تهذيب الأحكام ٩: ١٧٤/ ٥٤، دعائم الإسلام ٢: ٢٨١/ ١٢٨٣.

(٦) تهذيب الأحكام ٩: ١٥٤/ ٦.

وفي الثالث: «تصدق موسى بن جعفر^(١) بصدقته هذه - وهو صحيح - صدقةً حبساً بتاً بتلاً، مبتوتة لا رجعة فيها ولا رد^(٢)؛ ابتغاء وجه الله والدار الآخرة، لا يحل لمن^(٣) يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيعها، ولا يبتاعها، ولا يهبها، ولا ينحلها، ولا يغير شيئاً مما وضعته^(٤) عليها، حتى يرث الله الأرض ومن عليها^(٥)».

وهي أخبار صحيحة متكررة الأسانيد، والوقف الأول وإن كان عاماً من أول الطبقات إلا أن الأخيرين خاصان، كما لا يخفى على الناظر فيها، وهي تدل على بطلان بيع المؤبد مطلقاً، من وجوه متقاربة :

أحدها: أنه لا يجوز بيع هذه الأوقاف، لما ذكر فيها، فكذاك سائر الأوقاف المؤبدة، سواء اشتملت على ما ذكر فيها أم لا؛ للإجماع على عدم الفرق.

ثانيها: أن الظاهر أن ما ذكر فيها من لعن البائع، وعدم حلّية البيع بمنزلة الأحكام للأوقاف المؤبدة، ولا خصوصية لها بتلك الأوقاف.

والغرض: الإشارة إلى ذلك القسم المعروف من الصدقة، أي الوقف، وبيان لوازمه، وتأکید الأمر في ذلك؛ كيلا يتوهم أحد أنه من القسم الآخر، أو يتسامح متسامح في شأنه بعد ما نظر إلى ما ذكر، مع أن الناقل

(١) في المصدر: «فلان»، بدل «موسى بن جعفر».

(٢) في المصدر: ولا ردّاً أبداً.

(٣) في المصدر: لمؤمن.

(٤) في المصدر: وصفته.

(٥) تهذيب الأحكام ٩: ١٧٤ - ١٧٦/ ٥٥، ورواها الكليني في الكافي ٧: ٥٣ - ٥٤/ ٨ بتفاوت

للأولين هو الصادق عليه السلام.

ولا يبعد أنه قصد تعليم كيفية الوقف للناس، ليعملوا بمقتضاها، فتدبر.

ثالثها: أنه لو كان الوقف مما يصح بيعه في بعض الأحوال خصوصاً على القول بأنه يتلف ثمنه في مصارف الموقوف عليهم لكان يلزم استثناء تلك الحالة أو الأحوال من ذلك العموم أو الإطلاق، وإذ لم يستثن منه أصلاً، علم استحكام العموم.

وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله: أن هذه الروايات من المؤيّدات^(١)، والظاهر: أنّها دلالتها من أقوى الدلالات، وهي من أصحّ الروايات وأوضحها و^(٢) الرواية الأخيرة، كما لا يخفى على ذي بصيرة.

وروى الشيخ والكليني بأسانيد متعدّدة - لا يبعد عدّها بعضها موثقاً - عن عجلان أبي صالح، وعن عبد الرحمن بن أبي عبد الله، عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه أُملي: «بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما تصدّق به فلان ابن فلان - وهو حيّ سويّ - بداره التي في بني فلان، بحدودها صدقة، لا تباع ولا توهب، حتّى يرثها وارث السماوات والأرض، وأنّه قد أمكن^(٣) صدقته هذه فلاناً وعقبه، فإذا انقرضوا فهي على ذي الحاجة من المسلمين»^(٤).

(١) كشف الغطاء ٤: ٢٦٠.

(٢) كذا في النسخ، إلّا أنّ الصحيح هو حذف حرف الواو.

(٣) في المصدر: أسكن.

(٤) تهذيب الأحكام ٩: ١٥٣/٥، الكافي ٧: ٣٩/٤٠، الوسائل ١٩: ١٨٧، كتاب الوقوف والصدقات، ح ٤.

ولفظ هذا الوقف وإن كان قريباً من الوقف الثاني لأمير المؤمنين (عليه السلام) ^(١) إلا أن إيهام الواقف والموقوف عليه هنا يقتضي كون المقصود بيان كيفية الوقف المؤبد مطلقاً.

ومنها ما رواه الصدوق - في الحسن كالصحيح - والكليني والشيخ - في القوي - عن أبي علي بن راشد، قال: سألت أبا الحسن الهادي (عليه السلام) قلت: جعلت فداك، اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي بألفي درهم، فلما وفرت ^(٢)، خُبرت أن الأرض وقف، فقال: «لا يجوز شراء الوقف ^(٣)، ولا تدخل الغلة في ملكك ^(٤)، ادفعها ^(٥) إلى من أوقفت عليه»، قلت: لا أعرف لها رباً، قال: «تصدق بغلتها» ^(٦).

والاستدلال من وجهين:

أحدهما: إطلاق قوله: «لا يجوز شراء الوقف»، وهو يعم مورد السؤال وغيره، وجميع الوقوف كيف كانت، فإن الجمع المعرف للعموم والإطلاق، يرجع إليه أيضاً في مثل هذا المقام.

وثانيهما: إطلاق قوله: «لا تدخل الغلة في ملكك» ولم يسأل عن البائع،

(١) تهذيب الأحكام ٩: ١٥٤/٦، مستدرک الوسائل ١٤: ٥٣، كتاب الوقوف والصدقات، ح ٥.

(٢) في التهذيب: وفرت المال، وفي الكافي: وفيت المال.

(٣) في الكافي والفقيه: الوقف.

(٤) في المصدر: مالك.

(٥) في النسخ جميعها: ارفعها. وما أثبتناه من المصادر.

(٦) من لا يحضره الفقيه ٤: ١٧٩/٦٢٩، الكافي ٧: ٣٧/٣٥، تهذيب الأحكام ٩: ١٥٢/٣،

الوسائل ١٩: ١٨٦، الوسائل ١٩: ١٨٦، كتاب الوقوف والصدقات، ح ١.

وعن كَيْفِيَّةِ الوقف، وسبب البيع، فربّما كان البائع هو الواقف، أو الموقوف عليهم، وكان البيع أنفع لهم؛ لحاجتهم أو لغير ذلك.

وأما ما يظهر من آخر الرواية من كون البائع غير الموقوف عليه، ولا مأذوناً من قبْلهم، فليس هذا وجه المنع، كما احتمله الشيخ في كتابي الأخبار^(١)؛ لسبقه على بيان ذلك، ولا يناط بعلم الإمام عليه السلام على تقدير كونه حضورياً، أو اتفق حصوله هنا، وإلا لم يأمره بالتصدّق بغلّتها، ولا تباعه للمنع من شراء الوقوف مطلقاً، ولو كان هذا سبب المنع لقال: لا يجوز شراء الوقوف من غير أهلها، بل كان ينبغي أن لا يتعرّض لذكر الوقف، بل يقال: لا يجوز بيع المال من غير أهله، وبالاختصاص على قول الشيخ في بعض كتبه من بطلان الفضولي^(٢).

وقد اتّضح بما قلنا بطلان ما ربّما يقال: من أن بيع الوقف إذا صدر من أهله، أمكن أن يكون له وجه صحّة ببعض الأسباب المسوّغة للبيع، ولا يتصوّر ذلك إذا صدر من غيره، خصوصاً إذا باع لنفسه، وجعل الموقوف عليه، فلذلك حكم بالبطلان مطلقاً، ووجه الدفع ظاهر.

وهذه الأدلّة عامّة لمحلّ البحث وغيره، ويمكن أن يستفاد من مفهوم صحيحة ابن مهزيار^(٣) الآتية: اختصاص جواز بيع الوقف بصورة الاختلاف، فلا يثبت في غيرها كما نحن فيه.

(١) تهذيب الأحكام ٩: ١٥٣، الاستبصار ٤: ٩٩.

(٢) الخلاف ٤: ٢٥٧-٢٥٨.

(٣) الاستبصار ٤: ٩٨/٣٨١، الوسائل ١٩: ١٨٧، كتاب الوقوف والصدقات، ح ٦.

وفيه نظر من وجوه شتى، والحقّ عدم دلالتها على ذلك أصلاً.

[حجّة المجوزين لبيع الوقف]

وأما حجّة المجوزين مطلقاً أو في المنقطع خاصّة، إذا كان أنفع للضرورة، أو بدونها فأمرور:

الأول: الإجماع المحكي في الانتصار والغنية على جوازه مع الضرورة^(١)، وهذا مخصوص بالمؤبد، أو متناول للمنقطع أيضاً بإطلاقه، أو بضميمة الإجماع على لزوم جوازه لجواز المؤبد، أو ادّعاء الأولوية أو التسوية، وفي مصادمة هذا الإجماع لما سبق من الأدلة العقلية والنقلية مع وضوح الاختلاف بين الإمامية نظر ظاهر.

ودعوى الإطلاق ممنوعة بما تقدّم، وضميمة الإجماع على التلازم وهن على وهن، والأولوية أو التسوية إنّما تتوجّه بناءً على القول بانتقال المنقطع إلى الموقوف عليه، وأما بناءً على بقائها في ملك الواقف فبطلانها ظاهر، ولو قلنا بعدم انتقال الوقف مطلقاً، أمكن توجيهها في الجملة، والصحيح العدم؛ لانقطاع تعلّق الواقف وورثته في المؤبد، وبقاء تملّكهم وسبقه، وترتّب عوده إليهم في المنقطع، مع أنّا ربّما نجوّز بيعهم له وإن لم يرخص الموقوف عليه.

والجمع بين تجويز البيع لكلّ من الواقف والموقوف عليه كالجمع بين المتضادين، وليس تعلّق حقّ سائر البطون في المؤبد كتعلّق حقّ الواقف في

المنقطع، مع أن احتمال الفرق كاف في المنع، والقياس ليس من مذهبنا.
 الثاني: أن الغرض الأصلي من الوقف انتفاع الموقوف عليهم ودفع
 ضرورتهم، فإذا قضت الضرورة بالانتفاع بثلثه، لزم حصول الغرض
 ببيعته على الوجه الأتم الأنفع، فيكون جائزاً؛ لتبعية الوسائل للمقاصد،
 والفروع للأصول، كما ثبت في العقود.

ويؤيده: فحوى ما دلّ على جواز البيع مع الاختلاف.

نعم، لو بلغت الضرورة إلى حدّ ساغ له التصرف في أموال الناس على
 وجه الضمان، ساغ له التصرف في الوقف أيضاً على هذا الوجه، ولا كلام
 في مثله.

الثالث: الروايات:

منها: ما رواه المشايخ بأسانيدهم الصحيحة - المشتملة على الحسن بن
 محبوب - عن جعفر بن حنان، 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 كلّ سنة، ويقسّم الباقي على قرابته
 من أبيه، وقرابته من أمّه، فقال: «جائز للذي أوصى له بذلك»، قلت:
 «أرأيت إن لم يخرج من غلّة الأرض التي وقفها إلا خمسمائة درهم، فقال:
 «أليس في وصيته أن يعطى الذي أوصى له من الغلّة الثلاثمائة درهم،
 ويقسّم الباقي على قرابته، من أمّه وقرابته من أبيه؟» قلت: نعم، قال:
 «ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلّة شيئاً، حتّى يوفوا الموصى له بثلاثمائة
 درهم، ثمّ لهم ما يبقى بعد ذلك»، قلت: أرأيت إن مات الذي أوصى له؟

قال: «إن مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته، يتوارثونها بينهم، فأما إذا انقطع ورثته ولم يبق منهم أحد، كانت الثلاثمائة درهم لقربة الميت، ترد إلى ما يخرج من الوقف، ثم تقسم^(١) بينهم، يتوارثون ذلك ما بقوا وبقيت الغلة»، قلت: فللورثة من قربة الميت أن يبيعوا الأرض إن احتاجوا، ولم يكفهم ما يخرج من الغلة؟ قال: «نعم، إذا رضوا كلهم، وكان البيع خيراً لهم، باعوا»^(٢).

وهذه تصلح مستنداً للأقوال كلها، بحسب الاختلاف في معناه.

والمراد من قوله: «وقف غلة»، أي: أرضها، كما ذكر بعد ذلك.

والظاهر: أن قرابته الموقوف عليهم كانوا ورثته؛ لقوله في آخر الخبر: «فللورثة من قربة الميت»، فإن الظاهر كون «من» للتبيين، وذكرها لبيان عدم إرادة ورثة الموصى له، ويحتمل كونها للتبعض.

والمراد بالورثة غير البطن الأول، وبالقربة ما يعمهم، أو يراد بالأول الموجودون، وبالثاني ما يعمهم، وعلى أي تقدير، فالظاهر أن المراد ورثة الميت شرعاً، لا ورثة البطن المتقدم، ولا من يصلح للإرث أحياناً.

وأما قوله بالحق: «يتوارثون ذلك»، فلا دلالة فيه على نفي ما قلنا، ولا إثباته، ولا يلزم من كونهم ورثة أن يختلف استحقاقهم باختلاف جهة

(١) في المصدر: يقسم.

(٢) الكافي ٧: ٣٥، ٢٩، من لا يحضره الفقيه ٤: ١٧٩/ ٦٣٠، تهذيب الأحكام ٩: ١٥٦.

١٥٧/ ١١/ ١١، الوسائل ١٩: ١٩٠، كتاب الوقوف والصدقات الباب ٦، ح ٨.

القربة^(١)، والقرب والبُعد كما لا يخفى.

والمفهوم من الاختصار على ذكر القربة عدم التأيد، كما ذكر في المختلف والتذكرة والتنقيح والمهذب وغاية المرام^(٢).

ويحتمل أن يكون السكوت عن المرتبة الأخيرة العامة إحالة على ظهورها، أو لعدم تعلق غرض في أول السؤال بذكرها، ومثل ذلك شائع في الاستعمال، ولما كانت حكاية الحال محتملة وترك الاستفصال في الجواب، كان دليلاً على العموم، كما تقدّم عن المحقق الكركي^(٣)، وليس ببعيد وإن كان ظاهر اللفظ يساعد الأول.

ومن هنا تبين وجه القول بالتعميم، والقول بالاختصار على المنقطع.

ثمّ الظاهر من الوقف هو الوقف المعروف، فقوله: «أوصى لرجل» إلى آخره، يدلّ على أنّ استحقاق ذلك الرجل بطريق الوصية الجارية بعد موت الواقف.

ويلوح من قوله: «ويقسّم الباقي» في موضعين: أنّ استحقاق القربة أيضاً على هذا الوجه، فإن كان الوقف قد استكمل شرائطه، فكيف حَكَمَ بالتعريف بإمضاء الوصية؟ وإن لم يستكمل شرائطه أصلاً، أمضيت الوصية وبطل الوقف، ورجع رقبة الأرض ومنافعها الخارجة عن

(١) في «ف، ش، م، ع»: القربة.

(٢) مختلف الشيعية ٦: ٢٦٦-٢٦٧، تذكرة الفقهاء ٢٠: ١٦٤-١٦٥، التنقيح الرائع ٢: ٣٠٣-

٣٠٤، المهذب ٢: ٩٢، غاية المرام ٢: ٣٨٢.

(٣) جامع المقاصد ٩: ٧٠.

الوصية ميراثاً، ولم يثبت فيه حكم توارث القرابة لغلّتها دائماً.

وإن كان الوقف معلقاً على الموت، كان باطلاً أيضاً، وإن وقع مطلقاً ولم يحصل إقباض فأوصى، ثم أقبض لها القرابة، فإن كان الإقباض فسخاً للوصية، مضى الوقف وبطلت الوصية، وإن لم يكن فسخاً، فكيف يمكن الجمع بين الأمرين معاً؟ فالحديث موضع إعضال وإشكال.

ويخطر بالبال في حلّه وجوه:

الأول: أن يراد بالوقف الوصية، ولا يجب تقدير المضاف حينئذٍ، ولا حاجة إلى الحمل على الدوام؛ لتعلق الوصية بالمنفعة والمنقطع بلا إشكال، ولما أوصى بدوام انتفاع القرابة من منافع تلك الأرض، وظاهره أن القسمة بالسوية، لا على النحو المعتبر في الإرث سُمي ذلك بالوقف، ولوّح بعد ذلك بما يقتضي كونه على وجه الوصية، وحينئذٍ يرتفع الإشكال المذكور.

الثاني: أن الوصية كانت بطريق الشرط في الوقف، بأن وقف الأرض على قرابته وقفاً مطلقاً، وشرط عليهم أن يعطوا ذلك الرجل وعقبه بعد موته المقدار المذكور من الغلّة، وعلى هذا فإذا انقضوا رجع ذلك إليهم؛ لأنّه نهاء الوقف الذي جعل لهم، أو أنّه وقف واستثنى هذا المقدار من الغلّة؛ ليفعل فيه ما شاء من مصارف الخير، ثمّ عيّنه لمن ذكر.

الثالث: أنّه أوصى بالوقف على الوجه المذكور^(١)، وهذا مبنيٌّ على جواز

(١) في «ع، ك، م» إضافة: «فوقع على ذلك. الرابع أنّه بإدخال ذلك الرجل وعقبه معهم في الوقف على الوجه المذكور»، وهي عبارة مضطربة.

ذلك مطلقاً، أو مع الشرط في الوقف، فيُحمل الخبر على وقوع الوقف مشروطاً بذلك، ويبنى على عدم الفرق بين إدخال مَنْ شاء في حياته، وبين الوصية به.

وعلى هذا فرجوع حقهم بعد انقراضهم إلى ورثة الميت إما لانحصار الحق في الموجود من الموقوف عليهم، فكما أنه لو مات بعض ورثة الميت، اختص الباقي بتمام منافع الوقف، فكذلك لو مات بعض الموقوف عليهم من غيرهم، وإما لاستحقاقهم له بطريق الإرث.

وجعل العلامة استحقاق الموصى لهم بالوقف المنقطع، قال: والظاهر أن الوصية بالوقوف أيضاً، وإلا لم يكن لورثة الموصي شيء^(١). انتهى، وتبعه ولده^(٢) في ذلك، وهو بعيد.

وأما سؤال الراوي عن بيع الأرض، فهو ظاهر في قصد بيع تمام الأرض، وأنه بعد انقراض الموصى لهم، واختصاص ورثة الميت بالوقف، ويحتمل بناءً على غير الوجه.

الرابع: أن يكون متناولاً لحال بقائهم، وحينئذٍ يجب على المشتري أن يعطيهم المقدار الموصى به من الغلة، وله الباقي إلى أن ينقرضوا، كما هو الحال في ورثة الميت.

والظاهر من السؤال: أن الاحتياج وعدم كفاية الغلة لهم كان متجدداً، فلو كان موجوداً حال الوقف، لم يثبت فيه الحكم المطلق على الأول،

(١) مختلف الشيعة ٦: ٢٦٧.

(٢) إيضاح الفوائد ٢: ٣٨٠.

وبالخصوص إذا كان الواقف واقفاً على حقيقة الحال.

نعم، لو اشتدّ الفقر وزادت الضرورة، أمكن الاندراج في الحكم، ولو زالت الحاجة ثمّ عادت، فالحكم كما لو استمرت.

والظاهر أيضاً احتياج الكلّ، فلو احتاج بعضهم دون بعض وإن قلّ لم يشمل السؤال، ولا يبعد اندراج الحاجة الغالبة فيه.

وأما الجواب بقوله: (نعم) إلى آخره، فقد اعتبر فيه رضى الكلّ، وكون البيع أنفع لهم، أي لجميعهم، أما لو رضى بعضهم دون بعض، أو كان البيع أنفع لبعضهم دون بعض، فلا يجوز بيع الكلّ، وأما تجويز بيع البعض الذي اجتمع فيه الشرطان أو منعه، فغير مستفاد من الخبر، ويأتي بيانه في رواية الحميري^(١).

ثمّ الضمير إمّا راجع إلى الورثة مطلقاً، فيوافق الرواية الآتية عن الحميريّ، ولا يبعد أنّه أشار إلى هذا الخبر؛ لاتحاد المرويّ عنه والمعنى أيضاً، بناءً على هذا الوجه.

ويؤيده استقلال الجواب في إفادة الحكم، والعدول عمّا اعتبر في السؤال إلى اعتبار كونه أنفع، مع أنّه أيضاً مراد السائل في اعتباره الحاجة، فالعمل بإطلاقه أولى، ولا ينافيه قوله: (نعم)؛ لحصول التصديق في ضمن الحكم العامّ، المتناول لمورد السؤال وغيره.

وإمّا راجع إلى الورثة المعتبر فيهم عروض الحاجة، وعدم كفاية الغلّة؛

(١) الاحتجاج ٢: ٥٨٤، الوسائل ١٩: ١٩١ كتاب الوقوف والصدقات ب ٦، ح ٩.

لأنه المتقدم في السؤال، فاعتبار كونه أنفع؛ لثلاً يتوهم: أن مجرد ما ذكر في السؤال كافٍ وإن تساوى البيع وعدمه في عدم رفع الحاجة، وإن كان هذا خلاف الظاهر من السؤال.

فعلى الأول: يكون دليلاً لما عزي إلى المفيد من اعتبار كون البيع أنفع مطلقاً^(١).

وعلى الثاني: يكون دليلاً لمن اعتبر الفقر والحاجة، وكان اعتبارهم للضرورة أو شدة الحاجة بالثمن من باب الأخذ بالاحتياط، والاقتصار على المتيقن فيما خالف الأصول المقررة، كما أن حمل الخبر على هذا المعنى يمكن كونه لذلك.

وقد اتضح بما ذكر: وجه الاستدلال بالخبر لما ذكر من الأقوال.

ويمكن لصاحب التنقيح - حيث قال بجواز بيع المنقطع إذا اتفق الموقوف عليهم مع الواقف، أو ورثته على ذلك^(٢) - أن يقول بأنه في مورد السؤال، قد اتحد الموقوف عليهم وورثة الواقف، أو كان الورثة من جملتهم، بناءً على عدم وجود وارث للميت غيرهم من الأصل، أو حال البيع، فإذا رضوا كلهم جاز البيع، فيصح الخبر دليلاً له أيضاً وإن بنى على تركه.

ويبقى عليه السؤال عن وجه اعتبار كون البيع أنفع، مع أنه لا يعتبر ذلك.

(١) المقنعة: ٦٥٢.

(٢) التنقيح الرائع ٢: ٣٢٩ - ٣٣٠.

وله أن يجيب: بأنه على وجه الأولوية لا الشرطية، وإن لم يساعده الظاهر؛ لما يأتي عنه من الدليل على الجواز مطلقاً، فالجمع بين الجميع أولى.

واعلم: أن هذه الرواية لا يبعد العمل بها وإن لم يوثق راويها؛ لرواية المشايخ^(١) لها، ووجود ابن محبوب^(٢) في السند، وكونها مأخوذة من كتابه، كما هو الظاهر، وقوة الحمل على المعنى الذي حكى السيّدان الجليلان إجماع أصحابنا عليه^(٣)، وذهاب جم غفير من أساطينهم لا سيما القدماء، ومن لا يعمل منهم بأخبار الآحاد، وكونه أخصّ من الأدلة المانعة.

ولك أن تقول بأن هؤلاء الأساطين لم يتفقوا على أمر واحد، ولا للخبر معنى واحد، ولا تجدي الموافقة في الجملة، فلا تنهض حجة يخصّص بها الأدلة المتقنة المحكمة، وقد علمنا بما فيه من الإشكال، وذكرنا من وجوه الحلّ أن استحقاق ورثة الميت بطريق الوصية، وقد مضت من الثلث، أو بالإجازة، فيخرج عما نحن فيه.

ويبقى الإشكال في جواز البيع أيضاً، فإن قلنا بأن الوصية بالمنفعة كما هو ظاهر الرواية، فرقة الأرض مال الورثة، فبناءً على انحصار الوارث في الموصى لهم، جاز لهم البيع وإن منعنا من بيع الموصى بمنافعه مؤبداً؛ لعدم التأيد هنا.

(١) الكافي ٧: ٢٩/٣٥، من لا يحضره الفقيه ٤: ١٧٩/٦٣٠، تهذيب الأحكام ٩: ١٥٦-

١٥٧/١١، الوسائل ١٩: ١٠٩، كتاب الوقوف والصدقات، باب ٦، ح ٨.

(٢) الحسن بن محبوب الزرّاد، مولى ثقة، رجال الطوسي: ٣٣٤، نقد الرجال: ٥٦: ٢- ٥٧.

(٣) الانتصار: ٤٦٨، غنية النزوع: ٢٩٨.

ويبقى حكم المنافع، فإن لم يعتبر في الوصية بقاء المنافع دائماً إلى أن ينقضى القربة، وعدمه إلى الورثة الموجودين^(١)، وإن اعتبر فيها ذلك فهو من الحقوق القابلة للإسقاط، فكما أنه إذا أوصى بالمنافع لغير الوارث، كان له إسقاط حقه، فيرجع إلى الورثة تبعاً للأصل، فكذلك إذا كانت الوصية للوارث، بل يمكن أن يجوز لهم تملك منافعهم لغيرهم قبل أن يوجد.

وعلى التقديرين، فيجوز لهم حيثئذ بيع الأصل مع المنافع وإن كان إمضاءه في المنافع دائماً موقوفاً على أن لا يوجد قريب آخر - لصاحب التنقيح^(٢) - محتمل أيضاً، على تقدير قصد الوقف، كما بنى عليه سائر وجوه الحل، فاعتبار الأنفعيّة على الوجهين من باب الأولوية لا الشرطية، فالاستدلال بالرواية مع ضعفها في غاية الإشكال، والله سبحانه وتعالى وليّ الهداية في كلّ حالٍ ومقالٍ.

ومنها: ما رواه صاحب الاحتجاج عن الحميري: أنه كتب إلى صاحب الزّمان (عليه السلام وعلى آبائه الكرام) - في سنة ثمان وثلاثمائة - كتاباً، سألّه عن مسائل كثيرة، منها: روي عن الصادق^(٣) عليه السلام خبر مأثور: إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم وأعقابهم، فاجتمع أهل الوقف على بيعه، وكان ذلك أصلح لهم أن يبيعه، فهل يجوز أن يشتري من بعضهم، إن لم يجتمعوا كلّهم على البيع، أم لا يجوز إلا أن يجتمعوا كلّهم على ذلك، وعن

(١) كذا قوله: «فإن لم يعتبر... الموجودين».

(٢) التنقيح الرابع ٢: ٣٢٩ - ٣٣٠.

(٣) في الاحتجاج قال: وسأل فقال: روي عن الفقيه عليه السلام، ولم يسند الكلام إلى الإمام الصادق عليه السلام.

الوقف الذي لا يجوز بيعه؟ فأجاب عليه السلام: «إذا» كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه، وإن كان على قوم من المسلمين، فليبع كل قوم ما يقدرّون على بيعه، مجتمعين ومتفرّقين، إن شاء الله»^(١).

[تحقيق في كتاب الاحتجاج]

وهذا الكتاب من الكتب المعبرة، ومصنّفه - وهو أحمد بن علي بن أبي طالب الطبرسي - يروي عن الصدوق بثلاث وسائط^(٢)، وهو يروي عن الحميري بواسطة واحدة^(٣)، وقال في أوله: ولا تأتي في أكثر ما نورده من الأخبار بإسناده إمّا لوجود الإجماع عليه، أو موافقته لما دلّت العقول^(٤) عليه، أو لاشتهاره في السير والكتب بين المخالف والمؤلف، إلّا ما أوردته عن أبي محمّد الحسن بن علي العسكري عليه السلام فإنه ليس في الاشتهار على حدّ ما سواه وإن كان مشتملاً على مثل الذي قدّمناه، فلأجل ذلك ذكر إسناده في أول خير من ذلك دون غيره؛ لأنّ جميع ما رويت عنه عليه السلام إنّما رويته بإسناد واحد^(٥). انتهى.

والظاهر: أنّ أمثال الخبر المذكور من القسم الثالث، وهو ما اشتهر بحيث استغني عن معرفة سنده، وينبغي كون اشتهار مثل ذلك بين

(١) في «حج»: إن.

(٢) الاحتجاج ٢: ٥٨٤، الوسائل ١٩: ١٩١ كتاب الوقوف والصدقات ب ٦، ح ٩.

(٣) الاحتجاج ١: ٦، أمل الأمل ٢: ١٧ / ٣٦.

(٤) من لا يحضره الفقيه (المشيخة) ٤: ١٢٢.

(٥) في «ك، م»: العقود.

(٦) الاحتجاج ١: ٤.

المؤلف لا المخالف، فيقوى الاعتماد عليه.

وذكر صاحب البحار طاب ثراه: أنه قد أثنى السيد ابن طاووس على الكتاب، وعلى مؤلفه، وقد أخذ عنه أكثر [المتأخرين] (١).

وقال النجاشي: إن الحميري كان ثقةً وجهاً، كاتب صاحب الأمر (عليه السلام)، وسأله مسائل في أبواب الشريعة، وقال لنا أحمد بن الحسين: وقعت هذه المسائل إليّ في أصلها، والتوقيعات بين السطور (٢).

وهذه كلّها تورث الاعتماد على الخبر المذكور، وقد اشتمل على خبرين (٣)، روى أولهما الحميريّ رسلاً، وليس في الجواب ما يقتضي إنكاره؛ لجواز أن يكون اعتبار الاجتماع ليصحّ بيع الكلّ، لا لصحة أصل البيع مطلقاً، وهو مخصوص بالوقف الخاصّ، أمّا كونه دائماً أو منقطعاً فغير معلوم وإن كان الأظهر الثاني، ولا يبعد اتّحاده مع الخبر السابق، كما سبق.

وظاهر الحميريّ هو الاعتماد عليه، واعتقاده تقسيم الوقف إلى ما يجوز بيعه، وما لا يجوز بيعه، وإنّما كان تردّده مع عدم الاجتماع، ومقتضاه أنّه إذا كان بيع الوقف أصلح، جاز للموقوف عليه مطلقاً، وهو القول المنسوب إلى المفيد (٤).

(١) بحار الأنوار ١: ٢٨، وما بين معقوفتين إضافة منه.

(٢) رجال النجاشي: ٣٥٤-٣٥٥/٩٤٩.

(٣) المراد من خبرين هو: أن الخبر الذي رواه الطبرسي عن الحميري كان في ضمنه رواية عن الإمام الصادق (عليه السلام)، فهو الأوّل المرسل، وجواب الإمام الحجة (عليه السلام): «إذا كان الوقف على إمام المسلمين»، هو الخبر الثاني.

(٤) الدروس ٢: ٢٧٩.

وروى ثانيهما عن القائم عليه السلام، وقسم فيه الوقف إلى: ما لا يجوز بيعه مطلقاً، وهو ما كان على إمام المسلمين، والظاهر أن المراد به الوقف العام، ولما كان المتولي لأمره الإمام، فكان الوقف عليه، ويحتمل أن يراد ظاهر اللفظ، والمراد إمامهم دائماً، وهو يقتضي الدوام عندنا، أو الإمام الحاضر حال الوقف، والغرض أنه لا يجوز لغيره على وجه التهاون في أمره، بزعم رضاه بذلك، واستحلاله لشيعته، كما أحلوا لهم الخمس، ولذلك شواهد من الأخبار.

وإلى ما يجوز بيعه، وهو الوقف الخاص، وظاهره أنه يجوز للموقوف عليه بيعه مطلقاً، كما نسبه بعضهم^(١) إلى الصدوق.

والمراد بما يقدرّون على بيعه: ما يجوز لهم شرعاً بيعه، بأن يبيع كلّ ما يستحقّه ولا يتعدّى عنه.

ويندرج في الاجتماع ما إذا باعوا الوقف صفقة واحدة، كلّه أو بعضه، وما إذا اجتمعوا وتراضوا على البيع، ثمّ باع كل حصّته مستقلاً، وما عدا ذلك يندرج في التفرّق.

ولما كان هذا الخبر لم يعمل به أحد من الأصحاب - فيما أعلم، وخالفه الأدلة الكثيرة، ولم يبلغ من الصحة درجة كافية في مقام المعارضة، فالواجب علينا السكوت عنه إلى أن يعجل الله الفرج، ويظهر لنا المخرج، وبناء العمل على سائر الأدلة، والأخبار المنقولة عن أهل العصمة عليهم السلام.

ومنها: ما رواه المشايخ بأسانيدهم الصحيحة عن علي بن مهزيار، قال: كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام: «أن فلاناً ابتاع ضيعةً فأوقفها، وجعل لك في الوقف الخمس، ويسألك^(١) عن رأيك في بيع حصّتك من الأرض، أو تقويمها^(٢) على نفسه بما اشتراها^(٣)، أو يدعها موقفةً؟ فكتب إليّ: «أعلم فلاناً، أنّي أمره أن يبيع حقّي من الضيعة، وإيصال ثمن ذلك إليّ، وإنّ ذلك رأيي إن شاء الله سبحانه وتعالى، أو يقوّمها على نفسه إن كان ذلك أوفق له»، قال: وكتبت إليه: أنّ الرجل ذكر أنّ بين من وقف عليهم هذه الضيعة اختلافاً شديداً، وآته 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 إليه بخطّه: «وأعلمه أنّ رأيي له: إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أنّ بيع الوقف أمثل، فإنّه ربّما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس»^(٤).

ويأتي الكلام في آخر الخبر في الصورة الثانية.

وأما أوّله فوجه الاستدلال به: أنّ الظاهر أنّه وقف تمام الضيعة، وعيّن للإمام خمسها بطريق الوقف الصحيح؛ لقوله: «أوقفها»، وقوله: «جعل

(١) في المصدر: ويسأل.

(٢) في المصدر: أو يقوّمها.

(٣) في المصدر: اشتراها به.

(٤) الكافي ٧: ٣٦ / ٣٠، من لا يحضره الفقيه ٤: ١٧٨ / ٦٢٨، تهذيب الأحكام ٩: ١٥٢ -

١٥٣ / ٤، الاستبصار ٤: ٩٨ / ٣٨١، الوسائل ١٩: ١٨٧ - ١٨٨، كتاب الوقوف والصدقات

باب ٦، ح ٥ و ٦.

لك في الوقف»، وقوله: «حصّتك» ولم يذكر ما يقتضي تملكه ﷺ إلا الوقف.

وقوله: «يدعها موقوفة»، والإيقاف: هو الوقف، كما عبّر به أولاً، وورد في كثير من الروايات، فيكون بالنسبة إليه وفقاً خاصاً كبقية الأخماس، ولم يعلم كونه منقطعاً، كما هو ظاهر اللفظ، وفهمه الشهيد^(١)، أو دائماً كما هو الأصل في الوقف، وإنّما ذكر المرتبة الأولى خاصّة؛ لتعلّق الغرض بها.

وربّما كان موقوفاً على أن يكون بعد الجواد ﷺ لمن بعده من الأئمة ﷺ أو لسائر أرباب الوقف، بحيث يخرج عن الإرث، أو غير ذلك.

ولمّا أمره بالبيع - ولا يتصور شيء من الأسباب المسوّغة له، إلا كون البيع أنفع له من إبقاء الوقف على حاله فوجب الحمل عليه، أو نقول بجواز بيع الوقف الخاصّ مطلقاً، ولمّا كان حكاية حال لا عموم فيها، وجب الاقتصار على الأوّل خاصّة، وأن يعتبر أيضاً الحاجة الشديدة التي تعمّ الفقر وغيره، بل الطارئة والموجودة حال الوقف أيضاً، وباختلاف الوجوه المذكورة يختلف الاستناد به للأقوال.

ولصاحب التنقيح أن يحمله على كون الوقف منقطعاً، تراضى الواقف والموقوف عليه على بيعه.

وعلى الوجوه بأسرها ففيه دلالة على ما ذكر في الرواية السابقة من عدم وجوب اجتماع أرباب الوقف على البيع، بل يجوز لكل واحد أن يبيع حصته، كما هو حكم المملوك غير الوقف.

وأجاب الشهيد عن الخبر: بأنه لو سُلِّمَت^(١) المكاتبه، فلا دلالة فيها؛ إذ الوقف مشروط بالقبول إذا كان على غير الجهات العامة، ولم يُنقل أنّ الإمام عليه السلام قَبِلَ الوقف، وإنَّما قَبِلَ الجعل وأمر ببيعه، قال: وحملها^(٢) على هذا أولى؛ لموافقة الظاهر^(٣).

وكأن ما ذكره هو مراد فخر الإسلام، حيث أجاب بحملها على عدم تمام الوقف، قال: وظاهرها يدل عليه^(٤).

ويرد عليه: أنه لو سُلِّمَ اشتراط القبول، فإن أُريد القبول القولي المتصل كما في سائر العقود اللازمة، فالأصحّ عدم اعتباره، كما يتبيّن في محله إن شاء الله تعالى، وإن اكتفي بالقبول الفعلي، فقد حصل في ضمن الأمر بالبيع.

وقوله: «إنَّما قَبِلَ الجعل» لا معنى له بعد تسليم كون الخمس من الوقف؛ فإنَّه لم يظهر من الواقف إلّا جعل واحد في ضمن الوقف، والمراد منه تعيين حصّة الإمام عليه السلام، كما عيّن لغيره من أرباب الوقف الأربعة الأخماس الأخر.

(١) في «ف»: سلّمنا.

(٢) في المصدر: وحمله.

(٣) غاية المراد ٢: ٢٨.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٣٩٢.

على أنه يمكن سبق القبول من بعض وكلائه عليه السلام، وكان منهم ابن مهزيار الذي هو السائل والراوي للخبر، فإنه توكل للجواد والهادي عليه السلام، بل الرضا عليه السلام أيضاً على احتمال.

وأيضاً الجعل قبل القبض لا يقتضي التملك، حتى يأمر ببيع حصته أو تقويمها، ومتى بنى على حصول القبض إما من بعض الوكلاء، أو لأنّ الأمر بالبيع توكيل في القبض، وما في اليد مقبوض بناءً على اتحاد القابض والمقبض في مثل ذلك، فالحمل على الوقف - كما هو ظاهر اللفظ - أولى.

وبالجملة: فظاهر كلام السائل والإمام صيرورة الخمس ملكاً له، ولذلك صحّ توكيله في البيع، وأنه بطريق الوقف، فلا بدّ أن يُحمل على أنه وقع على وجه صحيح ما كان إلى الحمل سبيل، وهو ممكن هنا؛ لحصول القبول على الوجه المذكور والقبض أيضاً بها ذكر، مع أنه يكتفى في قبض الضيعة بالتخلية.

ولا يقدح عدم كونها في بلد الإمام عليه السلام، وعدم إخباره بها قبل المكاتبه المذكورة.

وبما ذكرنا ظهر ما في كلام جماعة من الأصحاب، كالمجلسي، وصاحب الوسائل، والحدائق^(١) وغيرهم، حيث حملوا الخبر على عدم القبض، وادّعى بعضهم: أنه الظاهر منه^(٢)، وآخر: أنه لم يوجد ثمة شيء

(١) مرآة العقول ٢٣: ٦١، وسائل الشيعة ١٩: ١٨٨، كتاب الوقوف والصدقات، ب ٦، ذيل

حديث ٥، الحدائق الناضرة ١٨: ٤٤٢ - ٤٤٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٩: ١٨٨.

من الأسباب المجوزة للبيع^(١) ونحوه، فيُطرح صدر الخبر، أو يُحمل على عدم القبض، والجميع مدفوع بما ذكر.

وأقصى ما يمكن أن يقال في الجواب أمور :

أحدها: أن الظاهر وقوع السؤال الأوّل والثاني في مكاتبة واحدة، وقد أخبر ﷺ بوقوع الاختلاف بين أصحاب الوقف، وربما علم بذلك أيضاً من دون ذلك، وقد حكم بجواز بيع ما وقف لهم ورجحانه، فكما أن هذا سوغ بيع باقي الحصص، فكذلك سوغ بيع حصّته، إمّا بناءً على أن هذا الاختلاف كافٍ في جواز بيع الجميع إذا وقف بعقد واحد وإن اندفع ببيع حصص بعضٍ دون بعضٍ؛ لقطع الشركة التي هي مائة الاختلاف بذلك، أو لعلمهم بأنهم كما اختلفوا فيما بينهم، كذلك يقع الاختلاف بينهم وبين الإمام ﷺ، أو وكيله المنصوب من قبله؛ إذ لا عموم في حكاية الحال، ولا علم لنا بحقيقة أمورهم وما يتعلّق بشأنهم، فلا يثبت حينئذٍ بصدر الخبر وعجزه أكثر من جواز البيع في صورة الاختلاف، وهذا محمل قريب جداً.

ثانيها: ما ذكرناه من طرف صاحب التنقيح^(٢)، فالواقف حينئذٍ إنّما عن نفسه، أو يقوم باختياره على نفسه، لكنّه مشروط بإذن الإمام ﷺ، والفرض حصوله.

ويشكل ذلك: بأنّ ظاهر الخبر كون رقبة الخمس ماله وحقّه، وأنّ

(١) مرآة العقول ٢٣: ٦٠.

(٢) التنقيح الرائع ٢: ٣٣٠.

حصّته من عين الأرض، وهو لا يقول بذلك.

ثالثها: أنّه قد ابتاع الضيعة بهال خمسة للإمام، ووقفها وعيّن الخمس منها للإمام عليه السلام، وزعم أنّ التملك بالوقف عليه يقوم مقام إعطائه إياه، وربّما كان أولى لدوام الانتفاع بالضيعة، فسأل عن رأيه في ذلك، فلم يرض عليه السلام بالوقف وطالبه بحقه، فيكون حينئذٍ أمره بالبيع إذناً في الابتاع، فصحّ تسميته للخمس بأنّه حقه.

وأما ما في السؤال من تسمية حصّته قبل الإذن، فالأمر فيه سهل؛ لكونه في كلام السائل، وللزعم المذكور، ولكونه مشترى بهال الإمام، ويمكن كون الشراء وقع على وجه لا يتوقّف على الإذن، وكان في ذمّته خمس للإمام، مساوٍ لثمن خمس الضيعة أو أزيد منه، فعين خمس الضيعة له عمّا في ذمّته، وجعله مع ذلك وقفاً عليه؛ لزعمه إجزاء ذلك، فرضي الإمام عليه السلام بالتعيين لا الوقف، ويمكن حمل كلام الشهيد على ذلك.

ويؤيد هذا الوجه على التقديرين : جعل حصّته خمساً، واستثناؤه في تقويمه بها اشتراه به.

رابعها: ما ذكره من عدم حصول القبول أو القبض، فلم يكن لازماً من طرف الإمام قطعاً، ولا من طرفه، لكن الرجوع في الوقف بعد التقرب به أمر مرغوب عنه شرعاً مطلقاً، وإذا كان على الإمام فالأمر فيه أشدّ، بحيث أنّه يتلو اللازم في الحكم، فلا يبعد حينئذٍ إجراء اسم مال الإمام عليه.

وربّما كان الوقف قد وجب عليه بنذر أو شبهه، فلا يجوز الرجوع

لذلك، وحيث لم يلزم إبقاؤه على حاله من طرف الإمام، فلذلك خير الواقف بين البيع والتقويم، والمقصود إيقاعه عن نفسه، وإيصال الثمن إليه ﷺ.

وإذا أمكنت هذه الوجوه الكثيرة، وكانت الرواية حكاية حال لا عموم فيها، ولم يعلم وجهها، وكان استئذان السائل في اختيار أحد الأمور الثلاثة أمارة وقوع الوقف، أو الجعل على وجه صالح لها، ولا يجب حينئذ التفحص عن السبب، مع إمكان مشروعيته، فالخروج بمجرد هذه الرواية - وما أشبهها عن الأدلة المحكمة، والأصول المعلومة المعتضدة بالاحتياط في غاية الإشكال.

ومنها: ما رواه الشيخ والصدوق، عن علي بن معبد قال: كتب إليه محمد بن أحمد بن إبراهيم - في سنة ثلاث وثلثين ومائتين - يسأله عن رجل مات وخلف امرأة وبنين وبنات، وخلف لهم غلاماً أوقفه عليهم عشر سنين، ثم هو حر بعد العشر سنين، فهل يجوز لهؤلاء الورثة بيع هذا الغلام وهم مضطرون إذا كان على ما وصفته لك؟ فكتب: «لا يبيعه إلى ميقات شرطه، إلا أن يكونوا مضطرين إلى ذلك، فهو جائز لهم»^(١).

والظاهر: أن الكتابة إلى الإمام ﷺ وهو الهادي؛ لأن التاريخ المذكور يوافق زمانه خاصة، والراوي عدّ من أصحابه^(٢)، وهذا يدل على جواز بيع

(١) تهذيب الأحكام ٩: ٢٧/١٦٢، من لا يحضره الفقيه ٤: ٦٣٤/١٨١، الوسائل ١٩: ٢٢١

كتاب السكنى والحيث، باب ٣، ح ٣.

(٢) عدّ الشيخ الطوسي كلاً من علي بن معبد و محمد بن أحمد بن إبراهيم من أصحاب الإمام

الهادي ﷺ. رجال الطوسي: ٣٨٨/٥٧٠٩، و٣٩١/٥٧٥٦.

الوقف المنقطع للضرورة إلى ثمنه، فيكون دليلاً لمن قال بذلك من الأصحاب.

ولصاحب التنقيح أن يسند الجواز إلى اتحاد الموقوف عليهم وورثة الواقف، فجاز أن يكون جواز البيع لاتفاقهم عليه، فالتقييد بالضرورة على وجه الأولوية لا الشرطية، وهو المراد على أي حال، كما يأتي.

وهذا الخبر - مع ضعف سنده بجهالة الراوي^(١)، وإن كان هو صاحب كتاب رواه عنه بعض الأجلة^(٢) - فيه إشكال من وجوه:

أحدها: أن الوقف كان مقدراً بالزمان، وفي صحته حساً أو البطلان قولان.

وأما جعله وقفاً حقيقياً فينبغي القطع ببطلانه وإن قلنا به في الوقف على من ينقرض غالباً، والأمر في هذا سهل؛ لقوة القول بالصحة، فيكون الخبر مؤيداً له، ولأن الإشكال إنما يجري فيما إذا وقعت الصيغة بلفظ الوقف، أما لو وقعت بلفظ الحبس أو غيره مما يقدر بالمدّة، فلا إشكال في الصحة، وليس في الخبر تصريح بالأول.

ويمكن أن يراد بقوله: «أوقفه عليهم» أقامه عليهم، أي تركه في خدمتهم، واستعمال الإيقاف بهذا المعنى أولى في اللغة من استعماله في

(١) رجال النجاشي: ٢٧٣ / ٧١٦، فهرست الطوسي: ٢٦٥ / ٣٧٨، جامع الرواة: ١ / ٦٠٢.

(٢) وهو إبراهيم بن هاشم، أبو إسحاق القمي، أصله كوفي، انتقل إلى قم ونشر فيها حديث الكوفيين، قال عنه العلامة: ولم أقف لأحد من أصحابنا على قول في القدح فيه، ولا على تعديله بالنص، والأرجح قبول قوله. رجال النجاشي: ١٦ / ١٨، خلاصة الاقوال: ٤٩ / ٩.

الوقف، حتى زعم جماعة من أهل اللغة^(١) والفقهاء^(٢): أن الثاني لغة رديئة، وإن كانت دعوى رديئة؛ لأنه في الروايات أكثر من أن يحصى، وبالجملة: فالإشكال مدفوع من هذه الجهة.

ثانيها: أن الظاهر كون الوقف معلقاً على الموت، ومنه يتبدئ حساب المدّة المعيّنة، وهو باطل عند الأصحاب وإن كان حبساً على ما يظهر منهم، إلا أن بعضهم احتمل صرفه إلى الوصيّة، كالعلامة في القواعد^(٣)، وحكم به ولده في الشرح^(٤).

والظاهر أيضاً: أن القبض المعتبر لم يحصل في حياة الواقف؛ لتأخر زمان استحقاق المنفعة عنها، وفي تأثير القبض السابق لو حصل إشكال؛ لعدم تعلّقه حيثنّذ بالعين ولا بالمنفعة، فيتعيّن الحمل على الوصيّة أو البطلان.

وهذا الإشكال مدفوع كسابقه؛ إذ ليس في الخبر تصريح بأن الصيغة كانت بلفظ الوقف، والإيقاف في مثل هذا المقام ربّما كان ظاهراً في الوصيّة، وحيثنّذ لا حاجة إلى الحمل على الوصيّة بالوقف بعد الموت، فإنّ ذلك فيما إذا قال: وقفْتُ هذا بعد موتي، ولم يثبت هنا، بل يُحمل على أنّه أوصى بمنافع العبد أو خدمته لورثته إلى عشر سنين، ولفظ الإيقاف صالح لهذا المعنى، فالحمل عليه أسلم وأولى، فيخرج حيثنّذ عن محلّ

(١) الصحاح ٣: ١١٩٠ مادة «وقف»، النهاية في غريب الحديث ٥: ١٨٨ مادة «وقف».

(٢) التنقيح الرابع ٢: ٢٩٩.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٣٩٠.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٣٨٥.

البحث.

ثالثها: أن قوله: هو حُرٌّ بعد العشر سنين، تعليق للعتق على الموت، ومضيّ المدّة بعده، فيكون تدبيراً فاسداً على المشهور المحكيّ عليه الإجماع^(١).

وحكي الخلاف فيه عن الإسكافي، حيث قال: لو جعل له العتق بعد وقت من موت سيّده، كان ذلك وصيّةً بعتقه في معنى التدبير^(٢).

وهذا يحتمل الوصيّة بالعتق أو الإعناق، والمنقول عنه جواز تعليق التدبير، وهو مبنيٌّ على الأوّل.

والجواب مشكل على القولين؛ لأنّه إن بطل العتق فالعبد ومنافعه ملكٌ للورثة، فلهم البيع متى شاؤوا، ولو فرضنا عدم جواز تمليك المنافع لغيره، فالبيع يقع صحيحاً، ويستثنى منافع تلك المدّة، وإن صحّ فكيف جاز البيع عند الضرورة مع ما علّم من بناء الشرع على تغليب جانب الحرّيّة، وظهور كون البيع منافياً له؟

وأقصى ما يتخيّل في دفع ذلك وجوه:

أحدها: اختيار بطلان التدبير، لكن لما كان الأوّل إمضاءً في الجملة تغليباً لجانب العتق، ومراعاةً لحقّ الميّت بقدر الإمكان منَعهم باعتقائهم من البيع إلى أن تمضي المدّة، ليعتقوه بعدها، فيحصل الغرض المطلوب، ولما لم يجب ذلك، سوّغ لهم عند الضرورة، فاعتبارها بطريق الأولويّة

(١) المؤلف من المختلف ١: ٥٤٨، مختلف الشيعة ٨: ١٠٢.

(٢) عنه في مختلف الشيعة ٨: ١٠٢.

لا الشرطية.

ويمكن أن يكون المنع ليستوفوا المنافع بأنفسهم، وكان بناء بيعهم على تملكه عيناً ومنفعةً بتمامه، كما هو الغالب، فنهاهم عن ذلك مع عدم الضرورة إلى مضي المدة، ثم لهم أن يبيعوا بعدها متى شاؤوا.

وهذا وإن كان أوفق بقوله: «لا يبيعوه إلى ميقات شرطه»، نظراً إلى معنى الغاية ووضعها لكنّه بمكانٍ من البُعْد، كما لا يخفى.

ثانيها: اختيار صحته، كما قال الإسكافي^(١)، ويكون الخبر من مؤيداته مع خلوه عن المعارض من الأخبار.

والمراد بالبيع هو بيع لخدمة العبد المدبر تلك المدة، كما ورد في الروايات^(٢) الكثيرة في بيع المالك الأصلي لها مدة حياته، وأفتى به الإسكافي^(٣) وكثير من القدماء^(٤) والمتأخرين^(٥)، سواء قلنا بتعلق البيع بالخدمة أو بالعين للخدمة، أو حملناه على الصلح أو الإجارة، بلفظها أو بلفظ البيع.

وبناءً على الأخير، فالإشكال المورد هناك من جهالة مدة الإجارة غير وارد هنا؛ لتعين المدة، ولما أطلق السائل جواز البيع حال الضرورة، أخذ

(١) مختلف الشيعة ٨: ١٠٣.

(٢) الاستبصار ٤: ٢٩/٩٩-١١-١٢.

(٣) مختلف الشيعة ٨: ١٠٣.

(٤) الخلاف ٦: ٤١١، المهذب ٢: ٣٦٦.

(٥) مختلف الشيعة ٨: ١٠٣، الدروس ٢: ٢٣٢-٢٣٤.

الإمام في الجواب المدة مشيراً إلى أنه إذا بيع فإنما يباع إلى الوقت المعين؛ لعدم استحقاق الورثة أكثر منه، فالغاية حيثئذ غاية البيع لا غاية النهي.

وقوله: ذلك، إشارة إلى هذا البيع المؤقت، وكذلك الضمير الذي بعده، فالنهي عنه مع عدم الضرورة لمباشرة استيفاء المنافع بحسب الإمكان، أو رعاية لحال العبد، لأداء البيع إلى توالي الأيدي عليه، وربّما^(١) يؤدي ذلك مع طول المدة لتفويت العتق عليه.

وهذا من أحسن المحامل وأمتنها لو جوّزنا التدبير على الوجه المذكور. ولو حملنا الخبر على الوصية بالإعتاق بعد المدة، فهو وإن كان بعيداً لكنه خالٍ من وصمة الإشكال.

ثالثها: أنّ ظاهر السؤال أنّ الميت لم يخلف غير العبد، فأوصى بمنافعه إلى عشر سنين وبالعتق، وهو لا يملك أكثر من الثلث، ومن الجائز أن لا تفي بأكثر من تلك المنافع المعيّنة في المدة السابقة على العتق، بأن تقابل ثلث قيمة العبد إذا قوّم معها وبدونها أو تزيد عليه.

وربّما كان هذا أمراً معلوماً، أو علم الإمام به، وعلى هذا فإذا لم يُجز الورثة الوصية الثانية، تعين الثلث في الأوّل، فصار العبد لهم بمنافعه، وللميت ثواب منافع تلك المدة، فجاز لهم البيع حيثئذ.

فالمراد^(٢) بقوله: «لا يبيعه» إلى ميقات شرطه: «أنّ لهم البيع بعد ذلك

(١) في «ف، ك»: فربما.

(٢) في «ع»: والمراد.

إذا لم يمضوا الوصية، وأما في تلك المدة فلا يملكون المنافع لغيرهم، إلا مع الضرورة، أو أنهم لا يبيعونه تلك المدة؛ ليعتقوه بعد ذلك، حتى تمضي الوصيتان معاً، على نحو ما أراد الميت الذي هو أب الورثة غير الزوجة.

وقد تبين حينئذ أن النهي في جميع الوجوه المذكورة محمول على الكراهة، كما يشهد به استثناء حال الضرورة.

وظهر أيضاً بطلان الاستدلال بالرواية، وكأنه لما قلنا لم يعدّها الأصحاب من الأدلة، والله العالم.

ومنها: ما رواه الشيخ والكليني - في الصحيح - عن عبد الرحمن بن الحجاج، قال: بعث إليّ أبو الحسن موسى عليه السلام بوصية أمير المؤمنين عليه السلام، وذكر الوصية إلى أن قال: «وإن الذي كتبت من أموال هذه صدقة واجبة بتلة، حياً أنا أو ميتاً، تنفق في كلّ نفقة أبتغي بها وجه الله، في سبيل الله ووجهه، وذوي الرحم من بني هاشم وبني عبد المطلب، والقريب والبعيد، وآته يقوم على ذلك الحسن بن عليّ يأكل منه بالمعروف، وينفقه حيث يريد الله في حلّ محلّ، لا حرج عليه فيه، فإن أراد أن يبيع نصيباً من المال فيقضي به الدين، فليفعل إن شاء لا حرج عليه فيه، وإن شاء جعله شروى^(١) الملك، وإنّ ولد عليّ و[مواليهم و]^(٢) أموالهم إلى الحسن بن عليّ، وإن كان دار الحسن غير دار الصدقة، فبدا له أن يبيعها فليبيعها إن شاء، لا

(١) في المصدر: شراء، وشروى الشيء: مثله. الصحاح ١٩٠٧: ٥ مادة «شروى».

(٢) ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر.

خرج عليه فيه، وإن باع فإنه يقسمها ثلاثة أثلاث، فيجعل ثلثاً في سبيل الله، ويجعل ثلثاً في بني هاشم وبني عبد المطلب، ويجعل ثلثاً في آل أبي طالب».

ثم قال: «وإن حدث في حسن أو حسين حدث، فإن الآخر منهما ينظر في بني عليٍّ»، إلى أن قال: «فإنه يجعله في رجلٍ يرضاه من بني هاشم، وأنه يشترط^(١) على الذي يجعله إليه أن يترك المال على أصوله، وينفق الثمرة حيث أمره به في^(٢) سبيل الله ووجهه^(٣)، وذوي الرحم من بني هاشم وبني المطلب، والقريب والبعيد، لا يباع شيء منه، ولا يوهب ولا يورث»^(٤) إلى آخر الوصية.

والمراد بقوله: «صدقة»: أنها وقف منجز، لا الصدقة المعروفة الآن ولا الوصية، كما يظهر مما بعده، وهي من الأوقاف العامة، وكان الحسن عليه السلام متولياً لها، ومن يشمله الوقف أيضاً، وأجاز له أمير المؤمنين عليه السلام بعد وقفه لها أن يبيع نصيباً من المال لقضاء الدين، والظاهر منه ذين الحسن عليه السلام، حتى أذن له أن يجعله مثل الملك، فيتصرف فيه تصرف الملاك في أموالهم.

وقوله: «وإن كان دار الحسن» إلى آخره، لعل المراد منه - كما في

(١) في «ف، ك»: شرط.

(٢) في «ف، ك»: من.

(٣) في المصدر: ووجهه.

(٤) الكافي ٧: ٤٩ - ٧/٥٠، تهذيب الأحكام ٩: ١٧١ - ١٧٣/٥٣، الوسائل ١٩: ١٩٩، كتاب

الوقوف والصدقات، ب ١٠، ح ٣.

الوافي^(١) إن كان داره التي هي مسكنه غير دار الصدقة، ولم يكن له حاجة إلى دار الصدقة، ولو رأى المصلحة في بيعها فليبيعها إن شاء، ويصرف ثمنها في المصارف المذكورة.

ثم إنّه جعل للحسين ما للحسن عليه السلام، كما ذكر في بقيّة الخبر، وشرط على المتولّي غيرهما - كما ذكرنا -: أن لا يتصرّف ببيع ولا هبة ولا توريث أصلاً، وهذا يقتضي جواز بيع الوقف العام مع المصلحة والشرط، وعدم جوازه مع شرط عدمه، أو عدم الشرط، فيسقط الاستدلال على المنع بجملة من الروايات المتقدّمة، وثبت أن بيع الوقف جائز في الجملة مع المصلحة، فيقوى به الروايات الدالة على ذلك.

والخبر في نفسه في أعلى مراتب الصحة والاعتماد من وجوه كثيرة غير خفيّة، ولذلك أشكل الأمر فيه؛ إذ لم أجد عاملاً به من الأصحاب فيما أعلم.

وغاية ما يختلج في البال في حلّه - والله يعلم -: أن دار الصدقة مستثناة من الوقف المطلق، وأنّ حكمها جار بطريق الوصيّة بعد الموت، فيتبع الشرط؛ ولذلك جاز بيعها للحسين عليه السلام وصرف ثمنها في وجوه الخير، أو إبقاؤها على حالها، وأمّا غيرهما فليس له إلّا الثاني، وهذا وجه قريب جداً.

وأما الإذن في جعل المال مثل الملك، فوقع على وجه المبالغة في أمر التولية، وفي استحقاقهما للمنافع، وكان يعلم أنّهما لا يفعلان إلّا ما هو

الصحيح المشروع، وهذا أيضاً وجه قريب.

وأما الإذن في بيع نصيب من المال لأداء الدين، فالأمر فيه مشكل، ويمكن حمله على بيع نصيب من حاصل المال لا من أصله، والغرض الإذن في أداء الدين منه، كما أذن في الأكل والإنفاق، ولا يخفى بُعده، أو الحمل على الاستثناء كما قلنا في دار الصدقة، فيكون تعيين النصيب موكولاً إليهما، فيتوقف تعيين الموقوف على ذلك أيضاً.

والقول بذلك ليس بذلك البعد ما ورد: «أن الوقوف على حسب ما يقفها أهلها»^(١)، فالموقوف حينئذ معيّن واقعاً وإن لم يعلم ظاهراً إلا بعد التعيين، فكان كما لو وقف نصيباً لا يعلم مقداره، وقد ورد في الموثق جوازه، وإذا لم يعيّن شيئاً أصلاً، فالمستثنى أقل ما يصدق عليه اسم النصيب، ويجري عليه حكم الوصية، ولا يختلف الحال في الثمرة، ويحتمل الخبر وجهاً آخر تركناه لبُعده.

واعلم: أنه قد روى الشيخ والصدوق - في ضمن الروايات المروية في الوقف - عن محمد بن سليمان الديلمي، عن أبيه - وهما ضعيفان^(٢) - عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: سألت عن الرجل يتصدق على الرجل الغريب ببعض داره ثم يموت، قال: «يقوم ذلك قيمة، فيدفع إليه ثمنه»^(٣).

(١) مَنْ لا يحضره الفقيه ٤: ١٧٦ / ٦٢٠، الكافي ٧: ٣٧ / ٣٤، وسائل الشيعة ١٩: ١٧٥، كتاب الوقوف والصدقات، ب ٢، ح ١.

(٢) نقد الرجال ٢: ٣٦٧ / ٢٤٢٣، ٤: ٢٢٠ - ٢٢١ / ٤٧٤٧.

(٣) تهذيب الأحكام ٩: ١٧٠ / ٥١، مَنْ لا يحضره الفقيه ٤: ١٨٣ - ١٨٤ / ٦٤٤، الوسائل ١٩: ١٩٧، كتاب الوقوف والصدقات ب ٩، ح ٧.

فيحتمل إرادة الوقف، وأنّ التقويم ودفع الثمن على وجه الاستحسان أو التراضي، وإنّما جاز لأنّه أصلح بحال الغريب والورثة، مع احتمال إشاعة نصيبه، وكونه محلّ التقيّة من العامة، كما يظهر من الأخبار وإن لم يساعده نقل الفقهاء.

وروى الشيخ والصدوق - في الصحيح - عن ابن مهزيار، عن أبي الحسين ولم يظهر حاله^(١) والكليني عنه عن بعض أصحابنا، قال: كتبتُ إلى أبي الحسن الثالث عليه السلام: إني وقفتُ أرضاً على ولدي، وفي حجٍّ ووجوه برٍّ، ولك فيه حقٌّ بعدي، ولي^(٢) بعدك وقد أزلتها^(٣) عن ذلك المجرى، فقال: «أنت في حلٍّ وموسع لك»^(٤).

وفي الاستدلال بهما على ما ذكر ما لا يخفى، وقد يُحمل الأوّل على التصدّق المعروف، أو على عدم القبض، وكون دفع الثمن على وجه الأولوية، والثاني على عدم القبض، أو كون الوقف بمعنى الوصيّة، بقرينة قوله: «بعدي»، أو أنّه أراد الاستحلال ممّا تصرف به من منافع ذلك الوقف، التي هي له عليه السلام.

الصورة الثانية: أنّه يباع لدفع الاختلاف بين أرباب الوقف أو رفعه، وفيها أقوال:

(١) نقد الرجال ٣: ٢٣٤-٢٣٥/٣٥١٨.

(٢) في الكافي والفقيه: ولمن.

(٣) في تهذيب الأحكام: أنزلتها، وفي الكافي والفقيه: أزلتها.

(٤) تهذيب الأحكام ٩: ١٦٨/٤٣، من لا يحضره الفقيه ٤: ١٧٦/٦٢١، الكافي ٧: ٥٩/٨،

الوسائل ١٩: ١٨٠-١٨١، كتاب الوقوف والصدقات، ب ٤، ح ٦.

أحدها: أنه لا يصحّ بسبب ذلك مطلقاً، وهو اختيار الإسكافي^(١) والخلّي والخلبي وفخر الإسلام^(٢)، وظاهر المفيد والديلمي والطوسي وابن زهرة^(٣)، وقضية كلام السيّد والشيخ في الخلاف^(٤) لاقتصارهما على غير هذه الصورة.

واليه ميل الفاضلين في النافع والتحرير والشهيد في اللمعة^(٥)، وجماعة من متأخري المتأخرين كال مقدّس المجلسي وغيره^(٦)، وربّما يظهر من الغنية الإجماع عليه^(٧).

ثانيها: أنه لا يصحّ في الدائم مطلقاً، ويصحّ في المنقطع إذا خيف من وقوع خلافٍ بينهم يؤدّي إلى فساد، وهو قول القاضي^(٨)، وكذلك الصدوق في أصل التفصيل، أمّا في صورة الجواز فعمله بمضمون الرواية الآتية^(٩).

(١) عنه في مختلف الشيعة ٦: ٢٥١.

(٢) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٢: ٢٣٣، الكافي في الفقه: ٣٢٥، إيضاح الفوائد ٢: ٣٩٢.

(٣) المقنعة: ٦٥٢-٦٥٣، المراسم: ١٩٧، الوسيلة: ٣٧٠، غنية النزوع: ٢٩٨.

(٤) الانتصار: ٤٦٨-٤٦٩، الخلاف ٣: ٥٥١.

(٥) المختصر النافع: ١٥٨، تحرير الأحكام ٣: ٣١٦، اللمعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل ١٣): ١٣٧.

(٦) مرآة العقول ٢٣: ٦٠-٦١.

(٧) غنية النزوع: ٢٩٨.

(٨) المهذب ٢: ٩٢.

(٩) مَنْ لا يحضره الفقيه ٤: ١٧٨-١٧٩ / ٦٢٨.

ثالثها: أنّه يصحّ إذا وقع بينهم خلف، بحيث يخشى خرابه مع بقاءه على حاله، وهو المشهور كما في اللمعة^(١)، وأشهرها كما في جواهر الكلمات^(٢)، واختاره الفاضلان في كتاب الوقف من الشرائع والقواعد والإرشاد^(٣)، وتبعهما الصيمريّ في وقف غاية المرام، إلّا أنّه أخذ في الشرط - مع ما ذكر - أن لا يمكن انسداد الفتنة بدون بيعه، ونسبه أولاً إلى الشيخين والعلامة وظاهر المحقّق، ثمّ قال في آخر المسألة: والمعتمد مذهب الفاضلين^(٤).

ونسب في الجواهر ما ذكر أولاً - بعد أن قال: إنّ أشهرها - إلى ظاهر الشيخين واختيار الفاضلين^(٥).

وقال في بيع غاية المرام: والمحقّق شرط في الجواز حصول الخراب مع بقاءه، واختاره العلامة وأبو العباس، وهو المعتمد^(٦). ولم يذكر استناد ذلك إلى الاختلاف.

وأما الفاضلان في بيع الشرائع والقواعد فقالا: لا يصحّ بيعه ما لم يؤدّ بقاؤه [إلى خرابه] لخلف بين أربابه، ويكون البيع أعود. وزاد المحقّق «قيد على الأظهر»^(٧).

(١) اللمعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل) ١٣: ١٣٧.

(٢) جواهر الكلمات: ٧٨ (مخطوط).

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٦ - ٢٦٧، قواعد الأحكام ٢: ٣٩٥، إرشاد الأذهان ١: ٤٥٥.

(٤) غاية المرام ٢: ٣٨٥.

(٥) جواهر الكلمات: ٧٩ (مخطوط).

(٦) غاية المرام ٢: ٢١.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ١٦، قواعد الأحكام ٢: ٢٣.

وقال العلامة في بيع التذكرة: لو كان يبيعه أعود عليهم؛ لوقوع خلف بين أربابه، وخشي تلفه، أو ظهور فتنة بسببه، جوزه أكثر علمائنا^(١).

فلم يقتصر على خوف التلف، ويظهر منه اعتبار كونه أعود؛ لأجل السبب المذكور.

وذكر المحقق الكركي في شرح بيع القواعد: أن مراده بكونه أعود اندفاع الخلف بالبيع، قال: وإلا فلا وجه لجوازه حيثئذ^(٢).

وعلى هذا يرتفع الخلف بين ما ذكرنا من فتاوى الفاضلين، واستظهر الشهيدان اختلافهما^(٣)، وهو محتمل وإن كان الظاهر الأول.

وأما ما اعتبره الصيمري في وقف الشرح^(٤) فليس أمراً زائداً، بل هو مراد غيره أيضاً، كما لا يخفى، وما أسقطه في بيعه من اعتبار الاختلاف فعلة مراده أيضاً.

إلا أن أبا العباس قال في المقتصر: وأجاز المحقق بيعه إذا تعطل وخشي خرابه، وتبعه العلامة، وهو المعتمد^(٥).

فهو إما أنه فهم من كلامهما أن ذكر الاختلاف لكونه السبب الغالب، أو أنه هو أسقطه؛ إحالة على ذلك.

(١) تذكرة الفقهاء ١٠: ٤١.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٩٨.

(٣) غاية المراد ٢: ٢٥-٢٧، مسالك الافهام ٣: ١٦٩-١٧٠، ٥: ٣٩٨-٤٠٠.

(٤) غاية المرام ٢: ٣٨٤.

(٥) المقتصر في شرح المختصر: ٢١٢.

والذي نسب إليهما في المذهب^(١) - ويظهر منه اختياره -: هو جواز بيعه إذا خيف خرابه، ولم يتمكن من عمارته، أو مع خلف فيه بين أربابه يحصل باعتباره فساد لا يمكن استدراكه مع بقاءه.

لكنه بعد ذلك ذكر الأقوال إجمالاً، ونسب إلى المحقق جواز بيعه إذا خيف خرابه، ثم قال: إذا بيع الوقف حيث يجوز إما من خوف الفتنة أو للعطلة، ما يصنع بثمنه^(٢)، وذكر الخلاف في ذلك.

وكان منشأ نقل المذهب ما ذكره المحقق في وقف الشرائع، حيث قال: لو وقع بين الموقوف عليهم خلف، بحيث يخشى خرابه جاز بيعه، ولو لم يقع خلف ولا خشي خرابه، بل كان البيع أنفع لهم، قيل: يجوز بيعه، والوجه: المنع^(٣).

وتبعه العلامة في القواعد وقال بدل قيل إلى آخره: لم يجز بيعه أيضاً على رأي^(٤).

وأورد الشهيد:

أولاً: بترك التقييد بكونه أعود، مع ذكره في كتاب البيع كما سبق.

وثانياً: بأن ظاهر الاستشكال في الصورة الثانية واختيار المنع: الرجوع عن الأول، أي عن القطع به.

(١) المذهب البارع ٣: ٦٦.

(٢) المذهب البارع ٣: ٦٨.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٦ - ٢٦٧.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٣٩٥.

وثالثاً: بأن في التقييد بقولهما: إذا لم يقع خلف، ولا خشي خرابه، إفهام جواز بيعه عند أحدهما أيّاً ما كان، وهو مخالف لما ذكر في الموضعين^(١).

وتبعه الشهيد الثاني في الأوّل والأخير، وأورد ثالثاً غير الثاني، وهو: أنه اكتفى في الوقف بخوف الخراب، وشرط في البيع الأداء إليه^(٢).

ويرد على ما ذكره أولاً ما ذكرناه أولاً، وعلى ما ذكره ثانياً بأنهما لم يذكرنا قبل الاستشكال إلّا حكم جواز البيع مع الشرطين، وأمّا المنع مع عدمهما فشيء يستفاد من المفهوم، ولم يتبيّن بما بعده، ولا يُسمّى مثل ذلك حكماً قاطعاً، مع أنّ المحقّق أتبع كلامه في البيع بقيد «على الأظهر»^(٣)، فيمكن إرجاعه إلى حكم النفي أو الإثبات أو كليهما، وتركه العلامة، ولا بأس به؛ للإحالة إلى كتاب الوقف، أو لوضوح أنّ بناء الفتاوى على الاختيار لا القطع.

وأما ما أورده ثالثاً فلا يرد أصلاً، خصوصاً على المحقّق؛ لأنه إنّه ذكر ذلك التقييد توطئة لما نقله من القول، وهو مبنيٌّ على الاكتفاء بمجرد كونه أنفع، وقول العلامة: على رأي^(٤) مشير إلى ذلك أيضاً.

نعم ربما يظهر منهما نوع تردّد في صورة وجود أحد الأمرين؛ لعدم تعرّضهما لحكمه صريحاً، إلّا أنّ في مفهوم الكلام وما ذكر في البيع دلالة

(١) غاية المراد ٢: ٢٥٠.

(٢) الروضة البهية ٣: ٢٥٥.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٦.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٣٩٥.

على اختيار المنع، وأمّا ما نقلناه عن التذكرة، ونسبته إلى الأكثر، فلا يقتضي الفتوى به.

وأمّا ما أورده الشهيد الثاني فغير وارد أيضاً؛ إذ الظاهر عدم إرادة العلم بالأداء؛ لندرة مثله، بل المراد ظنه بحيث يخشى من حصوله، وعلى هذا يُحمل أيضاً كلام العلامة في التلخيص، حيث قال: يجوز عند وقوع الخلف الموجب للخراب، وبدونه لا يجوز^(١).

نعم، وقع الاختلاف بين فتاويهما في مواضع أخر؛ فإنّ المحقق قال في النافع: ولا يجوز بيعه إلّا أن يقع خلف يؤدي إلى فساد، على تردّد^(٢). وفهم منه الشهيد^(٣) التردّد في المستثنى، ويحتمل المستثنى منه أيضاً.

وقال العلامة في المختلف، ووقف التذكرة: الوجه أنّه يجوز بيعه مع خرابه، وعدم التمكن من عمارته، أو مع خوف فتنه بين أربابه، يحصل باعتبارها فساد لا يمكن استدراكه مع بقائه^(٤).

ومخالفة هذا لما تقدّم عنه ظاهرة.

ونقل صاحب المهذب^(٥) موافق لذلك، وكذلك ما ذكره من الدليل، موافق لما ذكر فيهما، إلّا أنّه ذكر خوف الخراب، والعلامة ذكر وقوعه.

(١) تلخيص المرام: ١٥٢.

(٢) المختصر النافع: ١٥٨.

(٣) غاية المراد ٢: ٢٦.

(٤) مختلف الشيعة ٦: ٢٥١، تذكرة الفقهاء ٢٠: ٢٥٢.

(٥) المهذب البارع ٣: ٦٦.

نعم قال في بيع التحرير: لا يجوز بيع الوقف ما دام عامراً، ولو أدى بقاءه إلى خرابه جاز بيعه، وكذا يباع لو خشي وقوع فتنة بين أربابه مع بقاءه، على خلاف^(١).

فاعتبر أداءه إلى الخراب لا وقوع خرابه، إلا أن ظاهره التردد في الثاني. وقال في كتاب الوقف: لا يجوز بيع الوقف بحال، ولو انهدمت الدار، لم تخرج العرصة عن الوقف، ولم يحز بيعها، ولو وقع خلف بين أرباب الوقف يخشى^(٢) خرابه، جاز بيعه على ما رواه أصحابنا. ثم ذكر مقالة ابن إدريس، وقال: ولو قيل بجواز البيع إذا ذهبت منافعه بالكلية، كدار انهدمت وعادت مواتاً ولم يتمكن من عمارتها، ويشتري بثمنها ما يكون وقفاً، كان وجهاً^(٣). وهذا يقتضي المنع في غير هذه الصورة.

فما نسبته الكركي إلى التحرير من موافقة المختلف^(٤).

لا يخفى ما فيه.

وقال في وقف الإرشاد: لا يجوز بيعه إلا أن يقع بينهم خلف يخشى به الخراب^(٥). وهو موافق لما ذكر أولاً.

وقال في بيعه: لا يصح بيع الوقف إلا أن يخرب، ويؤدي إلى الخلف

(١) تحرير الأحكام ٢: ٢٧٩.

(٢) في المصدر: بحيث يخشى.

(٣) تحرير الأحكام ٣: ٣١٦.

(٤) جامع المقاصد ٩: ٦٩.

(٥) إرشاد الأذهان ١: ٤٥٥.

بين أربابه، على رأي^(١).

وهذا لا يوافق رأيه في سائر كتبه، ولا رأي سائر الأصحاب، ولا محصل له أيضاً ولا مستند، فيقرب أن يكون الواو بمعنى «أو»، إن لم يكن نسخة الأصل لفظ «أو»، فيوافق ما في المختلف والتذكرة.

ويحتمل إرادته لما إذا خرب ووقع الخلف^(٢) بينهم في تعميره، فيؤدي إلى الفتنة والتعطيل، فالضمير في «يؤدي» راجع إلى المصدر المستفاد من «أن يخرب»، أو إلى الوقف، أي بقاءه وقفاً، وهذا له معنى محصل وإن لم يساعده الدليل وسائر الفتاوى.

واعلم: أن الفاضل السيوري اختار القول الثالث، إلا أنه اعتبر أن يؤول إلى الخراب لأجل الاختلاف، بحيث يتعطل ولا ينتفع به أصلاً^(٣).

ومرادّه أنه لم يخرب بعد، لكنّه يؤدي بقاء الوقف إلى ذلك، وهو قريب ممّا سبق.

رابعها: أنه يجوز إذا خيف من بقاء الوقف وقوع فتنة بين أربابه، وهو اختيار الشيخين على ما حكى عنهما في المختلف^(٤)، مع أنه بعد ذلك نقل عباراتهما، ولم ينقل عن المفيد ما يقتضي ذلك، وقد سبق كلامه.

نعم هو قول الشيخ في المبسوط، حيث جوّزه إذا خيف خلف

(١) إرشاد الأذهان ١: ٣٦١.

(٢) في «حج»: بالخلف.

(٣) التنقيح الرائع ٢: ٣٣٠.

(٤) مختلف الشيعة ٦: ٢٥٠.

بينهم^(١)، وكذا في النهاية^(٢) كما سبق، لكنّه اعتبر أداء الخلف - المخشي - إلى وقوع فساد بينهم، وهو كالكاشف عن مراده في المبسوط.

ويقرب منه ظاهر فتواه في كتابي الأخبار، حيث جوّزه إذا أدّى بقاؤه وقفاً إلى ضرر، ووقوع اختلاف، وهرج ومرج، وخراب الوقف^(٣)، ولعلّه قصد بذلك الإشارة إلى شدة الخلف والفتنة.

ونحو ذلك ما سبق عن جامع ابن سعيد، فإنّه عبّر بها في النهاية، إلّا أنّه قيّد الفساد بينهم بأن تحتاج فيه الأنفس^(٤). وعن نزّهته لكنّه اعتبر أداء منازعتهم إلى ضرر عظيم^(٥).

وكذا ما تقدّم عن المختلف والتذكرة والمهذّب^(٦)، وكذا ما في الدروس من أنّه لا يجوز بيعه إلّا إذا خيف من خرابه، أو خلف أربابه المؤدّي إلى فساد^(٧)، وما في غاية المراد من العمل بالرواية الآتية؛ والبناء على جوازه؛ لخوف الفساد الناشئ من الاختلاف^(٨).

خامسها: أنّه يجوز إذا حصل خلف بين أربابه، بحيث يخاف منه الإفضاء إلى تلف الأموال والنفوس، وهو اختيار المحقّق الكركيّ في

(١) المبسوط ٣: ٣٠٠.

(٢) النهاية: ٦٠٠.

(٣) الاستبصار ٤: ٩٩، تهذيب الأحكام ٩: ١٥٣.

(٤) الجامع للشرائع: ٣٧٢.

(٥) نزّهة الناظر: ٧٤.

(٦) مختلف الشيعة ٦: ٢٥٠، تذكرة الفقهاء ٢٠: ٢٥٢، المهذّب ٢: ٩٢.

(٧) الدروس ٢: ٢٧٩.

(٨) غاية المراد ٢: ٢٨.

تعلیق الإرشاد^(١)، ونحوه كلامه في شرح بيع القواعد، لكنّه اقتصر على تلف الأموال^(٢).

سادسها: ما اختاره في كتاب الوقف من جوازه إذا حصل خلف بينهم يخشى منه فتنة عظيمة لا تستدرك مع بقائه^(٣).

وجوّزه الشهيد في الروضة والمسالك إذا وقع بينهم خلف شديد^(٤).
وتبعه صاحب الكفاية، ثمّ قال بعد ذكر بعض الأقوال: المذكور في الخبر مجرّد الاختلاف، فلعلّ الوجه العمل به^(٥).

وهو اختيار صاحب المفاتيح والمحجّة^(٦).

ولا يبعد اتّحاد هذا القول مع القول الرابع؛ إذ لا يخاف من الخلف خوفاً يعتدّ به، إلّا بعد ظهوره وحصوله في الجملة، فإذا خيف من أن يفضي إلى الفتنة والفساد، وكان بحيث يندفع بالبيع لا بدونه، جاز البيع حينئذٍ.

وأما حدّ الفتنة والفساد وشدّة الخلف فلا ضابط له، والعبرة بما يكون موجبا للضرر المعتدّ به.

(١) حاشية إرشاد الأذهان (ضمن حياة المحقق الكركي واثاره) ٩: ٤٨٣.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٩٧.

(٣) جامع المقاصد ٩: ٦٩.

(٤) الروضة البهية ٣: ٢٥٥، مسالك الافهام ٣: ١٦٩، ٥: ٣٩٩.

(٥) كفاية الأحكام ٢: ٢٠.

(٦) مفاتيح الشرائع ٣: ٥٢، المحجّة البيضاء ٣: ١٦٠.

وهذا هو الذي حاول الجميع بيانه وإن اختلفت عباراتهم في تأدية المراد، وبلغت حدّاً يتعدّى ما يجوز البيع لأجله.

وهذه الأقوال المشتركة في التجويز على شدة اختلافها واضطرابها إنما جمعت من فتاوى الصدوق والقاضي والشيخ والفاضلين والشهيدين وابن سعيد والسيوري والمحقق الكركي وأبي العباس والصيمري وصاحب المفاتيح والكفاية.

والأولان خصّا الحكم بالمنقطع، والفاضلان والشهيد تردّدوا في النافع والتحرير واللمعة.

والمانون مطلقاً أو في هذه الصورة جمّ غفير من أساطين الفقه، كما عرفت، فلا تصغ إذن إلى نقل شهرة في الباب قبل أن تثبت في الحساب، وتميّز القشر عن اللباب، وعليك بالنظر في الحجج والأدلة، والأخذ بما قامت به المحجّة.

فأمّا حجج المانعين فهي: ما سبق من الأدلة المحكمة، والأصول المتقنة، مع ضعف دلالة دليل المخالفين، وترك كثير منهم العمل بمقتضاه.

ويؤكّدها وضوحاً: أنّ أرباب الاختلاف إن جروا على مقتضى الشرع فهو رافع للخلاف، وهادٍ إلى الرشاد، وسادّ لباب الفتنة والفساد.

وإن خالفوه، فكيف يكون ذلك سبباً لتحليل ما حرّم الله عليهم، وتقويت حقوق باقي الطبقات عليهم؟

وإن خالف بعضهم ووافق بعض، فكيف جاز للجميع البيع،

ولم يقتصر على جوازه للمظلوم دون الظالم، مع أن المظلوم كيف يجوز له أن يظلم باقي الطبقات على كثرتهم، وعدم انقطاعهم بظلم أحد عليه وحده، بحيث لا يعلم بقاؤه ويمكن زواله، وقد قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾^(١)، بل يجب على كل منهم ظالماً أو مظلوماً أن يرفع يده إذا لم يتمكن دفع الفتنة، فباشر أمره الحاكم، أو أحد العدول، مع قضاء الضرورة به، ويعطي كل ذي حق حقه.

وأيضاً إذا كان العصيان والطغيان جعله الشارع سبباً للتخفيف عليهم، فهذا يوجب أن يتشبت كل أحد منهم إذا أراد البيع بإظهار الاختلاف، وإكثار الفساد^(٢)، فيفتح حينئذ باب للحرام، لا يقبل الانسداد إلى يوم القيام، ومثل هذا يجب في الحكمة الإلهية دفعه، ولا يجوز فتحه.

ثم إننا لو فرضنا أن الذي يباشر هذا البيع هو الحاكم أو المتولي، فهو إن أمكنه رفع الفتنة بالبيع، فليرفعها بأخذ المال من أربابه، ويعطي كل ذي حق حقه، أو أن يؤجره لأحد مثلاً، أو أن يبيع حقهم خاصة، بناءً على تجويز ذلك مطلقاً أو للضرورة، فإن ارتكاب هذا أولى من ارتكاب بيع الأصل، مع اشتراكهما في التحريم الأصلي، وتجويز جماعة منهم بيع المنافع وإجارتها وإن جهلت، كما قالوا في المدبر على ما سبق، مع أن الصلح جائز حينئذ على الظاهر، فليدفع الفساد بذلك.

والحاصل: أنه إذا كان ترتفع الفتنة بعقد مخرج للمال من أيديهم،

(١) سورة الأنعام ٦: ١٦٤.

(٢) في وف، ك: الفساد.

فليقتصر على العقد الناقل لحقهم خاصّة؛ جمعاً بين الحقوق، وفرض موضع يمكنهم البيع دون غيره، وبناء الحكم الشرعيّ على مثل هذا الأمر الغير المنضبط ممّا لا ينبغي أن يرتضيه أرباب العقول.

ومن العجيب ما صدر من جماعة منهم، مع نهاية مراعاتهم للنظر الآتي، وادّعائهم أنّهم إنّما خالفوا القواعد والأصول بذلك حيث قالوا بأنّه يشتري بضمن ذلك الوقف ما يجعل وفقاً مع الإمكان قاصدين بذلك الجمع بين الحقوق، وسيأتي أنّ الخبر نصّ في خلاف ذلك.

ومن المعلوم أنّ بناء البيع على قطع الاشتراك لرفع الاختلاف، فكيف يكون الأصل فيه شراء ما يُجعل وفقاً ثانياً، ليؤدّي إلى ما فرّوا منه بعد أن وصّوا فيه أولاً، وفرض صورة يرتفع الخلاف بالنسبة إلى بعض الأوقاف دون بعض، وبناء الحكم الشرعيّ عليه ممّا لا يلتفت إليه.

ثمّ لو أغمضنا عن ذلك، فلمّ لم يخصّصوا جواز البيع بما إذا أمكن شراء ما يجعل وفقاً خالياً من الموانع وإذ جوّزوه مع عدم إمكانه، فلمّ لم يحكموا بوجوب تسليم المال إلى الحاكم؛ لتعلّق حقوق سائر البطون والطبقة الأخيرة العامّة بذلك المال، مع أنّ حقّهم لا يقاس بالنسبة إلى حقوقهم؟ ولمّ لم يأمرُوا بحفظ الثمن إلى أن يمكن شراء خالٍ من الموانع ويرتفع؟ فإنّ هذا ليس من الأمور الدائمة، وكما يحفظ سائر الحقوق لأربابها، فليكن هذا منها، وإذا لم يأمرُوا بذلك، فلمّ لم يعطوا شيئاً منه لأرباب الطبقة الأخيرة، فإنّهم موجودون دائماً، وتأخّر استحقاقهم إنّما هو مع بقاء العين، فإذا أدّى إلى التلف أمكن تقديم حقّهم، كما في المديون

الذي يحلّ ديونه بموته، فلم أعطوه أرباب الاختلاف، الذين هم منشأ التلف وأهل العصيان والتقصير، وحرّموا سائر الطبقات، مع خلّوهم من جميع ذلك؟ وهذا كلّ ظاهر لمن نظر بعين البصيرة، وأخذ بيد غير قصيرة. وقد احتجّ المجوّزون بأمور:

الأول: ما ذكره الفاضل السيوريّ في التنقيح في بيع المؤبد من أنّ بقاء الوقف على حاله والحال هذه إتلاف وإضاعة للمال، وهو منهيّ عنه شرعاً، فيكون البيع جائزاً^(١).

ولا يخفى أنّ هذا الدليل يقتضي وجوب البيع فضلاً عن جوازه، وصدور الاستدلال بمثل ذلك عجيب من مثله؛ إذ فيه:

أولاً: إنّ إتلاف مال الغير وإضاعته أشدّ حرمةً من إضاعة مال نفسه، بل لا يقاس به، وإذا دار الأمر بينهما، فكيف يقدّم الأوّل على الثاني؟

وثانياً: إنّ منشأ الاختلاف هو الاختلاف الصادر من أرباب الوقف، فإذا أرادوا عدم التلف والعمل بما يقتضيه الشرع، فليرفع كلّ منهم اليد عنه، أو من انقاد منهم للشرع وأراد أن يبيع؛ لوجوبه عليه وامتنالاً لأمره، فإذا سلم الباقي بتمامه للباقي، ارتفع الخلف والتلف.

فهل هذا أولى، أو البيع المضيع لحقوق سائر الطبقات؟ مع أنّ ظهور ما يرتفع به الخلاف مترقّب دائماً، ولا ينبغي اليأس منه.

وثالثاً: ما أشرنا إليه فيما سبق فلا نعيده.

الثاني: ما ذكره العلامة في المختلف والتذكرة، وأبو العباس في المهذب، والصيمري في غاية المرام من أنّ الغرض من الوقف، استئناف^(١) منفعه وقد تعذّرت، فيجوز إخراجه عن حدّه؛ تحصيلاً للغرض منه، والجمود على العين مع تعطّلها تضييع للغرض، كما أنّه لو عطّل الهدى ذبح في الحال، وإن اختصّ بموضع، فلما تعذّر المحلّ، تُرك مراعاة للخاصّ المتعذر، ثمّ أتبعوه بالرواية الآتية^(٢).

وهؤلاء قد ذكروا ذلك للاستدلال على جواز البيع في صورة الخراب، أو الخوف منه، وصورة الاختلاف المؤدّي إلى الفساد، فإن قصدوا الاستدلال بما ذكر على كلّ من الأمرين، ففساده ظاهر، وإن قصدوا على الأولى بالأوّل، وعلى الثانية بالثاني فله وجه.

وهذا هو الظاهر، بل لا ينبغي الارتباب فيه أصلاً، كما لا يخفى على من تأمل وجه الارتباط بين الدليل والمدعى.

الثالث: ما رواه عليّ بن مهزيار مكاتبةً، عن أبي جعفر عليه السلام وقد تقدّم^(٣)، والاستدلال هنا بعجز الحديث، وهو قوله: وكتبْتُ إليه: أنّ الرجل ذكر أنّ بين من وقف عليهم هذه الضيعة اختلافاً شديداً، وآته 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 إليه

(١) في المصدر: استيفاء.

(٢) مختلف الشيعة ٦: ٢٥١، تذكرة الفقهاء ٢٠: ٢٥٢، المهذب البارع ٣: ٦٦، غاية المرام ٢: ٣٨٤.

(٣) في ص ٣٦٣.

بخطه: «أعلمه أنّ رأيي له: إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أنّ بيع الوقف أمثل، فإنّه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس»^(١).

وهذا الخبر بنفسه أو مع ضمّ غيره معه صالح في الجملة للاستناد به لجميع الأقوال السابقة، فمن اعتبر وقوع الاختلاف نظر إلى قوله: «إن كان قد علم» إلى آخره.

وأما التعليل، فبناؤه على الكشف عن الحكمة في جواز البيع، والغرض منه كون الاختلاف عرضةً لذلك المحذور، لا أنّ أدائه إليه شرط لجواز البيع، وبذلك نصّ الشهيدان^(٢)، وهو ظاهر صاحب الكفاية والمفاتيح^(٣)، ويشهد له التعليل ب: ربّما.

ومن اعتبر شدّة الاختلاف كالشهيد الثاني^(٤)، فلعلّه نظر إلى السؤال مع احتمال إرادة العهد في الجواب، وإلى أنّ مجرد الاختلاف لا يُعبأ به، وأنّ ما هو عرضة للمحذور إنّما هو الاختلاف الشديد.

ومن اعتبر أنّ يخاف منه الإفضاء إلى المحذور كالمحقق الكركي^(٥)، فلعلّه نظر إلى أنّ الحكم معلّل بذلك، فيتّفي بدونه وإن لم يؤخذ شرطاً له.

(١) الكافي ٧: ٣٦ / ٣٠، من لا يحضره الفقيه ٤: ١٧٨ / ٦٢٨، ٩، تهذيب الأحكام ٩: ١٥٢.

١٥٣ / ٤، الوسائل ١٩: ١٨٨ كتاب الوقوف والصدقات ب ٦، ح ٦.

(٢) غاية المراد ٢: ٢٨، الروضة البهية ٣: ٢٥٥.

(٣) كفاية الأحكام ٢: ٢٠، مفاتيح الشرائع ٣: ٥٢.

(٤) الروضة البهية ٣: ٢٥٥.

(٥) حاشية الإرشاد (ضمن حياة المحقق الكركي واثاره) ٩: ٣٣٩.

وَمَنْ اعتبر أداءه إلى الفساد، أو الضرر العظيم، كأنه جعل التعليل كنايةً عن ذلك، لا أن المراد لزوم أدائه إلى تلف الأموال والنفوس، ولا إلى تلف الوقف، فربما كان شيئاً لا يعدّ تلفه فساداً.

ومن اعتبر الخوف من الاختلاف، فلعلّه نظر إلى قول القائل: «وأنه ليس يأمن أن يتفاقم» إلى آخره.

وأما قوله عليه السلام: «إن كان قد علم الاختلاف»، فلا يراد به العلم بالاختلاف المتأخر؛ لتعسره بل تعدّره، وإنّما المعلوم الاختلاف السابق الذي يخشى منه أن يقع بعد ذلك، ولا عبرة بالسابق؛ لانقضائه سواء كان الوقف أولاً أو آخراً، وإنّما هو أمانة اللاحق الذي هو المسوّغ للبيع.

وَمَنْ اعتبر أداءه إلى الخراب أو الخوف منه، فلعلّه نظر إلى التعليل بتلف المال، فإنّ الظاهر على ما قال الشهيد الثاني: أنّ المراد بالمال الوقف؛ إذ لا دَخْلَ لغيره في ذلك^(١).

ولا يخفى بعده عن السياق، وعن كلّ من كلمات قوله: «تلف الأموال والنفوس»؛ إذ الفرض كون الموقوف ضيعّةً، والمراد تلف أموال ونفوس، وإنّما أتى باللام للمبالغة أو للجنس، والمقصود أنّ الاختلاف هكذا شأنه، فكيف يتقرّب إلى الله سبحانه وتعالى بما يؤدّي إليه.

ويمكن التوجيه: بأنّه نظر إلى أنّ المراد كون الاختلاف من شأنه ذلك، فيختلف باختلاف مواضعه، ولمّا كان هنا على مال الوقف، أي الضيعة،

فيؤدّي الاختلاف وعدم الاتفاق على رأي واحد إلى ضياعها وخرابها. وليس المراد بالاختلاف الجدل والمحاربة، ولا ما يؤدّي إليه. أو نظر إلى أنّ إتلاف حقوق باقي الطبقات لا يتّجه إلّا مع الخوف ممّا يضرّ بالوقف، حتى يستدرك إن أمكن، فيجمع بما ذكر بين الرواية ودليل العقل.

ومن اعتبر كون البيع أعود مع ذلك، كالفاضلين^(١) بناءً على مخالفتها لمن لم يقيد بذلك، فكأنّه جمع بين هذه الرواية، ورواية ابن حنّان^(٢) السابقة؛ اقتصاراً في مخالفة الأصل على القدر المتيقّن من الأدلّة وبقية العبارات تستفاد ممّا ذكر.

وأما المانعون فلهم في الجواب عن الرواية وجوه:

الأول: أنّها كانت كتابةً مشتبهة المعنى، وقد اضطربت فتاوى العاملين بها، واختلفوا اختلافاً فاحشاً، فلا يترك لها تلك الأدلّة الجليّة البيّنة، والحجج القويّة المتينة.

الثاني: ما حكى عن المقدس المجلسي - طاب ثراه - في حواشيه على بعض كتب الأخبار؛ حيث قال: يخطر بالبال أنّه يمكن حمل هذا الخبر على ما إذا لم يقبضهم الضيعة الموقوفة عليهم، ولم يدفع إليهم، وحاصل السؤال: أنّ الواقف يعلم أنّه إذا دفعها إليهم يحصل بينهم الاختلاف الشديد، ويشتدّ لحصول الاختلاف قبل الدفع بينهم في تلك الضيعة، أو

(١) شرائع الإسلام ١٦: ٢، قواعد الأحكام ٢: ٢٣.

(٢) تهذيب الأحكام ٩: ١٥٦ / ١١، الوسائل ١٩: ١٩٠، كتاب الوقوف والصدقات، ب ٦، ج ٦.

في أمر آخر، أيدعها موقوفةً ويدفعها إليهم، أو يرجع عن الوقف؛ لعدم لزومه بعد، ويدفع إليهم ثمنها، أيهما أفضل؟ فكتب عليه السلام: البيع أفضل؛ لمكان الاختلاف المؤدي إلى تلف النفوس والأموال، قال: فظهر أن هذا الخبر ليس بصريح في جواز بيع الوقف، كما فهمه القوم، واضطروا إلى العمل به مع مخالفته لأصولهم.

والقرينة: أن أول الخبر أيضاً محمول عليه كما عرفت، وهذا الاحتمال وإن لم ندع أظهريته أو مساواته للآخر فليس ببعيد تأبى عنه الفطرة السليمة في مقام التأويل^(١). انتهى كلامه علا في الفردوس مقامه.

وقال المحدث البحراني أفاض الله عليه رحمته: لا معنى للخبر غير ما ذكره، فإنه هو الذي ينطبق عليه سياقه، ويؤيده - زيادةً على ما ذكره - وقوع البيع من الواقف، وهو ظاهر في بقاء الوقف في يده، والمدعى في كلام الأصحاب: أن البيع من الموقوف عليهم؛ لحصول الاختلاف في الوقف، والخبر لا صراحة فيه بحصول الاختلاف^(٢). انتهى كلامه علا في الجنان مقامه.

وأورد بعض مشايخنا عليه السلام: بأنه لا ريب في ظهور الخبر فيما ذكره الأصحاب؛ لعدم صراحته في عدم القبض، ولا ظهوره فيه، وترك الاستفصال قاضي بعموم الحكم في الصورتين، بل ظاهر التعليل بيان صورة حصول القبض، وإلا كان الأنسب التعليل بعدمه، ولا يلزم من

(١) امرأة العقول ٢٣: ٦١، الحدايق الناضرة ١٨: ٤٤٠ - ٤٤٣.

(٢) الحدايق الناضرة ١٨: ٤٤٣.

علم الإمام عليه السلام بعدم قبضه لحقه - بناءً على تسليم كونه وقفاً عليه - علمه بعدمه في حقهم، مع عدم إشارة في المكاتبة إليه، ثم إنه تردّد في الحكم بمقتضى هذا الظهور، وقوّاه باعتضاده بفهم الطائفة، والشهرة، والإجماعات المحكيّة^(١).

أقول: أمّا ما ذكره المجلسي رحمته الله فيتّجه إن لم نكتف في قبض الضيعة الموقوفة بالتخلية، وظاهر الأصحاب اتّفاقهم على الاكتفاء بها فيما لا يُنقل كالضيعة وغيرها مطلقاً.

نعم، ربّما يستفاد من الأخبار الواردة في الوقف: اعتبار التسليم والدفع إلى الموقوف عليه، أو مَنْ في حكمه، بحيث يصير زائداً على الوقف، وهذا هو الشائع في القبض المتعارف، ولا يكتفى بمجرد التخلية، بل إمّا أن يدفع على الوجه المذكور، أو لا يحصل التخلية أيضاً.

فإن بني على ما استفيد من الأخبار، أو على ما هو الشائع المعتاد، فلا ينبغي الارتياح في وضوح ما ذكره أصلاً.

ومن أعظم ما يدلّ عليه - وإن غفل ولم يستند إليه -: أن خمس الموقوف جعل للإمام عليه السلام بطريق الإشاعة، وكان الواقف ينتظر أمره في حصّته، حتّى يبيعها، أو يقوّمها على نفسه، أو يدعها موقوفةً، ومَنْ هذا حاله كيف يسلم الضيعة إلى الموقوف عليهم قبل أن يأتيه أمره؟ فعدم حصوله حيثنذ كالمقطوع به وهو ظاهر، لا مرية فيه ولا شبهة تعتريه، سواء قلنا بكفاية ذلك القبض لو تحقّق؛ لعدم لزوم وقف حصّة الإمام عليه السلام عليه قبل

قبضه، أو لعدم تأثير حرمة قبض البعض في إبطال قبض الباقي، أو قلنا بعدمها.

وفرض أنه نصب لها متولياً، أو أذن بعض وكلائه عليه السلام في إقباضها من الأوهام الكاسدة التي لا يُنظر إليها ولا يعول عليها.

وربما يؤيد ذلك أيضاً قوله: «ولا يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده»، فإتهم حال حياته لما لم يمكنهم بعدُ من الوقف كان الأمر أخفّ، بخلاف ما إذا صار في أيديهم، وبقي كذلك بعد موته، فإنّ الأمر حينئذٍ أعظم.

ولعلّك تقول: إذا كان الوقف لم يصل بعدُ إلى الموقوف عليهم، فما هذا الخلاف الشديد الذي وقع بينهم؟ فإن كان لأمرٍ آخر كما احتمله المجلسي، فلاي شيء يتفاقم بينهم بعد الواقف؟ وأي عبرة بذلك في أمر الوقف؟

فنقول: لا بُدّ في وقوع اختلافهم في الوقف قبل القبض، خصوصاً إذا كانت بينهم عداوة قديمة، وربّما وقع في نفس القبض والبقاء في أيديهم، فكلُّ منهم يريد أن يكون بيده، وأمره راجع إليه، أو أحدهم يريد زراعته والآخر إجارته، إلى غير ذلك، أو في أمرٍ آخر، وخشي من أمارات الحال أن يشتدّ على التدرّج، فلم يأمن من أن يقبضهم الوقف؛ لمكان الاختلاف الواقع بينهم، فيؤدّي إلى وقوع الاختلاف في الوقف أيضاً، وغرض الإمام عليه السلام دفع هذا الاختلاف الذي يخاف من حصوله بسبب الوقف، لا رفع الاختلاف الموجود بينهم لأمرٍ آخر.

وأما ما ذكره المحدث البحراني - مع غفلته عمّا ذكرنا - فلا يخلو من

المنافسة، وبالأخص ما ادّعه من عدم الصراحة في حصول الاختلاف.
وأما ما ذكره من التأييد، فيمكن دفعه: باحتمال كون متولّي الوقف هو
الواقف في حياته، كما يتفق كثيراً، فربّما أقبضهم ثمّ استرجعه لمكان
التولية، وحينئذٍ فيمكن توجيه مباشرته للبيع، فإنّ أمره حيث يجوز إلى
المتولّي وإن كان الوقف خاصّاً، كما صرّح به جماعة منهم^(١) وإن كان محلّ
كلام كما يأتي.

فربّما يكتفى بقبض نفسه حينئذٍ، كما قالوا به في الوليّ وفي المتولّي الذي
هو غيره، فينوي حينئذٍ أنّ تصرفه على^(٢) الموقوف عليهم، وهذه الوجوه
إنّما ترفع القطع بذلك المعنى لا الظهور.

وعساك تقول: إنّ هذا الوجه كما يقدح فيما ذكره يقدح في دعوى عدم
حصول الإقباض بسبب الإشاعة، مع أنّ الموقوف - وهو الضيعة - يكتفى
في قبضه بالتخلية، ولا يُفتقر فيها إلى إذن الشريك في المشاع، كما هو
أرجح القولين، فكيف يُفتقر إلى إذن من لم يستقرّ بعد ملكه؟

فنقول: إنّنا منعنا حصوله؛ للاستبعاد الحاصل من قرائن الحال، لا
لمجرد الاستناد إلى ما يقتضيه الشرع، فإنّ الظاهر عدم طول زمانٍ بين
وقفه ومكاتبته، فلمّا كتب إلى الإمام عليه السلام يستأمره في حصّته، وكتب إليه
في أمر حصص الباقيين، فإنّ الظاهر من حاله: أنّه أبقى المال في يده على ما
كان إلى أن يأتيه الجواب لجواز ذلك له، وعدم منع الوقف منه، كما

(١) مثل المحقّق الكركي في جامع المقاصد ٤: ٩٧.

(٢) كذا في النسخ، ولعلّ الصحيح: عن.

لا يخفى.

وأما ما ذكره بعض مشايخنا، ففيه ما لا يخفى.

وقوله: «وإلا كان الأنسب التعليل بعدم القبض» كأنه صدر غفلة عما ذكره المجلسي، من أن سؤال السائل عما هو الأفضل، لا عما هو الواجب عليه، وليس في السؤال ما ينافي ذلك، ولا في الجواب.

وأما علم الإمام عليه السلام بعدم القبض، فربما حصل من القرائن المذكورة، وهو أعرف بها.

وأما الإجماعات، ففي بعض الصور الآخر إلا في هذه الصورة، وكذلك الشهرة المحققة. نعم، الشهرة فيها منقولة كما عرفت، وهي غير كافية في مثل هذا الحكم.

الثالث: ما ذكره الأستاذ المحقق قلندر الله سيده حيث قال: في دلالة الصحيحة - على صحة بيع الوقف بالمعنى المعهود - نظر لا يخفى على من لاحظها بتمامها، فلا فائدة فيها لما نحن فيه^(١). انتهى.

ولم يظهر لي مراده من ذلك، وإنما أوردته عسى أن يقف عليه بعض الناظرين فيكشف الخفاء عنه، ورب حامل فقه إلى من هو أفقه منه.

والظاهر أن قوله: «بالمعنى المعهود» قيد للوقف لا للبيع، فلا ينطبق على ما ذكره المجلسي عليه السلام، وكأنه حمل الوقف على الوصية، فيكون قد أوصى بخمس للإمام على أن تصل إليه منافعه بعده، وبالباقى لباقي

(١) حاشية مجمع الفائدة والبرهان للوحيد البهبهاني: ١٠٦.

الموصى لهم على هذا الوجه أيضاً، فاستأمر الإمام عليه السلام في حصّته على ما ذكر، وسأله عن بقية الحصص من جهة ما بين أربابها من الاختلاف، ويخاف أن يشتدّ بينهم بعده، وهو زمان تسلّطهم على المال، وربّما لم يَمْضُوا الوصيّة ولم يَجْروها؛ بسبب الاختلاف على حالها، فهل الأفضل إمضاء الوصيّة على حالها، أو بيع المال ودفع ثمنه إليهم في حياته ؟ فأجاب عليه السلام : بأنّ «البيع أفضل»^(١) لما ذكر.

وكأنّه استفاد هذا المعنى من قوله: «يتفاقم ذلك بعده»، ومن مباشرته للبيع، وتسامح الإمام عليه السلام في أمر ذلك.

ولا يخفى أنّه إن قصد هذا المعنى، فهذا لا يعارض الظهور في المعنى المشهور، مع أنّ الصدوق^(٢) - الذي هو رئيس المحدثين - وغيره^(٣) فهموا ذلك المعنى، وإن قصد غير ذلك، فالكلام فيه بعد معرفته.

الصورة الثالثة:

أن يباع خوفاً من أن يؤول إلى الخراب أو التلف، وفيها أيضاً أقوال:

أحدها: المنع مطلقاً، وهو اختيار المانعين مطلقاً، وظاهر المفيد والديلمي، والفاضلين في أكثر كتبهما، والشهيد في غير الدروس،

(١) في رواية ابن مهزيار: إنّ بيع الوقف أمثل، وقوله: إنّ البيع أفضل، ورد في كلام المجلسي.

الكافي ٣٦: ٧ / ٣٠، مَنْ لا يحضره الفقيه ٤: ١٧٨ / ٦٢٨، ملاذ الاختيار ١٤: ٤٠١.

(٢) مَنْ لا يحضره الفقيه ٤: ١٧٩، الوسائل ١٩: ١٩٠، كتاب الوقوف والصدقات ب ٦، ح ٨.

(٣) الاستبصار ٤: ٩٩، الوسائل ١٩: ١٩٠، كتاب الوقوف والصدقات ب ٦، ذح ٨.

والمحقق الكركي، وغيرهم^(١).

ثانيها: جوازه في المنقطع خاصةً، وهو قول القاضي^(٢).

ثالثها: الجواز في المؤبد، أو مطلقاً، وهو قول الشيخ في النهاية، وابن سعيد في كتابيه، والطوسي، والعلوي، والعلامة في بيع التحرير، والشهيد في الدروس، وأبي العباس. وقضية دليل السيوري^(٣).

وقال العلامة - في باب القسمة من كتاب القضاء من التحرير -: إذا أشرف الوقف على الهلاك، واقتضى المصلحة القسمة، فالوجه الجواز، كما جوزنا البيع^(٤).

وهذا القول قوي عندي إذا خيف خرابه أو تلفه لأمر غير ناشئ من أرباب الوقف، كالاختلاف الواقع بينهم، ولم يمكن دفعه ولو بصرف منافعه في عمارته، أو بالاستئجار مدةً طويلةً، ولا يرجى عمارته بعد الخراب، وأمكن شراء ما يجعل وقفاً بدله.

(١) المقنعة: ٦٥٢-٦٥٣، المراسم: ١٩٧، شرائع الإسلام ٢: ٢٦٦-٢٦٧، المختصر النافع: ١٥٨، قواعد الأحكام ٢: ٣٩٥، مختلف الشيعة ٦: ٢٥١، تحرير الأحكام ٣: ٣١٦، غاية المراد ٢: ٢٨، الروضة البهية ٣: ٢٥٥، مسالك الافهام ٣: ١٦٩-١٧٠، جامع المقاصد ٩: ٧٠-٧١، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس ١٢) ٥: ٢٣٢.

(٢) المهذب ٢: ٩٢.

(٣) النهاية: ٥٩٩ - ٦٠٠، الجامع للشرائع: ٣٧٢، نزهة الناظر: ٧٤، الوسيلة: ٣٧٠، تحرير الأحكام ٣: ٣١٦، الدروس ٢: ٢٧٩، المهذب البارع ٣: ٦٤ - ٦٦، المختصر: ٢١١-٢١٢، التنقيح الرائع ٢: ٣٢٩-٣٣٠، ولم نثر على العلوي.

(٤) تحرير الأحكام ٥: ٢٢٣.

والحاصل: أنه يجوز إذا كان إحساناً محضاً في حق باقي الطبقات، وتركه ضرراً محضاً في حقهم، وكان فعله نافعاً في حق الموجودين، وتركه وفعله سيئان في حق باقي الطبقات، باعتبار كونها ضرراً محضاً على إشكال في ذلك.

ودليله ما ذكره السيوري^(١) كما تقدّم، وأنه قد اجتمع في الوقف حق الواقف؛ لدوام ثوابه بدوام الانتفاع بالعين، وحق الله؛ لأن الصدقات لله، وحق الموجودين وباقي الطبقات، فإذا كان في بيعه وشراء بدله تدارك لحق الجميع، وفي تركه تفويت للكل، كان إحساناً محضاً، و﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾^(٢).

وهذا يجري في الصورة الأولى خاصة.

وإذا جاز البيع، اقتصر على بيع ما يخشى خرابه خاصة مع الإمكان، كالغرفة التي في دار الوقف إذا اجتمع فيها جميع الشرائط، فتباع وحدها دون غيرها.

وإذا دار الأمر بين تركها إلى أن تخرب، أو بيع المعمور معها، وإن قلّ ممّا يُعتد به، منع من البيع.

والأصل في ذلك هو الاقتصار على موضع اليقين، والأحوط الترك مطلقاً.

(١) التنقيح الرائع ٢: ٣٢٩ - ٣٣٠.

(٢) سورة التوبة ٩: ٩١.

ويمكن استنباط الحكم ممّا دلّ على جوازه إذا كان أنفع ومع الحاجة، فإنّ ما نحن فيه أولى بالجواز.

الصورة الرابعة:

أن يباع بعد خرابه، وما في حكم ذلك بأن يصير بحيث لا يجدي نفعاً، وفيها أيضاً أقوال:

أحدها: المنع مطلقاً، وهو قول المانعين مطلقاً، والقاضي، والشيخ في النهاية، وابن سعيد، والطوسي^(١).

الثاني: الجواز في الموضعين، بشرط أن لا يوجد من يراعيه بعمارة وغيرها، وهو قول المفيد^(٢)، واختاره الشيخ في الخلاف فيما إذا خرب ولا يرجى عوده، وحكاه عن بعض الأصحاب^(٣)، والسيدان فيما إذا صار من الخراب بحيث لا يجدي نفعاً^(٤)، والديلمى فيما إذا تغيّر حتّى لا ينتفع به أصلاً^(٥)، والعلامة في المختلف ووقف التذكرة إذا خرب ولم يتمكّن من عمارته^(٦)، والمحقّق الكركي فيما إذا خرب، واضمحلّ بحيث لا ينتفع به^(٧)، واستحسنه الشهيد الثاني ناقلاً له عن بعضهم فيما لو خرب وتعطل، ولم

(١) المهدّب ٢: ٩٢، النهاية: ٥٩٩-٦٠٠، الجامع للشرائع: ٣٧٢، الوسيلة: ٣٧٠.

(٢) المقنعة: ٦٥٢.

(٣) الخلاف ٣: ٥٥١.

(٤) الانتصار: ٤٦٨-٤٦٩، غنية النزوع: ٢٩٨.

(٥) المراسم: ١٩٧.

(٦) مختلف الشيعة ٦: ٢٥١، تذكرة الفقهاء ٢٠: ٢٥٢.

(٧) جامع المقاصد ٤: ٩٧.

يبقى فيه نفع على ذلك الوجه أصلاً^(١)، وتبعه صاحب المفاتيح^(٢)، واستوجهه العلامة في التحرير فيما إذا ذهبت منافعه بالكلية، ولم يتمكن من عمارته، واشتري بضمنه ما يكون وقفاً^(٣)، والعبارات متقاربة.

وسياتي الكلام في النخلة المنقطعة والجذع المنكسر، ولا يبعد القول بجواز البيع إذا لم يمكن للموقوف عليهم الانتفاع به على حاله، ولا يرجى ذلك، وكان في ذلك مصلحة لسائر الطبقات، ولا تحصل بدونها.

وقد استدل السيدان على ما ذكرناه بالإجماع^(٤) كما سبق، والشيخ في الخلاف بالأخبار المروية عن الأئمة عليهم السلام^(٥)، ولم نقف عليها إلا ما دل على جواز البيع إذا كان أنفع، وقد مضى.

ولكن الظاهر أن الشيخ لا يعمل به، فالمراد أخبار آخر، وهي إن كانت رسالة لم نقف على لفظها إلا أن تعددها كما يظهر من كلامه مع الإجماعين المنقولين، وشهرة المسألة بين الأصحاب، وقضاء الحكمة والاعتبار، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾^(٦)، وحديث «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»^(٧)، مع كون الظاهر من حال الواقف: أن التأييد

(١) مسالك الافهام ٣: ١٧٠.

(٢) مفاتيح الشرائع ٣: ٥٢.

(٣) تحرير الأحكام ٣: ٣١٦.

(٤) الانتصار: ٤٦٩، غنية النزوع: ٢٩٨.

(٥) الخلاف ٣: ٥٥١.

(٦) سورة التوبة ٩: ٩١.

(٧) من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٤٣/٧٧٧، الوسائل ٢٦: ١٤، أبواب موانع الارث ب ١، ح ١٠.

المأخوذ في الوقف مقيّد بحال إمكان الانتفاع، أو عام للوقف وبدله الذي هو ثمنه، أو شرى فيه مع الضرورة كما فيما نحن فيه، وفيما إذا تلف الوقف خاصّةً، فيؤخذ مثله أو قيمته منه، فإنّ جميع ذلك يقضي بجواز البيع في الصورة المفروضة، فالقول به - مع ما ذكرنا من الشروط - في غاية القوّة.

وفي الرواية المتقدمة في بيع الفضوليّ عن الاحتجاج^(١)، ما فيه إيماء إليه، وهذا في غير المساجد والمشاهد، كما يأتي.

الصورة الخامسة:

أنّ تباع النخلة الموقوفة المنقلعة ونحوها، فقال الشيخ في الخلاف بجواز بيعها؛ محتجّاً: بأنّه لا يمكن الانتفاع بها إلّا على هذا الوجه؛ لأنّ الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل، ولا يرجى عوده^(٢).

ومنع منه الحلّي قائلاً: لا يجوز بيعها، ويتنفع مَنْ هي وقف عليه بغير البيع^(٣)؛ مستنداً إلى وجوب إبقاء الوقف على حاله، مع إمكان الانتفاع، وزوال بعض المنافع لا يستلزم زوال جميعها؛ لإمكان التسقيف بها ونحوه.

وتبعه الفاضلان، والشهيدان، والمحقّق الكركي^(٤)، وأكثر المتأخّرين^(٥)،

(١) الاحتجاج ٢: ٥٨٤.

(٢) الخلاف ٣: ٥٥٢.

(٣) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس ١٢) ٥: ٢٥٥.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٧، قواعد الأحكام ٢: ٣٩٥، الدروس ٢: ٢٧٩-٢٨٠، مسالك الافهام ٥: ٤٠٠، جامع المقاصد ٩: ٧١-٧٢.

(٥) التنقيح الرائع ٢: ٣٣٠، غاية المرام ٢: ٣٨٥، رياض المسائل ١٠: ١٧٩.

كما نقل^(٦) فيما إذا أمكن الانتفاع به مع بقائه، كما فرض الحلي^(٧)، وإلا جاز البيع.

وحقق العلامة في المختلف^(٨)، وتبعه ولده في الإيضاح: أنه لا نزاع بينهما؛ لأن في تعليل الشيخ اعترافاً بسلب جميع منافعها^(٩)، والحلي فرض وجود منفعة، ومنع لذلك بيعها.

وعلى هذا كلا الإطلاقيين محل نظر، فالنزاع في موضوع المسألة، ولا ينبغي للفقيه البحث عنه، ويمكن بناء الخلاف على رعاية المنفعة، المعد ذلك الوقف لها وعدمها، فالشيخ على الأول^(١٠)، والحلي على الثاني^(١١)، وهذا هو الظاهر من التعليل، كما لا يخفى.

الصورة السادسة:

أن يباع الوقف - الذي شرط في العقد بيعه عند التضرر به^(١٢) للموقوف عليه أو للناظر، كزيادة خراج وشبهه، وشراء غيره بثمانه، وعند خرابه وعطلته، أو خروجه عن حد الانتفاع، أو قلة نفعه، فاستشكل العلامة في القواعد في صحة الشرط، وكذا في بطلان الوقف على القول ببطلانه^(١٣).

(١) مختلف الشيعة ٦: ٢٧٧.

(٢) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس ١٢) ٥: ٢٥٥.

(٣) مختلف الشيعة ٦: ٢٧٧.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٣٩٢ - ٣٩٣.

(٥) الخلاف ٣: ٥٥٢.

(٦) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس الحلي) ١٢: ٢٥٥.

(٧) في «ف»: التضررية.

(٨) قواعد الأحكام ٢: ٣٩٥.

وقال في الإرشاد: ولو شرط بيع الوقف عند حصول ضرر، كالخراج والمؤونة من قبل الظالم، وشراء غيره بثمانه، فالوجه الجواز^(١).

وقال المحقق الكركي: التحقيق: أن كل موضع يجوز فيه بيع الوقف، يجوز اشتراط البيع في العقد إذا بلغ الوقف تلك الحالة؛ لأنه شرط مؤكد، وليس بمنافٍ للتأييد المعتبر في الوقف؛ لأنه مقيّد واقعاً بعدم حصول أحد أسباب المنع، وما لا فلا^(٢)، للمنافاة.

ولا يصح حينئذٍ حبساً؛ لأن اشتراط شراء شيء بثمانه يكون وقفاً منافٍ لذلك؛ لاقتضائه الخروج عن الملك، فلا يكون وقفاً ولا حبساً^(٣).

وقال الشهيد في الدروس: ولو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم، أو وقوع الفتنة بينهم، فأولى بالجواز^(٤).

ويظهر منه أيضاً في غاية المراد: أنه إنما يشكل عند مَنْ منع من ذلك بدون الشرط، ومال إلى الجواز؛ عملاً بالعمومات المروية في الشروط والوقف^(٥)، وقضاء المصلحة بذلك^(٦).

ويمكن الاستناد بما تقدم من وقف أمير المؤمنين عليه السلام، وتجويزه بيع بعض الوقف - مع المصلحة - للحسن عليه السلام^(٧)، ومرّ الكلام فيه.

(١) إرشاد الأذهان ١: ٤٥٥.

(٢) أي: وما لا يجوز فيه البيع، فلا يجوز اشتراط البيع في العقد.

(٣) جامع المقاصد ٩: ٧٣.

(٤) الدروس ٢: ٢٧٩.

(٥) في «ك، حج»: الوقوف.

(٦) غاية المراد ٢: ٤٥٢.

(٧) الكافي ٧: ٤٩ - ٥٠/٧، تهذيب الأحكام ٩: ١٧١ - ١٧٣/٥٣.

وقد سبق عن الحلبي أنه جَوَّز في المنقطع اشتراط البيع عند الحاجة والخراب، ومنعه في المؤبد^(١).

وكان مَنْ فهم منه التفصيل السابق نظر إلى أنه لو لم يصحّ ذلك لما صحّ شرطه، وهو كما ترى؛ إذ المنقطع باقٍ على ملك مالكة، فيشترط ما شاء كما مضى.

الصورة السابعة:

أن يتلاشى ويضمحل بحيث لا يمكن الانتفاع به في الجهة المعهودة مطلقاً؛ لعدم صلاحيته، لا لعدم وجود المتفعين، كأن يخلق حصير المسجد، وخرج عن الانتفاع به فيه، أو أنكسر الجذع، بحيث لا ينتفع به في غير الإحراق، فقال العلامة في القواعد: الأقرب بيعه، وصرف ثمنه في مصالح المسجد^(٢).

واختاره المحقق الكركي، إلا أنه أوجب مع الإمكان أن يشتري بثمنه بدله، فإن تعذر صرف ثمنه في مصالح المسجد^(٣)، كما هو اختيار العلامة في التذكرة^(٤)، وولده في الإيضاح^(٥).

واحتجّ على الأوّل: بأنّه إذا خرج عن الانتفاع به في الوقف، خرج عن

(١) الكافي في الفقه: ٣٢٥.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٤٠١.

(٣) جامع المقاصد ٩: ١١٦.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢٠: ٢٥٤.

(٥) إيضاح الفوائد ٢: ٤٠٧.

مقصود الواقف؛ لأنّ مقصوده الانتفاع به، فلو لم يجوز بيعه كان تضييعاً محضاً.

وعلى الثاني: بأنّه أقرب إلى مراد الواقف.

ثمّ إنّه اختار أنّه إذا أمكن أن يتخذ من الجذع أبواب وألواح، وجب، ولم يجوز البيع^(١).

ويظهر من الشهيد في الدروس وغيره: تقييد الحكم بالبيع بما إذا لم يمكن الانتفاع بها في غير ذلك من المساجد، بناءً على أنّها بتمامها كمسجد واحد، تُصرف آلات بعضها في بعض، كما يُصرف بعض آلات ناحية من المسجد في ناحية أخرى منه^(٢).

وفي بعض الروايات الواردة في إخراج الحصى من أنّها تردّ إلى ذلك المسجد أو مسجد آخر^(٣) ما يومئ إلى ذلك.

ويظهر من الشهيد الثاني في الروضة: أنّه إذا أمكن صرفهما بأعيانها في الوقود لمصالحه كأجر المسجد تعيّن ذلك ولم يجوز البيع، وقال: ولو لم يكن أصله موقوفاً، بل اشتري للمسجد - مثلاً - من غلّته، أو بذله باذل، صحّ للنّاظر بيعه مع المصلحة مطلقاً^(٤). انتهى.

(١) جامع المقاصد ٩: ١١٦.

(٢) الدروس ٢: ٢٧٩ - ٢٨٠، البيان (ضمن موسوعة الشهيد الأوّل ١٢): ١٣٣، ذكرى الشيعة ٣: ١٣٠.

(٣) علل الشرائع ٢: ٣٢٠ / ١، تهذيب الأحكام ٣: ٢٨٢ / ٧١١، الوسائل ٥: ٢٣٢، أبواب أحكام المسجد ٢٦، ح ٤.

(٤) الروضة البهية ٣: ٢٥٤.

وقال المحقق الكركي: إنّ جواز البيع في هذا القسم لا يخلو من قوة. وحكى عن التذكرة: أنّه لا خلاف بين العامة في جواز بيع هذا القسم؛ لأنّه ملك. ولم يُفتَ هو بشيء، وعلى هذا فإذا بيع لم يتعيّن شراء مثله، بل يُصرف في مصالح المسجد من غير تعيين^(١).

الصورة الثامنة:

أن يباع شيء من الوقف ممّا تعلّق به الوقف على وجه الفرعية لا الأصالة لعمارة ما هو المطلوب بالأصالة، كبيع آلات المسجد لعمارة إذا خيف من أن يخرّب، كما يظهر من الشهيد في المسالك وغيره^(٢)، بل قيل بجواز بيعها لعمارة غير ذلك المسجد، من المساجد التي يخاف من خرابها. ونقل عن بعض العلماء: أنّه كان يعمل فيما فضل من أموال المسجد عن تعميره إلى التنمية وشراء العقارات بها، وصرف حواصلها في مصالح المسجد من الحصر والعمارة ونحوها^(٣).

وأطلق جماعة من الأصحاب أنّه يحرم بيع آلاته، ومنهم الفاضلان، قال العلامة في التحرير: ولا يجوز بيع آله بحال، ولا استعمال آله في الملك، وجواز استعمالها في مسجد آخر^(٤).

ويأتي ما ينفع في تحقيق هذه الصورة وما قبلها

(١) جامع المقاصد ٩: ١١٧.

(٢) مسالك الافهام ١: ٣٢٧، حاشية شرائع الإسلام للشهيد الثاني: ١٣٦.

(٣) الحدائق الناضرة ٧: ٣١٥.

(٤) شرائع الإسلام ١: ١٥٢، تحرير الأحكام ١: ٣٢٥.

وينبغي التنبيه لأُمور:

الأول: أن كل وقف عام كان الغرض من وقفه تمليك الانتفاع للموقوف عليهم، دون العين أو منافعه، فلا يصح بيعه ما دام وقفاً بوجه من الوجوه.

وقد أجمع الأصحاب^(١) على ذلك في المسجد، وقالوا بأنه إذا خرب لم يخرج عن كونه وقفاً إذا لم تكن أرضه من الأراضي الخراجية، أو بقيت آثار المسجد، ولا يصح بيعه أصلاً وإن أمكن بيع بعضه تعمیر بعض آخر، خصوصاً إذا كان مع خراب البناء أقرب بما ينبغي وضع المسجد عليه من كونه مكشوفاً ونحوه من المستحبات.

وخالف في ذلك بعض العامة^(٢).

وكذلك المشهد والمقابر المبنية إذا خربت، والمدارس والخانات والقناطر الموقوفة على الطريقة المعروفة، والكتب الموقوفة على المنتفعين، والعبد المحبوس على خدمة الكعبة ونحوها، والأشجار الموقوفة لانتفاع المارة، والبواري الموضوعة لصلاة المصلين، وغير ذلك مما قصد بوقفه الانتفاع العام لجميع الناس أو للمسلمين ونحوهم من غير المحصورين لا تحصيل المنافع بالإجارة ونحوها، وصرفها في مصارفها، كما في وقف الحمامات والدكاكين ونحوها، وذلك لأن ما ذكرنا من الأوقاف صارت بالوقف من المباحات بالأصل اللازم بقاؤها على الإباحة، كالطرق العامة

(١) تذكرة الفقهاء ٢٠: ٢٥٤، الدروس ٢: ٢٧٨-٢٧٩، الروضة البهية ٣: ١٨٦.

(٢) المغني ٦: ٢٢٥.

والأسواق.

وقضية الأصل هو المنع مطلقاً، ولا دليل على استثناء ما ذكر.

وأما أجزاء هذه الأوقاف وآلاتها فيجب إبقاؤها على حالها مادام إلى الانتفاع بها سبيل إلى ذلك السبيل بالفعل أو بالإمكان، كأحجار المسجد، وقطع البواري، وأوراق الكتب وجلودها، وجذوع الأبنية ونحوها. ولو أتلّفها متلف على غير جهة الانتفاع المعلومة أثم قطعاً.

وفي مطالبته بالقيمة أو المثل إشكال؛ من أن ما يطلب بقيمة عينه يطلب بمنافعها، ومن المعلوم أنه لو منع شخص الناس من الانتفاع إلى أن فانت جملة من منافعها، أو انتفع بها في غير الجهة الموضوعة له، كما لو جعل المسجد مسكناً له، أثم، ولكن لم يُطلب بها، فكذا لو أتلّف العين؛ ولعدم وضوح الدليل على الضمان، إلا في الأملاك المنسوبة إلى الناس، وهذه صارت ملكاً لله، وإنما للناس الانتفاع خاصةً؛ ومن عموم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»^(١)، وتأدية المثل أو القيمة مع تعذر الأصل معدودة من التأدية، وهذا هو الأصح.

وأما إذا بلغت حداً لا يُنتفع بها في تلك الجهة أصلاً، فالوجه أنها تُصرف في سائر القرب، بل لكل أحد من الموقوف عليهم حيازته وتملكه، كأجزاء جلود الكتاب، التي لا ينتفع بها في الجلد، وأجزاء الورق الساقطة بعد التصحيف، والأجزاء الساقطة من الشجر الموقوف للانتفاع، وأجزاء

(١) الانتصار: ٤٦٨، الخلاف ٣: ٢٢٨، عوالي اللآلئ ١: ٢٢/٣٨٩، سنن أبي داود ٣: ٢٨٤

البارية، وأجزاء الصناديق، وشبابيك المشاهد المشرفة بعد الاستغناء عنها، وعدم الانتفاع بها في تلك الجهة؛ وذلك لأنها قد جعلت لله سبحانه وتعالى، وإنما يجب على أرباب الوقف الانتفاع بها في تلك الجهة الخاصة، وعدم التعدي عنها مع التمكن، والفرض تعذر ذلك، فجاز لهم الانتفاع مطلقاً، فصارت حين زوال المانع كالمباحات الأصلية التي أذن الله لنا في الانتفاع بها مطلقاً، وكالطرق العامة إذا استغنت الناس عنها، أو بادت^(١) أهل البلدة، ولا يُرجى عودهم.

أما لو وقف شيء لمصالح الأوقاف المذكورة، وكان ينتفع بذلك الشيء في المنافع المعدة له، ففادت تلك المنافع، وأمكن بيعها وصرف ثمنها في مصالح آخر لها، فحينئذ يجوز بل يجب بيعها؛ تحصيلاً لمنفعتها، وصرفها في مصرفها بحسب الإمكان، كما لو وقفت أشجار لتُصرف منافعها في مصالح المسجد مثلاً، فانقلعت شجرة منها من أصلها، أو انكسر شيء منها، فإن أمكن الانتفاع بعين تلك في مصالحه، لم يتعدّ غيره، وإلا جاز بيعها وصرف ثمنها فيها.

والأقرب: جواز البيع مطلقاً لفوات المنفعة المقصودة وهي الثمرة، ولا عبرة بسائر المنافع الممكنة.

وقد تبين بذلك الوجه في بعض الصور السابقة.

ومما يورمى إلى ما ذكرنا: ما ذكره الديلمى في المراسم، حيث قال: يستحب الصلاة على الألواح من التربة المقدسة، ومن خشبة قبور

الأئمة عليهم السلام؛ إذ لا يبعد إرادة الخشبة المهجورة المستغنى عنها، وأنه يتصرف فيها كما يتصرف في التربة، لا بطريق الشراء والمعاوضة.

وروى الصدوق - في الموثق كالصحيح - عن عبد الملك بن عتبة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يصل إلينا من ثياب الكعبة، هل يصلح لنا أن نلبس منها شيئاً؟ قال: «يصلح للصبيان والمصاحف والمخدة، يتغنى بذلك البركة إن شاء الله تعالى»^(١).

ورواه الكليني، والشيخ عن عبد الله بن عتبة^(٢).

وقال الكليني: وفي رواية أخرى: «أنه يجوز استعماله، وبيع بقيته»^(٣).

وروى الشيخ والكليني، عن مروان بن عبد الملك^(٤)، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى من كسوة الكعبة شيئاً، فاقضى^(٥) بيعه حاجة^(٦)، وبقي بعضه في يده، هل يصلح بيعه؟ قال: «يبيع ما أراد ويبع ما لم يرد، ويتنفع به ويطلب بركته»، قلت: أيكفّن به الميت؟ قال: «لا»^(٧).

(١) المراسم: ٦٦.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٢: ١٦٤/٧٠٩، الوسائل ١٣: ٢٥٧، أبواب مقدمات الطواف ب ٢٦، ح ١.

(٣) الكافي ٤: ٢٢٩/١، تهذيب الأحكام ٥: ٤٩٦/١٥٦٧.

(٤) لم نثر عليه في الكافي، وعنه في وسائل الشيعة ١٣: ٢٥٧، أبواب مقدمات الطواف، ب ٢٦، ذيل ح ٢.

(٥) في المصدر: عن مروان عن عبد الملك.

(٦) في المصدر: ففقي.

(٧) في المصدر: حاجته.

(٨) تهذيب الأحكام ١: ٤٥٩/١٣٩١، الكافي ٣: ١٤٨/٥، الوسائل ١٣: ٢٥٨، أبواب مقدمات

الطواف ب ٢٦، ح ٣.

ورواه الصدوق مرسلًا عن الكاظم (عليه السلام).

وروى مسنداً - في الضعيف - عن مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: « لا بأس أن يؤخذ من ديباج الكعبة فيجعل غلاف مصحف، أو مصلى يصلّى عليه »^(١).

الثاني: كلّ وقف منقطع يجري عليه حكم الحبس على الأصحّ، فيكون باقياً على ملك الواقف، فلا يجوز للموقوف عليه بيعه أصلاً وإن لم يكن بعده من يستحقّ الانتفاع به.

ولا فرق بين إمكان الانتفاع به وعدمه.

وقد وافق القاضي على رجوعه بعد انقراض الموقوف عليهم إلى الواقف وورثته، وحكّم مع ذلك بصحة بيع الوقف في جملة من الصّور المذكورة، وصرف ثمنه في مصالحهم على حسب استحقاقهم، ولم يجوز في غيرها^(٢).

وهذا عجيب منه (عليه السلام)؛ لأنّ الوقف المؤبد ملكٌ للموقوف عليه الموجود، وما عداه معدوم، فلجواز البيع حينئذٍ وجه؛ لانحصار المالك الموجود في البائع، وأمّا المنقطع فليس ملكاً له، والمالك الموجود غيره، فلا وجه لصحة البيع حينئذٍ.

والذي يظهر منهم في مسائل السكنى وتوابعها: عدم جواز بيع

(١) من لا يحضره الفقيه ١: ٩٠/٤١٦.

(٢) من لا يحضره الفقيه ١: ١٧٢/٨٠٩، الوسائل ٣: ٣٧٨، أبواب لباس المصلي ب ١٥، ح ٢.

(٣) المهذب ٢: ٩٢-٩٣.

المحبوس عليه أصلاً، بل وإن أراد أن يحصر جواز بيع الواقف في تلك الصُّور، فإن قصد بيعه من دون إذن الموقوف عليه، على أن تكون المنافع في تلك المدة داخلة في البيع، فلا يجوز ذلك أصلاً، وإن باع على أنها خارجة، فهذا لا مانع منه من جهة الوقف أصلاً.

وقد صرح هو أيضاً بجواز البيع في السكنى المؤقتة بمدة، مع استثنائها من البيع فيلزم الجواز هنا أيضاً على هذا الوجه، إلا أن يستشكل فيه من جهة جهالة قدر الانتفاع المستثنى.

وإن وقع مع الإذن بناءً على جواز تمليك الموقوف عليه حقه للغير، أو إسقاط حقه فيصير للواقف؛ لأنه نهاء ملكه، فعلى هذا يجوز مطلقاً، ولا يختص بالصورة المذكورة، وإلا لم يميز أيضاً مطلقاً.

ثم على أي حالٍ فالموقوف عليه إنما يستحق المنفعة، فكيف يصرف تمام الثمن في مصالحهم على حسب استحقاقهم؟

ولعله أغمض عن جميع ذلك؛ استناداً إلى ما سبق في الروايات، وهو كما ترى.

وأما السيوري فجوز بيع الموقوف عليه إذا اتفق على ذلك مع الواقف أو وارثه؛ معللاً: بأنه باق على ملك الواقف أو وارثه^(١).

والظاهر أنه اعتبر الاتفاق لجواز بيع الموقوف عليه، وأما الواقف فلا يتوقف بيعه على إذن الموقوف عليه، إلا إذا جعل المنافع داخلة، فيتوقف

من هذه الجهة.

وقد صرح هو في السكنى: بأنه إن أسكنه مطلقاً، كان بيع المالك رجوعاً، وإن كان مؤقتاً بأمدٍ أو عمر، لم يجوز رجوع المالك في المنفعة المؤقتة، بل إن كان المشتري عالماً لزم البيع، ووجب عليه الصبر إلى أن تنقضي المدة، ولا تختير بين الصبر والفسخ، قال: وهو إجماع.

ثم نقل عن الإسكافي: أنه جَوَزَ بيعه إذا دفع إلى الساكن عوضاً عما بقي من المدة، وأورد عليه: أنه لا يصح إلا برضا الساكن؛ للزوم العقد.

وعن العلامة: أنه استشكله لو كانت معلقة بالعمر؛ لجهالة وقت الانتفاع، [و] ^(١) لأنهم منعوا بيع المسكن الذي تعتد فيه المطلقة؛ لجهالة وقت الانقضاء حيثئذٍ، وهذا المعنى موجود هنا ^(٢).

وأورد عليه: بأن بيع الأصل غير مشروط بعلم قدر منافعه، بل بعلم الأصل وإن جهل منافعه، كبيع الشاة ذات اللبن، مع جهالة قدر الحلب.

ثم قال: ويمكن أن يجاب بالفرق بين العلمين، فإن العلم بالكم من حيث الزمان شرط، لا العلم بمقدار المنتفع به ^(٣). انتهى كلامه.

ويمكن أن يُبنى ما ذكره سابقاً، على ما ذكره هنا مفصلاً.

واعلم: أن العلامة حكم هو بالبطلان إذا كانت المدة مجهولة ^(٤)،

(١) ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر.

(٢) مختلف الشيعة ٦: ٢٩٨.

(٣) التنقيح الرائع ٢: ٣٢٩-٣٣٧.

(٤) تحرير الأحكام ٣: ٣٢٢.

واستشكله في القواعد والمختلف والتذكرة^(١)، وكذلك ولده في الإيضاح، ونقل عن والده أنه قال: لا أُفتي فيها بشيء^(٢)، وتردّد المحقّق الكركي في ذلك أيضاً^(٣).

وظاهر الشرائع والدروس^(٤) هو اختيار الصحة مطلقاً، تبعاً للإسكافي، وهو اختيار صاحبَي الكفاية والمفاتيح^(٥).

وعزاه في المسالك إلى نصّ الإرشاد^(٦)، وليس كذلك، بل لا ظهور فيه أيضاً، واختار هو أيضاً الصحة؛ للنصّ والعمومات، وعدم المنافاة بين البيع والسكنى، فإنّ مورد البيع العين ليستوفي منها المنفعة المستحقّة للبائع لا مطلقاً، ومورد السكنى المنفعة المملوكة حال الإسكان وما في معناه، فليس المقصود من البيع المنفعة مطلقاً، حتّى يقدح جهالتها في الصحة.

وأورد على القياس على بيع المسكن للمطلّقة: بأنّ الفارق النصّ هنا والإجماع هناك إن ثبت، وإلاّ أطرد الحكم بالجواز إن لم يجعل الأصل المنع، فحيثنّذ يقتصر على مورد النصّ.

قال: وأمّا الأوليّة التي ادّعوها في بيع مسكن المطلّقة باستثناء قدرٍ يقطع بانقضاء العدّة قبله، فمثله آتٍ هنا باستثناء العمر الطبيعي الذي

(١) قواعد الأحكام ٢: ٤٠٣، مختلف الشيعة ٦: ٢٩٨، تذكرة الفقهاء ٢٠: ٣٠٧.

(٢) إيضاح الفوائد ٢: ٤٠٩.

(٣) جامع المقاصد ٩: ١٢٥.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٢، الدروس ٢: ٢٨٢.

(٥) كفاية الأحكام ٢: ٢٥٠، مفاتيح الشرائع ٣: ٢٢٠.

(٦) إرشاد الأذهان ١: ٤٥٦.

تحكم العادة بموت المعمر بعده^(١). انتهى ملخصاً.

وأنت خير بأنّ كلام الأصحاب في منع بيع المسكن في غير صورة الاستثناء، فلا وجه لأخذها في الأولوية.

نعم، يمكن دعوى الأولوية من جهة الجهالة الفاحشة فيما نحن فيه، بخلافها في المسكن.

وقال الصيمري: والذي سمعناه من مشايخنا: جواز البيع على المحبس عليه، والمعمر دون الغير، ولعل وجه انتفاء المانع، وهي جهالة وقت الانتفاع؛ لأنّ المنافع مملوكة، فإذا ملك الرقبة صارت المنافع والرقبة ملكاً له، مقبوضة في يده، فلا مانع حينئذ، قال: وهو حسن^(٢).

وحكم في المسالك بفساد الفرق؛ لأنّ الاعتبار العلم بالمنفعة المطلوبة في البيع، فإن لم ينافه هذا الفئات المجهول، صحّ مطلقاً، وإلا بطل مطلقاً؛ لاختلاف الاستحقاقين^(٣).

وأما النصّ الذي أشاروا إليه فهو ما رواه الصدوق في الصحيح، والكليني والشيخ - في الحسن كالصحيح - عن الحسين بن نعيم عن أبي الحسن موسى عليه السلام، قال: سألت عن رجل جعل داره سكنى^(٤) لرجل إبان^(٥) حياته، ولعقبه^(٦) من بعده، قال: «هي له ولعقبه من بعده كما شرط»،

(١) مسالك الافهام ٥: ٤٢٩ - ٤٣٠.

(٢) غاية المرمز ٢: ٣٩٣.

(٣) مسالك الافهام ٥: ٤٢٩.

(٤) في الفقيه: سكنى داره، وفي الكافي والتهذيب: داراً سكنى.

(٥) في الفقيه والتهذيب: أيام.

(٦) في المصدر: أو جعلها له ولعقبه.

قلت: فإن احتاج (إلى بيعها)^(١) يبيعه؟ قال: «نعم»، قلت: فينقض بيعه الدار السكنى؟ قال: «لا ينقض بيعه»^(٢) السكنى، كذلك سمعت أبي عليه السلام يقول: قال أبو جعفر عليه السلام: لا ينقض البيع الإجارة ولا السكنى، ولكن يبيعه على أن الذي يشتريه لا يملك ما اشتري، حتى تنقضي السكنى على ما شرط والإجارة، قلت: فإن ردّ على المستأجر ماله، وجميع ما لزمه من النفقة، والعمارة فيما استأجره؟ قال: «على طيبة نفس ورضى»^(٣) المستأجر بذلك لا بأس»^(٤).

ويؤيده ما ورد في بيع منافع المدبر مع جهالة مدّة الحياة^(٥).

ومّا يدلّ على أنّه لا يجوز للسّاكن وعقبه البيع ما رواه المشايخ - فيما لا يبعد صحّته - عن أبي الصباح الكتاني، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن السكنى والعمرى، فقال: «إن كان جعل السكنى في حياته فهو كما شرط، وإن كان جعلها له ولعقبه من بعده حتى يفنى عقبه، فليس لهم أن يبيعوا ولا يورثوا، ثمّ ترجع الدار إلى صاحبها الأوّل»^(٦).

قال في المسالك: بقي هنا شيء، وهو: أنّ المشتري لو كان هو المعمر،

(١) ما بين القوسين غير موجود في التهذيب والكافي.

(٢) في المصدر: البيع.

(٣) في التهذيب والكافي: وبرضى.

(٤) من لا يحضره الفقيه ٤: ١٨٥-١٨٦/٦٤٩، الكافي ٧: ٣٨/٣٨، تهذيب الأحكام ٩: ١٦٦/٣٨.

الوسائل ١٩: ١٣٥، كتاب الإجارة، ب ٢٤، ح ٣.

(٥) الاستبصار ٤: ٢٧/٨٩.

(٦) الكافي ٧: ٣٣-٣٤/٢٢، من لا يحضره الفقيه ٤: ١٨٧/٦٥٣، تهذيب الأحكام ٩: ١٦٤/٣٣.

الوسائل ٢٣: ١١٦، أبواب التدبير ب ١، ح ٣.

جاز له بيع العين بجميع منافعها؛ لأنها بأجمعها مملوكة له، ولا مانع من نقلها إلى غيره بوجهٍ وإن كان قبل الشراء ما كان يمكنه بيع هذه المنفعة، فإنّ المانع لم يكن الجهالة، بل عدم جواز أفراد المنفعة بالبيع، وليس ببعيد جواز الصلح عليها؛ لاحتماله من الجهالة ما لا يحتمله البيع، وصحته على العين والمنفعة.

فعلى هذا لو كان مشتري العين غيره، وجوزناه، جاز له أن يصالح المشتري على تلك المنفعة المستحقّة له مدّة عمره ببال معلوم، ويصير المشتري حينئذٍ مالكاً للجميع، كما لو كان هو المعمر^(١). انتهى.

ولا يخفى أنّه إن كان مالكاً للانتفاع بالسكنى ونحوها لا المنفعة، كما هو الظاهر من الشيخ والقاضي وغيرهما من الأصحاب^(٢) وهم الأكثرون، ففي جواز المعاوضة عليه نظر؛ لأنها تختصّ بالعين والمنافع.

نعم، يجوز إسقاط الحقّ ولو بعد أن يُبذل له شيءٌ لذلك، كما يجوز إسقاط الخيار والشفعة وحقّ انتفاع الغير بالبضع وغيرها من زوجته.

وإن كان مالكاً للمنفعة كما هو اختيار الحلّي^(٣)، صحّ ما ذكره.

ويمكن - في صورة اتّحاد المشتري والمعمر - أن يقال: إنّ العين والمنفعة والانتفاع كلّها صارت له، فجاز له المعاوضة، بخلاف صورة التغاير،

(١) مسالك الافهام ٥: ٤٣٠.

(٢) النهاية: ٦٠٠-٦٠١، المهذب ٢: ١٠١، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٣: ٢٥٨، المختصر النافع: ١٥٩، إرشاد الأذهان ١: ٤٥٦.

(٣) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٠: ٣٤٢، و٤: ٢١.

فتدبر.

وقد تبيّن بما ذكرنا الفرق بين السكنى والحبس والوقف على المنقرض، فإنّ المنفعة مملوكة للمحبوس عليه قطعاً، ويجوز المعاوضة عليها بشرائطها، وحينئذ فيجوز إسقاطها قطعاً؛ إذ لا تجب المباشرة في استيفائها، وإلا لما جازت المعاوضة عليها، وكلّما كان كذلك، جاز إسقاطها وهبتها.

والمقدّمتان ظاهرتان، ولا يلزم من لزوم بقاء عين الوقف على حاله لزوم بقاء المنفعة على حالها، بأن يبقى في ملكها، كما لا يخفى.

الرابع: قال العلامة في التذكرة: كلّ صورة جوّزنا بيع الوقف فيها، فإنّه يباع ويصرف الثمن إلى جهة الوقف، فإن أمكن شراء مثل تلك العين ممّا ينتفع به كان أولى، وإلا جاز شراء كلّ ما كان ممّا يصحّ وقفه، وإن لم يمكن صرف الثمن إلى الموقوف عليه يعمل به ما شاء؛ لأنّ فيه جمعاً بين التوصل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام، وبين النصّ الدال على عدم تجويز مخالفة الواقف، حيث شرط التأييد.

وإذا لم يمكن تأييده بحسب الشخص، وأمكن بحسب النوع، وجب؛ لأنّه موافق لغرض الواقف، ودخل تحت الأوّل الذي وقع العقد عليه، ومراعاة الخصوصية بالكلّيّة، تفضي إلى فوات الغرض بأجمعه؛ ولأنّ قصر الثمن على البائعين يقتضي خروج باقي البطون عن الاستحقاق بغير وجه، مع أنّهم يستحقّون من الوقف كما يستحقّ البطن الأوّل، ويقدر

وجودهم حالة الوقف. وقال بعض علمائنا وبعض الشافعية^(١): إنَّ ثمن الوقف يكون كقيمة الموقوف إذا تلف، فيصير الثمن إلى الموقوف عليهم^(٢) على رأي^(٣). انتهى.

وذكر قبل ذلك: اختلافهم في قيمة العبد لو قتله قاتل عدواناً، فحكى عن الشيخ أنّه قال قوم: يشتري بها عبد آخر ويقام مقامه، سواء قيل: انتقل ملكه إليه أو إلى الله سبحانه وتعالى؛ لأنَّ حقَّ البطون الآخر يتعلّق برقبة العبد، فإذا فاتت أُقيم غيرها بقيمتها مقامها، ومنهم مَنْ قال: تنتقل القيمة إليه، قال الشيخ: وهو الأقوى؛ لأنّا قد بيّنا أنّ ملكه له، والأوّل قول مَنْ قال: ينتقل إلى الله.

واختار العلامة القول الأوّل؛ لأنّه ملك لا يختصّ به الأوّل، فلم يختصّ ببذله، كالعبد المشترك والمرهون، فلا يجوز للبطن الأوّل إبطال حقّ البطن الثاني، ولو عفا، لم يصحّ لعدم علمه بقدر حصّته^(٤).

وهذا هو اختياره في المختلف والإرشاد^(٥)، وذكر في المختلف أيضاً في ثمن النخلة المنقلعة والجذع المنكسر: أنّ الشيخ لم ينصّ على مستحقّ الثمن، وابن الجنيّد نبه عليه، وقال: يشتري به ما يكون وقفاً، وقال: والموقوف رقيقاً، أو ما يبلغ حاله إلى زوال ما سبّله من منفعته، فلا بأس

(١) في المصدر: وقال بعض الشافعية.

(٢) في المصدر: عليهم ملكاً.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢٠: ٢٥٤-٢٥٥.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢٠: ٢٣٩-٢٤٠.

(٥) مختلف الشيعة ٦: ٢٧٨-٢٧٩، إرشاد الأذهان ١: ٤٥٤.

بيعه، وإبدال مكانه بثمنه إن أمكن ذلك، أو صرفه فيما كان يُصرف فيه منفعته، أو ردّ ثمنه على منافع ما بقي من أصل ما حبس معه إذا كان في ذلك الصلاح، قال العلامة: وهو الأقوى عندي^(١).

وقال الشهيد الثاني - في الروضة والمسالك -: إنه حيث يجوز بيعه، يشتري بثمنه ما يكون وقفاً على ذلك الوجه، مراعيّاً للأقرب إلى صفته فالأقرب^(٢).

وصرح في المسالك: بأنّ هذا على سبيل الوجوب^(٣)، كما هو ظاهر الروضة^(٤) أيضاً، وهو يحتمل جميع صور الجواز على تقدير القول بها، أو الصورة الجائزة عنده، والأوّل أقرب إلى اللفظ، والثاني إلى الحق.

وحكّم في المسالك في صورة الجنابة أيضاً بوجوب شراء عبد يكون وقفاً^(٥).

ونقل الصيمري في الوقف الكلام الأوّل للعلامة في التذكرة، وقال: وهو المعتمد^(٦).

وذكر في كتاب البيع - فيما إذا بيع لتعطّله، وخوف خرابه -: أنّه يُصرف ثمن الموقوف في ملكٍ يستغلّه أرباب الوقف، والأولى أن يراعى المماثلة

(١) مختلف الشيعة ٦: ٢٧٧.

(٢) الروضة البهيّة ٣: ٢٥٥، مسالك الافهام ٣: ١٧٠.

(٣) مسالك الافهام ٣: ١٧٠.

(٤) الروضة البهيّة ٣: ٢٥٥.

(٥) مسالك الافهام ٥: ٣٨٥.

(٦) غاية المرام ٢: ٣٨٥-٣٨٦.

مع إمكانها^(١).

وذكر نحو ذلك في الجواهر، وكذا أبو العباس في المقتصر، والسيوري في التنقيح^(٢).

وقال الصيمري - في صورة الجناية على العبد - بأنه يجب في البدل المشتري بثمنه مجانسته، ومماثلته مع الإمكان حتى في الذكورة والأنوثة^(٣).

وهو كلام الشهيد في غاية المراد أيضاً حتى قال: إن أمكن المساواة في باقي الصفات أو معظمها فهو أولى^(٤).

وتقدّم كلام العلامة في التحرير في الصورة الرابعة، وكلامه في القواعد والإرشاد في الصورة السادسة، وكلامه في التذكرة في الصورة السابعة.

وحكم المحقق الكركي في الصورة الثانية والرابعة وما في حكمها - أعني الصُّور الثلاث التي بعد الرابعة - بوجوب شراء ما يُجعل وقفاً مع الإمكان.

ويعتبر في الثانية: أن يكون على وجه يندفع به الخلف، وكذلك في صورة الجناية على العبد^(٥).

(١) غاية المراد ٢: ٢١.

(٢) جواهر الكلمات: ٧٩ (مخطوط)، المقتصر: ٢١٢، التنقيح الرائع ٢: ٣٣٠.

(٣) غاية المرام ٢: ٣٨٠.

(٤) غاية المرام ٢: ٤٤٢.

(٥) جامع المقاصد ٩: ٧١ وما بعدها.

وحكم فخر الإسلام في الصورة السابعة بوجوب صرف الثمن في المماثل إن أمكن، وإلا ففي غيره من المصالح، وأحال الصورة الخامسة على غيرها^(١). وحكم في الجناية، بوجوب شراء عبد يقوم مقام الموقوف، مع تقويته القول الآخر أيضاً^(٢).

وذهب الشيخ في المبسوط إلى اختصاص الوجه بالموجودين من الموقوف عليهم وقت الجناية^(٣)، وتبعه الفاضلان في الشرائع والتحرير^(٤)، وهو اختيار المفيد والمرتضى في الصورة الأولى والرابعة^(٥)، وكذا الشيخ والقاضي وصاحب الجامع في الصور الثلاث الأولى^(٦).

وهو ظاهر الديلمي والصدوق والطوسي وأبي المكارم وصاحب الكفاية، مع ميله إلى الثاني في الصّور التي ذكروها^(٧).

وتردّد الشهيد في الدروس^(٨)، وهو ظاهر العلامة في القواعد والشهيد في غاية المراد^(٩).

(١) إيضاح الفوائد ٢: ٤٠٧.

(٢) إيضاح الفوائد ٢: ٣٩٥-٣٩٦.

(٣) المبسوط ٣: ٢٨٩.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٦٤، تحرير الأحكام ٣: ٣١٦.

(٥) المقنعة: ٦٥٢، الانتصار: ٤٦٨.

(٦) النهاية: ٥٩٩-٦٠٠، المهذب ٢: ٩٤، الجامع للشرائع: ٣٧٢.

(٧) المراسم: ١٩٧، مَنْ لا يحضره الفقيه ٤: ١٧٩، الوسيلة: ٣٧٠، غنية النزوع: ٢٩٨، كفاية

الأحكام ٢: ٢٠.

(٨) الدروس ٢: ٢٧٩.

(٩) قواعد الأحكام ٢: ٣٩٥-٣٩٦، غاية المراد ٢: ٢٨.

والتحقيق في ذلك: أنّا حيث عملنا في جواز البيع بالروايات، فهي ظاهرة الدلالة على أنّ الثمن للموجودين، ولا يرتاب في ذلك مَنْ أعطى النظر فيها حقّه، وهذا هو ظاهر الإجماع المنقول في الانتصار والغنية^(١).

وإن عملنا بمقتضى الأصول والقواعد فحيث كان جواز البيع للضرورة إلى الثمن فلا وجه حينئذٍ للقول بأن يشتري به ما يُجعل وقفاً؛ لمنافاته للغرض؛ ولذلك لم يحكم الكركي بذلك في هذه الصورة.

نعم، لو قيل بأنّه يتصرّف في الثمن على وجه الضمان إلى أن يتمكن من أدائه، فيشتري به حينئذٍ ما يُجعل وقفاً كان وجهاً، ولو كان لكونه أنفع، روعي ما يقتضيه ذلك فعمل بمقتضاه، ولو كان للخلف، فالظاهر أنّ بناء ذلك على رفع الاشتراك والوقفية؛ ولذلك لا يقتصر على بيع بعض دون بعض آخر مع ارتفاع الخلف به.

ويمكن القول بأنّه إذا أمكن شراء ما يرتفع بوقفه الخلف، كان لازماً، وكذا لو أمكن لكلّ منهم أن يشتري بحصّته ما يجعله وقفاً، أو اثنين وهكذا ممّن لاخلف بينهم.

وإن حكمنا به لكونه إحساناً محضاً - كما في جملة من الصّور الأخيرة، أو لشرطه في عقد الوقف مع شرط شراء بدله، أو أتلفه متلف وطولب بقيمته فالوجه حينئذٍ هو القول الأوّل.

أمّا في الأوّلين فظاهر، وأمّا في الأخير؛ فلما ذكره العلامة وغيره^(٢)،

(١) الانتصار: ٤٦٨-٤٦٩، غنية النزوع: ٢٩٨.

(٢) تحرير الأحكام ٣: ٣١٦، قواعد الأحكام ٢: ٣٩٥، مسالك الافهام ٣: ١٧٠، غاية المرام ٢: ٣٨٠.

ولأنّ من المعلوم أنّ حقّ الوقف أقوى من حقّ الرهن، وهو متعلّق بالقيمة، فالوقف أولى؛ ولأنّ القيمة تقوم مقام العين في جميع أحكامها.

وحيثئذ فإن كان قيمته شيئاً قابلاً للغرض المقصود من الوقف - كما لو أخذ بدل قيمة العبد عبداً - فلا حاجة إلى شراء غيره، وإلاّ فالأولى مراعاة الأقرب فالأقرب إلى صفة الموقوف، كما ذكرنا، وفي وجوب ذلك نظر، لكنّه أحوط.

الخامس: اختلفوا في المتولّي للبيع والشراء:

ف قيل: هو الناظر الخاصّ إن كان، وإلاّ فالموقوف عليهم لو انحصروا، وإلاّ فالناظر العامّ، وهو اختيار الشهيد الثاني في الروضة^(١).

وقيل: هو الناظر الخاصّ، وإلاّ فالعامّ، وإلاّ فالموقوف عليه، وهو اختيار الشهيد في غاية المراد، والصيمريّ في غاية المرام^(٢)، واقتصر المحقّق الكركي - في كتاب البيع - على المرتبتين الأولتين^(٣)، وترك الأخيرة، وكذا السيوريّ في التنقيح^(٤).

وقيل: الحاكم، فإن تعذّر فالموقوف عليه، وهو اختيار فخر الإسلام في الشراء بقيمة العبد، قال: ويحتمل الموقوف عليه مطلقاً، فإن تعذّر

(١) الروضة البهية ٣: ٢٥٦.

(٢) غاية المراد ٢: ٤٤٢، غاية المرام ٢: ٣٨٠.

(٣) جامع المقاصد ٤: ٩٧ - ٩٨.

(٤) التنقيح الرائع ٢: ٣٣٠.

فالواقف، أو بعض المؤمنين حسبة^(١).

وهذا القول هو الذي يظهر من الصيمري في الجواهر^(٢).

ولا يبعد القول بأنّ المباشر هو الحاكم برضا الموقوف عليه، أو العكس، أمّا الناظر فيعتبر في الوقف العام، وأمّا في الوقف الخاصّ ففي شمول النظارة للبيع والشراء نظر، وملكيّة الموقوف عليه معلومة، وكذا سائر البطون، فالموقوف عليه من جانب نفسه، والحاكم من جانب الله سبحانه وتعالى ومن طرف سائر البطون، فإن امتنع الموقوف عليه، استقلّ الحاكم كما في سائر الحقوق، والاحتياط وقوعه برضا الثلاثة مع الإمكان، وإن تعذّر اكتفي بما هو المقدور.

وظاهر الأخبار: هو اعتبار الموقوف عليه.

ويمكن حمل رواية ابن مهزيار^(٣) على نظارة أو امتناع أرباب الوقف من البيع، على تأمل في ذلك فتدبر.

واستدلّ الشهيد على ما اختاره: بأنّه قضيّة الشرط في النظر، وعموم حكم الحاكم على البطون، وأولويّة الموقوف عليه^(٤).
ولا يخفى أنّ مقتضاه الجمع كما قلنا.

السادس: حيث لا بدّ من الشراء بالقيمة، فهل لا بدّ من تجديد عقد

(١) إيضاح الفوائد ٢: ٣٩٦.

(٢) جواهر الكلمات: ٧٩ (مخطوط).

(٣) الكافي ٧: ٣٦ / ٣٠، الوسائل ١٩: ١٨٧، كتاب الوقوف والصدقات، ب ١٩، ح ٥.

(٤) غايّة المراد ٢: ٤٤٢.

وقف، أم لا؟ والثاني هو اختيار فخر الإسلام؛ لأنه بالشراء للمصرف ينصرف إلى الوقف، ولأنه كالرهن، قال: وعلى الأول يباشر العقد مَنْ يباشر الشراء، والأقوى الحاكم^(١).

والثاني أيضاً اختيار الشهيد والصيمري والكركي^(٢)، والأول اختيار السيوري^(٣).

واستدلّ الشهيد: بأنه صار بدلاً بنفس الانتقال، ومملوكاً على حدّ الملك الأول؛ إذ يستحيل أن يملك لا على حدّه؛ لعدم تعيين المالك في الحال، ثم قال: ولو قيل في القيميّ بضمانه بالمثل، وأمكن له مثل، كان هو الوقف، واستغنى عن الشراء^(٤).

أقول: ومن هنا يتقوى القول بوجوب صرف القيمة في الوقف؛ لأنه إذا كان مماثلاً يصير وفقاً بنفس الإعطاء، فيمنع التصرف المنافي، وإذا ثبت في المماثل فكذا في غيره.

والقول بأن مباشر عقد الوقف هو الحاكم قويٌّ جداً وإن لم نقل به في البيع والشراء؛ لأنّ الوقف من طرف الواقف، ونيابة الموقوف عليه عنه لا دليل عليها، وعن نفسه لا وجه له، وإلاّ لزم وقفه على نفسه، والناظر لم يثبت عموم نظارته، فتعيّن ما ذكر، وهو الحاكم، والله العالم.

(١) إيضاح الفوائد ٢: ٣٩٦.

(٢) غاية المراد ٢: ٤٤٢، الروضة البهية ٣: ٢٥٥-٢٥٦، غاية المرام ٢: ٣٨٠، جامع المقاصد ٩: ٧١.

(٣) التنقيح الرائع ٢: ٣٣٠.

(٤) غاية المراد ٢: ٤٤٢.

ولا يبعد مع وجود الواقف أن يكون هو المباشر، خصوصاً على القول ببقاء الوقف في ملكه، كما نُسب إلى ظاهر الحلبي^(١).

السابع: حيث لا يفي الثمن بقيمة الماثل، ودار الأمر بين شقص منه وتأم غير ماثل، ففي الترجيح نظر.

ولو بقي الزيادة، اشترى بها آخر أو شقص.

والمعتبر مراعاة الأقرب فالأقرب من جميع الوجوه، والأصلح فالأصلح، ومع الدوران فالتخير، ويجوز العدول من الأدنى إلى الأعلى لا العكس، إلّا مع عدم إمكان المساوي والأعلى، وليكن التحري على هذا الباب.

ولا يبعد أنه مع رضا الجميع من الواقف والموقوف عليه والحاكم يجوز فعل ما شاؤوا من وقف الماثل والمخالف؛ لانحصار الولاية والحق فيهم، فلهم ما أرادوا، وهو قوي.

السبب الثاني من الأسباب الموجبة لنقص الملك: الاستيلاء.

ويتحقق في الشرع بعلوق الأمة بمن ملكها - كلاً أو بعضاً - بما يكون آدمياً، أو جزءاً منه، أو مبدأ نشوئه يقيناً، أو يكون ملحقاً به شرعاً، فلا عبرة بعلوقها من غير المالك وإن ملكها بعد ذلك، وكان الولد أو صار حرّاً، خلافاً للطوسيين^(٢).

(١) غنية الزوج: ٢٩٨، الكافي في الفقه: ٣٢٥، وفيه: أولى عند أهل البصرة.

(٢) الخلاف ٦: ٤٢٦، الوسيلة: ٣٠٩.

ويندرج في المالك: واطىء الأمة المشتركة، فإذا حبلت منه، فإنها تُقَوِّم عليه بالحمل إجماعاً، وبالوطء على خلاف، وتصير أم ولد بأداء القيمة، أو بالتقويم.

وتظهر الثمرة فيها إذا لم يملك غيرها حياً أو ميتاً، كما سيأتي، وكذلك لو وطأوا، وأقرع بينهم، وحُكِم لأحدهم بالولد.

ويكفي العلوق بالمضغة إجماعاً، كما هو الظاهر والمحكي في كلام جماعة منهم هنا وفي حكم عدّة الحامل، ومنهم: الشيخ والقاضي وفخر الإسلام، وأبو العباس، وغيرهم^(١).

ويدلّ عليه ما رواه الصدوق - في الصحيح - عن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: في جارية لرجلٍ وكان يأتيها، فأسقطت سقطاً منه بعد ثلاثة أشهر، قال: «هي أم ولد»^(٢).

فإنّه معلوم أنّ الشهر الرابع كلّّه زمان كون الحمل مضغةً، كما دلّت عليه الروايات^(٣) المستفيضة من الصحاح والمؤثّق وغيرها.

وما رواه الشيخ - في الصحيح - عن محمد بن مارد، عن أبي عبد الله عليه السلام: في رجلٍ^(٤) يتزوَّج أمةً، فتلد منه أولاداً، ثم يشتريها فتمكث عنده

(١) المبسوط ٥: ٢٨٥، الخلاف ٦: ٤٢٣، المهذب ٢: ٣١٦، إيضاح الفوائد ٢: ١٧٠، المهذب البارع ٤: ١٠٠.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٨٧/١٣٦٨، الوسائل ٢٣: ١٧١ أبواب الاستيلاء، ب ٣، ح ١.

(٣) منها: ما في الكافي ٦: ١٦/٦.

(٤) في المصدر: الرجل.

ما شاء الله، لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها، ثم يبدو له في بيعها؟ قال: «هي أمته»^(١) إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك وإن شاء أعتق»^(٢).

والحمل يصدق على المضغة، كما هو الظاهر، والمرويّ فيما رواه الصدوق في الصحيح، والكليني والشيخ في الموثق، عن عبد الرحمن بن الحجاج، أنه سأل أبا الحسن عليه السلام: عن الحبل يطلّقها زوجها، فتضع سقطاً قد تمّ أو لم يتم، أو وضعته مضغة، أتقضي بذلك عدّتها؟ فقال: «كلّ شيء وضعته يستين أنّه حمل، تمّ أو لم يتم، فقد انقضت»^(٣) عدّتها، وإن كانت مضغة»^(٤).

وهو نصّ في المطلوب، مع أنّ الآية^(٥) والروايات^(٦) صريحة في أنّ عدّة الحامل بوضع الحمل.

وروى عن السكوني، عن جعفر بن محمد عليه السلام، قال: «قال عليّ بن الحسين عليه السلام في مكاتبة يطؤها مولاهما فتحبل؟ فقال: يردّ عليها مهر مثلها، وتسعى في رقبتها»^(٧)، فإن عجزت فهي من أمّهات الأولاد»^(٨).

(١) في المصدر: أمة.

(٢) تهذيب الأحكام ٨: ٤١ - ٤٢ / ٨٩٤، الوسائل ٢١: ٢٠١، أبواب نكاح العبيد والإماء، ب ٨٥، ح ١.

(٣) في الفقيه: انقضت به.

(٤) مَنْ لا يحضره الفقيه ٣: ٣٣٠ / ١٥٩٨، الكافي ٦: ٨٢ / ٩، تهذيب الأحكام ٨: ٢٠٦ / ٤٣٨ / ٤١. الوسائل ٢٣: ١٩٧ أبواب العدد ب ١١، ح ١.

(٥) الطلاق: ٤.

(٦) الكافي ٦: ٨٢ / ٦.

(٧) في المصدر: قيمتها.

(٨) مَنْ لا يحضره الفقيه ٣: ٩٣ / ٣٥٠.

وفي الكافي والتهذيب نحو ذلك، وذكر: فتحمل^(١).

وفي العلقه إشكال، ويظهر من بعضهم التردد أو الخلاف فيها، كالشيخ والقاضي والإسكافي في العدة، والشهيدان في الدروس، والروضة هنا^(٢)، ولكن حكى في الإيضاح والمهذب البارع الإجماع عليه هنا^(٣).

وأما النطفة، فذهب الشيخ في النهاية إلى إجراء الحكم عليها هنا^(٤)، ونقل في المختلف عنه في المبسوط، أنه قال: لو أُلقت نطفة أو علقة، يقوى في نفسي تعلّق ذلك به^(٥)، قال: وأشار إلى انقضاء العدة وغيرها، قال العلامة: وعندي في إلقاء النطفة نظر^(٦).

واختار في التحرير^(٧) قول الشيخ، وهو المحكي عن الجامع^(٨)، ونقل السيوري إجماعهم على أنه لا عبرة بها في العدة^(٩)، وهو المشهور بينهم في الموضوعين على ما يظهر، والمسألة موضع إشكال.

(١) الكافي ٦: ١٨٨، تهذيب الأحكام ٨: ٣٧٥ / ٢١٢، وفيهما: عن أبي عبد الله عليه السلام، أنّ

أمير المؤمنين عليه السلام قال:.... الوسائل ٢٣: ١٥٨ أبواب المكاتب ب ١٤، ح ٢.

(٢) المبسوط ٥: ٢٤٠، المهذب ٢: ٢٩٢، عنه في مختلف الشيعة ٧: ٥٠٤، الدروس ٢: ٢٢١، الروضة البهية ٦: ٣٧٠.

(٣) إيضاح الفوائد ٣: ٦٣١، المهذب البارع ٤: ١٠٠.

(٤) النهاية: ٥٤٦.

(٥) المبسوط ٥: ٢٤٠.

(٦) مختلف الشيعة ٧: ٥٠٥.

(٧) تحرير الأحكام ٤: ٢٨٦، ٢٩٠.

(٨) الجامع للشرائع: ٤٧١.

(٩) التنقيح الرائع ٣: ٣٤١-٣٤٢.

وفي كلام الأكثر هنا إشكال من وجهين:

أحدهما: أنهم اعتبروا في العلوق صيرورته علقَةً أو مضغَةً، فيلزم بمقتضى كلامهم والروايات - كصحيحة ابن مارد السابقة^(١) - صحّة التصرّفات الناقلة الواقعة بعد الوطء إلى أن يصل إلى تلك الحال، وذلك في أربعين أو ثمانين يوماً، على ما ورد في الصحيح^(٢)، أو نصفهما على قول بعضهم، مع أنهم صرّحوا ببطلانها بأسرها، بعد ما انكشف الحمل، كما يظهر من العلامة وولده، والإسكافي، والشيخ في النهاية، والسيوري، والطوسي، والشهيد^(٣)، وغيرهم.

قال في المسالك: لو وطئ المولى أمته، جاز له بيعها مع عدم تيقّن^(٤) الحمل، ثم إن ظهر بها حمل منه، تبين بطلان البيع؛ لكونها أمً ولد، ثم نقل الإجماع على ذلك، ولم يفرّق بين أزمنة وقوع البيع^(٥).

وقد وردت روايات كثيرة^(٦) في مَنْ اشترى جاريةً، فوطئها فوجدها حبلى، أنه يردها إلى البائع.

(١) في ص ٢٦.

(٢) الكافي ٦/١٦: ٧، الوسائل ٧: ١٤٠، أبواب الدعاء ب ٦٤، ح ١.

(٣) قواعد الأحكام ٣: ٢٥٨-٢٥٩، إيضاح الفوائد ٣: ٦٣١، عنه في مختلف الشيعة ٨: ١٥١، النهاية: ٥٤٦-٥٤٧، التنقيح الرابع ٣: ٤٨٢، الوسيلة: ٣٤٣، اللمعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأول ١٣): ٢٦٨.

(٤) في المصدر: تبين.

(٥) مسالك الافهام ٣: ٢٨٨.

(٦) منها: ما في الكافي ٥: ٢١٤/٢، الاستبصار ٣: ٨٠/٢٧٠، الوسائل ١٨: ١٠٥، أبواب أحكام العيوب ب ٥، ح ١.

وحملها العلامة في المختلف على ما إذا كان الحمل من البائع، ولم يفرّق بين تصرّف المشتري بالوطء أو غيره، في وجوب الردّ وبطلان البيع^(١)، وهو اختيار الإسكافي، وظاهر النهاية والوسيلة^(٢).

وهو وجه قريب منطبق مع القواعد المقرّرة، المستفادة من سائر الروايات، وفتاوى الأصحاب، وموافق لما يستفاد من هذه الروايات كون الردّ على وجه الوجوب.

ومّا يدلّ على أصل الحكم: أنّ المولى لو وطئ جاريته ومات بعد الوطء، فظهر الحمل ووضعت، فيُحكم بكونها أمّ ولدٍ، وجرت أحكامها عليها من حين موت المولى ولو كان الولد نطفةً في ذلك الوقت، وهو مجمع عليه بين الأصحاب، ومذكور في الأخبار^(٣).

وكذا^(٤) مادّل على وجوب استبراء الأمة قبل البيع إذا وطئها المولى^(٥)، وكذلك بعد البيع بالنسبة إلى المشتري^(٦)، وما دلّ على تقويم الأمة المشتركة والأمة التي هي من الفيء على مَنْ وطئها ممّن له سهم فيها، إذا حبلت أو احتمل الحمل^(٧).

(١) مختلف الشيعة ٥: ٢٠٦ - ٢٠٧.

(٢) النهاية: ٣٩٣، الوسيلة: ٢٥٦، وعن الاسكافي في مختلف الشيعة ٥: ٢٠٦،

(٣) تهذيب الأحكام ٨: ٣٣٧/٩٦، الكافي ٦: ١٩٢/٣، الوسائل ٢٣: ١٧٥، أبواب الاستيلاء،

ب ٦، ح ١.

(٤) في وف، ك: كذلك.

(٥) الكافي ٥: ٤٧٢/٤، الوسائل ١٨: ٢٦٠، أبواب بيع الحيوان، ب ١١، ح ٢.

(٦) الكافي ٥: ٤٧٢/٢، الوسائل ١٨: ٢٥٧، أبواب بيع الحيوان، ب ١٠، ح ١.

(٧) الكافي ٧: ١٩٤/١، الوسائل ٢٨: ١١٩ - ١٢٠، أبواب حدّ الزنا، ب ٢٢، ح ٤ و ٦.

ثانيهما: أنه يلزم على ما قالوا: أنه لو وطئ الأمة غير مالك لها فأحبلها، ثم ملكها قبل أن يصير الحمل علقةً أو مضغةً، فتكون أم وليد له، كما لو انعكس الأمر لم تكن أم وليد له؛ لأن العبرة بحال العلوق بالمضغة أو العلقه، ومن المعلوم من فتاوى المعترين لوقوع العلوق من المالك أنهم يعتبرون كون الوطء حال الملك، كما يظهر لمن تتبعها ونظر في أدلتهم.

فإن قلت: إن النطفة قد تفسد ولا تصير مبدأ نشوء آدمي، فلا يعلم كونها كذلك، إلا بعد بلوغها إلى حد المضغة أو العلقه.

قلنا: وكذلك المضغة والعلقه إذ قد تفسد ولا تصل إلى حد ولوج الروح، بل تسقط قبل ذلك.

وأقصى ما يمكن أن يقال في الجواب عن الإشكاليين: أن المعتر إنما هو العلوق بما يكون مبدأ نشوء آدمي، بحيث يعلم أنه لو بقي ولم يسقط لكان يصير آدمياً، وهذا حاصل في المضغة، بل في العلقه بعد العلم بكونها علقه بشهادة أهل الخبرة.

وكذلك النطفة في أول حصولها إذا بلغت إلى حد إحداها، فإنه ينكشف بذلك كونها بذلك الوصف، وأما إذا لم تصل إلى هذا الحد، فلا يحصل العلم بكونها كذلك أولاً، فلذلك لم يعتد بها إذا سقطت وهي نطفة، فالعبرة حيثئذ بالعلوق بالنطفة الموصوفة بهذا الوصف، وبوقوعه في الملك، فاندفع الاشكالان معاً إذا تمت المقدمة المذكورة.

وعلى هذا يبتنى حال العلقه، والمرجع في الجميع إلى أهل الخبرة، وربما كان منشأ اختلاف الأصحاب اختلاف الخبرين بذلك.

ولا يخفى أنّ الشارع جعل للجناية بإلقاء النطفة ديةً، إلّا أنّه ليس كلّ نطفةً مبدأً نشوء آدمي، كما يقتضيه كلام الأكثر، فالعلم بالنطفة ممكن وإن سقطت وهي نطفة، لكنّها لا تستلزم كونها متّصفّةً بما ذكرنا؛ فلذلك تخلف الحكم عنها.

ولمّا كان تحقيق بعض شرائط الاستيلاد ممّا يحتاج إليه في تضاعيف الأحكام الآتية؛ فلذلك تعرّضنا له هنا، وأمّا تفصيل شرائطه ففي باب الاستيلاد من كتاب العتق.

وإذا تحقّق الاستيلاد بشرائطه المعتبرة سواء وقع في حال الصّحة أو المرض فهو مانع من صّحة التصرّفات الناقلة للأمة من ملك المولى إلى ملك غيره، أو المعرضة لها للدخول في ملك غيره كالرهن، على خلافٍ في ذلك.

وهذا من الموانع التي لا تقبل التدارك، ولا ترتفع برضا الجارية، ولا بموت ولدها بعد التصرّف، بل يطرد الحكم في جميع الصّور، إلّا في المواضع المستثناة.

وكّل من الحكمين إجماعي في الجملة بين الأصحاب وإن خالف العامة في الثاني، فلم يستثنوا شيئاً، كما هو المنقول عن المذاهب الأربعة، وإنّما الخلاف بيننا في تحقيق موضع الاستثناء.

وأجمع أصحابنا أيضاً أنّها لا تتحرّر بالاستيلاد، ولا بالموت من حيث هو، بل هي كسائر الإماء في سائر التصرّفات، وإنّما منع من التصرّف الناقل؛ لتشبهها بالحرّة، من حيث إنّها لو بقيت وبقي ولدها بعد المولى،

وكان ممن يستحقّ إرثاً، أعتقت كلاً أو بعضاً من نصيب الولد؛ لعدم استقرار ملكه على أمه، وقد أوجب الشارع بأن تجعل في نصيب ولده بها وسعه، فإن تساوى فظاهر، وإن زاد النصيب أخذ باقيه من الباقي، وإن نقص سعت أمّه في قيمة الباقي، أو أخذت من الولد إن كان له مال يفي بها، على خلاف في ذلك.

ولما ذكرنا أجمعوا أيضاً على أنّ الحكم بالمنع مطلقاً مشروط ببقاء ولدها، فلو مات في حياة الأب كانت كغير المستولدة إذا لم يخلف الولد ولداً، ولو خلفه ففي إجراء حكم الولد عليه خلاف بين الأصحاب، فيحتمل الإلحاق؛ نظراً إلى صدق اسم الولد عليه، فيندرج في إطلاق الأدلة؛ وتغلياً للحرية وأحكامها، والعدم؛ لكونه حقيقة في ولد الصلب، وظهور إرادته من جملة من الأخبار، وإطلاق ما دلّ من النصوص والإجماعات على جواز بيعها بعد موت ولدها؛ وللاقتصار في مخالفة الأصل على موضع اليقين.

ويحتمل التفصيل بين كونه وارثاً بأن لا يكون للمولى ولد للصلب وعدمه؛ لمساواته مع الولد في الأول من جميع الجهات المقترضة للمنع، بخلاف الثاني.

ويظهر من القواعد والدروس^(١) وغيرهما التردّد في الحكم.

والأول خيرة الإيضاح^(٢)، والثالث خيرة المهذب البارع ونهاية المرام^(٣).

(١) قواعد الأحكام ٣: ٢٥٩، الدروس ٢: ٢٢٣.

(٢) إيضاح الفوائد ٣: ٦٣٦.

(٣) المهذب البارع ٤: ١٠٦، نهاية المرام ٢: ٣١٨.

ولعل الأوسط أوسط.

وإنما يتَّجه التفصيل فيما إذا مات المولى، وورثه ولد ولده، فإنَّه يعتق عليه ما يستحقُّه من أمِّه، ولا كلام في ذلك؛ لأنَّه يثبت في ولدها الذي حملت به قبل ملك أبيه لها، بل قد يتَّفَق في سائر ورثة المولى ممَّن تنعتق تلك الأمة عليهم أو المملوك، ولا يكفي في المنع من التصرَّفات مجرد الصلَاحية للإرث والانعقاد، فالحكم حيثنَّذ دائر مع صدق اسم الولد، وهو ممنوع كما سمعت، وعلى القول بصدق الولد، اعتبر فيه ما يعتبر في الولد.

[المواضع المستثناة من حرمة بيع أمِّ الولد]

وأما مواضع الاستثناء على ما فيها من الوفاق والخلاف فصور عديدة:

الصورة الأولى^(١): إذا كان ثمنها دَيناً على مولاها، ولم يكن له من المال ما يؤدِّي منه الثمن سواها، وفيها أقوال:

الأول: عدم جواز البيع مطلقاً، وهو الذي يظهر من السيد في الانتصار، حيث قال: ومَّا انفردت به الإمامية القول بجواز بيع أمِّهات الأولاد بعد وفاة أولادهنَّ، ولا يجوز بيع أمِّ الولد وولدها حيَّ، وهذا هو موضع الانفرد، فإنَّ ممَّن يوافق الإمامية في جواز بيع أمِّهات الأولاد يخالفها في التفصيل الذي ذكرناه.

ثم استدلَّ بإجماع الإمامية، وأطال الكلام في الأدلة الدالة على جواز

(١) في «ف، حج»: الموضع الأول.

البيع، رداً على المخالفين^(١).

وحكى ابن إدريس عنه أنه قال: لا يجوز بيعها ما دام الولد باقياً، لا في الثمن ولا في غيره^(٢).

وكأنه استنبط ذلك من الاطلاق المذكور، واقتصر العلامة في المختلف على نقل ذلك عن ابن إدريس^(٣).

الثاني: جوازه بعد موت المولى، ومنعه في حال حياته، ذكر هذا القول كثير من الأصحاب، وقلما يخلو منه مصنف من الفاضلين^(٤) ومن بعدهما.

والمشهور بينهم حكاية الخلاف في ذلك عن ابن حمزة، ونقل فخر الإسلام ذلك عنه، وحكى عن والده في المختلف أنه قال: ونحن في هذه المسألة من المتوقفين، ثم قال هو: والأقوى عندي أنه لا تباع أم الولد^(٥).

ولا أعلم الوجه فيما نقل عن ابن حمزة، ولا فيما نقل هو عن والده. أما ابن حمزة فقال في الوسيلة - على ما وقف عليه - في كتاب البيع: ويجوز بيع أم الولد إذا مات ولدها، أو في ثمن رقبته مع بقاء

(١) الانتصار: ٣٨٣-٣٨٤.

(٢) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٣: ٣٣.

(٣) مختلف الشيعة ٨: ١٥١.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ١٢٧، المختصر النافع: ٢٤٠، قواعد الأحكام ٣: ٢٥٩، تحرير الأحكام

٢٨٧: ٤.

(٥) إيضاح الفوائد ٣: ٦٣٦.

الولد^(١).

وقال في كتاب العتق: فإذا صارت أم ولد وهي في ملكه أو في ملك غيره ثم ملكها لم يخل: إمّا بقي ولدها أو مات، فإن بقي لم يخل: إمّا بقي ثمن رقبتها في ذمة سيدها أو لم يبق، فإن بقي لم يخل: إمّا مات سيدها أو كان حيّاً، فإن بقي ثمنها في ذمة سيدها، ولم يكن له مال سواها، لزمه بيعها في ثمن رقبتها، وإن كان له مال سواها قضى الدّين منه، ولم يجز له بيعها مادام ولدها حيّاً، وإن مات سيدها ولم يكن له مال سواها، وكان ثمنها في ذمة سيدها، عادت بولدها رقّاً، وإن كان له مال سواها، قضى الدّين من المال سواها، وجُعِلت في نصيب ولدها وعتقت عليه، وإن قصرت التركة عن ذلك، عتق منها نصيب الولد عليه، واستسعت^(٢) لباقي الورثة في نصيبه، وإن كان عليه دين في غير ثمن رقبتها، قُومت على ولدها، فإذا بلغ ألزم أداؤها، فإن لم يكن له مال استسعى فيه، فإن مات قبل البلوغ، بيعت في الدّين، وإن مات ولدها، صحّ بيعها على كلّ حال^(٣). انتهى كلامه بتمامه.

وهو نصّ في أنّه لا فرق بين موت المولى وحياته في الحكم المذكور وإن كان بينهما فرق من جهة أخرى.

وأما العلامة في المختلف فعنون أولاً مسألة لبيان أصل الحكم في

(١) الوسيلة: ٢٤٨.

(٢) في «ك»: واستسعت.

(٣) الوسيلة: ٣٤٣.

المسألة، جوازاً وعدمًا، وعنون مسألة أخرى وقال ما لفظه: الأقرب أنه لافرق في ذلك بين أن يكون السيد حيًّا أو ميتًا، ونصّ عليه ابن الجنيّد فقال: وكذلك حالها في حياة سيدها، وهو الظاهر من كلام الشيخين، وقال ابن حمزة: فإن مات سيدها ولم يكن له مال سواها، وكان ثمنها في ذمة سيدها، عادت بولدها رقًا، وليس بجيد؛ لأنه ولد حرّ^(١).

وعنون في آخر الفصل مسألة أخرى، وقال: المشهور أنه لا يجوز بيع أمّ الولد، إلّا في ثمن رقبتها إذا كان دينًا على مولاها، وليس له سواها، وقال ابن حمزة: وإن مات سيدها وعليه دينٌ في غير ثمن رقبتها - وذكر عبارته إلى قوله - بيعت في الدين، ثم ذكر حجج القولين، وقال: ونحن في هذه المسألة من المتوقّفين^(٢). انتهى، فتوقفه في غير الثمن بعد موت المولى، لا في الثمن في حياته.

وأما ما ذكره في المسألة الوسطى، فاضطراب كلامه ظاهر فيها؛ إذ لم ينقل عن ابن حمزة ما يدلّ على المخالفة في الحكم المذكور، ولا أورد عليه بشيء يربط بذلك.

وقد تبين: أنه لا خلاف لابن حمزة في ذلك، وأنّ الخلاف حينئذٍ لفخر الإسلام^(٣)، وكان منشأ التوهم المذكور، فينتفي بانتفائه، مع أنه قد وافق المشهور في كتاب البيع^(٤).

(١) مختلف الشيعة ٨: ١٥١-١٥٢.

(٢) مختلف الشيعة ٨: ١٥٧.

(٣) إيضاح الفوائد ٣: ٦٣٦.

(٤) إيضاح الفوائد ١: ٤٢٨.

الثالث: جواز بيعها في ثمنها في حياة المولى، وأمّا بعد موته فإن لم يخلف غيرها قُومت على ولدها، وتُترك إلى أن يبلغ، فإذا بلغ أُجبر على ثمنها، فإن مات قبل البلوغ، بيعت في ثمنها، وقضي به الدّين.

وهذا قول الشيخ في باب أمّهات الأولاد من النهاية^(١)، وذكره في كتابي الأخبار في مقام الجمع^(٢)، وهو الذي يقتضيه الجمع بين كلام أبي المكارم في البيع^(٣) والميراث^(٤)، وهو قريب من قول ابن حمزة في الدّين غير ثمنها^(٥).

وأفتى الشيخ قبل ذلك في باب السراري وملك الأيمان من النهاية^(٦) بالقول الرابع، كما هو المشهور.

وحكى الحلّي في السرائر: أنّ الشيخ رجع عن قوله في باب أمّهات الأولاد في عدّة مواضع، قال: ولا شكّ أنّ هذا خبر واحد أورده هنا إيراداً لا اعتقاداً^(٧).

واعلم: أنّ الشيخ لم يشترط في ذلك الباب إعسار المولى في حياته، إلّا أنّه في باب السراري شرط أن لا يكون معه غيرها، فالإطلاق منزّل على

(١) النهاية: ٥٤٧.

(٢) تهذيب الأحكام ٨: ٣٣٧.

(٣) غنية النزوع ١: ٢٠٨.

(٤) غنية النزوع ١: ٣٣٠.

(٥) الوسيلة: ٣٤٣.

(٦) النهاية: ٥٠٠.

(٧) السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٣: ٣٥.

ذلك، كما هو ظاهر.

الرابع: جواز بيعها في الصورة المذكورة مطلقاً، وهذا هو اختيار الإسكافي، والحلي، والطوسي، والشيخين في المقنعة وبعض مواضع النهاية، وابن سعيد في النزهة، والمحقق في كتاب العتق والنكاح من الشرائع، بل ومن النافع أيضاً، والعلامة في المختلف والإرشاد، وكتاب العتق من القواعد، وولده في كتاب البيع من الإيضاح، والشهيدان في الدروس واللمعة والروضة والمسالك، والسيوري في كنز العرفان، والصيمري في الشرح، والمحقق الكركي في الشرح والتعليق، وأبي العباس في المهذب^(١).

وهو ظاهر الحلبي والسيوري في التنقيح، والشيخ في الخلاف^(٢). وتردد الفاضلان في التحرير وبيع الشرائع والقواعد في اشتراط موت المولى^(٣)، ولم يترددوا في عدم اشتراط حياته. وربما يظهر من كلامهم ومن نفي الشهيد الثاني في الروضة^(٤) وغيره أنه

(١) عنه في مختلف الشيعة ٨: ١٥١، السرائر (ضمن موسوعة ابن إدريس) ١٣: ٣٣، الوسيلة: ٣٤٣، المقنعة: ٦٠١، النهاية: ٥٤٦، نزهة الناظر: ٨٠، شرائع الإسلام ٣: ١٢٧، والمختصر النافع: ١٨٤، مختلف الشيعة ٨: ١٥١، وفي حكاية قول الاسكافي، إرشاد الأذهان ١: ٣٦١، قواعد الأحكام ٣: ٢٥٩، إيضاح الفوائد ١: ٤٢٨، الدروس ٢: ٢٢٢، اللمعة الدمشقية (ضمن موسوعة الشهيد الأول ١٣): ١٣٧، الروضة البهية ٣: ٢٥٦-٢٥٧، مسالك الافهام ٣: ١٧٠، كنز العرفان ٢: ١٢٩، غاية المرام ٢: ٢١، جامع المقاصد ٤: ٩٨، حاشية إرشاد الأذهان (ضمن حياة المحقق الكركي) ٩: ٣٤٠، المهذب البارع ٤: ١٠٣.

(٢) الكافي في الفقه: ٣٠٠، التنقيح الرائع ٣: ٤٨٢، الخلاف ٦: ٤٢٣.

(٣) تحرير الأحكام ٤: ٢٨٧، شرائع الإسلام ٢: ١٦، قواعد الأحكام ٢: ٢٣.

(٤) الروضة البهية ٣: ٢٥٧.

موضع وفاق.

ولم يصرح الحلبي والشيخ في الخلاف على اشتراط إعسار المولى، وكأنه إحالة على الظهور.

وكذلك المفيد وأبو المكارم لم ينصا على حكمها بعد موت المولى، وإنما نسبوا البيع إليه.

لكن لا ينبغي التأمل في أن ما ثبت في حياته يثبت بعد وفاته، وبالخصوص أنها لم يذكر احكاماً مخالفاً في هذه الحال.

والمحقق أيضاً في بعض المواضع اقتصر على ذكر بيع المولى^(١)، ولا تأمل في فتواه بالعموم.

[أدلة المصنّف على القول الرابع وهو مختاره]

والمعتمد من هذه الأقوال هو الأخير، لنا وجوه:

الأول: أن الأصل في كلّ ملك جواز نقله إلى الغير بالبيع وغيره، وأمّ الولد ملك المولى إجماعاً، ولا دليل يُعتمد عليه في المنع من بيعها مطلقاً غير الإجماع، وهو مفقود هنا.

الثاني: إجماع الأصحاب على ذلك تمنّ عدا السيّد المرتضى^(٢) كما عرفت، وعبارته ليست نصّاً في المخالفة، وإنما قصد بها الردّ على المخالفين؛ حيث لم يوافقوا على التفصيل بين بقاء الولد وموته، ولما كان

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٦، ٣: ١٢٧.

(٢) الإنتصار: ٣٨٣.

التفصيل بذلك مجمعاً عليه بين الأصحاب، فلذلك نقل الإجماع عليه، وخلافه إن ثبت لم يُعتدّ به، بعد إطباق سائر الأصحاب على خلافه.

وأما خلاف ابن حمزة^(١)، فقد علمت أنه خلاف مذهبه.

وأما خلاف الشيخ في النهاية^(٢) فقد علمت ما فيه، مع أنه يمكن الرد عليه: باستصحاب الحكم الثابت في حياة المولى، وبأولويته في حال موته؛ إذ ليس بعد الموت حالة منتظرة للأداء من غير جهة التبرّع؛ لعدم اعتبارها في مثل ذلك.

وبما دلّ على تقديم الدّين على الإرث، وأنّ اعتناق أمّ الولد من نصيب الولد أي نصيبه الذي يستقرّ له بعد أداء الحقوق الواجبة، كما هو الظاهر منه، والمفروض عدم النصيب لولدها، فينتفي العتق، فيتعلّق حقّ الدّين بها، فتباع في أدائه؛ للتلازم الظاهر بين هذه الأحكام.

وما دلّ على أنّه لا يجب على الولد أداء دّين الوالدين، وأنّ للغرماء أن يستوفوا حقوقهم من التركة إذا لم يؤدّها الورثة، وبالخصوص مَنْ كان ماله موجوداً بعينه، ولا يعارضه دّين آخر، وأمّا دليل الشيخ فيأتي الكلام فيه.

الثالث: مارواه الصدوق والكليني والشيخ - في الصحيح - عن عمر ابن يزيد، قال: قلت لأبي ابراهيم عليه السلام: أسألك، قال: «سَلْ»، قلت: لمّ باع أمير المؤمنين عليه السلام أمّهات الأولاد؟ قال: «في فكاك رقابهنّ»، قلت:

(١) الوسيلة: ٣٤٣.

(٢) النهاية: ٥٤٦.

وكيف ذلك؟ قال: «أيما رجل اشترى جارية فأولدها، ثم لم يؤدّ ثمنها، ولم يدع من المال ما يؤدى عنه، أخذ ولدها منها وبيعت، وأدّى ثمنها»، قلت: فيبعن فيما سوى ذلك من دين؟ قال: «لا»^(١).

وما رواه الكليني والشيخ - بسند لا بأس به إلا من اشتماله على معل بن محمد وقد عدّ من مشايخ الإجازة^(٢) - عن عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام، قال: سألت عن أم الولد تباع في الدين؟ قال: «نعم، في ثمن رقبته»^(٣).

وضعف هذا الخبر أو قصوره منجر بعمل الأصحاب، والراوي والمروي عنه فيهما واحد، وهما مختلفان في الدلالة، وضوحاً وخفاءً، فالإطلاق في الثاني مقيد بما إذا لم يكن للمولى ما يؤدى منه الثمن، كما نصّ عليه في الأول، والأول صريح في وقوع البيع مع وجود الولد، والثاني متناول لذلك، بل ظاهر فيه؛ لأنّ أم الولد وإن كانت قد تطلق على من مات ولدها لكنه حينئذ يجوز بيعها مطلقاً، ولا يختصّ بما إذا كان في ثمنها، فالتخصيص بذلك دليل إرادة ما نصّ عليه في الأول، والثاني يعمّ صورتي حياة المولى وموته، وكذلك أول الأول، بل وآخره أيضاً، وليس أوله قضية حالٍ لاعموم فيها، بل ظاهره قصد بيان الحكم الذي يبنى عليه

(١) من لا يحضره الفقيه ٣: ٨٣ / ٢٩٩، الكافي ٦: ١٩٣ / ٥، تهذيب الأحكام ٨: ٣٣٦ / ٩٤، الوسائل ٢٣: ١٧٠، أبواب الاستيلاء، ب ٢، ح ١.

(٢) انظر: نقد الرجال ٤: ٣٩٨.

(٣) الكافي ٦: ١٩٢ / ٢، تهذيب الأحكام ٨: ٣٣٥ / ٩١، الوسائل ١٨: ٣٧٨، أبواب بيع الحيوان، ب ٢٤، ح ٢.

العمل، ويؤخذ بمقتضاه.

ولعل هذا هو السبب في حكم الشهيد الثاني بإطلاقه وشموله للصورتين^(١).

وأما قوله عليه السلام: «أيما رجل» إلى قوله: «ولم يدع من المال»، فهو وإن كان ظاهراً في البيع الواقع بعد موت المولى، ويومئ إليه أيضاً قوله: يبيعت، لكنه لا يقتضي تقييد الإطلاق؛ لاحتمال كون الغرض بيان إحدى الصورتين في مقام التمثيل، وإطلاق الخبر الثاني يكشف عن كونه تمثيلاً، لا تخصيصاً ولا بياناً؛ لأن بيع أمير المؤمنين عليه السلام كان في هذه الصورة خاصة.

وقد فهم الأصحاب ذلك أيضاً، كما يظهر منهم؛ حيث لم يخصوا الحكم بذلك، ولم يعتبروا مفهومه.

وأما قوله: «لم باع أمير المؤمنين عليه السلام»، فلا يقتضي كون البيع صادراً منه، وأنه وقع بعد موت المولى؛ لأنه في حياته هو الذي يباشر البيع؛ وذلك لأنه لا فرق بين حياته وموته في أن المباشر هو المولى مع وجوده، والوارث بعد موته، فلا وجه لمباشرته عليه السلام إلا بطريق الوكالة أو الولاية حيث وجد سببها، كامتناع المولى أو الوارث أو صغره أو نحو ذلك، فالوجه في اسناده إليه: إما ذلك، فيعمّ الصورتين، أو حكمه عليه السلام بالبيع عموماً، أو في الموارد الخاصة؛ لأن مثل ذلك مما يرجع فيه إليه عليه السلام؛ لتعلق حق الله سبحانه وتعالى وحق أم الولد ببقائها؛ لتحصيل انعاقها مع حصول

شرائطه.

وأما قول السائل: فيعين، فمع أنه في كلامه لا إيماء فيه على موت المولى أيضاً، وبالخصوص إذا قصد التعميم للصورتين كما قلنا.

ثم إن الخبر الأول صريح في ردّ قول المرتضى والشيخ، والثاني ظاهر في ذلك.

وقد روى المشايخ - في الصحيح أو الحسن - عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألت عن أمّ الولد، قال: «أمة تباع، وتورث، وتوهب، وحدها حدّ الأمة»^(١).

ولم يقصد جواز ذلك، بل هو قضية مهمة ذكرت لإثبات كونها أمة مملوكة، وليست حرة كما زعم العامة^(٢).

أما الحدّ فمطرّد في جميع أفرادها قبل أن تعتق من نصيب ولدها.

وأما البيع فذلك في الصورة التي فرضناها أو نحوها، أو بعد موت ولدها، والفرض أنّها لو كانت حرة، لما جاز بيعها بعد موت ولدها.

وأما الإرث فمطرّد إن لم يقصد الإرث المستقرّ، وإلاّ فمحمول على ما ذكر.

وأما الهبة فإنّما من المولى، فتكون بعد موت ولدها، أو من غيره بعد

(١) الكافي ٦: ١٩١ - ١/١٩٢، من لا يحضره الفقيه ٣: ٨٢/٢٩٤، تهذيب الأحكام ٨: ٣٣٥

٩٠/، الوسائل ١٨: ٢٧٩، أبواب بيع الحيوان، ب ٢٤، ح ٣.

(٢) المدونة الكبرى ٣: ١٤١١ - ١٤١٢، المبسوط للرخصي ٧: ١٣٠، المجموع ٩: ٢٢٩.

الشراء في الصورة المزبورة ونحوها.

ويحتمل أن يقصد بيان حكم أم الولد بعد موت ولدها، فلا دلالة فيه على المراد أصلاً.

[دليل السيّد المرتضى على القول الأول]

احتجّ المرتضى بالإجماع^(١) كما سبق.

ويمكن أن يحتجّ له باستصحاب المنع الثابت قبل الموت وقبل الإعسار، وبعموم المنع في صحيحة ابن مارد^(٢) المتقدمة، وما دلّ على أنها تعتق على ولدها^(٣)، وما دلّ على وجوب الاستبراء على المولى، إذا وطئها وأراد بيعها^(٤)، فإنّ الغرض منه أنّه لو تبيّن بها حمل فلا يبيعها، وكذلك اختصّ بصورة وطء المولى، فإذا منع من البيع مطلقاً؛ لاحتمال الحمل، فيمنع مطلقاً مع تحقّقه بطريق أولى.

والحكم بوجوب الاستبراء مجمع عليه بين الأصحاب، والروايات عليه كثيرة، ولم يفرّق فيها بين ما إذا احتجّ إلى بيعها في أداء ثمنها، وغير ذلك.

وما رواه الشيخ عن جعفر بن محمد بن اسماعيل بن الخطّاب: أنّه كتب إليه يسأله عن ابن عمّ له، كانت له جارية تخدّمه وكان يطؤها، فدخل يوماً

(١) ساقطة من «ش».

(٢) تهذيب الأحكام ٨: ٤١ - ٤٢ / ٨٩٤، الوسائل ٢١: ٢٠١، أبواب نكاح العبيد، ب ٨٥،

ح ١.

(٣) الكافي ٦: ١٩٢-١٩٣/ ٤، الوسائل ٢٣: ١٧٣، أبواب الاستيلاد، ب ١١، ح ٢.

(٤) الكافي ٥: ٤٧٢-٤٧٣/ ٤، الوسائل ١٨: ٢٦٠، أبواب بيع الحيوان، ب ١١، ح ٢.

إلى منزله فأصاب معها رجلاً تحدّثه، فاستراب بها فهذّب الجارية، فأقرّت أنّ الرجل فجر بها، ثمّ إنّها حبّلت فأنت بولد؟ فكتب عليه السلام: «إن كان الولد لك، أو^(١) فيه مشابة منك، فلا تبعها^(٢)، فإنّ ذلك لا يحلّ لك، وإن كان الولد^(٣) ليس منك، ولا فيه مشابة منك، فبيعه وبيع أمّه^(٤)».

ولا يبعد كون المكتوب إليه هو الهادي عليه السلام؛ لأنّ الكاتب من أصحابه^(٥).

وما رواه الشيخ والصدوق عن السكوني، عن جعفر بن محمّد عن أبيه عليه السلام: «أنّ عليّاً عليه السلام أتاه رجل فقال: إنّ أمتي أرضعت ولدي، وقد أردتُ بيعها، فقال: خذ بيدها وقل: من يشتري مني^(٦) أمّ^(٧) ولدي^(٨)».

وهذا يدلّ على وضوح الأمر في بطلان بيع أمّ الولد وشهرته، وهي واردة في حال بقاء الولد.

ويمكن لمن جوّز البيع بعد الموت خاصّةً أن يستند بهذه الأدلّة، فإنّها إنّما تقتضي المنع من بيع المولى لها، ومادّل على أنّها تعتق على الولد مخصوص بما إذا لم يمنع الدّين من إرث الولد، وهو خلاف المفروض،

(١) في المصدر: و.

(٢) في المصدر: فلا تبعها.

(٣) في المصدر: الابن.

(٤) تهذيب الأحكام ٨: ٢٦٨ / ٢٢٣.

(٥) رجال الطوسي: ٣٨٤ / ٥٦٥٥.

(٦) ساقطة من «م».

(٧) ساقطة من «ع، ك، م».

(٨) تهذيب الأحكام ٧: ٣٨٠ / ٢٩٧، من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٠٩ / ١٤٨٨، الوسائل ٢٠:

٤٠٧، أبواب ما يحرم بالرضاعة، ب ١٩، ح ١.

ولمّا دلت صحيحة عمر بن يزيد على جواز بيعها بعد موت المولى في ثمنها، حُكِمَ بذلك، ووجب الاقتصار عليه.

وأما الرواية الأخرى فضعيفة، وقابلة للحمل على ما دلت عليه الصحيحة، فتُحْمَلُ عليها؛ لكونها مبيّنة.

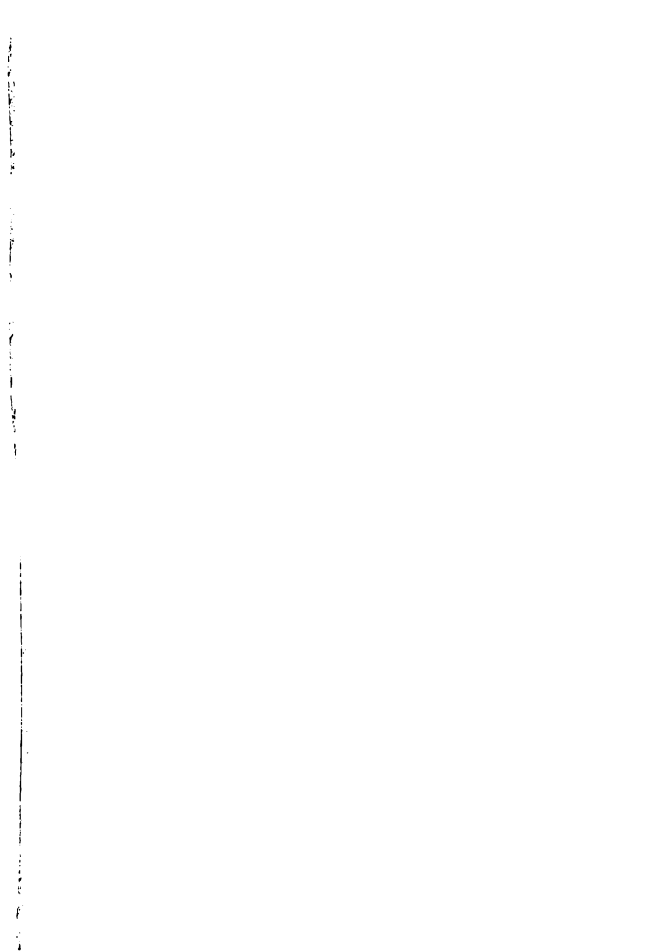
والجواب عن الإجماع قد عُلِمَ ممّا سبق، والاستصحاب لا يعارض الدليل، وصحيحة ابن مارد مطلقة، بل ظاهرة في عدم بقاء الثمن في ذمة المولى؛ لكونها عنده مدّة طويلة بعد الشراء، ويبعد بقاء ثمنها في ذمّته في هذه المدّة، وكيف كان فلا تعارض النصّ السابق.

وكذلك ما دلّ على الإعتراف على الولد، فإنّ ذلك إذا بقي في ملك المولى إلى أن يرث الولد.

والحكمة في وجوب الاستبراء مع ما ذكر أن لا يختلط الأنساب؛ فلذلك عمّ الصُّور مطلقاً، وثبت فيما إذا جاز البيع بعد فرض تبين الحمل في حياة المولى وبعد موته، فإنّه لا يجوز للورثة بيع الأمة التي وطئها المولى قبل الاستبراء وإن كان في أداء ثمنها.

والرواية الأخرى مع إضمارها وجهالة الراوي مطلقة، ولا دلالة فيها على أنّ تملك المولى للجارية بطريق الشراء أو سائر المعاوضات، ولا على بقاء الثمن في ذمّته، وترك الاستفصال في مثل ذلك غير مُجْدٍ، كما لا يخفى، مع أنّ إطلاقها - بعد تسليمه - مقيد بما ذكرنا من الدليل، والجواب عمّا أُورِدَ عليه معلوم ممّا سبق، فلا يعاد.

الفهرس



الصفحة	الموضوع
٥	مقباس في أنه لا استظهار في أيام العادة
٦١	مقباس في إجماع الإمامية وغيرهم على أن النقاء في نفسه ليس حيضاً
٩٥	المقصد الثالث / في الطهارة الترابية
٩٥	مقباس في بيان وقت التيمم
١٠٩	كتاب البيع
١١١	المصباح الثاني: في العقود
١١٣	المطلب الأول: في الأمور العامة لأقسامه
١١٣	المبحث الأول: في ماهيته
١١٣	مقباس في إطلاق لفظ البيع
١١٩	المبحث الثاني: في شروط المتبايعين
١١٩	مقباس في شروط المتبايعين
١١٩	الأول من الشروط: البلوغ
١٢٦	مواضع الإشكال في معاملة غير البالغ
١٢٦	الموضع الأول: بيع من بلغ عشرأ
١٣٢	الموضع الثاني: بيع المميز مطلقاً أو إذا أذن له الولي
١٤٦	الموضع الثالث: بيعه وشرأه إذا أذن له الولي في مقام الاختبار
١٤٧	الموضع الرابع: بيع المميز، وشرأه وكالة
	الموضع الخامس: بيعه وشرأه فيما جرت العادة منه به للشيء اليسير على

وجه الاستقلال	١٤٩
الثاني من الشروط: العقل	١٥٥
الثالث من الشروط: القصد	١٥٧
اعتبار تعيين المالكين في النقل والانتقال	١٦١
شروط أخر لصحة العقد	١٦٦
الشرط الأول: الاختيار	١٦٦
بيان حد الإكراه	١٦٨
متعلق الإكراه الأفعال دون النية والقصد	١٨٧
صُور المخالفة لما أكره عليه	١٧٣
في صُور الإكراه على مقدار الثمن أو الوصف	١٧٦
استثناء الإكراه بحق	١٨١
الإكراه على المباشرة، أو على المباشرة والتصرف	١٨٥
الشرط الثاني: الملك وما في حكمه	١٩٢
بيع الفضولي	١٩٢
البحث في مواضع بيع الفضولي	١٩٣
الموضع الأول: أن يبيع الفضولي معيناً	١٩٣
حجج القائلين بالبطلان مطلقاً	٢٣١
في بيان وجه القول بصحة البيع وبطلان الشراء	٢٤٩
الموضع الثاني: أن الفضولي قصد المعاملة لنفسه لا للمالك	٢٥٢

- ٢٥٧ وجوه الإشكال في صحّة بيع الفضولي الغاصب
- ٢٦٣ الموضوع الثالث والرابع: أن يبيع مال الغير أو يشتريه
- ٢٧٢ الموضوع الخامس والسادس: أن يكون للعقد مجيز واقعاً أو بزعم العاقد..
- ٢٩٢ الموضوع السابع: أن يبيع موصوفاً في الذمة، أو يشتري به
- ٣٠٠ الثالث من الشروط المختلف فيها: أن يكون طلقاً
- ٣٠٢ الأمور الموجبة لنقص الملك
- ٣٠٣ السبب الأول: الوقفية
- ٣٠٥ صُور جواز بيع الوقف
- ٣٠٥ الصورة الأولى: أن يكون البيع أنفع للموقوف عليهم من تركه
- ٣٢٨ حجج الأقوال في بيع الوقف
- ٣٢٨ حجة المانعين من بيع الوقف
- ٣٣٤ حجة المجوزين لبيع الوقف
- ٣٤٤ تحقيق في كتاب الاحتجاج
- ٣٦٣ الصورة الثانية: أنه يباع لدفع الاختلاف بين أرباب الوقف أو رفعه
- ٣٨٧ الصورة الثالثة: أن يباع خوفاً من أن يؤول إلى الخراب أو التلف
- ٣٩٠ الصورة الرابعة: أن يباع بعد خرابه
- ٣٩٢ الصورة الخامسة: أن تباع النخلة الموقوفة المنقلعة ونحوها
- ٣٩٣ الصورة السادسة: أن يباع الوقف للموقوف عليه أو للناظر
- ٣٩٥ الصورة السابعة: أن يتلاشى ويضمحل بحيث لا يمكن الانتفاع به

- الصورة الثامنة: أن يباع شيء من الوقف مما تعلّق به الوقف على وجه
 الفرعية لا الأصالة لعمارة ما هو المطلوب بالأصالة ٣٩٧
- السبب الثاني: الاستيلاد ٤١٨
- المواضع المستثناة من حرمة بيع أم الولد ٤٢٧
- الصورة الأولى: إذا كان ثمنها ديناً على مولاها ٤٢٧
- أدلة المصنّف على القول الرابع ٤٣٣
- دليل السيّد المرتضى على القول الأوّل ٤٣٨