

الفتح

فتح المكي

بفتح الألف

الفتح
الفتح
الفتح

«١٣١٧-١٤١٣ هـ»

الفتح

تأليف

سماحة

الفتح

الفتح

الفتح

شبكة كتب الشيعة



shiabooks.net

رابطہ بدیل < mktba.net

التفہيم

في شرح المكياب

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين

والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين

والعنة لله على الأعداء والمخالفين

من الدين إلا قدامه يوم الدين

النَّقِيحُ

في شرح الملك كليب

تَقْرِيرُ الْأَجْمَلِ

الْأَسْنَانِي الْأَخْطَرُ سَمَاحَةُ اللَّهِ الْعَظِيمِ
السَّيِّدِ أَبُو الْقَاسِمِ مُحَمَّدُ بْنُ سَوَّادٍ الْخَوْجَنِي

« ١٣١٧ - ١٤١٣ هـ »

النَّبِيحُ

تَالِيفُ

سَمَاحَةُ اللَّهِ

السَّيِّدِ الشَّيْخِ مِيرزا عَلِيِّ الْغَرَوِيِّ

مُؤَدِّبُ

بَحْثُ الْأَسْنَانِي الْأَخْطَرِ الْخَوْجَنِيِّ



جميع الحقوق محفوظة ومسجلة
لمؤسسة احياء آثار الإمام الخوئي رحمته الله

مؤسسة احياء آثار الإمام الخوئي رحمته الله
ايران - قم - ص. ب: ٣٧١٨٥/٤٤٦

تلفاكس ٢٩٣٢٢٦٤

العراق

مؤسسة الامام الخوئي (قدس) / النجف الاشرف

تلفون : ٣٣٠١٦٠ - ٣٦٩٦٧٥

WWW.ALKHOEI.NET

الطبعة : الاولى

عدد النسخ ٢٠٠٠ نسخة

١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٥ م

ISBN ٩٦٤-٧٣٣٦-٣٦-٥

الكلام في المجيز

والكلام فيه يقع في أمور :

الأول : يشترط في المجيز أن يكون جائز التصرف حال الاجازة لا محالة فلو كان مجنوناً أو سفياً أو محجوراً عن التصرفات حال الاجازة فلا اعتبار باجازته كما هو ظاهر ، وهذا من دون فرق بين القول بالكشف والنقل ، وذلك لأنّ الكلام في شرائط المجيز من جهة أنه تصرف في المال فيعتبر في المتصرف أن يكون جائز التصرف في المال ، وأما أن أثر الاجازة الصادرة منه - بعد الفراغ عن صحتها - أي شيء هل تؤثر في الملكية من حين العقد أو من حين الاجازة فهو مطلب آخر لا ربط له بشرائط المجيز ، وإنما هو راجع إلى مقدار تأثيرها كما لا يخفى .

الثاني : أنه اشترط بعضهم في صحة الفضولي وجود مجيز حين العقد واستدل عليه العلامة (قدس سره) ^(١) بأنّ صحة العقد في حال العقد مع فقد المجيز ممتنعة فإذا امتنع في زمان امتنع دائماً ، لأنّ المستحيل لا ينقلب إلى الامكان بعد الاستحالة فوجود المجيز بعد العقد ممّا لا أثر له ، هذا أولاً .

وثانياً : أنّ المشتري يتضرر حينئذ لامتناع تصرفه في العين لاحتمال عدم الاجازة بعد ذلك ، ولا في الثمن لاحتمال صدور الاجازة من المالك ، ومقتضى شمول

قاعدة لا ضرر له عدم صحة المعاملة فيما إذا لم يكن مجيز للعقد حين المعاملة ، هذا .
وعدم المجيز للعقد حين المعاملة يتصور على وجوه :

أحدها : عدم ذات المجيز وفقد ذات من شأنها الاجازة للعقد ، وهذا غير متحقق على مسلك الإمامية كما حكى عن البيضاوي ^(١) إذ لا يتصور ملك بلا مالك يجيز العقد ، لأن الإمام (عليه السلام) موجود في كل عصر وهو الولي على الأموال على الإطلاق ، بل لا يتم ذلك بناء على مسلك الجماعة أيضاً لأنهم يرون الخلفاء أولياء على الأموال .

والحاصل أن فرض عدم ذات المجيز لا يتم في الأموال ، وأما في غيرها كما في زواج الصغير والصغيرة مع عدم وليهما أو جدّهما والبناء على أنه لا ولاية لغير الأب والمجد في نكاح الصغيرين كما هو أحد الأقوال في المسألة فلا مانع منه .

ثانيها : عدم المجيز بوصف التمكن من الاجازة وإن كانت ذاته متحققة إلا أنه حين المعاملة غير حاضر ولا يتمكن من الوصول إليه كما إذا وقعت المعاملة في بر لا يمكن الوصول فيه إلى المالك ، أو كان المالك نائماً أو كان بعيداً أو كان وليه غائباً فلو لم يكن له مالك أبداً فالإمام (عليه السلام) أيضاً لا يمكن الوصول إليه .

وثالثها : عدم المجيز شرعاً وإن كانت ذاته متحققة ويتمكن من الاجازة أيضاً ، إلا أن الشارع منعه عن الاجازة كما إذا باع الفضولي مال اليتيم على خلاف المصلحة فإن الولي لا يمكنه الاجازة حينئذ لأنه على خلاف مصلحة اليتيم كما إذا باعه بنصف قيمته ونحوه ثم حال الاجازة بعد المعاملة صار يبعه على وفق المصلحة لحكم أو قانون حكومي يقضي بتخريب أمثال تلك الدور من دون دفع ثمن أصلاً .
فأما الأولان فلا ينبغي التكلم في اعتبارهما أبداً ، إذ لا دليل على اشتراط

ذات المجيز أو المجيز بوصف التمكن من الاجازة في صحة المعاملات ، واشتراطها خالٍ عن الوجه بالكلية ، بل ما ورد في صحة زواج الصغيرين أدلّ دليل على عدم اعتبارهما في صحة الفضولي ، إذ لم يستفصل فيها بين وجودها حال العقد وعدمه . وكذا الحال في الوجه الثالث إذ لا يعتبر في صحة الفضولي أن يكون له مجيز حال العقد شرعاً بل العبرة بوجود المجيز حال الاجازة ، والذي يوضح ذلك ملاحظة عكس المسألة أعني ما إذا كان بيع مال اليتيم على وفق المصلحة حين العقد ثم ترقّت قيمة المال حين الاجازة وكانت إجازة البيع على خلاف المصلحة فهل للولي إجازة العقد الصادر من الفضولي حيث يدعى أنه كان على وفق مصلحة اليتيم ، ومن الظاهر أن الاجازة حيث لا لغو حيث إن استناد البيع للولي وبيعه المال إنما هو بالاجازة والمفروض أنه على خلاف المصلحة فلا محالة تبطل الاجازة في مثلها ، لأن اقتراب مال اليتيم إنما يجوز فيما إذا كان على وفق المصلحة فقد قال الله تعالى : ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(١) وقبل الاجازة لم يتحقّق بيع للولي حتّى يكون العبرة بزمان العقد ، وإنما هو يتحقّق حين الاجازة فالاعتبار بزمانها ، والمفروض أن البيع حينها على خلاف المصلحة فتبطل الاجازة .

ومنه يظهر الحال في المقام وأنّ كون البيع حين المعاملة على خلاف المصلحة لا يمنع عن صحة الاجازة فيما إذا كان البيع حين الاجازة على وفقها ، فإن العبرة إنما هي بزمان الاجازة كما لا يخفى ، فوجود المجيز للعقد حينه على نحو يتمكّن من الاجازة شرعاً غير معتبر في صحة المعاملة كما هو ظاهر .

فالمتحصّل : أنه لا يعتبر في الفضولي أن يكون له مجيز حال العقد ، لا بذاته ولا بوصف التمكن من الاجازة عقلاً ولا بوصف التمكن منها شرعاً ، بل الأول غير

متصور على مسلك الامامية ، والثاني أيضاً لا دليل على اعتباره بوجه ، بل الغالب أن المالك غير متمكن من الاجازة حين العقد لعدم علمه أو لنوم ونحوهما وهو ظاهر ، كما أن الثالث لا دليل على اعتباره لما مرّ ، والروايات الواردة في صحة الفضولي لم تستفصل بين وجود المجيز بذاته أو بوصف الاجازة عقلاً أو شرعاً وعدمه ولعلّه ظاهر .

بقي الكلام فيما استدّل به ^(١) للعلامة (قدس سرّه) على المدّعى في المقام : أمّا الاستدلال بلزوم الضرر على المشتري فهو - بعد انتقاضه بما إذا تمكّن المالك من الاجازة عقلاً وشرعاً ولكنه لا يجيز العقد ولا يرده فإنه لا يلتزم ببطان المعاملة حينئذ بل يذهب إلى الالتزام بالخيار أو إجبار المالك على أحدهما فلماذا لا يلتزم بهما في المقام - مندفع بأن ذلك مبني على لزوم العقد بالنسبة إلى الأصل في المعاملات الفضولية قبل الاجازة كما ذهب إليه شيخنا الأنصاري ^(٢) ولكنتك عرفت أن العمومات لا تشمل قبل اجازة المالك أبداً ، بل للأصيل أن يتصرّف في ماله يتصرّف المالك في ملكهم لاستصحاب عدم الاجازة في الأزمنة المتأخّرة .

وأما استدلاله عليه بأن صحة المعاملة والحال هذه ممتنعة فإذا امتنع في زمان امتنع دائماً ، فلم نفهم ماذا أراد هذا الرجل العظيم بهذا الكلام ، فإنّ الامتناع تارة امتناع ذاتي نظير استحالة اجتماع النقيضين والتسلسل والدور والخلف الذي مرجعها إلى استحالة اجتماع النقيضين وارتفاعها ، ومثله لا إشكال في امتناعه إلى الأبد ، لأنّ المستحيل لا ينقلب عن امتناعه بمرور الزمان ولا يختلف الحال فيه باختلاف الحالات ، فلا يحتمل إمكان اجتماع النقيضين في زمان من الأزمنة أبداً

(١) المستدلّ هو المحقّق الثاني في جامع المقاصد ٤ : ٧٢ .

(٢) المكاسب ٣ : ٤١٤ .

وأخرى يكون الامتناع امتناعاً بالغير كامتناع المعلوم لعدم علته أو المشروط لعدم شرطه ، وهذا لا مانع من تبدّله إلى الوجوب بالغير بعد وجود علته أو شرطه فضلاً عن تبدّله إلى الامكان ، وصحة البيع في المقام من هذا القبيل لأنها إنما كانت ممتنعة حال العقد لفقد علتها وشرطها فبعد ما تحققت العلة فلا مانع من صيرورة الصحة واجبة بالغير ولعلّه ظاهر .

وبعبارة أخرى : الامتناع حين المعاملة إنما هو من أجل عدم علتها وهي بيع الولي ، والوجوب بعد الاجازة من جهة وجود علته وهي البيع المتحقق بالاجازة . فالمتحصّل : أنه لا وجه لاشتراط وجود ذات المجيز ولا المجيز بوصف الاجازة عقلاً ولا بوصف التمكن منها شرعاً في صحة المعاملات الفضولية أبداً ولعلّه ظاهر .

الأمر الثالث : أنه لا يشترط في المجيز أن يكون جائز التصرف حين البيع وكونه كذلك يتصوّر على وجوه :

أحدها : أن لا يكون المجيز مالاً للآل حال العقد ومن أجل ذلك لم يكن تصرفه حال العقد جائزاً ، فعدمه مستند إلى عدم مقتضي للجواز .

وثانيها : أن لا يكون المجيز نافذ التصرف في المال لفقد شرط من شروط نفوذ تصرفاته كما إذا كان مجنوناً أو صغيراً أو سفياً ثم صار عاقلاً أو بالغاً أو رشيداً حال الاجازة للبيع ، فعدم صحة تصرفاته من جهة عدم شرطها .

وثالثها : أن لا يجوز له التصرف في المال حين العقد لأجل مانع كتعلّق حق الغير به كما إذا كانت العين مرهونة ثم أخرجها من الرهن حين الاجازة ، فعدم الجواز مستند إلى وجود المانع عنه .

فأما الصورة الأولى : فعدم الملك حين العقد تارة من جهة عدم الملك واقعاً وظاهراً كما إذا باع مال الغير ثم ملكه . وأخرى من جهة عدم الملك ظاهراً مع كونه

مالكاً له بحسب الواقع كما إذا باع مال أبيه بظن حياته ثم انكشف موت الأب وأنه كان ملكه واقعاً. وثالثة من جهة عدم الملك تخیلاً واعتقاداً مع كونه ملكه واقعاً كما إذا اعتقد أن المال ملك شخص آخر فباعه ثم انكشف أنه ملكه، وسيأتي تفصيل الكلام في هذه المسألة بجميع صورها عن قريب إن شاء الله تعالى.

وأما الصورة الثانية: أعني ما إذا استند عدم جواز التصرفات حال العقد إلى فقد شرط من شرائط الجواز كما إذا كان مجنوناً أو سفياً أو صيباً ونحوها، فلا ينبغي الإشكال في أن مقتضى العمومات والاطلاقات صحة المعاملة الصادرة عن المجنون إذا تمت من قصد المعاملة والسفيه والصبي وغيرها، وعدم اشتراط صحتها بكون البائع المالك جازر التصرف في المال، غاية الأمر أنها تتوقف على إجازة الولي كغيرها من المعاملات الفضولية، أو على إجازة نفسه فيما إذا بلغ أو صار رشيداً بعد المعاملة، وذلك لأن المعاملة حينئذ تامة الأجزاء والشرائط ولا قصور فيها إلا من ناحية الاستناد من أجل أن استناد المعاملة إلى المالك المجنون أو السفيه كلا استناد عند الشارع ولا اعتبار له عنده، فلا بد في صحتها من استنادها إليه على وجه معتبر، فإذا حصل الاستناد بإجازة الولي أو بإجازة نفسه بعد البلوغ والرشد فلا مانع من أن تشملها العمومات نحو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و«أَحْلِلْ لِقَوْلِ اللَّهِ».

نعم لو كان قصور تلك المعاملات من جهة الانشاء لا الاستناد بأن التزمنا بعدم اعتبار إنشاء الصبي أو السفيه أو المجنون وأنه كلا انشاء عند الشارع ولو أجازاه الولي أيضاً، فلا محالة تبطل المعاملة في هذه الصورة لعدم اعتبار إنشاء الباعين في مثل الصبي والمجنون والسفيه، إلا أننا ذكرنا أن إنشاء الصبي بإجازة الولي مما لا مانع منه، وعليه فالقصور مستند إلى عدم استناد صحيح وهو يحصل بالإجازة المتأخرة

كما هو ظاهر ، والذي يوضح ذلك ما ورد^(١)، في صحة نكاح الصغيرين من أن الزوجة إذا بلغت فأجازت النكاح صحّ وترث من زوجها لا محالة .

وأما الصورة الثالثة : وهي ما إذا استند عدم جواز التصرف حين العقد إلى وجود مانع نظير حق الرهانة ونحوه ، وفي هذا الفرض تارة يكون البائع هو المرتهن ، فلا إشكال في صحته إذا أجاز المالك لأن بيع المرتهن بنفسه إسقاط لحقه . وأخرى يكون البائع أجنبياً فيحتاج إلى إجازة المرتهن وإجازة المالك معاً كما سيأتي ، وإنما الكلام فيما إذا كان البائع هو الراهن ثم أدى دينه وفكّ الرهن فإنه قد يقال بطلان البيع ويستدلّ له : بأنّ العقد مع تماميته من جميع الجهات واستناده إلى المالك لم يعضه الشارع حين المعاملة ، والمفروض أنه لم يحصل الاستناد ثانياً ، كما أنّ الشارع لم يعضه مرة أخرى ، فلا محالة يقع باطلاً لأنّ العقد حين وقوعه ممّا لم يعضه الشارع مع تحقّق الاستناد فيه ، فكيف يصحّ بعد ذلك مع أنه لم يرد عليه إمضاء آخر .

ومنه يظهر أنّ المقام لا يشبه المعاملات الفضولية أبداً ، لأنّ عدم صحّة الفضولي قبل إجازة المالك إنّما هو مستند إلى فقدان الاستناد فإذا حصلت الإجازة فتمّ استناد العقد إلى المالك فلا مانع من صحته بوجه ، وأما في المقام ونظائره ممّا يحصل العقد من نفس من ينبغي أن يسند إليه ومع ذلك لا يعضيه الشارع لتعلّق حقّ شخص آخر بالعين كما في نكاح بنت أخت الزوجة أو بنت أخيها ، فلا مجال للصحة فيه أبداً ، لأنه حين العقد لم يتعلّق به الامضاء مع تحقّق الاستناد وبعد ذلك أيضاً لم يتعلّق به إمضاء آخر فلا محالة يقع باطلاً ، هذا .

ولا يخفى أنّ عدم شمول العمومات لمثل بيع المرهونة أو نكاح بنت أخت

(١) الوسائل ٢٦ : ٢١٩ / أبواب ميراث الأزواج ب ١١ ح ١ وغيره .

الزوجة إنما هو من جهة ما دلّ على اعتبار رضا المرتن أو الزوجة أو غيرها ولولاء لما كان من شمول العمومات لها مانع أبداً، فهذا الدليل كالمخصص والمقيّد لتلك العمومات، فإنّ لا بدّ من ملاحظة مقدار دلالة ذلك الدليل وأنه دلّ على اعتبار رضا المرتن أو الزوجة أو غيرها إلى أي مقدار، ولا إشكال في أنه دلّ على خروجها عن عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ونحوه في حال عدم رضا من يعتبر إجازته ورضاه، فإذا لحقه الرضا ممّن يعتبر إجازته أو سقط حقّه فلا محالة يتمّ العقد فيشمّله العمومات.

وبالجملة: أنّ هذا الدليل ليس من قبيل المخصص الفردي الذي يخرج الفرد عن تحت العمومات الشاملة له حتّى نحتاج في دخوله تحتها إلى دليل، بل هو مخصص زماني للفرد في بعض الحالات وهو حال عدم الرضا، فإذا ارتفع فالعمومات تشمله في سائر الحالات من الابتداء ولا نحتاج في شمولها له إلى دليل آخر عليه، وهذه من صغريات الكبرى المعروفة وهي أنّ المتعيّن عند دوران الأمر بين التقييد والتخصيص هو التقييد، لأنّه المقدار المتيقّن في البين، وفي المقام الأمر يدور بين تخصيص العمومات بهذا الفرد من البيع حتّى يقع فاسداً وبين تقييد العمومات بحالة عدم كون الملك طلقاً لأجل الرهانة وعدم رضا من له الحقّ، فإذا ارتفعت الحالة المانعة عن شمولها فلا مانع من شمول الاطلاقات والعمومات بوجه ولعلّه ظاهر فالبيع في المقام وإن لم تشمله العمومات بحسب الحدوث إلّا أنّها تشمله بحسب البقاء بعد ارتفاع الحالة المانعة كما لا يخفى.

والذي يدلّ على ذلك ما ورد^(١) في صحة نكاح العبد فيما إذا أجازته سيده معللاً بأنّه لم يعص الله وإنما عصى سيده فإذا أجاز جاز، فإنه يدلّ على أنّ العقد

الموقوف على إجازة الغير إنما يقع صحيحاً فيما إذا أجازته الغير ، وبيع المرهونة في المقام من هذا القبيل فإنه يحتاج إلى إجازة المرتهن ما دام حق الرهانة باقياً أو إلى إجازته وإجازة المالك معاً فيما إذا باعها الأجنبي مثلاً ، وأما بعد سقوط حق الرهانة فتشملة العمومات ، وعليه فلا وجه لما استدلل به على بطلان بيع العين المرهونة بوجه . ومنه يتضح صحة نكاح بنت أخت الزوجة أو أخيها فيما إذا رضيت به زوجته .

بقي الكلام في أمرين ثانيهما عمدتها ، الأول : أن المعاملة بعد ما خرجت العين عن الرهانة وفكّت عن حق المرتهن وصارت طلقاً هل تحتاج إلى إجازة المالك أو لا ؟ والثاني في أن الإجازة على تقدير لزومها في المقام يجري فيها نزاع الكشف والنقل أو أنها ناقلية في المقام وإن قلنا بالكشف في غيره .

أما المقام الأول : فالظاهر أنه لا حاجة إلى إجازة المالك بعد صيرورة الملك طلقاً بفكّ المال عن الرهانة ، لأن المعاملة مستندة إلى المالك على الفرض وإنما كان المانع من صحتها حق المرتهن وقد سقط حقه .

وأما الثاني فالإجازة على تقدير لزومها في المقام تتمحض في الناقلية دون الكشف وفاقاً للمحقق الثاني ومن تبعه حيث إنه مع إصراره على الكشف في الإجازة^(١) التزم بالنقل في المقام ، والوجه في ذلك أن نزاع الكشف والنقل إنما يجري فيما إذا كان العقد تاماً من جميع الجهات وكان متوقفاً على الاستناد إلى المالك فقط فعند حصول الاستناد إليه بالإجازة يمكننا الالتزام بأن هذا الاستناد الفعلي تعلّق بالعقد المتقدم ، فتكون الإجازة من الآن متعلقة بالملكية من حال العقد وهو مما لا ضير فيه كما تقدّم سابقاً .

وأما إذا كانت صحة العقد متوقفة على أمر آخر مضافاً إلى توقفها على الاجازة ففي مثله لا يمكن الالتزام بأن الاجازة تكشف عن الملكية من حال العقد كيف وهي تتوقف على أمر آخر حسب الفرض . نعم لا مانع من الالتزام بالكشف في المقدار الممكن وهو زمان حصول ذلك الأمر الآخر ، مثلاً إذا عقد الفضولي بيع الصرف يوم السبت وقبضه يوم الأحد وأجازه المالك يوم الاثنين فالاجازة لا معنى لأن تكون كاشفة عن الملكية يوم السبت ، لأنها تتوقف على القبض وهو مفقود في ذلك اليوم ، نعم لا مانع من الالتزام بالكشف عن الملكية يوم الأحد لحصول القبض والاقباض حينئذ ، فالعقد تام والاستناد قد حصل يوم الاثنين وتعلق بذلك العقد الواقع سابقاً فتؤثر في الملكية في زمان يمكن فيه الملك كما عرفت وفي المقام لما كانت صحة العقد الواقع على العين المرهونة متوقفة على فك الرهانة أو اجازة المرتهن والمفروض أن الاجازة منتفية والفك إنما حصل بعد الفقد بزمان أوجبت الاجازة المتأخرة انتقال الملك من حين الانفكاك والطلاق دون حين العقد والمعاملة . وهذا هو معنى النقل الذي نلتزم به في المقام في مقابل الكشف عن الملكية من حين العقد . هذا كله فيما إذا كان عدم جواز التصرف حال العقد مستنداً إلى فقدان الشرط أو وجود المانع عنه .

وأما فيما إذا كان مستنداً إلى عدم المقتضي وهو الملك فقد قسمه شيخنا الأنصاري إلى أقسام : لأنه تارة يبيع لنفسه ثم يملكه بسبب اختياري كالاشتراء أو غير اختياري كالارث . وأخرى يبيعه للغير ثم يملكه . وثالثة يبيعه بتخيّل أنه ملك الغير أو بعنوان كونه للغير ظاهراً ثم ينكشف أنه ملكه .
والكلام فعلاً يقع في :

المسألة الأولى

وهي ما لو باع شيئاً لنفسه ثم ملكه ، ولنفرض الكلام فيما إذا أجاز به بعد الملك ثم نتكلم فيما إذا رده بعد ذلك ، فقد نسب إلى الشيخ الطوسي (قدس سره) ^(١) القول بالصحة في المسألة ، لأنه (قدس سره) ذهب إلى أن المالك فيما إذا باع مالا زكواً قبل إخراج الزكاة منه ثم أدى عوضه بشيء آخر يقع البيع صحيحاً ، وهذه المسألة بعينها مسألة من باع شيئاً ثم ملك بناء على أن حق الفقراء في الزكاة متعلق بالمال وأنهم شركاء للمالك في المال الزكوي ، فإذا باعه بتمامه فقد باع حصة الفقراء فضولاً ثم ملكها بأداء عوضه خارجاً ، فلذا أورد عليه المحقق في المعتبر ^(٢) وغيره في غيره بأن ذلك من الشيخ مبني على جواز بيع مال الغير فيما إذا ملكه بعد ذلك مع أنه باطل لأنه حين العقد لم يكن مالاً وحين الملك لم يتحقق البيع .

واحتمل شيخنا الأنصاري (قدس سره) ^(٣) أن يكون حكم الشيخ في المسألة مبنياً على عدم تعلق الزكاة بالعين الخارجية حتى يكون المال الزكوي مشتركاً بين المالك والفقير بل تتعلق بها على نحو تعلق حق الرهانة بها فيكون من باب وجود المانع لا عدم مقتضي ، هذا .

والتحقيق أن ما ذهب إليه الشيخ (قدس سره) في المقام ليس مبنياً على طبق القاعدة ، وإنما حكم بما حكم لأجل ما ورد في المسألة من النص وقد نقله السيد (قدس سره) في الحاشية ^(٤) وتعرض له شيخنا الأنصاري في كتاب الزكاة ^(٥) ولا يلزم

(١) المبسوط ١ : ٢٠٨ .

(٢) المعتبر ٢ : ٥٦٣ .

(٣) المكاسب ٣ : ٤٣٦ .

(٤) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٦٣ .

(٥) كتاب الزكاة : ٢٠٢ .

في الرواية أن تكون على طبق القاعدة ، فكلامه وحكمه (قدّس سرّه) من جهة النصّ لا من جهة أنّ صحته على طبق القاعدة .

والمعجب من المحقّق وشيخنا الأنصاري (قدّس سرهما) كيف رضىا بحمل كلامه على احتمالات بعيدة ولم يحتملأن يكون ذلك منه من جهة النصّ الوارد في المسألة . وكيف كان ، فقد ذهب جماعة إلى بطلان البيع في المقام ومنهم الشيخ أسد الله التستري (قدّس سرّه)^(١) واستدلّ عليه بوجوه ، ومن المعلوم أنّ مقتضى القاعدة والعمومات والاطلاقات صحّة البيع وعدم اشتراط المعاملة بالملك حال العقد فلننظر إلى ما استدلّ به المانع في المقام فإنّ تمّ فهو ، وإلاّ فمقتضى القاعدة هو الصحّة كما عرفت .

الوجه الأوّل : ما ذكروه في بطلان بيع الغاصب وهي أمور :

الأول : أنّ الغاصب غير قاصد لحقيقة المبادلة ، والمقام أيضاً كذلك حيث إنّ الفضولي باع المال لنفسه مع علمه بأنه ملك الغير فكيف يتحقّق منه قصد المعاوضة الحقيقية حيث إنّها تقتضي خروج المال عن كيس من دخل المال في كيسه ، وهذا مفقود في المقام فلا محالة تقع المعاملة فاسدة .

وقد مرّ هذا الإشكال في بيع الغاصب سابقاً وأجيب عنه بوجوه يأتي بعضها في المقام ولا يأتي فيه بعضها الآخر ، منها : أنّ الغاصب قد سرق الاضافة من المالك ونسبها إلى نفسه وادّعى المالكية لنفسه ، وبهذه الدعوى والتخيّل يراه مال نفسه فلذا لو سأله عن أنه لمن ، فيجيب بأنه لي فهو قاصد للمعاوضة الحقيقية غاية الأمر اعتقاداً أو ادّعاء كما هو الحال في الغاصبين والسارقين ، فهذا الجواب لا يجري في المقام لأنّ البائع لا يدّعي أنه له بل مع إقراره بأنه ملك الغير واعترافه بأنه للمالك

يبيعه لنفسه حتى يشتريه من مالكة فيسلمه إلى المشتري أو يدفعه إليه بعد موت أبيه ومورثه كما قد يتفق ذلك في الآباء الأثرياء الذين لا يعطون لأولادهم شيئاً فأبناؤهم يبيعون أموال مورثهم بالمعاملات القطعية الرسمية كي يدفعونها إلى المشتريين بعد موت المورثين ، هذا كله على تقدير تمامية الجواب المذكور في بيع الغاصب بناء على أنه سرق الاضافة المالكية ونسبها إلى نفسه دون الفضولي ، وأما بناء على أنه لا معنى لسرقة الاضافة لأن السرقة إنما هي في المال فكيف يسرق الاضافة ، فهذا الجواب لا يتم في شيء من المقامين .

ومنها : أي من الأجوبة المذكورة في بيع الغاصب أن المعاملة إنما تستقيم بالمبادلة بين المالكين كما يظهر من تعريفهم للبيع بأنه مبادلة مال بمال ، وهذه المبادلة التي بها يتقوم البيع حقيقة متحققة في بيع الغاصب أيضاً لأنه قد بدّل المال بالمال ، نعم ضمّ إلى تلك المبادلة ضمانة أخرى وهي أن يكون الثمن لنفسه ، وبما أن هذه الضمانة غير صحيحة عند العرف والشرع فلا محالة تلغو بخلاف أصل المبادلة بين المالكين ، فحقيقة المعاوضة متحققة في بيع الغاصب .

وهذا الجواب يجري في المقام من جهة أن الفضولي أوجد المبادلة بينهما أي المالكين وضمّ إليها كون الثمن لنفسه فتلغو تلك الضمانة ، بخلاف المبادلة بين المالكين .
الثاني : لبعض الأخبار والروايات الواردة بمضمون النهي عن بيع ما لا تملكه أو أنه لا بيع إلا في ملك ونحوهما ، ولا تتعرض لها في المقام لأنها تأتي في الوجه السابع من إشكالات الشيخ أسد الله التستري في المسألة وهناك نتعرض إلى تفصيلها إن شاء الله تعالى .

الثالث : أن المالك إذا أجاز المعاملة فبالاجازة لا تقع المعاملة للغاصب أبداً وإنما الاجازة توجب استناد العقد إلى المالك لا إلى غيره ، وعليه يصدق أن يقال إن ما وقع لم يتعلق الاجازة به لأن الغاصب باعه لنفسه ، وما تعلقت الاجازة به فهو

غير واقع إذ الواقع هو البيع لنفسه لا للمالك كما عرفت .

وهذا الإشكال لا يجري في المقام لمطابقة الاجازة للعقد الصادر من الفضولي حيث إنه باعه لنفسه ثم ملكه فأجازه ، ومعناه أنني راضٍ بالمعاملة السابقة وهي بيعه لنفسه ، فالاجازة مطابقة للعقد . هذا كله بالنسبة إلى الوجه الأول مما استدلّ به التستري للمنع .

الوجه الثاني : أنه يشترط في صحة البيع أمور ثلاثة : الملك ، ورضا المالك والقدرة على التسليم ، ونلتزم بتحقق هذه الشروط في المالك في بيع الفضولي له ، لأنّ البائع الحقيقي هو المالك دون العاقد كما هو ظاهر ، وأما في المقام فلا تتحقق هذه الشروط للمالك حين العقد ، وذلك لأنّ المالك قد خرج عن قابلية الاجازة للعقد بالموت في بيع الوارث أو بالبيع للعاقد في غيره ، وإنّما تعتبر إجازة العاقد بعد ما صار مالكا للمال دون المالك حال العقد ، فمن اعتبر رضاه في المسألة ليس بمالك حال العقد ، والمالك حال العقد لا يعتبر رضاه ، هذا .

وقد حلّله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(١) إلى وجهين : أحدهما عدم الرضا بمنّ يعتبر رضاه ، وثانيهما عدم القدرة على التسليم . وأجاب عن الأول بأنّ المعتمد من الرضا إنّما هو رضا المالك حال الرضا لا رضا المالك حال العقد ، لأنّ الدليل على اشتراط الرضا في المعاملات هو قوله تعالى : ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ ^(٢) وقوله (عليه السلام) « لا يحلّ مال امرئٍ إلّا عن طيب نفسه » ^(٣) ومقتضاها اعتبار الرضا من المالك حال الرضا لا أزيد من ذلك .

(١) المكاسب ٣ : ٤٣٧ .

(٢) النساء ٤ : ٢٩ .

(٣) الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلي ب ٣ ح ١ (باختلاف يسير) .

وأجاب عن الثاني بأن القدرة على التسليم وإن كانت معتبرة في حق المالك حين العقد ولا يكتفى بحصول القدرة في المالك حال الاجازة ، إلا أنه كلام آخر لا ربط له بالمقام .

توضيح ذلك : أن مقتضى الدليلين اعتبار الرضا من المالك بالبيع ، والمعاملة والبيع إنما يتحققان عند الاستناد والاجازة ، فالمعتبر من رضا المالك رضا المالك حال الاجازة والمفروض أن المالك حالها راضٍ بالمعاملة كما لا يخفى ، وأما القدرة على التسليم فهي وإن كانت معتبرة حين المعاملة حيث إن الكلام في البيع التام من حيث الأجزاء والشرائط ومع عدم قدرة المالك على التسليم حين المعاملة لا تكون تامة من حيث الشرائط فلا محالة تقع باطلة ، إلا أن المفروض قدرته على تسليم المبيع حينئذ ، فلو لم يقدر على التسليم حين المعاملة وكانت المعاملة باطلة من هذه الجهة فهو أمر آخر لا ربط له بالمقام ، لأن الكلام في صحة البيع الصادر عن الفضولي فيما إذا ملكه ثم أجاز ، وبطلانه من أجل عدم القدرة على التسليم أمر آخر وذلك ظاهر ، هذا ملخص ما أفاده شيخنا الأنصاري في المقام .

ولا يخفى أن اعتبار القدرة على التسليم (دون نفس التسليم الخارجي فإنه من الشروط الضمنية) إما من جهة الاجماع المدعى على اعتبارها ، وإما من جهة النهي عن الفرر حيث إن المعاملة مع عدم قدرته على التسليم خطيرة لاحتمال أن لا يقدر عليه أبداً كيبيع الطير في الهواء أو السمك في الماء ، وشيء منها لا يقتضي اعتبار القدرة في المالك حال المعاملة والانشاء . أما الاجماع فلائذ إنما انعقد على اعتبار القدرة في المتعاملين والمتعاقدين ، والمعاملة والمعاقدة إنما تتحقق في المالك بالاجازة والاستناد لا بمجرد إنشاء البيع على ماله فضولاً ، فقضى الاجماع اعتبارها في المالك حال الاجازة لا العقد . وأما النهي عن بيع الفرر فلائذ الخطر والفرر إنما يتوجه إليه بعد تحقق حقيقة البيع بالاجازة وأما قبلها فلا خطر يتوجه إلى شخص

فلا بدّ من قدرته على التسليم حين الاجازة لئلا يتوجّه الخطر إلى صاحبه .
وكيف كان ، فما أفاده شيخنا الأنصاري من اعتبار القدرة على التسليم حال العقد ممّا لا وجه له ، بل المعتبر هو القدرة عليه حال الاجازة وهي متحقّقة في المقام من دون فرق بين كون المالك حال الاجازة هو المالك حال العقد وكونه شخصاً آخر ، وصل إليه المال بالارث أو البيع .

عدول واستدراك

قد ذكرنا أنّ مقتضى العمومات والاطلاقات صحّة البيع في من باع شيئاً ثمّ ملكه فأجاز كما ذهب إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وجماعة ، وخالفهم في ذلك الشيخ أسد الله التستري وتابوه فذهبوا إلى البطلان ، واستدلّ عليه التستري بأنّه غير قاصد للمعاوضة الحقيقية بل إنّما تكلم بلفظ البيع مجازاً أو غلطاً .
وقد أجب عن هذا الإشكال في بيع الغاصب لنفسه بوجهين وذكرنا أنّ الوجه الثاني من الوجهين المذكورين هناك يأتي في المقام دون الوجه الأول .
ولكن الانصاف أنّ هذا الإشكال في المقام ممّا لا مدفع له أبداً وأنّ شيئاً من الوجهين لا يأتي في المقام ، وتوضيح ذلك : أنّ الغاصب إنّما قصد المعاوضة الحقيقية من أجل ما طبقه على نفسه غلطاً وادّعاء بأنّه المالك للمال ، وقد قصد خروج المال من ملكه إلى ملك المشتري ودخول الثمن من ملكه إلى نفسه ، فهذه معاوضة حقيقية غاية الأمر أنّه غلط في تطبيق المالك على نفسه نظير ما ادّعاء السكاكي في المجازات من أنّها مستعملة في معانيها الحقيقية غاية الأمر ادّعاء وبناء ، ومن الواضح أنّ الفضولي في المقام لا يدّعي الملك أبداً ، فهذا الجواب غير جارٍ فيما نحن فيه بوجه .
وأما الجواب الثاني فهو أيضاً كالسابق لا يجري فيما نحن فيه ، وذلك لأنّ البيع لنفسه على قسمين :

فتارةً يبيع الوارث فعلاً ما سيملكه بعد موت مورثه على نحو الواجب المشروط بأن يكون الانشاء فعلياً والمنشأ أمراً استقبالياً ، وفي مثل ذلك لا إشكال في أنه قصد المعاوضة الحقيقية في ظرف الموت إلا أنه باطل من أجل التعليق حيث إنه باعه معلقاً على تقدير الموت والملك ، وهذا داخل تحت معقد إجماعهم على أن التعليق مبطل في العقود وإن قلنا بعدم بطلانه فيما إذا علّقه على ملكه فعلاً كما إذا قال : بعثك إن كان ملكي لأنه تعليق على ما يتوقف عليه صحة العقد فعلاً وهذا بخلاف التعليق على الملكية المتأخرة .

وأخرى يبيع المال فعلاً قبل موت المورث أو قبل اشترائه على أن يكون الثمن راجعاً إليه وإن كان المثلث للغير ، وفي مثل ذلك كيف تتحقق المعاوضة الحقيقية من الفضولي لأنه هبتان مجتائتان وليس من المعاملة والمعاوضة في شيء . وأما ما ذكرناه سابقاً من أن المعاملة غير متقومة إلا بالمبادلة ، فيندفع بأن المبادلة لا تتحقق في مفروض الكلام كيف والمثلث ليس ملكاً لمن يرجع إليه الثمن فكيف تتحقق المعاوضة حتى نقول إن البيع متحقق وقصد البائع رجوع الثمن إليه لغو ، نعم إنما يصح ذلك فيما إذا كان البائع قاصداً لدخول الثمن في ملك المالك لا في ملك نفسه واتفق أنه صار مالكا للمال بعد المبادلة أو صار المالك شخصاً آخر كالوارث بعد موت المورث ، وفي مثله يقال إن خصوصية المالكين ملغاة بعد تحقق المبادلة والمعاوضة ، وذلك لأن المبادلة قد تحققت بالبيع حيث إنه قصد رجوع الثمن إلى من خرج منه المثلث غاية الأمر أن المالك انطبق على شخص آخر ، وهذا لا يضر بالمعاملة نظير ما إذا باعه باعتقاد أنه ملكه أو بادعاء أنه ملكه كما في الغاصب ثم ظهر أنه للغير فيتوقف على إجازته لا أنه يبطل لعدم تحقق المبادلة ، بل نظير ذلك في الفقه أيضاً متحقق كما إذا وقف داراً على طبعي العالم ثم صار الواقف عالماً فإنه يتصرف في الدار وليس ذلك من الوقف على النفس في شيء .

فالمتحصّل: أنّ هذا الإيراد ممّا لا جواب له أبداً.

الوجه الثالث من وجوه المنع: أنّ الاجازة على الأصح عندنا وعند التسري كاشفة عن الملكية حال العقد، ولازمه أن يكون المال ملكاً للمشتري الأصيل من حين المعاملة مع أنّ الفرض عدم كون البائع مالكاً للمبيع حين العقد وإنّما ملكه بعد المعاملة بزمان، وعليه فيلزم خروج المال عن ملكه قبل الدخول فيه وهو مستحيل، لأنّ الخروج فرع الدخول وما لم يدخل في ملكه كيف يعقل خروجه عنه وهذا يكشف عن أنّ المعاملة باطلة.

وقد أجاب عن ذلك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(١) بأنّ الكشف إنّما هو في مقابل النقل لا بمعنى الكشف عن الملكية حال العقد، وهذا إنّما يتحقّق في المورد القابل وهو يختلف باختلاف المقامات، ففيما إذا كان العقد مستجعماً للشرائط والقيود ولم يكن هناك شيء يتوقّف عليه صحّة العقد إلّا الاجازة فهي تكشف عن الملكية من حين العقد لقابلية المورد للملك حينئذ، وأمّا إذا لم يكن تاماً بحسب الأجزاء أو الشروط فتحققت بعد العقد بيوم فتكشف عن الملكية في اليوم القابل لا محالة كما في المقام حيث إنّ البائع لم يكن مالكاً للمال حال العقد حتّى تكشف الاجازة عن الملكية حال العقد وإنّما صار ملكه بعد العقد بزمان، فالاجازة إنّما تكشف عن الملكية في اليوم القابل كما هو ظاهر، فالخروج عن ملكه إنّما يتحقّق بعد الدخول في ملكه فلا يرد عليه المحذور المتقدّم بوجه.

ثمّ ذكر أنّ المقام لا يقاس بما تقدّم من أنّ المالك إذا خصّ الاجازة بزمان متأخّر عن العقد بأنّ أجاز العقد من حين الاجازة أو غيره دون وقت العقد والمعاملة، تبطل الاجازة لا محالة لخالفها العقد الواقع من الفضولي والأصيل حيث

إنّهما عقداً على أن يكون الملك من حين العقد لا من زمان الاجازة أو غيرها ، فما وقع لم تتعلّق به الاجازة وما تعلّقت الاجازة به لم يقع في الخارج حسب الفرض وذلك لأنّ البطلان في تلك المسألة من جهة أنّ المورد كان قابلاً للملكية من أوّل الأمر ومع ذلك لم يجزها المجيز من زمان القابل وأجازها في غيره من الأزمنة كزمان الاجازة ونحوه من دون أن يكون للاجازة من أوّل الأمر مانع عقلي أو شرعي .

وهذا بخلاف المقام لأنه إنّما خصّ الاجازة بزمان آخر دون زمان العقد من أجل المحذور السابق أعني عدم كونه ملكه ، فلا محالة تكشف عن الملكية من ذلك الزمان لا من حين العقد للمانع المذكور .

وبعد ذلك ذكر (قدّس سرّه) أنّ البطلان في المسألة إمّا يكون من أجل فقد المتقضي أو من جهة وجود المانع ، والمتقضي للصحة في المقام موجود وهو العمومات والاطلاقات ، والمانع عن تأثيره مقفود لما عرفت من أنّ الاجازة تكشف عن الملكية في المورد القابل لا من حين العقد حتّى يقال إنه يستلزم الخروج عن ملكه قبل الدخول وهو يمنع عن شمول العمومات له ، هذا ملخّص ما أفاده (قدّس سرّه) في المقام .

ولا يخفى أنّ المانع عن صحة المعاملة في المسألة المتقدّمة وهي ما إذا خصّ الاجازة بزمان متأخّر عن العقد مع قابلية المورد للملكية حال العقد بعينه متحقّق في المقام ، فإنّ الوجه في بطلانها في المسألة المتقدّمة إنّما هو عدم مطابقة الاجازة لما أوقعه الفضولي ، فكان الواقع غير المجاز والمجاز غير الواقع سابقاً ، وهذا بعينه جارٍ في المقام كما هو ظاهر ، لأنّ الأصيل إنّما اشتراه على أن يكون ملكه من زمان العقد والاجازة من المالك إنّما تعلّقت بالملكية من حين الارث أو الشراء لعدم صحّتها قبلها ، لاستلزامه الخروج قبل الدخول فالواقع غير المجاز والمجاز غير الواقع حسب الفرض ، فالصحيح أنّ هذه المناقشة كالمناقشة المتقدّمة غير قابلة للجواب .

ثم إنّه ربما يستدلّ على البطلان - والمستدلّ شيخنا الأستاذ (قدّس سرّه) (١) تأييداً لما ذكره التستري (قدّس سرّه) - بأنّ الردّ على ما ذكرناه سابقاً يرفع العقد الصادر عن الفضولي ويبلغه عن قابلية لحوق الاجازة لعموم «الناس مسلّطون على أموالهم» (٢)، كما ذكرنا أنّ الردّ يتحقّق بالفعل والقول ولا يختصّ بالثاني فقط ، فلذا قلنا إنّ الأمانة المزوّجة فضولاً إذا زوّجها سيّدها من شخص آخر يكون ذلك ردّاً للعقد الفضولي السابق ، وعليه فما أنّ المالك الأول الذي وقع العقد على ملكه فضولاً باعه من الفضولي فهو قد ألغى العقد الواقع عن التأثير فلا تصحّحه الاجازة المتأخّرة ، فلا محالة تقع المعاملة باطلة ، هذا .

وفيه : أنّا لو سلّمنا أنّ الردّ يلغي العقد السابق عن قابلية الاجازة فإنّما نلتزم بذلك في ردّ المالك للعقد الواقع على ملكه ، وأمّا أنّ هذا الردّ يمنع عن الاجازة في ملك شخص آخر فلا ، لأنّ الحديث إنّما دلّ على أنّ «الناس مسلّطون على أموالهم» لا على أموال غيرهم ، فردّ المالك الأول في المسألة كيف يلغي إجازة المالك الثاني للعقد الواقع على ملكه ، لأنّ الكلام في إجازة الفضولي بعد الملك لا إجازة المالك الأول فلا تغفل ، هذا أولاً .

وثانياً : أنّ الدليل أخصّ من المدّعى ، لأنّ الردّ لو تحقّق بالفعل فإنّما يتحقّق بمثل البيع والهبة ونحوهما ، وأمّا انتقال الملك من مورّثه إليه فهذا كيف يكون ردّاً من المورّث للعقد الصادر عن الوارث ، والكلام في مطلق صيرورة الفضولي مالكاً للمال ، كان الانتقال بالبيع أو كان بالارث ، وما أفاده لا يتم في الارث أبداً . والعجب أنّه (قدّس سرّه) التزم في صورة الارث بأنّ الاجازة من الوارث تكشف عن

(١) منية الطالب ٢ : ١١٧ .

(٢) عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح ٤٩ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

الملكية من حال العقد في حياة المورث بدعوى أن الوارث هو المورث في قيامه مقامه في الأموال فكأن العقد قد صدر من المورث بنفسه ، وهذا كما ترى مما لا يمكن الالتزام به .

الوجه الرابع : أن صحة البيع في من باع شيئاً ثم ملكه فأجاز يستلزم اجتماع المالكين على ملك واحد ، وذلك لأن الإجازة تكشف عن ملكية المشتري الأصيل للمال حين المعاملة ، والمفروض أن المال في ذلك الوقت ملك للمالك الأول فلذا صح انتقاله منه إلى البائع بالبيع والارث ، وصحت إجازته للعقد وإلا لم يكن شراؤه من المالك أو انتقاله إليه صحيحاً ، ولم تكن إجازة البائع نافذة لعدم انتقال المال إليه ولازم ذلك أن يكون الملك الواحد مملوكاً للمالكين المشتري والمالك الأول .

بل يمكن أن يقال : إن ملك المشتري للمال حال العقد يستلزم عدم كون المالك الأول مالكا له حينئذ (لاستحالة كونه ملكاً لهما) وذلك يوجب عدم انتقاله إلى البائع بنقل المالك الأول ، لأن المفروض أنه ليس مالكا للمال وكيف ينتقل المال منه إلى البائع ، وهذا يستلزم عدم صحة إجازة البائع للبيع الواقع سابقاً ، وذلك يستلزم عدم ملك المشتري للمال حال العقد ، وما يلزم من وجوده عدمه محال ، فلك المشتري للمال مستحيل والمعاملة باطلة ، هذا .

ولا يخفى أن الإشكال المزبور يبتني على الكشف من حين المعاملة ، وقد عرفت أن الإجازة إنما تكشف عن الملكية من حين قابلية المورد ، وعليه فلا يلزم شيء من الإيرادين في المقام ، لأن المفروض أن المشتري إنما ملكه بعد صيرورة البائع مالكا للمال بالارث أو البيع لا من الابتداء حتى يقال إنه يستلزم اجتماع المالكين على ملك واحد أو يلزم من ملك المشتري عدمه .

نعم يبقى إشكال عام وارد في جميع المعاملات الفضولية بناء على الكشف من حين المعاملة أو من حين قابلية المورد كما فيما نحن فيه : وهو أن الإجازة تكشف عن

ملكية المشتري للمال من حين العقد أو من حين قابلية المورد ، ولازم ذلك أن لا يكون المال ملكاً للمجيز حال الاجازة ، ومعه كيف تؤثر إجازته في تلك المشتري من حين العقد أو من حين قابلية المورد ، ولازم صحة إجازته أن يكون المال ملك المجيز والمشتري في حال الاجازة .

وقد أجاب عن ذلك الشيخ أسد الله التستري^(١) بأن المالكية الصورية الحاصلة بالاستصحاب للمجيز كافية في صحة الاجازة وإن لم يكن مالكاً واقعياً لأن الاجازة رفع لليد وإسقاط للحق وفيه يكفي الملك الصوري ، وهذا بخلاف العقد الثاني في المقام حيث إنه يحتاج إلى الملك الواقعي لأنه عقد وصحة العقد تتوقف على الملك واقعاً .

وقد أورد عليه شيخنا الأنصاري (قدس سره)^(٢) بايرادات متينة وملخصها : أن الملك الصوري الاستصحابي لا يكفي في الاجازة فلذا لو فرضنا أن الفضولي باع مال أحد من زيد وقبل إجازة المالك باعه وكيل المالك من شخص آخر ولم يعلم به المالك ثم أجاز المالك البيع الفضولي باستصحاب ملكه وبعد ذلك ظهر أنه لم يكن مالكاً للمال حال الاجازة لأن الوكيل باعه من شخص آخر ، فلا يمكن الالتزام بصحة الاجازة حينئذ مع أن الملك الصوري متحقق في المثال ، ومنه يظهر أن الاجازة متوقفة على الملك الواقعي ولا يكفي فيها الملك الاستصحابي ، نعم يكفي ذلك في ظرف الشك فقط لا بعد انكشاف الخلاف كما هو ظاهر .

ثم إنه لم يعلم الفرق بين الاجازة والعقد الثاني حيث إن الاجازة ليست رفعاً لليد وإسقاطاً للحق ، بل هي مما تصح الاستناد وكأنه باع ماله حين الاجازة

(١) مقابس الأنوار : ١٣٤ .

(٢) المكاسب ٣ : ٤٤٢ .

ومن الظاهر أن البيع يتوقف على الملك الواقعي ولا يكفي فيه الملك بالاستصحاب لأنه من الشرائط الواقعية لا العلمية حتى يقال إنه يكفي فيه الاستصحاب ، هذا ولو سلمنا أن الاجازة إسقاط للحق أيضاً لا يمكن المساعدة على كفاية الملك الظاهري إذ لا يعقل إسقاط الحق مع انتفاء الحق قبل الاسقاط كما هو المفروض بناء على القول بالكشف حيث إن الاجازة تكشف عن ملكية المشتري من حين المعاملة فالمجيز غير مالك حال الاجازة .

ثم ذكر (قدس سره) أن هذا الإشكال في المعاملات الفضولية إنما يبتني على الكشف الحقيقي ، وأما بناء على ما سلكناه من الكشف الحكي فلا يجتمع المالكان على مال واحد ، لأن المشتري إنما ينزل منزلة المالك في ترتب الآثار فقط ، لا أنه يكشف عن الملك الحقيقي ليرد الإشكال وأن المال الواحد كيف يجتمع فيه مالكان بل المشتري مالك تنزيلي أو مجازي فيرتفع الإشكال عن الفضولي بخلافه ، كما أنه لا يأتي على ما ذكرناه في معنى الكشف حيث إن زمان الاعتبارين متعدد . هذا ما أفاده شيخنا الأنصاري في المقام وظاهره الالتزام بالإشكال على القول بالكشف الحقيقي .

وأما شيخنا الأستاذ (قدس سره) ^(١) فقد ذكر أنه لا مانع من اجتماع المالكين على ملك واحد ، لأن المستحيل إنما هو اجتماع المالكين العرضيين ، وأما إذا كان أحدهما في طول الآخر فلا ، وقد وقع نظير ذلك في الشريعة المقدسة حيث إن ظاهر المشهور والعمومات والاطلاقات أن العبد يملك ماله كما إذا وجد شيئاً باللقطة أو حاز شيئاً من المباحات فإنه ملك العبد حينئذ مع أن الملك والعبد كلاهما مملوكان لسيده ، بل وهذا متحقق في المالكية الحقيقية والواجدية الواقعية حيث إنه تعالى

مالك للملاك وأملاكهم وأموالهم ، وعليه فلا مانع في المقام من الالتزام باجتماع مالكين طوليين على مال واحد ، هذا .

ولا يخفى أن ما أفاده (قدس سره) في العبد متين ، لأن السيد مالك للعبد وبتبعه يملك ملك العبد أيضاً ، وأما في المقام فلا تتصور له معنى صحيحاً ، لأن المالك لا يملك المشتري لملك ما ملكه بتبعه ليكون ملك أحدهما في طول ملك الآخر ، وليس في المقام إلا تبعية المعلول لعلته حيث إن ملك المشتري معلول لاجازة المالك وبيعه ، إلا أن كل واحد منهما مالك للمال بالاستقلال .

والصحيح أن يقال : إنه بناء على الكشف الحقيقي لا مانع من الالتزام بكفاية الاجازة عن من يخرج عن المالكية بنفس الاجازة ، أي الاجازة معتبرة عن من هو المالك لولا الاجازة ، بأن تكون الاجازة فعلاً بيعاً للمال من السابق ، وهذا أمر ممكن في حد نفسه ، نعم يحتاج إلى دليل في مقام الوقوع فإننا ذكرنا سابقاً أنه لا مانع من بيع المالك فعلاً شيئاً من أملاكه منذ اسبوع بأن يكون البيع فعلياً والملكية من السابق فيما إذا وافقه دليل شرعي ، فيكون بيع المالك الذي يخرج عن كونه مالكاً بنفس البيع صحيحاً وممكناً في حد نفسه ، فيتملك المشتري المال من قبل اسبوع ولا بأس بالالتزام بذلك ، نعم لا بد من تتبع الأدلة ليرى أنها توافق هذا الممكن أم لا .

الوجه الخامس : أن الاجازة كما عرفت تكشف عن الملكية من حين المعاملة وأن المشتري مالك له من الابتداء ، وحيثذ فبيع المالك للمال من البائع الفضولي معاملة فضولية قد وقعت على ملك المشتري فتوقف صحتها على إجازته لأنه كالبيع الصادر من شخص أجنبي حيث إن صحته تتوقف على إجازة المالك الواقعي وهو المشتري ، وعليه يلزم أن تتوقف إجازة كل من البائع الفضولي بعد صيرورته مالكاً والمشتري على إجازة الآخر ، أما إجازة المشتري فلا تها تتوقف على ملكه للمال وهو يتوقف على إجازة المالك للبيع حتى يملكه المشتري

والمفروض أن شراء البائع الفضولي وإجازته يتوقف على إجازة المشتري لأنه ملكه ، فيتوقف شراء البائع الفضولي وإجازته على إجازة المشتري وإجازة المشتري تتوقف على شراء الفضولي وإجازته ، وهذا من الأعاجيب ، بل لازم ذلك اجتماع العوض والمعوّض في ملك المشتري ، لأنه إذا اشتراه بعشرين ديناراً من الفضولي فأجازه بعد ملكه فتكشف الإجازة عن ملك المشتري من الابتداء ، وبعد ذلك إذا باعه المالك الأول من الفضولي بعشرين ديناراً مثلاً فقد وقع ذلك على ملك المشتري فضولاً فيرجع الثمن إلى المشتري لأنه المالك بحسب الفرض ، فيملك المشتري العين والثمن في البيع الثاني ، فتقع المعاملة الأولى للمشتري بلا ثمن ، بل إذا باعه المالك الأول من الفضولي بثلاثين ديناراً مثلاً يربح المشتري تلك الزيادة مضافاً إلى ملكه للثمن والثمن ، نعم لو باعه بأقل مما اشتراه به المشتري من الفضولي كثمانية عشر ديناراً يقع الثمن في مقابل دينارين في المثال .

وأجاب شيخنا الأنصاري^(١) عن ذلك : بأن هذا الإشكال كسابقه مبني على الكشف من حين المعاملة ، وقد عرفت أن الصحيح هو الكشف من الزمان القابل وهو يختلف باختلاف الموارد ، ثم ذكر أن منشأ هذه الإشكالات شيء واحد وقد نبّه عليه في الإيضاح وجامع المقاصد وما جمعه التستري يرجع إليه .

الوجه السادس : أن الردّ الفعلي كافٍ في بطلان العقد الفضولي ، والمالك يبيعه المال قد ردّ العقد فلا يبقى هناك مورد للإجازة من البائع بعد ذلك .

وهذا الإشكال قد تقدّم سابقاً وعرفت أن الفعل لا يكون ردّاً مانعاً عن إجازة المالك الآخر ، وإنما يمنع عن إجازة الرادّ فقط وأما إجازة الآخر بعد انتقال المال إليه فلا . مضافاً إلى أن البيع لا يكون ردّاً مبطلاً للعقد السابق بل إنّما هو معدوم لموضوع

الاجازة بالنسبة إلى ملك البائع ، فلا مانع من صحّة الاجازة ممّن انتقل إليه الموضوع بالبيع والارث أبداً فراجع .

الوجه السابع : الأخبار الواردة في النهي عما ليس عنده وما لا يملكه ، وهي على طوائف ثلاث :

إحداها : ما ورد في المنع عن بيع الكلّي وظاهرة في النهي عنه كصحيفة معاوية بن عمار قال : « سألت أبا عبد الله (عليه السلام) يبيّئني الرجل فيطلب بيع الحرير وليس عندي منه شيء » الخ^(١) حيث إنّها ظاهرة في عدم خصوصية المبيع بل إنّما يشتري منه الحرير على وجه كليّ .

وثانيتهما : ظاهرة في المنع عن بيع الأعيان الخارجية فيما إذا لم يملكها كروايتي ابني الحجاج يحيى وخالد^(٢) حيث إنّهما واردتان في بيع الثوب الشخصي أو الدابة المعيّنة .

وثالثتها : مطلقة بالنسبة إلى الكلّي والشخصي وشاملة لهما معاً كقوله (صلى الله عليه وآله) : « لا تبع ما ليس عندك »^(٣) .

ولا يبعد أن تكون صحيحتا ابن مسلم ومنصور بن حازم^(٤) المشتملتان على لفظ المتاع من قبيل الطائفة الثانية ، إذ المراد بالمتاع الذي يرجع إليه ضمير « يشتريه » لا يصحّ أن يكون معنى كلياً ، لأنّ الكلّي والنكرة غير المعيّنة غير قابل للاشتراء . وكيف كان فهذه الأخبار مما لا إشكال في سندها .

(١) الوسائل ١٨ : ٥٠ / أبواب أحكام العقود ب ٨ ح ٧ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٥٢ / أبواب أحكام العقود ب ٨ ح ١٣ ، والصفحة ٥٠ ح ٤ من نفس الباب .

(٣) الوسائل ١٨ : ٤٧ / أبواب أحكام العقود ب ٧ ح ٢ ، ٥ .

(٤) الوسائل ١٨ : ٥٠ / أبواب أحكام العقود ب ٨ ح ٦ ، ٨ .

وأما دلالتها ، فالطائفة الأولى الواردة في المنع عن بيع الكلّي لا بدّ من أن تحمل على الكراهة أو التقيّة لصراحة غير واحد من الأخبار والروايات^(١) في جواز بيع الكلّي ، وبها نرفع اليد عن ظهورها بحملها على الكراهة أو التقيّة ، لأنّ العامة^(٢) قائلون بفساده فلذا نقض عليهم الإمام (عليه السلام) في بعض الأخبار^(٣) بيع السلم حيث إنهم يجوزونه مع عدم كون المال عنده .

وأما المطلقات والعمومات أعني الطائفة الثالثة فلا وجه لرفع اليد عنها وحملها على الكراهة أو التقيّة ، بل غاية ما هناك نقيدها بخصوص بيع الأعيان الشخصية لأجل ما ورد في صحة بيع الكلّي من الروايات والأخبار ويبقى عمومها وإطلاقها بالنسبة إلى بيع الأعيان الخارجية على حاله ومقتضاها كمقتضى الطائفة الثانية عدم جواز بيع العين الشخصية قبل تملكها ، وبعد ما أثبتنا في محلّه من أنّ النهي في المعاملات ظاهر في الارشاد إلى الفساد فلا يبقى للإشكال في دلالتها على بطلان البيع قبل الملك بمال .

والإنصاف أنّه لا ينبغي التردد في دلالتها ولا في سندها على بطلان البيع في المقام . نعم يبقى هناك شيء وهو أنّ الأخبار تقتضي بطلان البيع في الصورة المذكورة على نحو الاطلاق ، أو أنّ البطلان يختصّ بما إذا لم يجره المالك بعد تملكه ؟ وبعبارة أخرى : بطلان البيع إنّما هو فيما إذا كان على نحو التنجيز ، وأما معلقاً على إجازة المالك فلا .

ولكن الصحيح أنّ الأخبار في النهي عن بيع ما ليس عندك مطلقة تشمل

(١) منها ما ورد في الوسائل ١٨ : ٤٦ / أبواب أحكام العقود ب ٧ ح ١ وغيره .

(٢) المغني ٤ : ٢٩٧ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٤٦ / أبواب أحكام العقود ب ٧ ح ١ و ٣ .

صورتى التعليق والتبجيز وإجازة المالك وعدمها ، وعليه فلا بد من الالتزام بفساد البيع قبل الشراء ، بل مقتضى هذه الأخبار أن المعاملة غير لازمة باللزوم المعاملي من أحد الطرفين أبداً ، وكأن المعاملة لم تكن ، ويدل على ذلك قوله « ولا تواجبها » الخ وقوله « أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك » .

وكيف كان ، فلا إشكال في أن مقتضى الروايات المتقدمة اشتراط الملك في صحة البيع والمعاملات ، ويؤكد ذلك ويؤيده : ما ورد^(١) في تزويج العبد من دون إذن سيده ثم أعتقه سيده وسئل الإمام عن حكم تزويجه فقال (عليه السلام) علم السيد أنك تزوجت ، فأجاب نعم قد علم وسكت ، فقال (عليه السلام) ذلك إقرار منه أنت على نكاحك ، حيث لم يكنف (عليه السلام) في صحة النكاح بإجازة الزوج بعد ما صار حراً ، بل سأله عن إجازة السيد حال العقد ، لأنه نظير من باع شيئاً ثم ملكه فأجاز ، والإمام (عليه السلام) حكم بلزوم إجازة المالك قبل ملك البائع له .

فإن قلت : إن لازم اشتراط الملك في صحة المعاملات بطلان البيع الفضولي رأساً .

قلت : قد تقدم أن المعاملة إنما تتحقق بإجازة المالك في الفضولي ، وقبلها لا عقد ولا بيع ، وحين الاستناد تشمله العمومات لوجود الملك كما هو المفروض وهذه الأخبار إنما دلت على بطلان المعاملة للمخاطب والعائد غير المالك ، وأما بطلانها بالاضافة إلى غيره فيما إذا كان مالكا فلا ، فلا دلالة فيها على بطلان المعاملة بالاضافة إلى المالك في الفضولي ، بخلاف العائد في المقام حيث إنه مشمول للنهي في الأخبار فلا تقع المعاملة بالاضافة إليه صحيحة كما هو ظاهر .

كما أن هذه الأخبار لا تشمل بيع الغاصب ولو لنفسه ، لأنها إنما تمنع عن

(١) الوسائل ٢١ : ١١٨ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب ٢٦ ح ٢ وغيره .

صحته بالإضافة إلى غير المالك ، والغاصب يبيعه بعنوان أنه مالك ، فالشرط حاصل في الغاصب ولو ادّعاء فلا وجه لبطلان المعاملة فيه .

فالمتحصّل : أن بيع ما هو خارج عن ملك البائع باطل لأجل الروايات المتقدمة ، وإطلاقها يشمل كلتا حالتَي الإجازة بعد الملك وعدمها ، هذا كلّهُ فيما إذا باعه على نحو التنجيز .

وأما إذا باعه معلقاً على اشترائه المال بعد ذلك ، أو باعه منجزاً ولكن علّق اللزوم على إجازته بعد الاشتراء فهل تشمله الأخبار المتقدمة وتكون المعاملة باطلة أو لا ؟ ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(١) أن المتيقّن من الأخبار هو صورة التنجيز دون ما إذا علّقه على شرائه أو على إجازته ، فلا مانع من الالتزام بالصحة فيها ، كما أن ما استدللّ به العلامة (قدّس سرّه) على بطلان بيع ما ليس عنده من كونه غريباً وعدم قدرة البائع على تسليمه إنّما يجري في صورة التنجيز لأنّه غربي ولا يقدر على تسليم المبيع ، هذا .

ولا يخفى أن صورة التنجيز وإن كانت متيقّنة إلّا أنّ كونها كذلك لا يمنع عن التمسك باطلاق الروايات ، وهو يقتضي الحكم بالفساد والبطلان مطلقاً سواء باعه على نحو التنجيز أم على نحو تعليق البيع بالشراء أو تعليق اللزوم بالإجازة بعد اشترائه ولعلّه ظاهر ، وعليه فهذه الأخبار تقتضي اشتراط الملك في صحة المعاملة مطلقاً وكذا في صحة الاشتراء ، وما تقدّم من دليلي العلامة وإن كانا لا يجريان في صورة التعليق إلّا أنّ البطلان ليس مستنداً إليهما بل إلى ما ذكرناه ، هذا كلّهُ فيما إذا باعه لنفسه .

المسألة الثانية

ما إذا باعه للغير إلّا أنه صار ملكه بعد ذلك بالارث أو الشراء أو بالهبة ونحوها ، فله صورتان الأولى : أن يبيعه للمالك . الثانية أن يبيعه للأجنبي معتقداً أنه المالك . أمّا الصورة الأولى ، فهل تصحّ المعاملة فيها بأجازته بعد الملك أم لا ؟ ذكر شيخنا الأنصاري ^(١) أنّ هذه الصورة خارجة عن أخبار لا تبع ما ليس عندك ، لأنه باعه للمالك لا لنفسه ، فلا مانع من صحّتها فيما إذا أجازها بعد الانتقال إليه ، هذا . ولا يخفى أنه لا إشكال في عدم صحّتها بدون الإجازة بعد الانتقال ، وأمّا إذا أجازها فقد عرفت أنّ شيخنا الأنصاري ذهب إلى صحّتها وذكر أنه نظير بيع الغاصب لنفسه فيما إذا أجاز به المالك حيث إنّ المعاملة إنّما تتقوّم بالمبادلة بين المالكين من دون خصوصية المالكين والأشخاص ، والمقام نظير ذلك وعكسه حيث إنه باعه للمالك فأجاز به بنفسه ، هذا .

ولا يخفى أنّ أخبار لا تبع ما ليس عندك وإن لم يشمل المقام لأنه لم يبيع شيئاً لنفسه ، إلّا أنّ النهي عن الاشتراء إلّا من المالك كما ورد في بعض هذه الأخبار حيث قال (عليه السلام) في صحيحة ابن مسلم « ليس به بأس إنّما يشتريه منه بعد ما يملكه » ^(٢) يقتضي عدم صحّة الشراء من غير المالك للمالك ، وفي المقام إنّما اشترى المشتري المال قبل انتقال المال إلى البائع فهو شراء من غير مالك المال فيبطل ، فهذه الصورة لا تقاس ببيع الغاصب حيث إنه يدّعي الملك ويرى نفسه مالكا للمالك فشرائه المشتري من مثله ممّا لا مانع عنه ، وهذا بخلاف المقام لما عرفت من شمول النهي عن اشتراء شيء من غير مالكة ، هذا .

(١) المكاسب ٣ : ٤٥٦ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٥١ / أبواب أحكام العقود ب ٨ ح ٨ .

مضافاً إلى أنَّ المعاملة في حدّ نفسها باطلة في المقام من دون حاجة إلى الأخبار ، وذلك لأنَّ المعاملة ليست إلّا تبديل طرفي الاضافة ، وهذه المبادلة إنّما أوقعها الفضولي للمالك بحسب الفرض ، والمالك لم يميزها كما هو المفروض وإنّما أجازها الفضولي بعد انتقال المال إليه ، وهذه الاجازة بلا ثمة إذ لا فائدة في اجازة المبادلة الواقعة على ملك الآخر ، لأنَّ المبادلة السابقة إنّما وقعت على ملك المالك فاجازتها بلا فائدة ، ولم تقع مبادلة أخرى على ملك الفضولي حتّى يميزها ، فما وقع غير قابل للاجازة والقابل للاجازة غير واقع فتبطل المعاملة لا محالة من دون حاجة في بطلانها إلى الأخبار ، وهذا بخلاف بيع الغاصب فإنه إنّما بدّل الاضافة للمالك بدعوى أنه هو والمالك إنّما أجاز المبادلة الواقعة للمالك فيتطابقان ، لما عرفت من أنَّ دعواه أنه المالك كذب والمبادلة إنّما وقعت بعنوان المالك فإذا لحقتها الاجازة فلا يبقى للإشكال في صحتها مجال وذلك ظاهر .

ومن ذلك يظهر الحال في الصورة الثانية وهي ما لو باعه للأجنبي لا لنفسه ولا للمالك باعتقاد أنَّ الأجنبي مالك ثمّ انتقل المال إليه فأجازها ، والوجه في الظهور أنَّ المعاملة في المثال باطلة ، لا لأجل النهي عن بيع ما ليس عندك ، لأنَّ الأجنبي لم يبيع ما ليس عنده ، بل لأجل اشتراط الاشتراء بكونه من المالك وهو إنّما اشتراه من غيره فيبطل . مضافاً إلى أنّها بنفسها باطلة ، لأنَّ ما وقع من المبادلة إنّما وقع للمالك وأضيف إليه وهذا غير قابل للاجازة البائع الفضولي ، إذ لا معنى لاجازة المبادلة الواقعة على ملك الغير ، والمفروض أنه لم تقع مبادلة أخرى على ماله بعد الانتقال إليه ، فما أجازها غير قابل للاجازة والقابل للاجازة غير واقع وغير مجاز فيبطل .

وملخص الدعوى أن مقتضى القاعدة اتّحاد المجيز والمالك حال العقد ، وأنَّ المجيز لا بدّ وأن يكون مالاً للمالك حال المعاملة ولا يكفي الانتقال إلى الغير بالارث أو البيع أو غيرها أبداً .

وأما ما ذكره شيخنا الأستاذ (قدس سره) ^(١) من أن الوارث قائم مقام مورثه في الماليات فإذا أجاز المعاملة فكأن المورث أجازها فتكشف عن الملكية من زمان حياة المورث ، فهو من غرائب الكلام ، إذ لم يرد دليل على ذلك التنزيل ولم يدل شيء على أن الوارث كالـمورث في جميع الأحكام ، بل إنما ورد ^(٢) أن ما تركه الميت فلوارثه ، وهذا يكشف عن أن الميت قد تركه وزالت ملكيته عنه والوارث شخص آخر غيره كما هو ظاهر .

ثم إنه إذا قلنا ببطلان بيع من باع ثم ملك فأجاز ، في صورة عدم الاجازة بعد الملك يبطل بطريق أولى ولعله ظاهر . وأما إذا بنينا على صحته مع الاجازة وأغمضنا عما ذكرناه سابقاً فهل يصح بدون الاجازة أيضاً كما نقله شيخنا الأنصاري ^(٣) عن بعضهم ، أو أنه بدون الاجازة باطل ؟ هناك وجهان ، والصحيح أنه يقع باطلاً في صورة عدم الاجازة ، وذلك لأنه تارة يبيع للمالك ثم يملكه وأخرى يبيعه لنفسه .

فأما في الصورة الأولى فلا وجه لصحته بعد الانتقال إليه في صورة عدم الاجازة ، إذ المفروض أنه لم يبيع لنفسه لتنع المعاملة له بعد الانتقال إليه وذلك ظاهر . وأما في الصورة الثانية فكذلك لا وجه لصحته بدونها أي بدون الاجازة إلا احتمال أن العمومات نحو «أَوْقُوا بِالْعُقُودِ» ونحوه يشملها بعد الانتقال إليه وإن لم يشملها من الابتداء يعني قبل تملكه ، فلا يحتاج إلى الاجازة بعد ذلك ، إلا أنه من دفع بأن العمومات لا تشملها حين المعاملة لأنه ليس بملكه ، وبعد ما صار ملكه لم يقع عليه بيع لتشمله العمومات لأنها خطابات للملاك ، وقبل الانتقال لا ملك لتشمله

(١) منية الطالب ٢ : ١٢٧ .

(٢) ورد مضمونه في الوسائل ٢٦ : ٢٥١ / أبواب ولاء ضمان الجريرة ب ٣ ح ١٤ .

(٣) المكاسب ٣ : ٤٥٧ .

وبعده لا بيع حتى تتمسك في صحته بالعمومات ، وبهذا ظهر ما في جواب شيخنا الأنصاري (قدس سره) من أنَّ المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع إلى حكم العام ، فإنَّ الدوران بين الأمرين إنما هو فيما إذا كان هناك فرد وقد خرج عن حكم العام في زمان وبعده يقع الكلام في أنَّ الفرد محكوم بحكم المخصَّص بالاستصحاب أو أنه مشمول للعام وهو بحث مشهور ، وهذا غير متحقق في المقام إذ قبل التملك لا فرد للعقد إذ لا عقد له قبل الانتقال إليه وقد عرفت أنه خطاب للملَّك دون غيرهم ، وبعد الملك لا بيع ولا عقد له لتشمله العمومات ، هذا .

ولو سلَّمنا وبنينا على أنَّ مقتضى العمومات صحَّة البيع بعد الانتقال إليه فيكفي في الحكم بالبطان الأخبار المتقدِّمة الدالَّة على فساد البيع قبل الملك فتكون هذه الروايات مخصَّصة للعمومات .

فالمتحصِّل أنه لا وجه للحكم بالصحة من دون توقُّف على الاجازة بوجه . ومن ذلك يظهر أنَّ ما أفاده شيخنا الأستاذ من أنَّ المعاملة إنما تتوقَّف على الاجازة لأجل أمرين : أحدهما الرضا . وثانيهما : الاستناد ، وكلاهما حاصلان في المقام لأنَّ المفروض أنه باعه لنفسه فلا يحتاج إلى الاجازة بعد الانتقال ، من غرائب الكلام ، لأنَّ المعبر من الرضا والاستناد إنما هو رضا المالك واستناد العقد إليه ، لا رضا غير المالك والاستناد إليه ، وهو قبل الانتقال غير مالك فلا يكفي رضاه والاستناد إليه قبل الانتقال ، وأما بعده فلم يحصل منه شيء من الأمرين بحسب الفرض .

نعم هناك صورة أخرى ذكرناها في أوائل البحث وهي ما لو باعه فعلاً ما سيملكه بعد الموت في الارث أو بعد الشراء في البيع ، وهذا على نحو التعليق بأن يكون الانشاء فعلياً والملكية بعد مدَّة ، والرضا والاستناد فيها صحيحان إلَّا أنَّها باطلة لأجل الاجماع على بطلان التعليق في العقود ، والأخبار الناهية عن الشراء

قبل أن يشتريه البائع من مالكة ، وهذه الصورة خارجة عما نحن فيه ، إذ الكلام فيما إذا كان البيع بحيث لو أجازته المالك صح ، وهذا لا يصح ولو بأجازة المالك لاختلاله من ناحية أخرى . هذا كله في المسألة الثانية .

المسألة الثالثة

ما لو باعه باعتقاد عدم جواز التصرف بالأصل أو بغيره ثم ظهر جواز التصرف ، وهذا يعني اعتقاد عدم جواز التصرف إما من جهة الاعتقاد بعدم ولايته على البيع بمعنى عدم كونه ولياً أو وكيلأ ومأذوناً من قبل المالك ثم ظهر ولياً ، وإما من جهة الاعتقاد بعدم كونه مالكاً ثم ظهر مالكاً ، وعلى كلا التقديرين تارةً يبيع للمالك وأخرى لنفسه فالصور أربع .

الصورة الأولى : أن يبيعه للمالك باعتقاد عدم الولاية ثم انكشف أنه ولي .
الظاهر أن البيع صحيح في هذه الصورة ولا يحتاج إلى الإجازة ونحوها أبداً ، لأن رضا المالك وإذنه المتقدمين بحسب الواقع لا يقصران عن الإجازة المتأخرة والمفروض أن المالك راض وقد أذن للبائع في بيع ماله غاية الأمر أنه نسيه أو لم يصل إليه ، ولا يشترط في صحة المعاملة إلا إذن المالك في البيع وإن لم يعلم به المأذون ، وكذا الحال فيما إذا ظهر أنه ولي للمالك فإن بيعه صحيح ولا يشترط فيه علم البائع بولايته ، هذا .

وقد حكى عن القاضي ^(١) أنه فصل في بيع العبد فيما إذا أذن له السيد ولم يعلم به العبد ولا غيره فبيعه باطل ، وما إذا علمه العبد أو غيره فبيعه صحيح ، إلا أننا لم

نجد وجهاً لما أفاده من اعتبار الاعلام في الاذن كما استشكله في المختلف^(١) واستحسنه شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) والمتحصّل أنّ المعاملة في هذه الصورة صدرت من أهلها ووقعت في محلّها ولا وجه فيها للبطلان أبداً .

الصورة الثانية : أن يبيعه لنفسه باعتقاد عدم جواز التصرف ثمّ ظهر أنه ولي ، والظاهر أنّ البيع في هذه الصورة أيضاً صحيح ، لما مرّ وعرفت من أنّ البائع قد قصد المعاوضة الحقيقية حيث أوقعه للمالك الواقعي إلّا أنه طبّق هذا العنوان على نفسه ادّعاءً وتزويلاً ، فالمعاملة صحيحة وهذه الاضافة زائدة ، فلذا ذكرنا في بيع الغاصب أنه إذا أجاز له المالك صحّ ولا يضرّه إضافة الغاصب إلى نفسه ، والمقام نظير بيع الغاصب كما عرفت ، هذا .

وقد احتمل شيخنا الأنصاري (قدس سرّه)^(٢) بطلان المعاملة في هذه الصورة إلّا أن يحزها بعد انكشاف الحال ، بدعوى أنّ البائع وإن ظهر أنه كان مأذوناً في المعاملة لأجل أنه ولي إلّا أنه مأذون في البيع للمالك لا في البيع لنفسه ، فما وقع غير قابل للاذن ولم يتعلّق به أيضاً وما هو قابل له وقد تعلّق به وهو البيع للمالك غير واقع ، فلذا تحتاج صحّته إلى الاجازة بعد الانكشاف ، هذا .

ولا يخفى أنّ هذا القيد أعني إضافته إلى نفسه إن أخذ مقوّماً للمعاملة والبيع فكما لا يكون ذلك قابلاً للاذن المتقدم إذ لا معنى للاذن في بيعه لنفسه ، كذلك لا يقبل الاجازة المتأخّرة إذ ما معنى الاجازة في البيع لنفسه ، وقد عرفت أنّ المبادلة بنفسها تقتضي دخول الثمن في ملك من خرج عن ملكه المثلث ، وإن كان القيد كما ذكرناه أمراً زائداً عن حقيقة المعاملة فهو كما لا يضرّ بالاجازة المتأخّرة وقابل لتعلّقها به

(١) المختلف ٥ : ٤٥٥ - ٤٥٦ .

(٢) المكاسب ٣ : ٤٦٠ .

فكذلك قابل للاذن المتقدم ولتعلقه به .

وبالجملـة : أن هذا الاحتمال المذكور في كلام الشيخ الذي عقبه بالأمر بالتأمل ممّا لا وجه له والصحيح ما ذكرناه .

الصورة الثالثة : أن يبيعه للمالك ثمّ ظهر أنه مالك ، وهل تصحّ المعاملة في هذه الصورة مطلقاً بلا توقّف على الاجازة بعد الانكشاف ، أو أنّها باطلة مطلقاً ، أو أنّها تصحّ بالاجازة بعد الانكشاف ، أو أنّها صحيحة إلّا أنه على نحو الجواز دون اللزوم وله أن يفسخ بعد الانكشاف كما له أن لا يفسخ بعد ذلك ولا محتاج إلى الاجازة المتأخّرة ؟ هناك وجوه وأقوال .

والصحيح هو الوجه الثالث كما ذهب إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(١) وملخصه : أنّ المعاملة صحيحة ومتوقّفة على الاجازة بعد انكشاف الحال .

أمّا أنّها صحيحة فلما قدّمناه سابقاً من أنّ المعاملة إنّما تتقوّم بالمبادلة بين المالين وأمّا قصد وقوعها لنفسه أو للغير فهو أمر زائد عن حقيقتها ، والبايع بما أنه قصد المبادلة للمالك فقد نوى المعاوضة الحقيقية إلّا أنه لجهله أو لتسيانه أرجعها إلى الغير بتخيّل أنه هو المالك ، وهذا الخيال كادّعاء أنه مالك في الصورة المتقدّمة أمر زائد غير مقوّم لحقيقة المبادلة فيبقى لغواً ، ولعلّه ظاهر .

وأمّا أنّها متوقّفة على الاجازة بعد الانكشاف فلما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بتوضيح ممّا من أنّ العمومات والأدلّة المقتضية لصحّة المعاملات نحو ﴿أَوْقُوا بِالنَّعْوَذِ﴾ ^(٢) و﴿أَعْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ ^(٣) بانضمام قوله (عليه السلام) « لا يحلّ مال

(١) المكاسب ٣ : ٤٦٠ .

(٢) المائدة ٥ : ١ .

(٣) البقرة : ٢ : ٢٧٥ .

امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه»^(١) منصرفه إلى بيع كل واحد واحد من المالكين وتقتضي جواز المعاملة الصادرة من المالك بعنوان أنه مالك ، وهذا المعنى مفقود في المقام لأنه وإن باع مال نفسه واقعاً إلّا أنه بعنوان أنه ملك الغير ، فلم تصدر المعاملة منه بعنوان أنه مالك فلا تصحّ المعاملة منه ولا تستند إليه بهذا العنوان بل تحتاج في استنادها إليه وصدورها منه بعنوان أنه مالك إلى الإجازة بعد الالتفات إلى أنه مالك ، ولذا ذكرنا في الفضولي أنّ المعاملة لا تستند إلى المالك بمجرد العقد الصادر من الفضولي بل تحتاج إلى إجازة المالك لتستند إليه لا محالة وتصدر منه حتّى تشملها العمومات والاطلاقات . فالتحصّل أنّ المعاملة صحيحة ولكنها متوقّفة على الإجازة .

وأما ما استدللّ به العلّامة وولده^(٢) (قدّس سرهما) على البطلان مطلقاً من الوجوه الثلاثة فلا يمكن المساعدة عليه بوجه .

أما الوجه الأول : فهو أنّ البائع إنّما قصد البيع لأبيه فيما إذا باع مال أبيه بظنّ حياته فبان ميتاً ، فهو باعه للأب لا لنفسه فلا يقع له بوجه .

والجواب عن ذلك : أنه إنّما باعه للمالك ، وإنّما أضافه للأب لا لخصوصية فيه بل بتخيّل أنه المالك للمال . وقد عرفت أنه أمر زائد عن حقيقة المبادلة فيقع لغواً .

وأما الوجه الثاني : فهو أنّ المعاملة حينئذ معلقة على موت أبيه لأنه إنّما يبيعه على تقدير موت الأب والاجماع متحقّق على بطلان التعليق في العقود ، هذا .

ولا يخفى عليك أنّ هذا الوجه لا بدّ من أن يحمل على سهو القلم لجلالة شأن العلّامة وولده (قدّس سرهما) عن الاستدلال بمثل ذلك في المقام ، وذلك لأنّ الكلام في

(١) الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصليّ ب ٣ ح ١ (مع اختلاف) .

(٢) نهاية الأحكام ٢ : ٤٧٧ ، إيضاح الفوائد ١ : ٤٢٠ .

الصورة الثالثة إنما هو فيما إذا باعه للمالك لا لنفسه وما معنى أنه يبيعه للمالك وهو الأب معلقاً على موته ، ولأجل ذلك أورد عليه شيخنا الأنصاري (قدس سره) بأن هذا الوجه منها مناقض للوجه الأول من استدلالها حيث ذكرنا في الوجه الأول أنه يبيعه للمالك وأبيه لا لنفسه ، فإذا باعه للمالك كيف يعلقه على موته .

وأما الوجه الثالث : أن البائع مع فرض اعتقاده بأن المال ملك الغير كيف يصح أن يبيعه للمالك مع أنه أجنبي عن المال ، فهو في الحقيقة كالعابث في المعاملة هذا .

وقد عرفت سابقاً أن الفضولي قاصد للمعاوضة الحقيقية وليس عابثاً كما ذكره ، ولذا استشكلنا^(١) فيما ذكره صاحب المسالك من أن المكره والفضولي قاصدان للفظ دون المعنى وذكرنا أنهما قاصدان للمعنى والمعاملة حقيقة ، وهذا الوجه لو تم يستلزم بطلان المعاملات الفضولية بأجمعها ولا يختص بالمقام كما لا يخفى ، هذا .

ثم إن المحقق الثاني^(٢) استدلل على توقف المعاملة في المقام على الاجازة بأن البائع لم يقصد الملك من حين المعاملة بل من زمان إجازة المالك ، فلو لم يجزها بعد الانكشاف فلم يحصل الملك أبداً .

وأورد عليه شيخنا الأنصاري (قدس سره)^(٣) بأنه إنما قصد الملك من حين المعاملة حيث قصد البيع والمعاملة وهو كافٍ في قصد الملك ورضاه بالمعاملة ، بل ذلك ينافي الكشف على مسلك المحقق الثاني لأنه يرى الاجازة كاشفة عن الملك من

(١) راجع المجلد الأول من هذا الكتاب الصفحة ٣٦٩ وما بعدها .

(٢) جامع المقاصد ٤ : ٧٦ .

(٣) المكاسب ٣ : ٤٦٢ .

الابتداء ، فلو كان قصد البائع هو الملك بعد الاجازة فلا يتحقق هناك ملك من الابتداء لتكشف الاجازة عنه ، هذا .

ولا يخفى عليك أنه يمكن أن يقال إن مراد المحقق الثاني ليس هو ما يظهر من عبارته كما فهمه شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) بل يريد أن يقول إن الملكية إنما تحصل من حين المعاملة فيما إذا استندت المعاملة إلى المالك بالاجازة ، فلها دخل في تحقق الملك من الابتداء ، ولولاها لم يتحقق الملك أصلاً ، ولا يرد عليه ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) .

نعم يتوجه عليه أن ذلك الدليل أخص من المدعى ، وذلك لعدم جريانه فيما إذا باع شيئاً باعتقاد أنه ملك الغير وأنه وكيل في بيعه من قبل مالكة ثم ظهر أنه له وهو ملكه ، فإنه في هذه الصورة قد قصد النقل والملك من حين المعاملة لا معلقاً على إجازة المالك لا اعتقاد أنه وكيل ، هذا مع أن كون البيع متوقفاً على الاجازة أو غير متوقف عليها ليس دخليلاً في حقيقة البيع ليعتبر قصده أو يقدح قصد خلافه ، وإنما هو من الأمور المعتبرة في صحة البيع وإمضائه فيما إذا وقع البيع على مال الغير ، وأما إذا وقع البيع على مال نفس العاقد فلا يعتبر في صحته وامضائه إجازته . ولعل هذا هو مراد المحقق الثاني بقوله : « إلا أن يقال إن قصده إلى أصل البيع كاف » فالصحيح في لزوم الاجازة ما ذكرناه .

فالمتحصل من جميع ذلك : أن المعاملة صحيحة ولكنها تتوقف على الاجازة بعد الالتفات إلى أنه مالك .

ويؤيد ما ذكرناه ويؤكدّه : ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) ^(١) في المقام حيث إنه نظره بما إذا أذن المالك لأحد في أكل شيء مثلاً معتقداً بكونه ملك الغير فانه

لا يسوغ أكله بذلك مع علم المأذون بأنه ملك نفسه، إذ لا بدّ في الإباحة من ترخيص المالك بعنوان أنه مالك وهذا إباحة وتحليل من ذات المالك لا هو بعنوان المالك كما هو ظاهر فلا يصحّ التصرف فيه بوجه، وأما ما ذكره من مثال الطلاق والعقّ وأنه إذا طلق امرأة باعتقاد أنها هي التي وكله زوجها في طلاقها ثم ظهر أنها زوجته، أو أعتق عبد الغير وكالة ثم ظهر أنه عبده فلا يصحّ منه الطلاق والعقّ لعدم علمه بزواجه للمرأة وكون المعتق ملكه، فهو مؤيد للمطلب لا أنه دليل وذلك لما أشرنا إليه غير مرّة من أنّ للأشخاص مدخلية في حقيقة النكاح والطلاق وكذلك في العقّ، فإذا طلق امرأة خاصّة فلا وجه لوقوعه عن امرأة أخرى غيرها، وكذلك الحال في العقّ، وهذا بخلاف المعاملات فإنها لا تتقوّم بالأشخاص بل حقيقتها هي المبادلة كما لا يخفى ولا يمكن قياسها بالطلاق والعقّ ولعلّه ظاهر.

وقد نظّر شيخنا الأستاذ (قدس سرّه) ^(١) المقام بما إذا تعمّد في التكلم في الصلاة مع الغفلة عن أنّه في الصلاة أو تعمّد في الإفطار مع الغفلة عن أنه صائم في شهر رمضان فإنّ ذلك لا يبطل الصلاة والصوم، إذ يعتبر فيها أن يكون التعمّد في التكلم في الصلاة فلا يكفي التعمّد في التكلم بما هو هو ولو مع الغفلة عن القيد، وكذلك الحال في الإفطار في شهر رمضان فإنّ التعمّد في الإفطار في شهر رمضان يوجب البطلان والكفارة لا التعمّد في أصل الإفطار، وفي المقام العمومات إنّما تشمل البيع الصادر عن المالك بوصف أنه مالك لا الصادر عن ذاته ولو مع الغفلة عن أنه مالك للمال. وهذا نعم التنظير في المقام.

فتلخص من ذلك: أنّ صحّة المعاملة في هذه الصورة من جهة أنها بيع حقيقة ولا قصور فيها بوجه، وتوقفها على الاجازة من جهة انصراف العمومات والأدلة

إلى بيع كل شخص من المتعاملين بما هو مالك ، وهذا لا يتحقق إلا بالاجازة ، إذ لا بيع له قبلها . مضافاً إلى أنّ الاطلاقات والعمومات متقيّدة بطيب نفس المالك ورضاهم ، ولا رضا من المالك في المقام قبل الاجازة لغفلته وعدم علمه بأنه ملكه وإنما يتحقق ذلك بالاجازة المتأخّرة .

بقي في المقام ما ذكره بعضهم وذهب إليه صاحب الجواهر (قدّس سرّه) ^(١) من أنّ المعاملة صحيحة ولا تحتاج إلى الاجازة ، إلاّ أنّها على نحو الخيار والجواز دون اللزوم ، لأنّ الحكم يلزوم المعاملة ضرري على المالك لعدم علمه بالحال وتخيلته أنه للغير ، فلو حكّمنا يلزوم البيع في حقّه لكان ذلك مستلزماً لضرره وهو منفي بالقاعدة ، فتكون المعاملة صحيحة وجائزة لأجل القاعدة .

وأورد عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(٢) بما ملخصه : أنّ المعاملة تارة تكون محكومة بالصحة في حدّ نفسها إلاّ أنّ العوضين يستلزمان الضرر على أحد المتعاملين لنقص في قيمتها أو لعب في ذاتيهما ، ولأجل ذلك يرتفع لزوم المعاملة وتكون خيارية وجائزة . وأخرى تكون المعاملة في حدّ نفسها مورداً للكلام من حيث الصحة والفساد ، لعدم شمول العمومات لها من دون أن يكون هناك ضرر في شيء من العوضين بحيث لو حكّمنا بصحّتها لما كان ذلك موجباً لتضرّر أحدهما من حيث العوض والمعوّض لعدم نقص في قيمتها أو في ذاتيهما ، ففي مثل ذلك لو كان هناك ضرر فهو إنّما يكون ناشئاً من أصل العقد والمعاملة لا من جهة لزومها ففتضى القاعدة عدم صحّة مثلها إلاّ بالاجازة المتأخّرة ، لا أنّها صحيحة ويرتفع

(١) الجواهر ٢٢ : ٢٩٩ - ٣٠٠ ونصّ كلامه : والمتّجه فيه الوقوف على الاجازة ... أو إثبات

الخيار ...

(٢) المكاسب ٣ : ٤٦٥ .

لزومها ، لما عرفت من أن لزومها غير ضرري بحسب الفرض وإثنا الضرر في أصل
 المعاملة وصحتها حيث إنه أمر لم يلتفت إليه ولم يكن راضياً به ومعه يكون الحكم
 بوقوع المعاملة من غير اختياره ضرراً عليه لا محالة فترفع صحتها بالقاعدة ، هذا .
 بل يمكن أن يقال : إنه لا مجال للقاعدة في المقام ، لأنها ناظرة إلى الأدلة
 الواقعية ، وقد عرفت أن الأدلة لا تشمل مثل هذه المعاملة لانصرافها إلى بيع كل
 بائع بعنوان أنه مالك وتقيدها بالرضا وطيب النفس ، وهذه الأمور إنما تستحق
 بالاجازة لا قبلها كما لا يخفى ، ومعه لا ضرر على أحد وقبلها لا دليل حتى ترفعه
 قاعدة نفي الضرر كما هو ظاهر .

فالمتحصّل : أن الصحيح من الأقوال هو ما ذهب إليه شيخنا الأنصاري (قدس
 سرّه) من الصحة والتوقف على الاجازة .

ثم إن ذلك إنما هو في المعاملات القابلة للفضولية التي تصحّ بالاجازة المتأخّرة
 كالبيع ونحوه ، وأما ما لا يصحّ بالاجازة المتأخّرة لاشتراطه بالاذن والاجازة
 المقارنين للعقد وعدم قبوله للفضولية كما في الايقاعات كالطلاق والعق بناء على
 ثبوت الاجماع المدعى في عدم قبول الايقاعات للفضولي واشتراطها بالاذن المقارن
 معها ، فلا يجري فيه ما ذكرناه بل نحكم في مثله بالبطلان مطلقاً ، فلو طلق أو أعتق
 باعتقاد أنّها زوجة الغير أو عبد الغير ثم ظهر أنّها له فيحكم ببطلان الطلاق والعق
 لعدم تصحيحها بالاجازة المتأخّرة .

وبالمجمل إذا كانت المعاملة مما تصحّ بالاجازة المتأخّرة فحكمها الصحة مع
 الاجازة ، وإذا كانت على نحو لا تصحّ بالاجازة فحكمها البطلان كما عرفت ، هذا .
 ثم إن ما ذكرناه في المقام من الصحة مع الاجازة لا يتوقف على القول بصحة
 الفضولي كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) بل لو قلنا ببطلان الفضولي في محله
 لقلنا بالصحة مع الاجازة في المقام ، وذلك لعدم جريان الأدلة المذكورة في بطلان

الفضولي في المقام كقوله (عليه السلام) لا تبع ما ليس عندك^(١) فإنهم قد استدلوا به على بطلان الفضولي وأجبنوا عنه فيما تقدّم بأنه ينهى عن ذلك بالإضافة إلى البائع الفضولي ولا دلالة فيه على فسادته بالإضافة إلى المالك ، فلو أغمضنا النظر عن ذلك الجواب وبينا على أنه يقتضي بطلان الفضولي لكأنه لا نلتزم به في المقام لعدم جريانه فيه ، فإن المفروض أنه مالك للمال غاية الأمر أنه غافل عن ذلك وغير عالم بالحال فهو إنما يبيع ما عنده لا ما ليس عنده ، ولعلّه ظاهر .

نعم ، لو استدللنا على بطلان الفضولي بالقبح العقلي لاستقلال العقل بقبح التصرف في مال الغير كما تقدّم نقله وأغمضنا عما أجبنوا به عنه أمكن أن يقال إن ذلك يجري في المقام من جهة استقلال العقل بقبح التجري ، وهو متجرّ في مفروض الكلام لا اعتقاده بأن المال للغير ومع ذلك تصرف فيه بالبيع وهو محكوم بالقبح عقلاً وإن كان مالاً واقعاً ، هذا .

مع أنه يمكن أن يجاب عن ذلك : بأننا إنما نقول بفساد الفضولي من جهة حكم العقل بالقبح فيه واستلزام ذلك الحكم بالحرمة شرعاً ، ودلالة النهي على الفساد فرضاً ، لا من جهة مجرد حكم العقل بالقبح وإن لم يستلزم الحكم بالحرمة شرعاً ، إذ مجرد القبح العقلي لا يكفي في الحكم بالفساد ، وهذا لو قلنا به في الفضولي لا يمكن الالتزام به في المقام ، لعدم استلزامه حكم العقل بالقبح في التجري الحكم بالحرمة شرعاً حيث إن المتجرّي غير مرتكب للحرام الشرعي بوجه ، ومجرد القبح العقلي لا يوجب الفساد ، هذا كله في الصورة الثالثة .

وأما الصورة الرابعة : فهي ما لو باعه لنفسه باعتقاد أنه للغير وعدم جواز التصرف فيه فظهر أنه مالك له ، ولا إشكال في صحة البيع حينئذ ، لعدم قصور ذلك

عن الصورة المتقدمة ويبيعه للغير ، وإنما الكلام في أنه يحتاج إلى الاجازة بعد الالتفات أو لا ، الظاهر أنه لا حاجة إلى الاجازة بعد الانكشاف ، إذ الحاجة للاجازة فيما تقدم إنما هي من جهة عدم استناد البيع إلى نفسه لا اعتقاده أن المال للغير ولأجل عدم رضا بيع ماله ، وذكرنا أنها يحصلان بالاجازة المتأخرة ، وهذا لا يحتاج إليه في المقام ، لأنه باعه لنفسه بدعوى الملكية العقلانية كالمغصب ونحوه وإن اعتقد أنه للغير شرعاً ، وهذا المقدار من البيع والرضا يكفي في المعاملات ولا يحتاج فيها إلى العلم بالملكية الشرعية ، وهذا نظير معاملات جميع الخارجين عن شريعة الإسلام فإنهم إنما يتعاملون بالملكية العقلانية أو الاعتبارية الشخصية كاليهود ونحوهم بل المسلمين غير المتدينين كما إذا قامر فقلب وأخذ منه شيء ثم قامر وغلبه وأخذ منه ما غلبه به بعينه قباعه حيث إنه ملكه شرعاً وواقعاً إلا أنه اعتقد أنه للغير واقعاً وله بالملكية العقلانية ، ففي مثل ذلك لا يحتاج إلى الاجازة بعد الالتفات إلى أنه ملكه واقعاً ، لعدم اشتراط البيع بالعلم بالملكية الشرعية ، بل العلم بالملكية العقلانية كافٍ كالمأخوذ بالقمار ونحوه حيث إن العقلاء غير المتدينين يعتبرونه مالكاً ويقولون إنه مالك لكذا مقدار من المال مع أنه بأجمعه مأخوذ بالقمار والغصب ، هذا كله في المجيز ويقع الكلام بعد ذلك في المجاز وهو العقد الصادر من الفضولي .

الكلام في العقد المجاز

ويقع البحث فيه عن جهات :

الأولى : يشترط في العقد المتعلق بالاجازة أن يكون مشتملاً على جميع الشرائط المعتبرة في صحة العقد ، فلو كان فاقداً لبعضها فلا يقع صحيحاً بالاجازة المتأخرة ، وذلك لوضوح أن الاجازة ليست بأولى من الاذن السابق حيث إنه إذا أذن في إنشاء عقد فاقد لبعض شرائط الصحة فلا يكون ذلك موجباً لوقوع العقد على وصف الصحة ، فكيف بالاجازة المتأخرة ، بل لو عقد نفس المالك على شيء وكان العقد فاقداً لبعض شرائط الصحة يقع باطلاً فضلاً عما إذا لحقته إجازته فيما لو عقد الفضولي . وبالمعملة لابد في صحة العقد الصادر من الفضول أن يكون جامعاً لجميع الشرائط المعتبرة في العقد سوى رضا المالك ، وفي غير تلك الصورة يقع فاسداً ولا يمكن أن تكون الاجازة المتأخرة مصححة للعقد الفاسد ، هذا كله بحسب الكبرى .

وأما بحسب الصغريات والتطبيقات ، فلا إشكال في أن العقد لابد وأن يكون حاوياً للشرائط الراجعة إلى العقد كالماضوية والعربية والتطابق وغيرها ، فلو كان فاقداً لبعض تلك الشرائط يقع فاسداً .

وأما الشرائط المعتبرة في المتعاقدين بما هما متعاقدان (لا بما هما مالكان) كالبلوغ والعقل ونحوهما ، فلا إشكال في اعتبارها أيضاً ، فلو كان المتعاقدان أو

أحدهما صيباً أو مجنوناً فلا تقع المعاملة بالاجازة المتأخرة صحيحة ، لأنَّ عقدهما كلا عقد .

وأما الأمور والشرائط المعتبرة في العوضين كالمالية أو الطهارة والطلاقية ونحوها فهي أيضاً معتبرة في العقد الصادر من الفضولي بحيث لو كان العوضان فاقدين لبعض هذه الشروط كما إذا كان أحدهما خمرأً أو كانت الأمة أمً ولد أو كان فاقداً للمالية وهكذا ، فلا ينبغي الإشكال في فساد العقد حينئذ وإن انقلب الخمر إلى الخلل أو مات ولد الأمة أو عرضت المالية عليه حال الاجازة ، وذلك لاعتبار هذه الشروط في متعلق البيع والعقد ، والاجازة ليست عقداً مستأنفاً ولا بيعاً ثانياً فلا بد من اتصاف العوضين بهذه الشروط حال العقد ولعلّه ظاهر .

وأما الشرائط الخارجة عن متعلق البيع والمتعاقدين والعقد وهي الأمور المعتبرة في المعاملة خارجاً وقد عبّر عنها شيخنا الأتصاري^(١) بشرائط تأخير العقد كاشتراط القدرة على التسليم أو الشرائط المعتبرة في المالكين وإن لم يكونا عاقدين كالإسلام في مشتري المصحف والعبد المسلم بناءً على أنَّ الكافر لا يملك شيئاً منها فهي غير معتبرة في العقد بوجه ، بل القدرة على التسليم كما لا تعتبر في حال العقد كذلك لا تعتبر في حال الاجازة أيضاً ، وإنما تعتبر في ظرف التسليم وهو أمر يختلف باختلاف الأغراض ، فربما يشترط التسليم في ظرف الاجازة وأخرى في غيره من الأزمان كمن باع عشرة أمان من الحنطة في ذمة زيد فضولة على أن يسلمها بعد ستة أشهر ثم أجازها المالك من دون أن يكون قادراً على تسليمها حال الاجازة . وكذا الإسلام فإنه لا يعتبر حال العقد أبداً ، لأنَّ الدليل الدالّ على اعتباره في المشتري بعد الاجماع هو قوله تعالى : ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ

سَيِّلاً^(١) بأن يكون اختيار المسلم بيد الكافر يفعل في حقه ما أراد ، ومن الواضح أن العقد بمجرد لا يوجب السبيل للكافر على المسلم أبداً ، وإنما هو يتحقق بالاجازة ، إذ لا يمكنه التصرف في العبد قبلها ، فإذا فرضنا أن المشتري الكافر حال العقد أسلم حين الاجازة صح العقد والاجازة بلا إشكال . نعم بناء على الكشف الحقيقي أمكن القول بالفساد لتحقيق الملكية والسبيل حين العقد .

ثم إنه هل يعتبر الاستمرار في الشروط المعتبرة حال العقد إلى زمان الاجازة بحيث لو انتفى بعضها بعد العقد وقبل الاجازة بطلت الاجازة ، أو لا يعتبر فيها الاستمرار ؟

ذكر شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) بالنسبة إلى شروط العوضين : أن الظاهر اعتباره على القول بالنقل ، لعدم تمامية البيع قبلها ، وحين تماميته بالاجازة لا شرط بحسب الفرض فتقع المعاملة باطلة . وكذا يعتبر الاستمرار على القول بالكشف من جهة أن زمان الاستناد إلى المالك إنما هو زمان الاجازة ، ومع فقد بعض الشرائط المعتبرة في المعاملة لا يكفي إسناد المعاملة الفاقدة لبعض الأمور المعتبرة فيها إليه هذا .

والظاهر أن الاستمرار إلى حال الاجازة غير معتبر على كلا القولين ، وذلك لأن الكلام في شرائط البيع لا الملكية ، وقد فرضناه جامعاً لشرائط البيع حال العقد والبيع ، والاجازة ليست بيعاً ولا عقداً مستأنفاً ، فاعتبارها في حال الاجازة أيضاً يحتاج إلى دليل آخر ، والوجه في ذلك ما عرفت من أن شرائط البيع غير شرائط الملكية كما في بيع الكلب والمتنجس ونحوهما حيث إنها مع ماليتهما منع الشارع عن بيعها تعبداً ، إذ لا إشكال في أن الكلب ملك فلذا أوجب الشارع ضمانه على من

أُتلفه ، وكذا الحال في المنع عن بيع أم الولد فإنها ملك ويجب دفع قيمتها لو قتلها أحد ومع ذلك قد منع عن بيعها ، فهذه شرائط البيع دون الملك ، والمقدار الثابت من أدلتها اعتبارها حال البيع ، والمفروض أنها كانت متحققة حال البيع والعقد ، واشتراطها واعتبارها حال الاجازة أيضاً يتوقف على دليل ، وهذا بخلاف الشرائط المعتمدة في الملك فإنها شرط للملك بغض النظر عن وقوع البيع كما في الخمر فإنها غير قابلة للملك حتى لو لم يكن بيع أصلاً . وكلامنا إنما هو في شرائط البيع لا شرائط الملك .

فرع : إذا انقلب الخل بعد العقد إلى الخمر ثم صار خلأ فهل يصح الانتقال أو لا ؟ الظاهر أنه لا ينتقل إلى المشتري حينئذ على القول بالنقل لأنه صورة نوعية أخرى غير الصورة التي وقع عليها العقد ، وذلك لأن الخمرية والخلية وإن كانتا من الأوصاف والأحوال عند العرف إلا أنهما بحسب نظر الشارع من الأوصاف النوعية التي بها تختلف الأشياء ، فإذا صار خمرأ ثم انقلب إلى الخل فهو قد اتصف بصفة نوعية أخرى غير الصفة الأولى كما لا يخفى ، وهذا نظير ما إذا انقلب عبد إلى الصورة النوعية الكلبيه بمعجزة ونحوها ثم انقلب إلى الصورة النوعية الانسانية فإنه لا إشكال في تغيره للإنسان الأول وكونه غيره حقيقة ، وكذلك الحال في المقام ، وعليه فيقع البيع باطلاً لأن متعلقه تلف والموجود أمر آخر مغاير لما وقع العقد عليه ، وأما على القول بالكشف فالبيع صحيح لأن التبدل يكون في ملك المشتري ، هذا تمام الكلام في الجهة الأولى .

الجهة الثانية : أنه هل يشترط العلم بالعقد المجاز تفصيلاً بأن يعلم أنه عبارة عن البيع أو الاجارة أو النكاح ، أو أنه يكفي العلم الاجمالي بوقوع عقد عليه فيجيزه على ما هو عليه بيعاً كان أو نكاحاً ، وهذا لا يقاس بالوكالة المتعلقة بأمر مبهم حيث ذهبوا إلى بطلانها .

والجهة الثالثة : أنه هل يكفي في صحة العقد إجازته على تقدير وقوعه بأن

يقول أجزت ما وقع على مالي إذا كان بيعاً ثم انكشف أنه كان بيعاً ، أو أن ذلك من التعليق في العقود ، لأن الإجازة وإن لم تكن عقداً في حدّ نفسها إلا أنها في حكم العقود لا محالة فيكون تعليقها على شيء موجباً لبطلانها ، وهاتان الجهتان لا بدّ من التكلّم فيها .

أما هذه الجهة الأخيرة فقد ذهب شيخنا الأنصاري^(١) إلى أن التعليق في الإجازة مبطل لها ، لأنها كالعقود بما لا يقبل التعليق . وذكر شيخنا الأستاذ (قدّس سرّه)^(٢) أن الإجازة من الايقاعات والايقاع لا معنى للتعليق فيه ، هذا .

ولا يخفى عليك أن ما أفاده في غاية الضعف والإشكال .

أما ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) فلأن المانع عن صحّة التعليق في العقود ليس إلا الإجماع على أن التعليق في العقود يوجب البطلان ، ومن الظاهر أن الإجازة شرط لصحّة المعاملات وليست من العقود ، والإجماع إنما يوجب بطلان التعليق في موردده وهو العقود دون غيره ، هذا . مضافاً إلى أن التعليق في العقود إنما يوجب البطلان فيما إذا كان على غير موضوعاتها ، وأما إذا علّق العقد على موضوعه فلا وجه لبطلانه كما إذا قال : إن كان هذا مالي فبعته ، والعقد في المقام موضوع للإجازة المتأخّرة ، إذ لولاه لوقعت الإجازة باطلة إذ لا معنى لإجازة المعدوم فلا مانع من تعليقها على موضوعها .

وأما ما ذكره شيخنا الأستاذ من أنه لا معنى للتعليق في الايقاعات ، فلم نفهم ماذا يريد بهذا الكلام ، لأنّ التعليق في الايقاعات كالتعليق في العقود أمر ممكن لا أنه مستحيل ولا معنى له ، غاية الأمر قام الإجماع على بطلانه في العقود ، وهذا لا

(١) المكاسب ٣ : ٤٦٨ .

(٢) منية الطالب ٢ : ١٣٩ .

يمنع عن التعليق في الايقاعات ، كيف وقد وقع التعليق في موردين من الايقاعات أحدهما بلا كلام والآخر على كلام فيه ، والأول هو التدبير فإنه من الايقاعات بلا إشكال ومع ذلك قد علّق فيه الحرّية على الموت ، والثاني باب الوصية فإن الملكية فيها معلقة على الموت إلا أنّها مع الإشكال في كونها إيقاعاً لاحتمال كونها من العقود ، وإن كان الأول أظهر ، هذا كله في الجهة الأخيرة .

أما الجهة الثانية المتقدمة : فصحة الاجازة على العقد المعلوم بالاجمال من فروع المسألة المتقدمة وأن التعليق في الاجازة موجب للبطلان أو لا ، ولأجل ذلك قدّمناها على هذه الجهة ، فعلى ما ذكرناه هناك من أن التعليق في الاجازة لا يوجب البطلان ، لا مانع من الالتزام بصحة العقد المعلوم إجمالاً فيما إذا تعلّقت به الاجازة ، لأن معناها حينئذ أنّي أجزت العقد الواقع إذا كان بيعاً ، وأجزت الواقع إذا كان نكاحاً ، وأجزته إذا كان إجارة وهكذا ، فلا مانع فيه إلا التعليق وقد عرفت أنه غير موجب للبطلان .

ومن ذلك يظهر أنّ ما أفاده شيخنا الأستاذ^(١) من أن الاطلاق إنّما يعقل في الكليات وأمّا الفرد الواقع المبهم فلا إطلاق فيه حتّى يتمسك باطلاقه ويميزه مطلقاً ، نعم الوكالة يعقل تعلّقها بالأمر المطلق بأن يوكل مثلاً في هبة ماله على نحو الاطلاق زيداً كان الموهوب له أم عمراً .

لا يمكن المساعدة عليه في المقام ، وذلك لأنه لا يميز الفرد المبهم حتّى يقال إنه لا إطلاق فيه ، بل إنّما يميز جميع المحتملات التي منها ما وقع على ماله وهو لا يميّزه فإنه يقول أجزت ما وقع على مالي إن كان بيعاً ، وأجزته إن كان إيجاراً ، وأجزته إن كان نكاحاً ، كما إذا كان ماله أمةً وهكذا ، كما ظهر أنّ الحكم بالصحة في المقام أولى

من الحكم بصحة الوكالة المتعلقة بأمر مبهم ، فإنه إذا وكله في أحد أمرين : بيع ماله ونكاحه فهو يحتمل وجوهاً ، فتارةً يوكله في كل واحد من البيع والنكاح فينحل التوكيل المذكور إلى توكيلين ، ففي مثله لا إشكال في صحة كل واحد من الأمرين غاية الأمر أنه لا يتمكّن إلا من أحدهما ، فإما أن يبيع الأمة وإما يزوجه . وأخرى يوكله في أحدهما من غير تعيين ، ففي مثله إذا كان للجامع بينهما أثر فلا مانع من صحة ما يرتكبه الوكيل ، لأنه يُجاز في ذلك الأثر حصل من هذا أو من ذاك ، وأما إذا لم يكن أثر يترتب على الجامع بين الأمرين كما في المثال فلا محالة تقع الوكالة باطلة إذ لا معنى للوكالة في أمر مبهم .

وهذا بخلاف المقام فإنه يميز العقد الواقع على ماله مطلقاً ببيعاً كان أو نكاحاً أو إجارة ، فهو يميز جميع الاحتمالات التي منها ما أوقعه الفضولي على ماله وهو لا يعلمه .

ترتب العقود الفضولية

الجهة الرابعة : أنّ الاجازة تارةً تتعلّق بالعقد الواقع على نفس مال الغير وأخرى تتعلّق بالعقد الواقع على عوض مال الغير ، وعلى كلا التقديرين إما أن تتعلّق بأوّل عقد وقع على مال الغير أو على عوضه ، وإما أن تتعلّق بآخر عقد واقع على مال الغير أو على عوضه ، فالصور أربعة . وأما إذا تعلّقت بالعقد المتوسط بين الأول والآخر فهو إما متوسط بين عقدين وقعا على نفس مال الغير ، وإما متوسط بين عقدين وقعا على عوض مال الغير ، وإما متوسط بين عقدين أحدهما وقع على مال الغير وثنائهما على عوضه بالاختلاف ، فربما يكون الأول واقعاً على المال الأخير على عوضه وأخرى يكون الأمر بالعكس . ثمّ العقد المتوسط الذي تعلّقت به الاجازة تارةً يكون واقعاً على نفس مال الغير وأخرى يكون واقعاً على عوضه

فتكون الصور فيه ثمانية ومع ضمها إلى الأربعة المتقدمة تصير اثني عشر صورة .
 فإن اكتفينا بالبحث عن حكم الاجازة المتعلقة بالمتوسط من العقود لأنَّ حكم
 اجازة الأول والأخير يعلم من حكم المتوسط بينها فتكون الصور ثمانية وتصوير
 تلك الصور أشكل من تحقيق أحكامها . فنمثل له بما إذا باع الفضولي عبد المالك
 بفرس ثم باع الفرس بدرهم ، وأما مشتري العبد فباعه بكتاب ومالك الكتاب باع
 العبد بدينار ثم اشترى بالدینار جارية ، وهذه خمسة عقود ، فالعقد المتوسط فيها هو
 بيع العبد بكتاب ، وهذا عقد متوسط بين عقدين وقعا على نفس مال الغير ، الأول
 هو بيع العبد بفرس والأخير بيع العبد بدينار ، كما هو عقد متوسط بين عقدين وقعا
 على عوض مال الغير وبدله ، والأول منها بيع الفرس بدرهم والأخير منها بيع
 الدينار بالجارية ، كما أنه عقد متوسط بين عقدين تعلّق أحدهما بنفس مال الغير
 وثانيهما بعوضه بالاختلاف ، فالأول منها بيع العبد بفرس أو بيع الفرس بدرهم
 والأخير منها بيع الدينار بالجارية أو بيع العبد بدينار ، فإذا ظهر حكم هذا العقد
 المتوسط بينهما فلا محالة يظهر حكم العقود السابقة واللاحقة عليه .

ثم إنّ الكلام في ذلك تارة يقع على الكشف وأخرى على القول بالنقل
 ولنتكلّم على الكشف أولاً فنقول : إنه إذا أجاز مالك العبد البيع الواقع عليه بالكتاب
 فهي تكشف عن أنّ العبد صار ملكاً لمالك الكتاب من ابتداء ، والكتاب صار
 ملكاً لمالك العبد من حين المعاملة ، ونتيجة ذلك بطلان بيع العبد بالفرس ، إذ لم تتعلّق
 به الاجازة بحسب الفرض . وأما بيع الفرس بدرهم فهو غير مربوط بمالك العبد على
 كلا القولين من الكشف والنقل وإنما هو راجع إلى صاحب الفرس فإن أجازَه صحّ
 وإن ردّه بطل ، وأما العقود المتأخّرة عن بيع العبد بالكتاب وهو بيع العبد بالدینار
 والدينار بالجارية فهي بأجمعها صحيحة من جهة أنّ الاجازة إنّما كشفت عن ملكية
 العبد لصاحب الكتاب من ابتداء فهو إنّما باع ملك نفسه بالدینار ، كما أنّ مالك

الدينار (وهو مالك الكتاب) قد اشترى به الجارية فجميعها صحيحة ، هذا كلّ بناءً على القول بالكشف .

وأما على النقل فهي أنّ الاجازة توجب انتقال العبد إلى صاحب الكتاب من حين الاجازة فهي توجب بطلان بيع العبد بالفرس ، إذ لم تتعلّق به الاجازة بحسب الفرض . أمّا العقود المتأخّرة عن بيع العبد بالكتاب فصحّتها تتوقّف على ما تقدّم (١) من أنّ من باع شيئاً ثمّ ملكه صحيح على نحو الاطلاق أو مع الاجازة أو أنّه باطل مطلقاً حيث إنّ مالك الكتاب قد باع العبد بالدينار ثمّ ملكه بالاجازة المتأخّرة على القول بالنقل ، فقد ظهر من جميع ذلك حكم المعاملة في ستة صور من الصور المتقدّمة وهي صور وقوع الاجازة على العقد الواقع على نفس مال الغير ، فيبقى في البين الصور الست للاجازة على العقد الواقع على عوض مال الغير .

والمتحصّل : أنّ البيع الواقع على عوض مال الغير المتقدّم على بيع العبد بالكتاب غير مربوط بمالك العبد وإنّما هو راجع إلى مالك الفرس على كلا القولين من الكشف والنقل فإنّ أجازته صحّ وإن ردّه بطل ، وأمّا البيع الواقع على مورد الاجازة في العقد المتوسط أعني بيع العبد بالفرس فهو أيضاً باطل على كلا القولين لعدم الاجازة بحسب الفرض حيث إنّها إنّما تعلّقت ببيع العبد بالكتاب ، وإنّما تظهر الثمرة بين الكشف والنقل في العقود المتأخّرة عن بيع العبد بالكتاب لأنّها على الكشف تصحّ لوقوعها في ملك مالك الكتاب كما مرّ ، وأمّا على النقل فصحّتها تبني على صحّة البيع قبل الملك كما عرفت . وكيف كان فإذا أجاز العقد المتوسط صحّت العقود المتأخّرة عنه بناءً على الكشف ، فهي إمضاء بالاضافة إليها وفسخ للعقود المتقدّمة عليه ، وأمّا على النقل فاجازته فسخ للعقود المتقدّمة فقط ، وأمّا صحّة المتأخّرة فهي

مبنتية على المسألة المتقدمة .

وينبغي التنبيه على أمرين في المقام ، الأول : أنَّ إجازة المتوسط إنما تكون فسخاً للعقد المتقدم عليه فيما إذا أجازته المالك لنفسه ، بأن يجيزه على أن يكون البيع له ، وأما إذا أجازته للبائع وهو بائع العبد بالكتاب فهي لا تكون موجبة لفسخ العقد المتقدم عليه ، بل بالملازمة تقتضي صحة بيع العبد بالفرس لينتقل العبد إلى مالك الفرس حتى يصحّ بيعه بالكتاب ، وإلّا فع عدم انتقال العبد إلى مالك الفرس كيف يصحّ بيع العبد بالكتاب الذي أجازته المالك للبائع بحسب الفرض ، فإجازته للبائع إجازة للعقد المتقدم أيضاً .

الثاني : أنَّ المراد بالعقد المتأخّر عن المتوسط في الحكم بصحتها إذا أجاز المتوسط ليس مجرد ما تأخّر عنه بزمان ، إذ يمكن أن يكون عقد متأخراً عنه بحسب الزمان ومع ذلك لا يكون صحيحاً بإجازة المتوسط بوجه كما سيّضح ، بل المراد كل عقد تتوقّف صحته على صحة المتوسط كما إذا كان البائع في العقود المتأخّرة أحد المتعاملين في المتوسط من المشتري والبائع كما عرفت في الأمثلة المتقدمة ، فالتأخّر تأخّر رتبي لا زماني ، فإنه إذا باع العبد بفرس من زيد ثمّ باعه بكتاب من بكر ثمّ باعه بدينار من عمرو ، فإجازة المتوسط لا يوجب إجازة المتأخّر عنه أبداً ، لأنه عقد أجنبي لا ربط له بالمتوسط والمتقدم وإن وقع متأخراً عنه بحسب الزمان ، هذا تمام الكلام فيما إذا كان متعلّق الإجازة العقد الواقع على نفس مال الغير .

وأما إذا كان متعلّقها العقد الواقع على عوض مال الغير فهذا أيضاً تارة يكون أوّل عقد وقع على عوض مال الغير ، وأخرى يكون آخر عقد وقع على عوضه وثالثة يكون متوسطاً بين عقدين وقعاً على عوض مال الغير أو بين عقدين وقعاً على نفس مال الغير أو بين عقدين تعلّق أحدهما بعوض مال الغير والآخر تعلّق بنفس مال الغير بالاختلاف كما مرّ في الصورة المتقدمة .

ويظهر حكم الصورتين الأولتين أعني ما إذا تعلّقت الإجازة بأوّل عقد وقع على عوض مال الغير وما إذا تعلّقت بآخر عقد وقع على عوض مال الغير من بيان حكم الصورة الثالثة وهي تعلّق الإجازة بالعقد المتوسط بين عقدين ، والمثال الجامع للأقسام كما مثّل به شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) هو ما إذا بيع العبد بفرس ثمّ بيع الفرس بدرهم ثمّ بيع الدرهم برغيف ثمّ بيع الرغيف بعسل ثمّ بيع الدرهم بحمار فهذه عقود خمسة ، والمتوسط بينها هو بيع الدرهم برغيف وهو عقد وقع على عوض مال الغير وهو العبد ، وقد سبقه عقدان أحدهما وقع على مورده وهو بيع الفرس بدرهم وثانيهما وقع على عوضه وهو بيع العبد بفرس كما لحقه عقدان أحدهما وقع على مورده وهو بيع الدرهم بحمار وثانيهما وقع على عوضه وهو بيع الرغيف بعسل . فإذا ظهر حكم ذلك العقد المتوسط من حيث صحة سابقه أو لاحقه فيظهر منه حكم الصورتين الأولتين أيضاً وهما ما إذا أجاز أوّل عقد وقع على عوض مال الغير وما إذا أجاز آخر عقد وقع على عوضه ، لأنّنا إذا قلنا بصحة العقود المتأخّرة عن المجاز فلا محالة تصحّ العقود المتأخّرة عن العقد الأوّل في الصورة الأولى منها كما أنه إذا قلنا بصحة العقود المتقدّمة على المجاز فلا محالة تصحّ العقود المتقدّمة على العقد الآخر في الصورة الثانية من الصورتين فلا يحتاج إلى إعادة الكلام فيها .

وكيف كان ، فعلى القول بالكشف إذا أجاز المتوسط من العقود الخمسة المتقدّمة فلا إشكال في صحة العقود المتأخّرة عنه الواقعة على مورده وهو الدرهم في المثال لوقوعها في ملك البائع بحسب الفرض ، فإنّ الدرهم صار ملكاً لملك الرغيف فبيع الدرهم بحمار قد وقع في ملك نفسه فلا إشكال في صحته ، وأمّا بيع الرغيف بالعسل فهو غير مربوط بملك الدرهم بل راجع إلى مالك الرغيف فيصحّ إذا أجازهُ أيضاً ، كما أنّ إجازة المتوسط حينئذ تقتضي إجازة العقد المتقدّم عليه ، إذ لولا صحة بيع الفرس بدرهم كيف يمكن الحكم بصحة بيع الدرهم برغيف ، كما أنّ صحة بيع

الفرس بالدرهم تتوقّف على صحة بيع العبد بفرس ، فصحة العقد المتوسط تستلزم صحة العقود المتقدّمة عليه كما أنّها تستلزم صحة العقود المتأخّرة عنه فيما إذا وقعت على مورده وهو الدرهم ويبيعه بحمار .

وأما على القول بالنقل فصحة نفس هذا المتوسط المجاز تتوقّف على صحة البيع قبل الملك وعدم اشتراط أن يكون المجيز مالكاً حال البيع ، لأنّ البائع في بيع الدرهم برغيف غير مالك حال البيع على النقل وإنّما يملكه بالاجازة ، فعلى القول بصحة مثله يصح المتوسط لا محالة ، وصحّته تستلزم صحة العقود المتقدّمة عليه كما تستلزم صحة العقود المتأخّرة عنه الواقعة على مورده بناءً على صحة البيع قبل الملك .

وبالجملة : أنّ صحة العقد المتوسط توجب صحة جميع العقود المترتبة على صحّته ، والعقود المتوقّفة عليها صحة ذلك العقد المجاز أعني لوازمه وملزوماته .
ثمّ إنه ظهر من ذلك أمران ، أحدهما : أنّ ما أفاده الشهيد الأوّل (قدّس سرّه) في الدروس^(١) من أنّه إذا أجاز العقد الواقع على المبيع صحّ وما بعده وإذا أجاز العقد الواقع على الثمن صحّ وما قبله ليس على إطلاقه بصحيح ، لما عرفت من أنّ الاجازة سواء وقعت على المبيع أو الثمن تستلزم صحة ما تتوقّف عليه صحة المجاز كما تستلزم صحة العقود المترتبة على صحّته كما في بيع الدرهم بحمار فعنه أنه وقع على الثمن استلزم صحة بيع الدرهم برغيف صحّته كما تستلزم صحة العقود المتقدّمة عليه .

ثانيهما : أنّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)^(٢) ذكر في المقام أنّ العقود إذا

(١) الدروس ٣ : ١٩٣ .

(٢) المكاسب ٣ : ٤٧٠ .

وقعت من أشخاص متعدّدة كان إجازة الوسط منها فسخاً لما قبله وإجازة لما بعده وإن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر .

وهذا من غرائب كلام الشيخ (قدس سرّه) إذ لا يفرق في صحة العقود المتأخّرة أو بطلانها كون العقود صادرة من أشخاص متعدّدة أو من شخص واحد ، فإذا فرضنا أن أحداً باع العبد بفرس وآخر باع الفرس بدرهم وشخصاً ثالثاً باع الدرهم برغيف وشخصاً رابعاً باع الرغيف بالعلسل ومالك الدرهم اشترى به حماراً فالحكم في ذلك كما عرفت هو صحّة العقود المتقدّمة على بيع الدرهم برغيف فيما إذا تعلّقت الإجازة به (أي يبيع الدرهم برغيف) مع أنّ العقود وقعت من أشخاص متعدّدة ، كما أنّ الحال كذلك فيما إذا وقعت من شخص واحد ، فالناتج إنّما هو بالملزومات واللوازم فإذا أجاز المتوسّط صحّت ملزوماته ولوازمه مطلقاً كانت العقود صادرة من شخص واحد أو من أشخاص متعدّدة .

ثمّ إنّ هنا إشكالاً في صحة العقود المتأخّرة بالإجازة وملخصه : أن المشتري الأصل أو البائع فيما إذا كان المشتري فضولياً إذا كان جاهلاً بالحال ولم يلتفت إلى أن البائع غصب المال وأنه ليس راجعاً إليه فلا إشكال . وأما إذا كان عالماً بأنّ البائع غاصب وأنه غير مستحق للمال ومع ذلك سلّم الثمن إليه وسلّط الغاصب على ماله فهو بذلك يذهب باحترام ماله ويرفع اليد عنه ويملكه للغاصب لا محالة ، فهو ينتقل إلى الغاصب ولا ينتقل إلى المالك بالإجازة ، فإذا وقع عليه عقد فقد وقع على مال الغاصب لا على مال المالك فكيف تصحّ العقود المتأخّرة بالإجازة .

وهذا الإشكال قد أشار إليه العلامة في القواعد^(١) وأوضحه قطب الدين^(٢)

(١) القواعد ١ : ١٢٤ .

(٢) حكاة عنه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤ : ١٩٢ .

والشهيد (قدس سرهم) ^(١) وهذا تارة يجري في العقود المتأخرة فقط وأخرى يأتي في العقد الأول أيضاً ، وذلك لأنّ التسليط إن قلنا بأنه يوجب التملك مطلقاً بحيث لا يمكن الرجوع في المال ولو مع بقائه في يد الغاصب وعدم تلفه فحينئذ يأتي الإشكال في العقد الأول من حيث إنّ الثمن قد انتقل إلى الغاصب بحسب الفرض فلا ينتقل إلى المالك بالاجازة ، وإذا لم يصح العقد الأوّل فكيف تصحّ العقود المتأخرة عنه ، وأما إذا خصّصنا الإشكال بصورة التلف وقلنا إنّ المال إذا كان باقياً فله أن يرجع فيه إلى الغاصب ويأخذه منه ، وأما إذا تلف فلا يمكن المطالبة لأجل التسليط فلا يأتي الإشكال في العقد الأول حينئذ لبقاء المال عند الغاصب وإنما يأتي الإشكال فيما إذا باعه أو اشتري به شيئاً فهو في حكم التلف ويملك الغاصب عوضه ، ومعه لا موضوع للاجازة لأنّ العقد الثاني وقع على ملك الغاصب .

والجواب عن هذا الإشكال بوجوه :

الأول : إنكار أصل المبنى وأنّ التسليط فيما إذا كان مع العوض فهو لا يوجب التملك كما ذكرناه في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، بل مقتضى قاعدة على اليد ما أخذت هو الضمان وعدم انتقال المال إلى الغاصب بالتسليم من جهة أنّ المملّكات في الشريعة المقدّسة معدودة محصورة والتسليم ليس من أحدها ، والوجه في أنّ التسليط مع العوض في المقام وأنّ التسليم غير مجتاني في صورة علم المشتري بالحال هو أنّ المشتري إنّما دفع الثمن إليه من أجل أنه عوض عن المبيع في المعاملة لأصل دعوى البائع أنه مالك للمال فهو تسليم للمال عوضاً لا هبة ، وقد عرفت أنّ التسليط مع العوض لا يوجب التملك فلم يرد تخصيص على الضمان في المقام .

الثاني : أنّ هذا الإشكال لو سلّم فإنّما يأتي على القول بالنقل ، وأما على مبنى

الكشف الذي ذهب إليه المشهور فلا وجه لهذا الإشكال ، لأن الإجازة تكشف عن انتقال المال إلى المالك حين البيع فيكون تسليط المشتري الغاصب على المال بعد المعاملة تسليطاً للغاصب على ملك الغير ولا يعقل أن يكون تسليط الغاصب على مال الغير موجباً للتمليك أبداً ، نعم لا مانع من ذلك على النقل فإن الإجازة لا موضوع لها لكونها متأخرة عن التسليط .

الثالث : أن الإشكال كما لا يجري على القول بالكشف كذلك يمكن دفع ذلك على القول بالنقل أيضاً ، والوجه في ذلك أن التسليط إذا كان على نحو الاطلاق فلما ذكره من الإشكال مجال ، وأما إذا كان على نحو التقييد فلا موجب للإشكال أبداً والتسليط في المقام من قبيل الثاني دون الأول ، حيث إن المشتري إنما سلمه إليه عوضاً عن المال فيما إذا كانت المعاملة صحيحة وسلطه عليه فيما إذا كانت فاسدة فإذا أجازها المالك بعد ذلك وصحت المعاملة بها فلا وجه لانتقال المال إلى الغاصب .

وبالجملة : أن المشتري لا يعلم ببطلان المعاملة على أي حال ليكون تسليطه البائع على المال تسليطاً على نحو الاطلاق ، بل يشمل صحتها بإجازة المالك بعد ذلك ، فيكون التسليط مراعى بإجازة المالك وعدمها ، فإذا أجازها فقد صحت المعاملة ولا تسليط للغاصب بوجه ، نعم إذا فسدت المعاملة برّد المالك يكون ذلك تسليطاً للغاصب على المال .

فالمتحصّل : أن هذا الإشكال ممّا لا وجه له على كلا القولين .

وأما ما ذكره فخر المحققين^(١) في مقام الجواب من أن بيع الفضولي يوجب حقاً للمالك في المعاملة بحيث يمكنه الإجازة والردّ فيؤخذ بحق المالك في المسألة ، لأن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال وأخسّها ، فلم نفهم الوجه فيما أفاده ، لأن مسألة أن

الغاصب يؤخذ بأشَقِّ الأحوال ليست رواية ولا آية فلماذا يؤخذ بأشَقِّها ، بل لابدَّ من أن يؤخذ بما جعله الشارع في حقِّه من الأحكام . مضافاً إلى أنَّ العقد الفضولي لا يوجب حقاً للمالك في المعاملة ليكون حقُّه أولى من الغاصب مثلاً ، لأنَّ الاجازة كما عرفت من الأحكام دون المحقوق فلذا قلنا إنَّ الاجازة لا تورث ، ومعنى الاجازة أنَّ المالك له أن يبيع كما أنَّ له أن لا يبيع نظير البيع الابتدائي ، ولا حقَّ في البين ليكون أسبق من حقِّ الغاصب بوجه .

الكلام في أحكام الردِّ

والكلام في ذلك يقع في جهات :

الجهة الأولى : في أنَّ الردَّ هل يتحقَّق بالفعل كما يتحقَّق بالقول واللفظ أم

لا ؟

وهذا البحث إنما يثمر فيما إذا بنينا على أنَّ الردَّ قبل الاجازة يرفع العقد السابق ويمنع عن قابليته للنقل بالاجازة وحينئذ يقال إنَّ الردَّ الفعلي لا يوجب ذلك ولا يكون مصداقاً للردِّ فيصحَّ العقد السابق بالاجازة بعد الردَّ الفعلي ، وأما إذا بنينا على صحة الاجازة بعد الردِّ أيضاً كما ذكرناه سابقاً فلا يبق لهذا البحث أثر أبداً ، إذ سواء تحقَّق الردَّ بالفعل أم لم يتحقَّق تؤثر الاجازة بعده على المفروض فلا يبق لذلك أثر .

ثمَّ لو قلنا بأن سبق الردِّ يمنع عن تأثير الاجازة بعده فهل يكون الفعل أو القول موجباً لتحقَّق الردِّ أم لا ؟

لا إشكال في أنَّ الردَّ يتحقَّق بلفظ رددت وغيره ممَّا يفيد هذا المعنى وبصير مصداقاً للردِّ ويترتَّب عليه أحكامه ، وأما الفعل فلا إشكال فيه أيضاً بحسب الكبرى ، وأنه إذا صار مصداقاً للردِّ يترتَّب عليه أحكام الردِّ ، لعدم دليل على أنَّ

الأحكام المقررة للردّ لابدّ وأن تترتب على الردّ القولي ، وإِنما الكلام في أن الأفعال هل تكون مصداقاً للردّ أو لا ؟

ذكر شيخنا الأستاذ (قدّس سرّه) ^(١) أن الأفعال لا يتحقّق بها الردّ بوجه وإِنما هي مفوّتة محلّ الاجازة ومعدّمة لموضوعها كالبيع والتزويج والهبة والعقّ ، وهذا لا يقاس بالفسخ في المعاملات الجائزة لأنّ إرجاع المالكية السابقة أمر يتحقّق بالأفعال وبالتشبيّه بالملكية كوطء الجارية والبيع والنكاح ، وأمّا ردّ انتساب العقد إليه فلا يتحقّق بتصرّف المالك لأنّه بمقتضى طبعه الأصلي فليس له كاشفية نوعية عن الردّ ، نعم لو وجدنا فعلاً يتحقّق به الردّ في مورد فلا مانع من أن يترتب عليه أحكام الردّ أبداً ، إلّا أنّنا لا نجد فعلاً يكون مصداقاً للردّ كما عرفت ، هذا .

ولا يخفى أنّ الإشارة والكتابة من الأفعال ومع ذلك لا إشكال في صدق عنوان الردّ عليهما ، فإذا سأله عن أنّك تقبل المعاملة الكذائية فحرّك رأسه ورفع يده فبأنّه يردّها ويصدق عليه الردّ بلا كلام فيترتب عليه أحكامه .

الجهة الثانية : هل تكون تصرّفات المالك الناقلة أو المخرجة عن الملك كالبيع والعقّ بعد العقد وقبل الاجازة ، موجبة لإلغاء الاجازة المتأخّرة أو لا ؟

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(٢) أنّ الاجازة على الكشف الحقيقي تكشف عن سبق الملكية على التصرفات الواقعة على المال ، وتكون تلك الأفعال الصادرة من المالك صادرة عن غير المالك الحقيقي فيحكم بالبطان أو بوقوفها على الاجازة من المشتري ، وأمّا بناءً على القول بالنقل أو الكشف الحكمي فهناك وجوه ثلاثة : الحكم بصحة الاجازة وإلغاء الأفعال الصادرة عن المالك بعد العقد وقبل

(١) منية الطالب ٢ : ١٥٢ .

(٢) المكاسب ٣ : ٤٧٧ .

الاجازة ، والحكم بصحة تلك الأفعال وإلغاء الاجازة المتأخرة ، والحكم بصحة الاجازة والبناء على أَنَّ الأفعال واقعة على غير وجهها بمعنى أَنَّها تتوقف على الاجازة من المشتري ، وذهب هو (قدس سره) إلى الوجه الثاني والتزم بصحة الأفعال ولغوية الاجازة ، هذا .

ولا يخفى أَنَّ الصحيح هو الالتزام بصحة الأفعال الصادرة من المالك وعدم تأثير الاجازة المتأخرة حتّى على القول بالكشف فضلاً عن القول بالنقل ، والوجه في ذلك أَنَّ تلك الأفعال قد صدرت من أهلها ووقعت في محلّها ، فلا وجه للحكم بطلانها على جميع المسالك في الاجازة .

أما على النقل والكشف الحكمي ، فلوضوح أَنَّ المال ملكه قبل الاجازة حقيقة فقد تصرف في ملك نفسه فلماذا نحكم بطلانها .

وأما على الكشف الحقيقي ، فلأنَّ الاجازة إنّما تكشف عن الملكية حال العقد للمشتري فيما إذا صدرت بمنّ له الاجازة وهو المالك حال الاجازة ، لأنَّ إجازة غير المالك لا يعقل أن تكون كاشفة عن الملكية المتقدّمة ، إذ لا أثر لاجازة الجار أو الصديق ونحوهما ، بل لا بدّ في الاجازة الكاشفة من أن تصدر عن المالك لولا الاجازة ، وهذا مفقود في مفروض الكلام ، لأنَّ المفروض أنه باع ملكه أو وهبه أو أعتقه قبل الاجازة فهو غير مالك للمال لولا الاجازة أيضاً ، وقد عرفت أَنَّ الاجازة إنّما تكشف عن الملكية فيما إذا صدرت عن المالك لولا الاجازة ، والوجه في ذلك : أَنَّ الاجازة إنّما اعتبرت من أجل استناد العقد إلى المالك حتّى تشمل العمومات ، لأنّها خطابات للملاك كما تقدّم والمالك لم يبيع قبل الاجازة حتّى تشمل العمومات ، وإنّما يصدق عليه ذلك بالاجازة ، فالاجازة من جهة استناد العقد إلى المالك ، وهي إنّما تسند العقد إليه فيما إذا لم يسبقه استناد آخر إليه ، ومع بيعه أو هبته قبل الاجازة واستناد ذلك إلى المالك سابقاً كيف يستند العقد السابق إليه بالاجازة

فهل يعقل بيع مال مرّتين ، فإذا لم تصح الاجازة بعد هذه الأفعال فلماذا لا نحكم بصحة هذه الأفعال والتصرفات الواقعة قبلها . وتوهم أنّ الاجازة توجب فساد التصرفات السابقة ، باطل لأنّ صحة الاجازة متوقّفة على فساد تلك التصرفات فلو توقّف فسادها على صحة الاجازة لكان دوراً ظاهراً .

فتحصّل : أنّ الحكم على جميع المسالك هو صحة التصرفات السابقة على الاجازة فتقع الاجازة لغواً ، وهذا لا من جهة أنّ الاجازة تتعلّق بالعين ولا بدّ أن تكون العين باقية حال الاجازة ، بل من جهة أنّ الاجازة لا يبقى لها مجال بعد صحة التصرفات الصادرة من المالك وإن كانت الاجازة كالفسخ والامضاء متعلّقة بالعقد . هذا كلّ في التصرفات الواقعة من المالك على المال الموجبة لتلف العين إمّا حقيقة كالأكل ونحوه وإمّا حكماً كالبيع والهبة والعق ونحوها ، وقد عرفت أنّها لا تبقى مجالاً للاجازة المتأخّرة لصدورها من أهلها ووقوعها في محلّها فلا محالة تقع الاجازة لغواً . وبالجملّة يعتبر في صحّة الاجازة أن يجتمع فيها أمران : البيع والملك ، وهذان غير مجتمعين في الأمثلة لأنّ المفروض أنه لا يبيع حين الملك ولا ملك حين البيع .

ومن هنا يظهر صحة التمسك بما ورد من النهي عن بيع ما لا يملك كقوله (عليه السلام) : « ... ليس به بأس إنّما يشتره منه بعد ما يملكه » ^(١) فإنّ الاستفادة منه البطلان إذا لم يكن البيع والشراء في ملك ، بلا فرق بين أن لا يكون مالكاً حين البيع ثم يملك فيجيز أو يكون مالكاً حين العقد ولم يكن مالكاً حين الاجازة ، ففي كلتا صورتين لا يكون بيعه المستند إليه في ملكه .

والظاهر أنّ الاستيلاء أيضاً من هذا القبيل ، فإذا استولد الأمة بعد البيع وقبل

الاجازة فتقع الاجازة لغواً ، لأنّ من شرائط المعاملة أن لا يكون المبيع أمّ ولد وقد عرفت أنّ زمان الاجازة هو زمان البيع للمالك وبها تستند إليه المعاملة وتشمله العمومات لأنّها خطابات للملّك وقد فرضنا الأمة مستولدة حين البيع فتقع الاجازة لغواً . إلّا أن يقال إنّ الممنوع هو إنشاء البيع على أمّ الولد لا إسناد البيع المنشأ سابقاً .

ومن هذه التصرفات ما لو زوّج الفضولي أمة المالك من شخص ثمّ زوّجها المالك بنفسه من شخص آخر فإنّ التزويج الصادر من المالك عقد صدر من أهله ووقع في محله ، وبه تصير الأمة مزوّجة ، ومعه لا يبقى مجال للاجازة المتأخّرة بوجه لأنّ المزوّجة لا تزوّج ، والاجازة هي التزويج في الحقيقة كما عرفت ، هذا كلّ في التصرفات الواقعة على نفس العين .

وأما التصرفات الواقعة على منافعها كما إذا أجرها المالك بعد ما وقع عليها البيع فضولة فهل يلحق ذلك بالتصرفات الواقعة على العين ويوجب إلغاء الاجازة أو لا ؟

ذهب شيخنا الأنصاري^(١) إلى أنّ الاجارة كالاستيلاء لا تُبقي مجالاً للاجازة المتأخّرة ، لأنّ ملكية المنافع تابعة للملكية الأعيان والمفروض أنّ الفضولي باع العين من المشتري والمالك ملّك منافعها للمستأجر ، فهما متنافيان لأنّ ملكية العين تستتبع ملكية المنافع وبما أنّ عقد الاجارة صدر من أهله ووقع في محله فلذا لا يبقى للاجازة المتأخّرة مجال ، هذا .

والصحيح أنّه لا تنافي بين البيع والاجارة لاختلاف متعلّقهما ، فيقع كل واحد من الاجارة والاجازة (أي البيع) صحيحاً ، غاية الأمر أنّ المالك بعد ما أجره إذا

أجاز البيع الواقع عليه فلا محالة يبيعه مسلوب المنافع إلى مدّة الاجارة ، ولا تنافي بين بيع العين مسلوقة المنافع وبين إجارتها .

نعم للمشتري أن يفسخ المعاملة بدعوى أنّي إنما اشتريت المال لمنافعه وقد ظهر مسلوب المنافع فله الخيار في الفسخ والامضاء ، هذا كله بناءً على النقل . وأما على الكشف المحكمي أو الحقيقي فالاجارة والاجازة صحيحتان غاية الأمر أنّ المالك قد فوت المنافع على المشتري فيضمنها بأجرة المثل نظير ما إذا أتلّفها بسكناها ولعلّه ظاهر .

فتحصّل : أنه لا تنافي بين البيع والاجارة ، نعم لو كان الصادر من الفضولي إجارة أيضاً فتكون منافية للإجارة الصادرة عن المالك .

ومن ذلك يظهر أنه لا تنافي بين البيع والتزويج أيضاً ، مثلاً إذا باع الفضولي أمة المالك من شخص ثمّ زوجها المالك من شخص آخر ثمّ أجاز البيع الواقع على الأمة ، فإنّ كلّاً من التزويج والاجازة صحيحتان وتنتقل الأمة إلى المشتري مزوّجة ، نعم للمشتري فسخ المعاملة من أجل أنه إنما اشتراها لاستيفاء منافعها لا لمجرد عققها ، والمزوّجة غير قابلة للاستيفاء شرعاً فله الخيار في الفسخ والامضاء .

وأما الرهن الصادر من المالك بعد ما عقد عليه الفضولي كما إذا باعه الفضولي من المشتري ثمّ رهنه المالك عند المرتحن لأجل الوثيقة في الذين فهل ينافي ذلك البيع فلا يُبقي مجالاً للإجازة المتأخّرة لأنّها بيع للرهن ، أو أنه لا تنافي بينهما وكل واحد من الرهن والبيع صحيحان ؟

الظاهر أنّ ذلك يبتني على مسألة جواز بيع الرهن وعدمه ، فإن اعتمدنا على النبوي الضعيف غير المنجبر بعمل الأصحاب ظاهراً في عدم جواز التصرف في

الرهن من قوله (صلى الله عليه وآله) «أنَّ الراهن والمرتهن ممنوعان عن التصرف»^(١) فلا ينبغي الإشكال في أنَّ الاجازة والبيع تصرّف من الراهن في الرهن فيفسد بمقتضى الرواية النبوية ، فيكون الرهن موجباً ل إلغاء الاجازة المتأخّرة .

وأما إذا بنينا على جواز بيع الرهن وطرحنا الرواية لضعفها فلا مانع من الالتزام بصحة كل واحد من الرهن والبيع ، إذ لا يشترط في الرهن أن يكون من مال الراهن والمديون ويصح أن يكون ملكاً لآخر وقد وضعه عند المرتهن للتوثيق فينقل العين إلى المشتري بوصف كونها رهناً غاية الأمر يتخيّر المشتري بين الفسخ والامضاء لاحتمال عجز المديون عن أداء دينه وبيع المرهونة لاستيفاء دين المرتهن . والصحيح هو الوجه الأخير ، أعني صحة بيع الرهن كما عرفت وسيأتي تفصيله في محله^(٢) إن شاء الله تعالى ، هذا .

ثم لا ينبغي أن هذه الأفعال التي ذكرنا أنَّها تنافي الاجازة وتوجب لغويتها لا توجب ردّ العقد السابق أبداً ، ولا يترتب عليها أحكام الردّ ، فإنّ الردّ يوجب سقوط العقد السابق عن قابلية لحق الاجازة ، وهذا بخلاف هذه الأفعال فإنها تنافي الاجازة وتوجب خروج المالك عن قابلية الاجازة لا أنَّها تكون ردّاً وتوجب سقوط العقد عن قابلية الاجازة ، فهذه الأفعال تسقط الفاعل عن القابلية وهو المالك ، إذ بها يخرج عن كونه مالكا ، لا أنَّها تسقط القابل عن القابلية وهو العقد ، وكم فرق بين الأمرين .

وتظهر القمرة فيما إذا قلنا بمقالة شيخنا الأنصاري (قدس سرّه)^(٣) من أنه لا

(١) المستدرک ١٣ : ٤٢٦ / كتاب الرهن ب ١٧ ح ٦ .

(٢) في الصفحة ٣٠٧ .

(٣) المكاسب ٣ : ٤٣٤ .

يعتبر في المجيز أن يكون مالكاً حال العقد ، فإنَّ المشتري من المالك حينئذ له أن يجيز العقد الواقع على المال في ملك مالكة ، فإنَّ العقد لم يسقط عن القابلية على الفرض فإذا أجازه المشتري فينتقل الثمن إليه والمشتري إلى المشتري من الفضولي ، نعم ليس للمالك الاجازة لمخرجه عن المالكية بهذه الأفعال ، وأما المشتري فلا كما عرفت لعدم اشتراط المالكية حال العقد في المجيز ، هذا كله في مثل البيع والعق ونحوهما وقد عرفت حال الرهن والاجارة وأنها لا تنافيان الاجازة بوجه .

وقد ظهر من جميع ذلك أنه لا يفرق فيما ذكرناه بين التفات المالك إلى وقوع العقد الفضولي على المال وعدم التفاته لأنها ليست ردّاً على كل حال ولا يسقط العقد عن القابلية كما مرّ .

بقي الكلام في مثل البيع الفاسد وعرضه للبيع وهل هما أيضاً ينافيان الاجازة المتأخرة أو لا بالاضافة إلى المالك ، وأما بالنسبة إلى المشتري من المالك فقد عرفت أنَّ البيع الصحيح لا يوجب سقوط العقد عن القابلية بالاضافة إلى المشتري فكيف بالعقد الفاسد ونحوه ؟

فصل شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) ^(١) بين ما إذا التفت المالك إلى العقد الفضولي وما إذا لم يلتفت إليه ، وأفاد أنَّ العقد الفاسد أو التعريض للبيع في الصورة الأولى يكون مصداقاً للردّ ، لأنَّ معناها أنّي غير راضٍ بما أصدره الفضولي فيشملة عموم أنَّ الاجازة بعد الردّ لنحو ، وهذا بخلاف الصورة الثانية لأنه جاهل بالعقد الصادر من الفضولي فلا تكون تلك الأفعال ردّاً له ولا يترتب عليه أحكامه .

وقد استدللّ على ما أفاده في الصورة الأولى : باطلاقات الأخبار ثم ناقش في دلالتها .

والمناقشة في محلها لغرابة الاستدلال بالروايات في المقام ، فإن ما ورد^(١) في نكاح العبد والأمة بغير إذن مولاها ، أو ما ورد^(٢) في من زوّجته أمّه وهو غائب من أنه إن شاء فعل وإن شاء ترك ، إنّما هو في مقام تجويز الردّ للسيد أو الابن ، وأما أن الردّ يتحقّق بماذا فلا نظر فيها إليه أبداً .

وقد استدلّ أيضاً : بأنّ المانع من صحة الاجازة بعد الردّ القولي موجود في الردّ الفعلي أيضاً وهو خروج المجيز بعد الردّ عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد . ويندفع بأنّ ذلك مصادرة منه (قدّس سرّه) لأنّ كون العقد الفاسد أو التعريض للبيع ردّاً أوّل الكلام .

واستدلّ ثالثاً : بفحوى الاجماع المدّعى على أنّ الفسخ في العقود الخيارية يحصل بالفعل كالوطء والبيع والعتق ، والوجه في الأولوية والفحوى أنّ الفسخ رفع للملكية الثابتة بأسبابها ، والردّ دفع عن حصول الملكية بالعقد الفضولي ، والرفع أشكل من الدفع ، فإذا ثبت أنّ الفعل يوجب الرفع مثلاً فهو يوجب الدفع بطريق أولى ، هذا .

ولا يخفى أنه لا أولوية في المقام ، وذلك لأنّ البيع والعتق إنّما يقتضيان الفسخ في العقد الخياري من أجل أنّ قصدهما حقيقة لا يتحقّق من غير مالك المال والعبد فإنّ البيع عبارة عن المبادلة بين المالين وهي لا تتحقّق إلاّ بخروج الثمن عن ملك من دخل في ملكه الثمن ، كما أنّ العتق فكّ ملكيته وهذا لا يتحقّق إلاّ بكون المعتق - بالفتح - ملكاً له ، فالبيع والعتق يدلّان بالدلالة الالتزامية على أنه رجع إلى ملكه - وفسخ العقد الجائز ، إذ لولاه لما يتحقّق منه قصد شيء من البيع والعتق حقيقة ، وهذا

(١) الوسائل ٢١ : ١١٤ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب ٢٤ .

(٢) الوسائل ٢٠ : ٢٨٠ / أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ب ٧ ح ٣ .

بخلاف الردّ فإنّ الملك ملكه حيثئذ وليس كالفسخ فإنّ الملك فيه للمشتري دون المالك ، فتصرّفاته في ملكه لا يحتاج إلى إرجاع الملكية السابقة لأنّه ملكه فلا يكون فيها دلالة على ردّ العقد القضي ، فلا يمكن قياس الردّ بالفسخ .

وأما الوطء ، فلا دلالة فيه على الفسخ أبداً ، إذ لا يتوقّف الوطء على الملك كتوقّف قصد البيع والعق حقيقة عليه بل يتحقّق بدون الملك أيضاً لامكان الزنا في العالم ، فلعلّه لم يقصد الفسخ بل أراد الزنا ، وحمل فعل المسلم على الصحة إنّما يوجب عدم الحكم بزناه ، وأما أنّه يوجب حمله على الفسخ فلا ، لأنّه لا يثبت الصحة الواقعية كما لا يخفى . نعم الوطء في العدة الرجعية بنفسه رجوع وإن قصد به الزنا لأنّها زوجته حقيقة وقصده ذلك ليس بشيء ، لأنّه نظير قصد الزنا بزوجه .

فالمتحصّل : أنّ البيع الفاسد أو التعريض للبيع لا يكون ردّاً كيف والبيع الصحيح لا يكفي في الردّ ، كما أنّها لا يوجبان سقوط المالك عن قابلية الاجازة لعدم المنافاة بينهما وبين الاجازة ، وهذا بخلاف البيع الصحيح ، لأنّ الصحيح منه مؤثّر في الانتقال فتقع الاجازة لغواً ، هذا كلّ في العقود اللازمة .

بقي الكلام في مثل الوصية والوكالة وأنّه إذا أوصى لزيد بماله أو وكلّه في بيع شيء ثمّ باعه بنفسه ببيع فاسد أو عرض له للبيع فهل هما يوجبان بطلان الوصية والوكالة أو لا ؟

قد عرفت ممّا ذكرناه في الفسخ بالبيع والعق أنّ البيع ونحوه من الأفعال لا يوجب الفسخ والردّ في أمثال المقام ممّا لا يتوقّف قصد البيع فيه حقيقة على إرجاع الملكية السابقة لعدم خروجه عن ملكه حتّى يتوقّف على إرجاعها ، فإن كان البيع الواقع على المال صحيحاً فهو منافٍ للوصية والوكالة ومُعَدَم لموضوعها لا أنّه فسخ ، وأما إذا كان فاسداً أو تعريضاً للبيع فهو لا يدلّ على الفسخ كما عرفت ولا ينافيها لعدم كونه مؤثّراً ، فتكون الوصية والوكالة صحيحتين وباقيتين على حالهما

ولعلّه ظاهر .

الكلام في أحكام قبض المال ودفعه بعد الاجازة والردّ

لا إشكال في أنه إذا أجاز المالك البيع الفضولي الواقع على ماله فللمشتري مطالبة المال من المالك كما أنه يطالبه من البائع إذا كان المال بيده .

وأما إذا رده ، فإن كان المال عنده فهو ولا يرجع إلى الغير ولا يطالبه بشيء ، وأما إذا كان عند البائع أو المشتري فله مطالبة بمن في يده .

وأما إذا كان المال تالفاً فقد تقدّم في أحكام الأيادي المتعاقبة وفي أحكام البيع الفاسد أنّ من تلف عنده المال يضمّنه بقيمته يوم الدفع على القاعدة ، لأنّ المال إلى ذلك الوقت مضمون عليه ويجب عليه دفع عينه إذا كانت موجودة ، وأما إذا كانت تالفة فيلزمه دفع قيمته في ذلك الوقت ، وقد تقدّم تفصيل ذلك سابقاً^(١) .

نعم ، ذكرنا أنّ ظاهر صحيحة أبي ولاد أنّ المال مضمون على الغاصب بقيمته يوم النصب وهو يوم القبض في المقام ، وأما إن قلنا فيه بأعلى القيم وفرضنا أنّ قيمة المال عند البائع كانت خمسة دنانير فترقّت عند المشتري وبلغت إلى عشرة دنانير فللمالك أن يطالب المشتري بأعلى القيم لأنّ المال تلف عنده بقيمته عشرة دنانير وأما إذا عكسنا الأمر وفرضنا أنّ قيمة المال كانت عند البائع عشرة دنانير ثمّ تنزّلت قيمته حتّى انتهت إلى خمسة دنانير ثمّ سلّمه إلى المشتري ففي هذه الصورة لا يجوز للمالك مطالبة الفوائد من المشتري لأنه إنما كان ضامناً للمال والمفروض أنّ قيمته عنده كانت خمسة دنانير ، نعم لا مانع من أن يرجع إلى البائع بالزيادة فيأخذ منه الزيادة وهي خمسة دنانير أيضاً ، هذا كلّ في نفس المال .

(١) راجع المجلّد الأوّل من هذا الكتاب الصفحة ٢٧٣ .

وأما منافعها فهي أيضاً مضمونة على من استولى على المال لتبعية المنافع في الضمان لنفس العين ، فهو بأخذه العين قد أخذ منافعها المتدرّجة في الوجود بعد ذلك فيكون ضامناً للعين ومنافعها ، فإن تلفت عند البائع رجع المالك إليه ببدها وقيمة منافعها ، وإن تلفت عند المشتري فله أن يرجع إلى كل منها ببدها وقيمة منافعها المستوفاة بلا إشكال وغير المستوفاة على كلام .

وأما الصفات الموجودة في العين ، فإن كانت العين في يد البائع متّصفة بصفة كالخياطة أو الكتابة أو الطبخ أو السمن فزالت عند المشتري ، فلا ينبغي الإشكال في أنّ المالك يرجع إليه بثمن العين والصفة ، لأنّه بأخذه العين قد ضمنها بأوصافها ومنافعها ، والمفروض أنّها تلفت وقد ذهبت معها أوصافها ، أو أنّ العين باقية إلّا أنّ أوصافها زالت عند المشتري فيضمنها لا محالة ، كما أنّ له أن يرجع إلى الغاصب الأول بثمنها وقيمة أوصافها الفاتئة عند المشتري .

وأما إذا حصلت الأوصاف عند المشتري وقد زالت عنده أيضاً بزوال العين أو لأجل شيء آخر مع بقاء عينها ، فحينئذ للمالك أن يرجع إلى المشتري بتلك الأوصاف ، ولا يجوز له أن يرجع إلى الأول بتلك الأوصاف لعدم حدوثها عنده وعدم تلفها تحت يده .

وقد ذهب شيخنا الأستاذ (قدّس سرّه) ^(١) إلى أنّ المالك له مطالبة البائع بتلك الأوصاف أيضاً ، لأنّه بأخذه العين قد ضمن للمالك ثمنها وأوصافها ، إلّا أنّنا لم نفهم لضمان البائع الأوصاف المتجدّدة عند المشتري والثالفة عنده أيضاً وجهاً ، لأنّ المفروض أنّ الأوصاف لم تكن تحت يد البائع بوجه وإنّما وجدت عند المشتري وتلفت تحت يده ولم يضمن البائع إلّا العين ومنافعها ، وأما هذه الأوصاف المتجدّدة

عند المشتري فلا وجه لضمانها أبداً ، وهذا بخلاف المنافع كما عرفت لأنّ البائع بأخذه العين قد أخذ المنافع أيضاً بتبعها ، وأما الأوصاف فهي لم تدخل تحت يده في زمان لنحكم بضمانها بوجه ، هذا كلّ حكم المالك ورجوعه إلى المشتري أو البائع .

وأما حكم المشتري الذي يدفع البدل إلى المالك بمطالبته أو يدفع بدل العين وقيمة منافعها وأوصافها إليه فهل يجوز له مطالبة البائع بما دفعه إلى المالك من القيمة أو الغرامة أو لا ؟ ففيه مسألتان : إحداها في رجوعه إلى البائع بالثمن . وثانيتهما : في رجوعه إليه بما اغترمه للمالك من قيمة العين والمنافع والأوصاف .

أما المسألة الأولى فلها صورتان : إحداها ما إذا كان المشتري جاهلاً بالحال ولم يلتفت إلى أنّ البائع غاصب أو ساءٍ أو مشتبه . وثانيتهما : ما إذا كان عالماً بالحال .

أما الصورة الأولى : فلا إشكال في أنه يرجع إلى البائع بعين ماله إذا كانت موجودة وبقيمته إذا كانت تالفة ، لعموم « على اليد ما أخذت »^(١) .

لا يقال : إنه كيف يرجع إلى البائع وقد اعترف بأنّ المال ملكه فلذا اشترى منه المال حسب الفرض .

فإنه يقال : هذا الاعتراف يتصور على وجوه :

أحدها : أن يكون مستنداً إلى قاعدة اليد وأنه بمقتضاها بنى على أنّ البائع مالك للمال ولذا أقدم على شرائه ، وفي هذه الصورة لا مانع من أن يرجع إلى البائع بما اغترمه من الثمن ، لأنّ هذه البيّنة التي أقامها المالك على أنّ المال ليس ملكاً للبائع توجب سقوط قاعدة اليد في المقام ، فلا مانع من المراجعة إلى البائع أبداً .

وثانيهما : أن يكون مستنداً إلى العلم بالكية البائع خارجاً بحيث يرى البيّنة

التي أقامها المالك كاذبة ويدّعي استحقاق البائع للمال والثمن ، وفي هذه الصورة لا إشكال في أنّ المشتري مأخوذ على مقتضى علمه ولا يجوز له مطالبة البائع بالثمن لأنه يراه مالكا للمال ومستحقا لما أخذه من الثمن فكيف يسوغ له مراجعة البائع ومطالبته بما هو مالك له باعتقاده .

وثالثها : أن يتردّد بين الأمرين ولم يعلم أنه مستند إلى قاعدة اليد أو العلم وهل تلحق هذه الصورة بالصورة الأولى في الحكم بجواز المراجعة إلى البائع أو بالصورة الثانية والحكم بعدم جواز مراجعته إليه ؟

نقل شيخنا الأنصاري^(١) في ذلك وجهين ولم يرجّح أحدهما على الآخر والظاهر أنّها تلحق بالصورة الأولى ، لأنّ البيّنة التي أقامها المالك على أنّ المال ملكه حجة شرعية لا بدّ من ترتيب الآثار عليها ، ومنها كون البائع غاصبا للمال وغير مستحق لما أخذه من المشتري ، فله مراجعة البائع ومطالبته بالثمن ، وذلك لأنّ الموجب لالغاء البيّنة في الصورة الثانية إنّما هو العلم واعتقاد المشتري بأنّ البيّنة باطلة ، وهذا غير متحقّق في الصورة الثالثة ، وبذلك نحكم بأنّ المشتري يمكنه مطالبة البائع بما دفعه إلى المالك .

وأما الصورة الثانية : وهي ما إذا كان المشتري عالما بالحال وأنّ البائع غير مالك للمبيع ففيها جهات للكلام .

الجهة الأولى : في أنّ البائع يملك الثمن بتسليط المشتري أو أنه لا يدخل في ملكه بذلك .

الجهة الثانية : في أنه هل يجوز أن يتصرف في الثمن أو أنّ تصرفات البائع فيه غير صحيحة لأنّها تصرف في ملك المشتري .

الجهة الثالثة : في أن الثمن الذي أخذه البائع من المشتري إذا تلف هل يحكم بضمانه للمشتري أو لا ؟

أما الجهة الأولى : فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدس سره) أن البائع لا يملك الثمن بتسليط المشتري أبداً ، وحاصل ما أفاده في وجه ذلك يرجع إلى وجوه ثلاثة : الأول : أنه لا مقتضي لصيرورة الثمن ملكاً للبائع أصلاً ، إذ التسليط ليس من أحد المملكات ، ولم يحصل هناك سبب آخر للانتقال والتملك . الثاني : أن التسليط لو كان موجباً للتمليك شرعاً لاقتضى ذلك التملك في جميع البيوع الفاسدة مع أن التسليط فيها لم يلتزم أحد بكونه موجباً للتمليك . الثالث : أن التسليط لو أوجب التملك فلازمه بطلان المعاملة لعدم صحة الاجازة المتأخرة حينئذ ، لأن الثمن قد انتقل إلى البائع بتسليط المشتري إياه قبل الاجازة كما مر تفصيل ذلك سابقاً ، هذا . والصحيح من هذه الوجوه الثلاثة هو الوجه الأول ، إذ لا مقتضي للتمليك بالتسليط ، فإنه ليس من أحد المملكات شرعاً ، فأكل المال في مقابله أكل للمال بالباطل على ما تقدّم من تفسير الأكل باثبات اليد على المال ، وكون المراد بالباطل الأسباب الباطلة ، فإن التسليط حينئذ ليس سبباً للأكل والتملك شرعاً ، فيكون من باب أكل المال بالسبب الباطل غير الشرعي .

وأما الوجه الثاني مما أفاده فهو من دفع بعين ما أفاده بعد أسطر من هذا الكلام وملخصه : أن قياس التسليط في المقام على التسليط في البيوع الفاسدة قياس مع الفارق ، فإن التسليط في المقام مع العلم بأن الآخذ غاصب وغير مستحق للمال تسليط من دون التضمن ، وأما في البيوع الفاسدة فالاعطاء للمال من جهة أنه عوض للمبيع فيكون تسليطاً مع الضمان .

وبعبارة أخرى : البيع الفرري أو الربوي سبب للملكية عند العرف ، وإنما حكمنا بفسادهما لأجل المنع عنها شرعاً ، وأما في المقام فهو تسليط مجاني وليس

موجباً للملكية عند العرف أيضاً وكم فرق بينها كما هو ظاهر ، وقد أشار إلى ذلك هو (قدّس سرّه) بعد أسطر فراجع .

وأما الوجه الثالث فيدفعه ما ذكرناه سابقاً من أنّ الاجازة إنّما تكشف عن انتقال الثمن إلى المالك قبل تسليط المشتري البائع عليه ، فيكون التسليط حينئذ تسليطاً على مال الغير فلا يوجب التملك للبائع وذلك ظاهر ، هذا على الكشف .
وأما على القول بالنقل فقد أجبتنا عن ذلك بأنّ التسليط مراعى بعدم إجازة المالك للبيع ، فإذا أجاز فهو لا يسلّطه عليه بل يريد المبادلة ونقل الثمن إلى المالك وبما أنّ الشرط وهو عدم إجازة المالك لم يحصل في صورة الاجازة فلا يكون التسليط متحققاً للبائع حتّى يوجب التملك في حقّه . فالمتحصّل أنّ الصحيح في الجواب هو الوجه الأول كما عرفت .

وقد أضاف إلى ذلك شيخنا الأستاذ (قدّس سرّه) ^(١) وجهاً رابعاً وجعله هو الصحيح دون شيء من أجوبة شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وهو أنه هب أنّ التسليط في المقام يوجب التملك للبائع مثلاً وأنه كالهبة فرضاً إلّا أنه لا ينبغي الإشكال في أنه ملك جائز ولا يزيد على الهبة بوجه ، ولا مانع في الهبة من الرجوع واسترداد العين أبداً ، فللمشتري أن يرجع على البائع فيما وهبه إيّاه بالتسليط وهذا ممّا لا محذور فيه .

ولا يخفى عليك أنّ ما أفاده لو تمّ فإنّما يصحّ فيما إذا لم يتصرّف الموهوب له أيّ تصرّف في العين كخياطته أو بيعه أو غيرهما من أعماء التصرفات ، كما أنه يختص بما إذا لم يكن الموهوب له ذا رحم للواهب وإلّا فالهبة لازمة ولا يمكنه الرجوع في المقام مع أنّ الكلام في جواز رجوعه إلى البائع مطلقاً تصرف فيه أم لم يتصرف

كان ذا رحم بالاضافة إلى المشتري أو كان غيره ، فهذا الجواب لا يتم في جميع الموارد كما لا يخفى ، هذا كله في الجهة الأولى .

وأما الجهة الثانية : فقد ظهر حكمها مما ذكرناه في الجهة الأولى ، إذ بعد ما لم يتحقق هناك سبب شرعي لانتقال المال إلى البائع فبأي أمر يجوز تصرفاته في ملك الغير مع أنه من مصاديق أكل المال بالباطل وهو حرام ، إذ لم يتحقق هناك تجارة عن تراض فجميع تصرفاته محكومة بالحرمة والبطان .

وأما الجهة الثالثة : وهي أنه إذا تلف الثمن عند البائع مع علم المشتري بالحال وتسلط البائع على المال فهل يحكم بضمان البائع له أو أنه غير ضامن للثمن لأن المشتري سلطه عليه مع علمه بالحال ؟ المشهور أن البائع غير ضامن له ، وذهب إليه شيخنا الأنصاري (قدس سره) ^(١) وتبعه شيخنا الأستاذ ^(٢) .

وقد استدلل عليه شيخنا الأنصاري (قدس سره) بأن الدليل الموجب للضمان أمران : أحدهما قاعدة « على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه » المرتكزة عند العقلاء حيث إنهم يرون أخذ مال الغير وإثبات اليد عليه موجباً لضمانه . وثانيهما : الاقدام على الضمان كما ذكره الشيخ ^(٣) والشهيد الثاني ^(٤) (قدس سرهما) في المقبوض بالبيع الفاسد كما تقدّم تفصيل ذلك سابقاً في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وشيء من الأمرين غير متحقق في المقام .

أما اليد فلائها وإن كانت متحققة في المقام إلا أنها لا تقتضي الضمان في جميع

(١) المكاسب ٣ : ٤٨٥ - ٤٨٩ .

(٢) منية الطالب ٢ : ١٦٣ فما بعدها .

(٣) المبسوط ٣ : ٨٥ ، ٨٩ .

(٤) المسالك ٣ : ١٥٤ .

مواردها، لما ورد في غير واحد من الأخبار^(١) من أن من استأمنه المالك على ماله فهو غير ضامن للمال كما في مثل الوديعة والعارية والاجارة ، وهذه الأخبار تقتضي عدم الضمان في المقام بطريق أولى ، إذ الاستئمان لو كان ملغياً للضمان فالتسليط في المقام يقتضي إلغاءه بالفحوى والأولوية ، لأن المالك في موارد الاستئمان لا يجوز التصرف فيه ولا يسوغ إتلافه كما في الوديعة ونظائرها ومع ذلك يوجب ذلك عدم الضمان ، ففي المقام الذي قد أجاز المالك التصرف في ماله على نحو الإطلاق بل قد سوغ له الاتلاف بالتسليط لابد من الالتزام بعدم الضمان بالأولوية وذلك ظاهر . والمتحصل أن قاعدة اليد مخصصة بموارد الرضا المالكى كما عرفت .

وأما الإقدام فهو أيضاً مفقود في المقام ، لأنّ البائع لم يقدم على الضمان بل إنّما سلّطه المشتري على ماله مع العلم بالحال وأنه غير مستحق للمال ، ومن هنا يظهر الفرق بين المقام وبين سائر البيوع الفاسدة حيث إنّ المتعاملين في البيوع الفاسدة قد أقدموا على الضمان غاية الأمر أن الشارع حكم بالفساد لفقد شرط من الشرائط المعتبرة في صحتها ، وهذا بخلاف المقام إذ لا إقدام منها على الضمان فيكون التسليط مجانياً ولا يكون البائع ضامناً للثمن عند التلف .

ثمّ أورد نقضاً على نفسه بأنّ ذلك يقتضي عدم الضمان مطلقاً ولو مع جهل المشتري بالحال فإنه إنّما يتخيّل أنه مالك للمال فيعطيه الثمن في مقابل الثمن ، وأما في الواقع فهو غير مستحقّ للمال ، فالتضمن خيالي صوري لا حقيقي واقعي . وأجاب عنه بأنّ المشتري في صورة جهله بالحال إنّما يضمّن شخص البائع للمال ولا يسلّطه على ملكه مجاناً ، وهذا بخلاف ما إذا علم بالحال فإنه مع ذلك إذا دفعه إليه فهو

(١) الوسائل ١٩ : ٧٩ / كتاب الوديعة ب ٤ ، وص ٩١ / كتاب العارية ب ١ ، وب ٢٨ ، ٣٢ من

تسليط بجاني لا محالة ، فيكون ضامناً له في الصورة الأولى لأنه إنما دفعه إليه لبنائه على أنه مالك للمبيع .

ثم استشكل على نفسه بأن المشتري في صورة علمه بالحال أيضاً لا يسلطه على ماله مطلقاً وبلا عوض بل إنما يدفعه إليه ببناء أنه المالك للسال ، إذ لو لا ذلك البناء لفسدت المعاملة قطعاً ولم يتحقق مفهوم المعاوضة والمبادلة بوجه ، وهذا البناء على كونه مالكاً وإن كان ادعائياً إلا أن دفع الثمن إليه في مقابل المثلث حقيقي فالتضمن ودفع المال في مقابل المثلث حقيقي وإن كان ذلك مبنياً على أمر ادعائي .

وأجاب عن ذلك : بأن العدة في وجه تصحيح بيع الغاصب هو ما أشرنا إليه سابقاً من أن البيع عبارة عن مبادلة مال بمال من دون أن يكون فيها نظر إلى المالكين ، وبما أن المبادلة متحققّة حسب الفرض فإذا أجازها المالك تقع المعاملة له لا محالة ، فالتضمن في الحقيقة إنما هو بالاضافة إلى مالك المال ، وأما البائع فلا تضمن له من المشتري مع فرض أنه عالم بأن البائع غير مستحق للمال ومعه كيف يضمّنه على المال ولعل ذلك ظاهر ، هذا ملخص ما أفاده (قدّس سرّه) في وجه عدم الضمان .

وشيخنا الأستاذ (قدّس سرّه) وإن كان قد ناقض في بعض كلماته إلا أنه موافق معه في أصل الطلب .

والتحقيق كما أشرنا إليه في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده أن الموجب للضمان ليس إلا قاعدة اليد المرتكزة عند العقلاء ، وأن إثبات اليد على مال الغير يقتضي ردّه إلى مالكة ، وأما الاقدام فلم يثبت أنه يوجب الضمان وإن ذكره الشيخ والشهيد الثاني (قدّس سرهما) إلا أنه لم يعلم أن الوجه في استدلالهما بالاقدام هو أنه من أحد أسباب الضمان ، أو أن الوجه فيه ما سنشير إليه عن قريب إن شاء الله تعالى . وبالجمله أن إثبات اليد على شيء يقتضي ردّه إلى مالكة وإن لم يكن

هناك إقدام على الضمان أصلاً، وهما إنما استدلاً على الضمان بالاقدام في البيع الفاسد بعد ذكر قاعدة اليد تمييزاً للاستدلال بتلك القاعدة لأنها مشروطة بعدم التسليط المجاني وإلغاء المالك احترام ماله، لا أنهم ذكروه دليلاً للضمان بالاستقلال.

وكيف كان، فالقاعدة هي مقتضية للضمان فلا بد من ملاحظة أنها متحققّة في المقام أيضاً أم غير متحققّة، ولا ينبغي الإشكال في أن اليد ثابتة في المقام وإنما الكلام في أنها من جهة التسليط المجاني حتى لا توجب الضمان، أو من جهة التسليط مع الضمان لبنائهما على البيع الفاسد، وهذا هو مدار البحث في المقام، ولكنه قد سقط من كلمات شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ولا ينبغي الشكّ في أن المشتري إنما يسلّط البائع على المال لبنائه على ذلك البيع الفاسد كما في غيره من البيوع الفاسدة مع علمهما بالحال، فهو إنما يعطي ليأخذ المثلن لا أنه يسلّط البائع عليه مجّاناً، فالتسليط تضمّن ولو لا ذلك للزم الالتزام بأن ما يدفعه المتقارمان ويأخذه موجب لائفاء الضمان لعلمهما بأن الآخذ غير مستحق للمال مع أنّنا نلتزم بالضمان فيه من أجل أنّه إنما يدفعه إليه لبنائهما على ذلك الأمر الفاسد فيعطي ليأخذ المثلن في المقام، بل لو كان هذا التسليط مجّانياً فلماذا التزم هو (قدّس سرّه) في الجهة الثانية بحرمة تصرفات البائع في الثمن، فهل يكون التصرف فيما أجازاه المالك حراماً، وليس ذلك إلّا من أجل أن المشتري إنما سلّطه عليه لبنائه على المعاملة الفاسدة حتى يأخذ المثلن فتكون اليد موجبة للضمان كما هو ظاهر.

ومن هنا ظهر الفرق بين المقام وبين ما إذا سلّط المشتري ثالثاً على المال، فإنّ اليد فيه غير ضمانية وإنما هو تسليط مجّاني، ولا يقاس ذلك بما إذا سلّط البائع على المال لبنائه على المعاملة، فإنّ التسليط حيثن في مقابل المثلن لا أنه تسليط مجّاني. كما أنه ظهر الفرق بين المقام وبين البيع بلا ثمن والاجارة بلا أجره حيث ذكرنا في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده أن البيع بلا ثمن وكذا الاجارة بلا أجره

هبة غير معوضة في الحقيقة غاية الأمر أنه عبّر عن الهبة بالبيع أو الاجارة مجازاً ، لا أنه بيع أو إجارة ، وهذا بخلاف المقام فإن البيع فيه في مقابل الثمن وإنما أعطاه إلى البائع ليمتلك الثمن ، فلا ضمان في البيع بلا ثمن والاجارة بلا أجره دون المقام .

وأما دعوى أن البيع بلا ثمن وكذا الاجارة بلا أجره موجب للضمان ، إذ كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده فغير مسموعة لما أشرنا إليه هناك بأن هذا الكلام لم يرد في آية ولا في رواية ولا وقع معقد إجماع وإن أتعب شيخنا الأنصاري (قدس سره) نفسه في توضيح معناه وتفسير ألفاظه ، فلا منشأ له ولا يمكن الاستدلال به على الضمان في مورد أبداً ، بل المناط لو أردنا تطبيق تلك الكبرى غير المسلمة على المقام أن يقال إن كل عقد شخصي لو كان صحيحاً كان موجباً للضمان ففاسده أيضاً يوجب الضمان ، وهذا العقد لو كان صحيحاً لم يكن موجباً للضمان فلا يوجب فاسده ذلك أيضاً ، إلا أن شيخنا الأنصاري لا يرضى بهذا الاحتمال في معنى القاعدة فراجع .

فالمتحصل مما ذكرناه : أن تسليط المشتري البائع الفاسد على المال إنما هو مبني على ذلك البيع الفاسد لأنه تسليط مجتاني ، فعند التلف يضمنه لا محالة ، نعم في الموارد التي لا يكون فيها مبادلة ولو بنظر العرف كما إذا باع الحر من شخص فانه لا مالية للحر عند العرف والعقلاء فلا محالة يكون دفع المال إلى بائع الحر مثلاً مع العلم بالحال تسليطاً له على المال مجتانياً ، إذ المعاملة تتقوم بالمبادلة بين المالكين ولا مبادلة بينهما فرضاً ، إذ لا يدخل الحر في ملك المشتري بالمعاملة فيكون تسليط البائع على المال تسليطاً مجتانياً لا محالة .

وأما فيما إذا كان المبيع مالاً عند العرف والعقلاء وإن ألقى الشارع ماليته بالاضافة إلى المسلمين كما في الخمر والخنزير فدفع الثمن في مقابله تسليط مبني على المعاوضة الفاسدة وموجب للضمان لا محالة ، فإن الخمر مال عند العقلاء ، نعم قد

أسقط الشارع ماليته بالاضافة إلى المسلمين ، فلذا لو أتلف أحد خمر ذمي يضمنه اللهم إلا أن يتعدى من الوظائف المجعولة له كما إذا باعه من ذمي آخر علناً لا سراً وذلك ظاهر ، ومن هذه الموارد ما نحن فيه فإن المبيع مال عند العرف والعقلاء وإن ألغى الشارع ماليته بالاضافة إلى الغاصب البائع ، فيكون تسليط المشتري ذلك الغاصب على الثمن مبنياً على المعاملة الفاسدة وهو لا يرضى بالتصرف فيه في غير صورة المعاوضة ، فلم يرد تخصيص على قاعدة اليد في المقام وهي شاملة له ، لأن التسليط لم يكن مجانياً حتى لا يوجب الضمان فلا تغفل .

ثم إن شيخنا الأنصاري (قدس سره) ^(١) ذكر أموراً بعد حكمه بعدم الضمان في المقام منها : أن ما ذكرناه من عدم الضمان إنما هو فيما إذا سلطه المشتري على المال بأن دفعه إليه بنفسه ، وأما إذا أخذه البائع بعد المعاملة من دون أن يدفعه إليه المشتري فلا محالة يحكم فيه بالضمان ، إذ البيع بمجرد ليس تسليطاً على شيء فالمدفعه إليه المشتري لا يكون في البين تسليط .

ومنها : أن ما ذكرناه من عدم الضمان في المقام لا يفرق فيه بين أن يكون الثمن الذي سلطه المشتري عليه أو المثلن الذي سلطه البائع عليه فيما إذا كان المشتري غاصباً ، عيناً شخصية وبين أن يكون كلياً قد شخصه المشتري في شيء ودفعه إلى البائع ، لأنه تسليط مجتاني في كلا الموردين غير موجب للضمان .

ومنها : أن المشتري إذا سلطه على الثمن بشرط أن يميزه مالك المال ، وأما إذا رجع إليه فهو أيضاً يرجع إلى البائع بالثمن ، فلا مانع في مثله من الالتزام بالضمان لأنه تسليط غير مجتاني فإذا تلف عنده فيحكم بضمانه ، هذا .

وقد ذكر (قدس سره) قبل هذه الفروع فرعاً آخر وهو أن ما ذكرناه من الحكم

بعدم الضمان إنما هو فيما إذا باعه البائع الغاصب لنفسه ودفع المشتري الثمن إليه مع علمه بالحال ، وأما إذا باعه للمالك فدفع المشتري الثمن إليه ليوصله إلى مالك المال ثم تلف المال عند البائع قبل أن يوصله إلى المالك ففيه نحكم بضمأن البائع ، فيجب عليه دفع قيمته لا محالة ، لأنه واسطة في الايصال ولم يأذن المشتري في تصرفه فيه وإتلافه ، فإذا تصرف فيه أو أتلفه فلا محالة يكون ضامناً للمال ، هذا .

ولكننا لم يسعنا توجيه ما أفاده (قدس سره) في هذه المسألة ، لأنه (قدس سره) إن أراد الضمان بالاتلاف فهو وإن كان صحيحاً إلا أنه خارج عن محل الكلام والكلام إنما هو في ضمانه عند التلف لا الاتلاف ، فإذا فرضنا أن المال قد تلف بأفة سبوية كالسرقة ونحوها فكيف يمكن الحكم بضمأن الواسطة مع أنه أمين قد دفعه إليه المشتري حتى يوصله إلى المالك ولا ضمان على الأمين ، بل الحكم بعدم الضمان في هذه المسألة أولى من الحكم بعدم الضمان فيما نحن فيه ، لما مر من أن تسليط المشتري الغاصب على المال مبني على المعاوضة ولا يرضى بتصرفاته فيه في غير هذه الصورة ، فلا بد من الحكم فيه بالضمان ، وأما في هذه المسألة فالبائع أمين وواسطة في الايصال فبأي وجه يحكم بضمأنه حينئذ ، إذ لا مضمّن في الأمين ، فالمسألتان متعاكستان وياليتها قد عكس الأمر وحكم فيما نحن فيه بالضمان دون هذه المسألة هذا كله في أن المشتري يرجع إلى البائع بالثمن الذي دفعه إلى البائع عند رجوع المالك عليه بالعين .

وأما (١) أنه يرجع إليه بالغرامات الزائدة على الثمن التي قد اغترمها للمالك أم لا ، فتفصيل الكلام فيها : أن الغرامة التي اغترمها المشتري ، إما أن تكون في مقابل العين كما إذا اشتراها المشتري من الغاصب بعشرة وكانت قيمتها السوقية في ذلك

(١) [هذه هي المسألة الثانية ، وقد تقدّمت المسألة الأولى في الصفحة ٧٤] .

الزمان عشرين وقد اشتراها المشتري بأرخص من قيمتها كما هو الأغلب في الأموال المسروقة حيث يبيعها السارق بأرخص من قيمتها السوقية فرجع إليه المالك وأخذ منه العشرين وهو زائد عن الثمن بعشرة ، أو فرضنا القيمة السوقية حال الاشتراء عشرة ثم ترقّت وبلغت إلى عشرين وأخذ المالك ذلك من المشتري . وإما أن تكون الغرامة في مقابل المنافع دون نفس العين كما إذا سكنها مدة فرجع إليه المالك بقيمة تلك المنافع التي قد استوفاهها المشتري منه أو أزيد أو أقل هذا في المنافع المستوفاة .

وإما أن تكون الغرامة في مقابل المنافع التي لم يستوفها المشتري بعد ، وكذا ما صرفه من الأموال ولم يرجع إليه نفعه ، كما إذا صرف مالاً في غرس الأشجار في الأرض أو في اجراء القنوات أو في تسوية الأرض ولم يستوف شيئاً في مقابلها وهذه مسائل ثلاثة .

والكلام فعلاً في المسألة الأخيرة والغرامة الواقعة في مقابل المنافع غير المستوفاة وما صرفه من الأموال وأنّ المشتري هل يرجع بها على البائع أو لا ؟ ربما يحكم بالرجوع على البائع في مثل هذه الغرامة بقاعدة لا ضرر وأنّ الحكم بعدم رجوعه إليه ضرر على المشتري . ولكنك عرفت في قاعدة لا ضرر أنّها لا تشمل الموارد التي يوجب جريانها فيها ضرراً على الآخرين ويكون إضراراً على الغير ، والمقام من هذا القبيل حيث إنّ الحكم برجوع المشتري على البائع ضرر على البائع وإضرار في حقّه ، فالقاعدة لا تشمل المقام .

وأما الاستدلال بقولهم : إنّ السبب أقوى من المباشر في الحكم برجوع المشتري إلى البائع ، فيه : أنّ الفعل الخارجي إذا استند إلى السبب في الحقيقة كما إذا حفر بئراً في وسط الطريق فوقع فيه أحد في ليلة ظلماء فإنه يصدق أن يقال إنه قتله ومنه تغريم شاهدي الزور لأنّها أوجبا قتل أحد أو غرامته وكما إذا كان المباشر

مسلوب الشعور والقدرة والاختيار كما إذا أعطى سكّيناً بيد صبي أو مجنون وقال أدخله في بطن هذا النائم، وكذا إذا فتح باب قصص قطار الطائر، ففي مثل ذلك كله لا مانع من المراجعة إلى السبب، إلا أن ذلك غير متحقق في المقام.

وأما فيما إذا كان السبب من قبيل المعدّات للفعل الصادر من المباشر لشعوره واختياره كما إذا شوّقه وحركه إلى قتل أحد فقتله باختياره أو التمس منه شرب خمر فشربه بارادته ففي أمثال ذلك لا دليل على أخذ السبب بالقصاص ونحوه وإن كان عاصياً في مثل التحريك على فعل المحرّمات، وهذا الكلام أعني أن السبب أقوى الخ ليس آية ولا رواية والمقدار الصحيح منه ما أشرنا إليه، فلا يمكن الاستدلال بذلك في المقام، لأنّ البائع من أحد معدّات أفعال المشتري لا أنه علّة تامّة لها.

نعم، ربما يستدلّ في المقام بقاعدة الغرور وهي ما ورد في بعض الأخبار^(١) من أن المغرور يرجع إلى من غرّه، وهي وإن كانت ضعيفة إلا أنّها منجبرة بعمل الأصحاب، وإن استشكلنا في الانجبار بحسب الصغرى والكبرى في بحث الشهرة^(٢) إلا أنّها على تقدير تماميتها تكون المضّمّنات ثلاثة: قاعدة اليد والاتلاف، والغرور.

ولكن أشرنا إلى أن الرواية الواردة في قاعدة الغرور ضعيفة السند وقد عرفت في محلّه أن الرواية الضعيفة لا تنجبر بعمل الأصحاب فلا يمكن الاعتماد عليها في المقام. بل لو قلنا بالانجبار بعمل الأصحاب في الأخبار الضعاف أيضاً لا يمكننا الالتزام بصحّة الرواية في المقام، لما فيه من الخصوصية المانعة عن الانجبار وهي أن القائلين برجوع المشتري على البائع بما اغترمه في مقابل المنافع غير المستوفاة إنّما

(١) ستأتي مصادرها في الصفحة الآتية.

(٢) راجع مصباح الأصول ٢ (موسوعة الإمام الخوئي ٤٧) : ٢٢٥.

استندوا إلى الأخبار الواردة في ذلك لا إلى تلك الرواية الدالة على أنَّ المغرور يرجع إلى من غرَّه ، فلم يتحقَّق صغرى الانجبار بعمل الأصحاب ، هذا .

مضافاً إلى أنه يمكن أن يقال إنَّ هذه القاعدة على إطلاقها ممَّا لا يمكن الالتزام به ، وذلك لأنَّ أحداً إذا شَوَّقَ آخر إلى شراء شيء بأنه ستترقَّى قيمته وأنَّ له مشتريين كثيرين في البلد ، وبتشويقه ذلك اشتراه المشتري ثمَّ انكشف أنه لا مشتري له في البلد أصلاً وأنَّ قيمته لم تترقَّ بوجه ، فهل يفتي فقيه بضمان ذلك المشوَّق للمشتري بدعوى أنه غرَّه في المعاملة .

فالمتحصِّل أنَّ هذه القاعدة ممَّا لا يمكن الاستدلال بها في المقام .

وأما الأخبار التي استدلَّ بها القائلون برجوع المشتري على البائع بالغرامات ، فهي ما ورد^(١) في أنَّ من زوَّج امرأة عوراء أو بها أحد العيوب المجوزة للفسخ من شخص آخر مع علمه بالحال يغرم مهرها ولا شيء على زوجها ، لأنَّ المزوَّج قد غرَّه بذلك ، أو من زوَّج أمة من شخص آخر وكان عالماً بالحال فعليه مهرها ولا شيء على زوجها ، وهكذا .

إلا أنَّ هذه روايات خاصّة قد وردت في خصوص المزوَّج العالم بالحال فلا يمكننا التعمُّد منها إلى سائر الموارد أبداً ، بل لا نتعدَّى منها إلى غير مهرها أيضاً كما إذا اغترم زوجها بكراء دار أو بصرف أموال كثيرة ، وإنَّما تقتصر على خصوص المهر لأجل تلك الأخبار .

وقد يستدلُّ على رجوع المغرور إلى الغارِّ في جميع الموارد بما ورد في بعض هذه الأخبار من التعليل بقوله « كما غرَّ الرجل وخدعه » في خبر اسماعيل بن

(١) الوسائل ٢١ : ٢١١ / أبواب العيوب والتدليس ب ٢ ح ٢٠١ وغيرهما .

جابر^(١) وقوله (عليه السلام) في خبر رفاعه « وإنما صار المهر عليه لأنه دلّسها »^(٢) فيتعدّى من التعليلين إلى جميع موارد الغرور .

إلا أن الاستدلال بهما على المدعى ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، لأن الرواية الأولى ضعيفة السند بمحمّد بن سنان وهو ممّن ضعّفه بعض أهل الرجال وإن وثّقه بعضهم أيضاً إلا أن المراجع إلى قضاياه يرى أن الحقّ مع النافين لوثاقته وأن توثيق من وثّقه لا يرجع إلى شيء ، وقد نقل عنه أنه أوصى بعدم نقل رواياته حين وفاته معللاً بأنّها ممّا أخذه من أهل السوق لا من أهلها .

كما أن الثانية ضعيفة بسهل بن زياد لأنه أيضاً ممّن لم يوثّقه في الرجال فلا يمكن الاستدلال بهما . وأمّا التعليل المذكور فيها فهو إنّما يقتضي التعدّي منها إلى كل من غرّ آخر في الزواج برجوعه إلى المزوّج في المهر لأنه المذكور في الروایتين لا إلى جميع موارد الغرور ولعلّه ظاهر .

وأما قيمة الولد في رواية إسماعيل بن جابر التي حكم (عليه السلام) بدفع المزوّج القيمة إلى موالى الوليدة فهو من أجل أن الوطء بما أنه وقع صحيحاً لأنه وطء شبهة يوجب إلحاق الولد بأبيه وهو من منافع الأمة قد ضيعها المزوّج على موالى الأمة ، فلذا يؤخذ قيمته الولد منه .

فالمحصّل : أنه لا يمكن الاستدلال بهذه الأخبار على قاعدة الغرور في جميع الموارد لما عرفت فلا وجه للاعادة ، هذا .

ثم إن رجوع المغرور إلى من غرّّه في المعاملات ونحوها على تقدير الالتزام به إنّما هو فيما إذا كان البائع عالماً بالحال ، وأمّا إذا كان مشتبهأ أو معتقداً أن المال له فلا

(١) الوسائل ٢١ : ٢٢٠ / أبواب العيوب والتدليس ب ٧ ح ١ .

(٢) الوسائل ٢١ : ٢١٢ / أبواب العيوب والتدليس ب ٢ ح ٢ .

تشمله القاعدة بوجه ، لما سيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى من أن الغرور والخديعة والتدليس إنما تتحقق مع علم الغارّ بالحال وإلا فلا يصدق الغرور ونظائره مع الجهل أبداً ، مع أن القائلين برجوع الغرور إلى الغارّ يلتزمون بذلك مطلقاً .
وعلى ما ذكرناه فلا وجه لما ذكره السيّد الطباطبائي في حاشيته^(١) من أن الغرور يرجع إلى الغارّ مطلقاً . وبالجمله لا دليل على ثبوت تلك القاعدة في جميع الموارد بوجه .

وأما رواية جميل^(٢) فلا تعرض فيها لقاعدة الغرور أبداً وإنما دلّت على أن مالك الأمة يأخذ الجارية وأن المبتاع يدفع إليه قيمة الولد ويرجع على من باعه بضمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه ، وقد عرفت أنّ الولد من منافع الأمة كغيرها من الحيوانات ، والمنافع تابعة للأُمّ في الملكية إلا أن البائع لما باعها من المشتري وأوجب ذلك صحة الوطاء منه لأنه وطء شبهة وهو يلحق الولد بأبيه فقد ضيّع تلك المنفعة على مالك الأمة ، فلذا حكم (عليه السلام) برجوعه إلى البائع في المقام ، وهذا حكم ثبت في مورده ولا وجه للتعدّي منه إلى غيره ، وهذا خارج عن المنافع المستوفاة وغير المستوفاة بالدليل ، فلا وجه لما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)^(٣) من أن الولد إما أن يعدّ من المنافع غير المستوفاة فهو عين محل الكلام ، وإما أن يعدّ من المنافع المستوفاة فيدلّ على ثبوت الحكم في المنافع غير المستوفاة بطريق أولى ، وذلك لأنّ الولد سواء كان من المستوفاة أو من غيرها إنما خرج بالنص ، وهذا لا يقتضي التعدّي منه إلى جميع المنافع المستوفاة أو غير

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٧٩ .

(٢) الوسائل ٢١ : ٢٠٥ / أبواب نكاح العبد والاماء ب ٨٨ ح ٥ .

(٣) المكاسب ٣ : ٤٩٤ - ٤٩٥ .

المستوفاة .

وأما ما أفاده من أنَّ توصيف قيمة الولد بقوله « التي أخذت منه » فيه نوع إشعار لعلية الحكم ، بمعنى أنَّ الأخذ منه علة لرجوعه إلى البائع ، والعلّة تعمّم الحكم إلى جميع موارد الأخذ ، فهو من غرائب الكلام ، لأنّا لو فرضنا أنَّ التوصيف صريح في علية الأخذ للحكم لما أمكن التعدي منه إلى غيره فضلاً عما إذا كان مشعراً بذلك والوجه في ذلك ما سنبيّن في بحث تعاقب الأيادي عن قريب إن شاء الله تعالى من أنَّ رجوع كل ضامن إلى ضامن آخر إنّما هو فيما إذا أخذ المالك منه المال المضمون عليه ، وأما قبل أخذه فلا يمكنه الرجوع إلى الآخر أبداً ولو مع العلم بأنه سيأخذ قيمته منه ، وفي المقام أيضاً إنّما يجوز للمشتري الرجوع إلى البائع فيما إذا أخذ المالك من المشتري قيمة الولد ، وأما قبله فلا شيء حتّى يرجع به المشتري إلى البائع وهذا هو الوجه في توصيف الإمام (عليه السلام) القيمة بكونها ممّا أخذت منه فلا يمكن منه التعدي إلى جميع موارد الأخذ أبداً ، بل الأخذ في هذا المورد يوجب الحكم برجوع المشتري إلى البائع لا مطلقاً كما لا يخفى ، واستفادة العلية من ذلك نظير استدلال الشافعية على عدم الزكاة في معلوفة الإبل بقوله (عليه السلام) « في الغنم السائمة زكاة »^(١) فإنّ السوم ليس علة للزكاة مطلقاً بل في خصوص الغنم كما لا يخفى فهو لا يدلّ على نفي الحكم عن غير موارد السوم مطلقاً ولعلّه ظاهر ، هذا .

مضافاً إلى أنَّ في توصيف القيمة بكونها ممّا أخذت من المشتري فائدة أخرى وهي أنَّ قيمة الولد تختلف باختلاف الأماكن والحالات والبلدان ، فإذا رجع المالك إلى المشتري بقيمة الولد فلا يجوز للمشتري أن يرجع على البائع بأعلى القيم

(١) ورد مضمونه في الوسائل ٩ : ١١٨ / أبواب زكاة الأنعام ب ٧ ، المستدرك ٧ : ٦٣ / أبواب

زكاة الأنعام ب ٦ ح ١ .

المبادلة للولد ، بل إنما يرجع إليه بخصوص القيمة التي أخذها المالك من المشتري لا بقيمة أخرى زائدة عليها كما لا يخفى ، هذا .

فالمتحصل : أن الرواية حجة في خصوص موردها فقط لتمايمتها دلالة وسنداً .

ولا يصغى إلى احتمال كون بعض الرواة^(١) في سلسلة السند فطحياً ضعيفاً . نعم يمكن أن يقال : إنه كان فطحياً سابقاً ثم رجع إلى الحق ، فالرواية قوية السند بلا تأمل ، هذا كله في رواية جميل .

وأما رواية زرارة^(٢) فهي ساكتة عن رجوع المشتري على البائع وليست في مقام البيان من هذه الجهة وإنما دلت على أنه يقبض ولده ويدفع إليه الجارية ويعوضه عن قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها ، وعلى فرض إطلاقها من ناحية أخذ قيمة الولد فتقيدها بالرواية المتقدمة من هذه الجهة .

وأما رواية زريق^(٣) فهي أيضاً لا دلالة فيها على حكم رجوع المشتري إلى البائع وإنما دلت على حكم رجوع المالك إلى المشتري وحكم رجوع المشتري إلى المالك ، أما رجوع المالك إلى المشتري فهو بالنسبة إلى الأرض على ما كانت عليه من الغرس والزرع ونحوهما ، فإذا كانت فيها أشجار قد غرسها والمشتري قلعها فيجب عليه أن يرد الأرض مع تلك الأشجار أو الزرع أو البناء وهكذا ، أو يدفع إليه قيمة تلك الأشياء ، أما الزرع أو البناء اللذان أوجدهما المشتري في تلك الأرض فبالنسبة إلى الزرع يمكنه أن يصبر إلى أوان الحصاد ، ولا يجوز للمالك أن

(١) [وهو معاوية بن حكيم . راجع معجم رجال الحديث ١٩ - ٢٢٢ / ١٢٤٧١] .

(٢) الوسائل ٢١ : ٢٠٤ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب ٨٨ ح ٤ .

(٣) الوسائل ١٧ : ٣٤٠ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ٣ ح ١ .

يطالبه بتفريغ أرضه منه لأنه يوجب تلف الزرع لا محالة ، وأما البناء فللمشتري أن يهدمه ويأخذ أثاثه وأسبابه كما أنَّ للمالك أن يأخذه منه بقيمته وكذلك في الزرع وقد ذكر (عليه السلام) أنَّ كلَّ تصرّف صدر من المشتري لاصلاح الأرض أو دفع الثواب عنه كما إذا بنى فيها سدّاً لدفع السيل ونحوه يرجع بها إلى المالك ، ولم يتعرّض فيها لحكم الرجوع المشتري إلى البائع بوجه .

فالمتحصّل : أنَّ قاعدة الفرور لم يدلّ عليها دليل ولا أساس لها بوجه لما تقدّم وعرفت ، وأما الروايات الخاصّة فهي إمّا وردت في موارد خاصّة كضمان المزوّج للمهر فيما إذا زوّج أمة بعنوان أنّها حرّة ، وكضمان المزوّج أيضاً لقيمة الولد ، وأما في غيرهما فلم يثبت رجوع الفرور إلى الغار أبداً وإن كانت القاعدة مشهورة بينهم بل ادّعي الاجماع عليها كما نقله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وعليه فلا وجه لرجوع المشتري في المنافع غير المستوفاة على البائع بوجه ، وكذلك في المنافع المستوفاة بطريق أولى .

نعم يمكن أن يفصل في المقام بين المنافع التي يضمنها البائع وبين المنافع التي لا يضمنها البائع ، وذلك لأنّ المنافع على قسمين : فقسم منها ما يضمنه البائع لا محالة كحيثية الدار للمسكوتية فإنّ البائع بوضع يده على العين قد وضع يده على منافعها بالتبع وللمالك أن يرجع على البائع بالعين وبمنافعها لا محالة . وقسم منها ما لا يضمنه البائع بوجه ، وهذا كما إذا كان العين حيواناً فاستولد عند المشتري فولد شاة وهي منفعة يضمنها المشتري دون البائع لعدم تسلّطه عليها في زمان ، وكذا الخسارة التي يخسرها المشتري كضريبة الحكومة من الأرض فإنها ممّا لا يضمنه البائع لا محالة ففي القسم الأول إذا رجع المالك إلى المشتري فله أن يرجع إلى البائع بما اغترمه للمالك دون القسم الثاني ، وذلك لأنّ المالك كما سنبين في الأيادي المتعاقبة يمكنه الرجوع إلى كل واحد ممّن وقعت العين تحت يده ، وهو أيضاً يرجع إلى الثاني وهو

إلى الثالث إلى أن ينتهي إلى من تلفت عنده العين وهو لا يرجع إلى أحد ، وقد استشكل هناك بأنّ المال الواحد كيف يضمنه الأشخاص المتعدّون ، فإنّ الضمان بمعنى اشتغال الدّمة بالمال ، فمثل خمسة قرانات كيف يثبت في دّمة أشخاص متعدّدة لأنّ معناه أنّ دّمة هذا الشخص مشغولة بخمسة قرانات ودّمة الثاني أيضاً مشغولة بها مع أنّ المال ليس إلّا خمسة قرانات ، ولكن صحّحناه في محلّه على نحو الواجب الكفائي بناء على جريانه في الأحكام الوضعية أيضاً ، فدّمة أحدهم إذا فرغت تفرغ ذم الباقيين أيضاً .

إلّا أنّه يقع الإشكال بعد ذلك في أنّه لماذا يرجع من استفرغ دّمته بأدائه إلى الثاني والثاني إلى الثالث وهكذا ، وقد أجبنا عن ذلك أيضاً بأنّ المال بعد أداء قيمته أو مثله ينتقل إلى ملك ذلك المؤدّي للسيرة العقلانية المرتكزة عندهم ، فإنه إذا أتلّف فراش الغير تكون الأجزاء الصغار المتبقّية ملكاً للمتلف بعد أداء بدل الفراش ولأجله ذكرنا أنّ قاعدة الحيلولة ممّا لا أساس له ، بل المال ينتقل إلى الضامن بأداء قيمته ، وإن ذهب شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) إلى أنّ المالك له مطالبة المال أيضاً بعد أخذ قيمته ، وعلى ذلك فالضامن الأوّل الذي رجع إليه المالك إذا أدّى قيمته فينتقل إليه المال ويصير مالاً له لا محالة ، وبما أنّ الثاني أيضاً ضمن هذا المال ووضع يده عليه فللمالك الفعلي أعني الضامن الأوّل أن يرجع إليه بقيمته ، وإذا أدّى الثاني قيمته للأوّل قد دخل المال في ملكه وهو أيضاً يرجع إلى المتصرّف الثالث وهكذا إلى أن ينتهي الأمر إلى من تلفت عنده العين ، وبما أنّ العين غير موجودة تنتقل إلى ملك غيره بأخذ قيمتها فلا يمكنه الرجوع إلى الغير في ذلك ولعلّه ظاهر .

فإذا عرفت ذلك تعلم أنّ المالك إذا رجع على البائع بالعين ومنافعها فينتقل المال إلى البائع بأداء قيمته لا محالة ، وهل له أن يرجع على المشتري بعد ما دخل المال في ملكه كما في الأيادي المتعاقبة على ما عرفت أو لا ؟ الظاهر أنّه لا يرجع على

المشتري أبداً ، والسّر في ذلك أنّ من سلّط أحداً على مال كمن قدّم طعاماً للغير فأكله وتصرّف فيه ثم انكشف أنّ المال كان ملكه أي ملك هذا الذي سلّط الغير على المال ، فهل له أن يرجع إلى الآكل أو المتصرف فيه بالمال بدعوى أنّي زعمت أنه للغير فسلّطتك عليه ولم أكن أسلّطك عليه إن كنت علمت أنه لي ، فقد انكشف أنه كان ملكاً لنفسي فلا بدّ لك من أن تخرج عن عهدة ذلك المال ، الظاهر أنه غير ضامن للمال بلا نكير ، لأنه الذي سلّطه على ماله بعنوان أنه لي وقد ظهر أنه له أيضاً واقعاً فبأي وجه يمكنه المطالبة به ، وهذا مضافاً إلى أنه بما تسالم عليه الفقهاء أمر مرتكر في أذهان العقلاء من دون كلام ولا إشكال .

ولا يفرق في ذلك بين أن يكون المال للمسلّط من الابتداء وبين أن يكون ملكه بحسب البقاء كما إذا قدّم طعاماً للغير من ملك آخر ثم انتقل إليه بالارث أو الهبة أو البيع فادّعى أنه مالي وأنت ضامن له ، وفي كلا الحالين لا يمكنه الرجوع إلى من سلّطه عليه بنفسه .

وفي المقام قد سلّط البائع المشتري على المال ثم ملكه بأداء قيمته فكيف يمكنه الرجوع على المشتري بقيمته مع أنه هو الذي سلّطه عليه بعنوان أنه لي ، فلا يصحّ له أن يرجع إلى المشتري أبداً ، وأمّا إذا رجع المالك إلى المشتري بالعين ومنافعها فله أن يرجع على البائع بهما فيما إذا كانت المنفعة بما قد ضمنها البائع كما مرّ دون المنافع التي لم يضمنها ولعلّه ظاهر .

فالمتحصّل : أنّ الصحيح في المقام أن يفصل بين المنافع التي يضمنها البائع وبين ما لا يضمنها .

ثم إنّه ظهر من ذلك أنه لا فرق فيما ذكرناه بين المنافع المستوفاة للمشتري وما لم يستوفها ، فإنه إذا حكمنا بعدم رجوعه على البائع في المنافع غير المستوفاة فلا يمكنه الرجوع في المستوفاة بطريق أولى ، لأنه قد حصل في مقابلها شيئاً لا محالة

وليست كالمنافع التي لم يستوفها .

وبالجملة : أن الاستيفاء للمنافع ليس من أحد المضمّنات للبائع فلا تغفل ، بل ولا يجرى في تغريم المشتري بازاء ما استوفاه من المنافع قاعدة لا ضرر بوجه ، إذ لا ضرر عليه حينئذ حيث إنه استفاد ما يسوى بخمسة قرانات واغترم خمسة قرانات فلا ضرر على المشتري ، ومن أجل ذلك استشكل في الرياض^(١) في جريان القاعدة في المقام ، وهو كما أفاده في بعض الموارد لا مطلقاً كما لا يخفى .

فالمتحصّل : أن قاعدة الغرور ممّا لا أساس له ، وأن المشتري لا يرجع على البائع في شيء من الضرامات التي اغترمها للمالك في المنافع المستوفاة وغير المستوفاة ، نعم لا بأس بالتفصيل المتقدّم وأن المشتري يرجع على البائع فيما يضمنه البائع من العين والمنافع دون ما لا يضمنه ، وأن البائع لا حقّ له أن يرجع على المشتري فيما يضمنه ، لأنه قد سلّط المشتري على المال والمنافع ومعه لا يكون المشتري ضامناً لما أتلفه بتسليط البائع إيّاه عليه وإن صار البائع مالكاً للتالف بدفع ما في ذمّته من الضمان .

بل الحال كذلك فيما إذا كان المتلف مالكاً للمال واقعاً ، وهذا كما إذا سرق المعطي شيئاً من أموال أحد ثمّ قدّمه له ليأكله فأكله المسلّط عليه جاهلاً بالحال ثمّ انكشف أنه أكل مال نفسه ، فإنّ المعطي ضامن له ، والمتلف المغرور وإن كان مالكاً للمال إلا أنه لما كان جاهلاً بالحال حدوثاً أو بقاءً كما فيما نحن فيه فإنّ البائع الفضولي قدّم مال الغير للمشتري الجاهل فتلفت منافع تحت يده وغرم قيمتها للمالك فتكون المنافع ملكاً للمشتري بقاءً وبما أن البائع هو الذي سلّطه على ماله يكون ضامناً لقيمتها كما لو كانت المنافع ملكاً للمشتري من أول الأمر .

وهل يُفَرَّق في ذلك بين علم المسلَّط وجهله ؟ الظاهر هو التفصيل بين التسليط الجبائي فيكون المسلَّط ضامناً في صورتي العلم والجهل وبين البيع ونحوه فلا يكون ضامناً إلا إذا سلَّطه عليه عالماً بالحال مع كون المشتري جاهلاً ، وهذا ثابت بحسب السيرة العقلانية فإذا قدَّم طعاماً للغير ليأكله ثم تبين أنَّ الطعام للأكل يكون المقدَّم ضامناً ولو كان جاهلاً لاستناد الاتلاف إليه عرفاً ، وأما إذا باع مال الغير وتلف المبيع أو بعض منافعه ، فإن كان البائع عالماً بالحال وقد غرَّ المشتري يكون التلف مستنداً إليه عرفاً فيكون ضامناً ، وأما إن كان البائع جاهلاً كالمشتري فلا وجه لرجوع المشتري عليه بحسب الارتكاز العقلائي . هذا كلُّه في المنافع المستوفاة وغير المستوفاة .

وأما ما يغرمه المشتري للمالك من قيمة العين التالفة عنده زائداً على الثمن المسمّى ، فحكمه حكم المنافع ويأتي فيه ما ذكرناه في المنافع .

وأما الأجزاء التالفة من المبيع فيظهر حكمها مما ذكرناه فإنَّ المالك يسترجع ما بقي من عين ماله ، وأما الأجزاء التالفة فإن رجع بقيمتها على المشتري رجع المشتري على البائع في الزائد على ما يقابلها من الثمن المسمّى فيما إذا كان البائع غاراً للمشتري .

وأما الأوصاف التالفة فقد فصلَّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(١) بين وصف الصّحة فالحقّه بالأجزاء وبين غيره من الأوصاف فالحقّها بالمنافع وحكم برجوع المشتري على البائع في كل ما يغرّمه للمالك في مقابلها ، لأنَّ ما عدا وصف الصّحة من الأوصاف لا يقابله شيء من الثمن المسمّى .

وقد أورد عليه شيخنا الأستاذ (قدّس سرّه) ^(١)، بايراد ظاهر وهو أنّ الثمن كما لا يتقسّط على سائر الأوصاف كذلك لا يتقسّط على وصف الصحة، وإنّما يقع الثمن بإزاء نفس المال والأوصاف توجب زيادة قيمة العين، ومن أجل ذلك إذا كانت العين معيبة ولم يعلم بها المشتري إلى آخر الأبد لا يجب على البائع دفع قيمة العيب والأرض وإنّما يجب عند المطالبة، والأرض إنّما يثبت بدليل آخر عند المطالبة كما عرفت، فالحق أنّ الأوصاف كلّها لا يمكن إلحاقها بالأجزاء كما لا يخفى.

ثمّ لا يخفى أنّ ما ذكرناه سابقاً من أنّ المشتري يرجع على البائع في موارد الفرور بخلاف البائع فإنه لا يرجع على المشتري لأنّه قد غرّه وأتلف المال عليه، إنّما هو فيما إذا كانت الغرامة المتوجّهة إلى المشتري مستندة إلى إغراء البائع إيّاه وكذبه في دعوى المالكية، وأمّا إذا كانت مستندة إلى أمر آخر وراء كذب البائع في دعواه بحيث لو كان البائع صادقاً في دعواه أيضاً كانت الغرامة متوجّهة إلى المشتري كما إذا كانت المعاملة فاسدة من أجل أنّها ربوية أو لأمر آخر، فلا يضمنه البائع في الغرامة بوجه، لعدم استنادها إلى كذبه وتغريه بل إلى فساد المعاملة من ناحية أخرى، فلا يمكن للمشتري أن يرجع إلى البائع في الغرامة الزائدة عن الثمن بدعوى أنّك غررتني وكذبت في مقالتيك، فإنّ للبائع أن يقول: هب إنّي قد صدقت في مقالتي أفلست أنت ضامناً للغرامة لقاعدة على اليد الخ من أجل فساد المعاملة، غاية الأمر أنّي لو كنت صادقاً في دعوى الملكية لكنت ضامناً بالنسبة إليّ وفعلت ضامن للمالك لكذبي في دعواي المالكية، وهذا ظاهر.

هذا أحد الأمرين اللذين ذكرهما شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(٢) في المقام.

(١) منية الطالب ٢: ١٧٧ - ١٧٨.

(٢) المكاسب ٣: ٥٠٤.

الأمر الثاني : أنَّ المالك إذا رجع إلى المشتري المغرور فيرجع المشتري إلى البائع الغارّ لأنّه غرّه وأتلف عليه المال ، وأمّا إذا رجع إلى البائع فهو لا يرجع إلى المشتري ، لوضوح أنّه أتلف المال فلماذا يرجع إلى المشتري المغرور ، هذا كلّه في موارد الغرور .

وأما في غير موارد الغرور كما إذا كان البائع جاهلاً بالحال فللمالك أن يرجع على كل واحد ممّن وضع يده على ماله ، فإذا رجع إلى الضامن الأول فهو أيضاً يرجع إلى الثاني إلى أن ينتهي إلى من تلف المال عنده فإنّه لا يرجع إلى الغير ، كما أنَّ المالك إذا رجع إليه من ابتداء لم يكن له الرجوع إلى السابقين بوجه .

وقد استشكل في المقام بأنّ الموجب للضمان هو اليد أو الاتلاف ، والأول مشترك فيه بين السابق واللاحق ، والثاني لم يتحقّق من أحد منها حسب الفرض وإلّا لحكمتنا بضمانه لا محالة ، وعليه فلماذا نحكم بضمان اللاحق من دون أن يرجع إلى أحد ، والمفروض أنّ تلف المال بنفسه أو بآفة سبّابة لا يوجب الضمان بأن يكون دركه عليه ، فما الوجه في رجوع كل من السابق إلى لاحقه وعدم رجوع اللاحق الذي تلف المال عنده إلى الغير .

وقد تصدّى شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) للجواب عن هذا الإشكال وتعرّض قبل ذلك إلى بيان كيفية اشتغال ذمّة كل واحد من السابق واللاحق ببذل المال المضمون عليها ، وأنّ المال الواحد كيف يصير في عهدة كل واحد من الضمّناء بأن يطلب المالك بدله من كل واحد منهم مع أنّه ليس إلّا مالاً واحداً ، فوجّه تقريب ذلك وتصويره على نحو الواجب الكفائي في الأحكام التكليفية ، وأنّ ذمّة كل واحد ممّن وضع يده على المال مشغولة بالبدل إلّا أنّه يسقط بأداء واحد منهم ، لأنّه إذا تداركه ببذله فلا يصدق على الثاني عنوان البدل لا محالة ، وإن لم يؤدّوه أصلاً فللمالك أن يطالب كل واحد منهم على نحو البدليّة يوم القيامة ، وبالجملّة أنّ للمال

ضامنين أو أكثر وله مطالبة أي منها شاء .

وقد نظر (قدّس سرّه) ذلك بباب الضمان على مسلك الجمهور حيث إنّ الضمان عند الشيعة عبارة عن انتقال ما في ذمّة أحد إلى ذمّة الغير كما إذا ضمن أحد دين شخص آخر فإنّ معناه أنّ ما في ذمّته قد انتقل في ذمّة الضامن واشتغلت ذمّة الضامن بالدين فهو مأخوذ من ضمن . وأمّا على مسلك الجمهور ^(١) فهو قد أخذ من الضمّ وفسّروا الضمان بضمّ ذمّة إلى ذمّة أخرى ، فقبل الضمانة كانت الذمّة المشتغلة بالدين واحدة وهي ذمّة المديون وبعد الضمان صارت الذمّة اثنتين إحداها ذمّة المديون وثانيها ذمّة الضامن ، فللمالك أن يطالب ماله من كل واحد منهما إذا شاء وهذا بخلاف مسلك الشيعة لأنّ الضامن حينئذ هو الذي قد اشتغلت ذمّته بمال المالك دون المديون ، ومسلك الجمهور وإن كان مردوداً عندنا في مقام الانبئات إلّا أنه بحسب مقام الثبوت ممّا لا محذور فيه ولا مانع عقلي من تعدّد الضامن بوجه والمقام نظير ذلك كما عرفت .

ومن هنا ربما يقال في مقام التشنيع على هذا التوجيه بما ذكرناه في مقام التشنيع على المسلك المتداول عند الجمهور ، هذا إلّا أنّك عرفت أنه لا محذور في الالتزام بذلك في المقام وإن لم يساعده دليل في باب الضمان ، بل قد التزم بذلك بعض فقهاءنا في موارد ضمان الأعيان دون ما في الذمم ، ولذلك موارد :

منها : الضمانة على المبيع أو الثمن فيما إذا لم يطمئن البائع بالمشتري واحتمل أن يكون ثمنه سرقة فأخذ منه ضامناً على الثمن حتّى يتعهّد دركه فيما إذا ظهر أنه سرقة أو المشتري لم يطمئن بالبائع واحتمل السرقة في المبيع وأخذ منه الضامن على دركه فيما إذا كان سرقة في نفس الأمر والواقع ، فإذا ظهر أنّ المبيع أو الثمن سرقة

(١) المغني لابن قدامة ٥ : ٧٠ ، ٨٣ ، المجموع ١٤ : ٢٤ ، المهذب ٢ : ٣٠٧ .

فللمشتري أن يرجع إلى كل واحد من البائع والضامن بشئيه ، أما على البائع فلائيه باختياره أخذه فهو له ضامن ، وأما الضامن فلاجل الضمان والتعهد الذي التزم به كما أن البائع يرجع إلى المشتري أو ضامنه بالمبيع فيما إذا ظهر أن الثمن مسروق .

ومنها : العارية المضمونة فإنه إذا اشترط المير الضمان في العين العارية على تقدير تلفها تم أخذ منه ضامناً على المال ، فإنه إذا تلف فله أن يرجع إلى كل واحد من المستعير والضامن ، أما المستعير فلاجل الاشتراط ، وأما الضامن فلاجل الضمانة هذا ، بل حكي عن ابن حمزة^(١) أنه التزم بتعدد الضمان في الذمم أيضاً .

فالمتحصل : أنه لا مانع من رجوع المالك إلى كل واحد من الضامنين على نحو الواجب الكفائي ، هذا .

وقد استشكل في ذلك شيخنا الأستاذ (قدس سره)^(٢) وذهب إلى أن تصوير الوجوب الكفائي إنما يختص بالأحكام التكليفية ، إذ للشارع أن يجعل الحكم على كل واحد من المكلفين لا على نحو الاطلاق بل على نحو التقييد بأن يقول يجب عليكم الجلوس في الموضع المعين سيما إذا كان الموضع غير قابل لجلوس أشخاص متعددين مقتداً بعدم جلوس الآخر فيه ، فيجب عليك إن لم يجلس فيه زيد ويجب على زيد إن لم يجلس فيه عمرو ، كما التزم بذلك في باب الترتب وأنه لا مانع من أن يجعل الشارع حكماً واحداً على شيئين متضادين بأن يكون أحدهما مطلقاً والآخر مقتداً أو يكون كلاهما مقتدين .

وأما في الأحكام الوضعية فلا يتصور ذلك بوجه ، فإنهم إن أرادوا في تصوير ذلك على نحو الوجوب الكفائي أن كل واحد واحد من الأشخاص ضامن للمال

(١) الوسيلة : ٢٨١ .

(٢) منية الطالب ٢ : ١٨١ .

مطلقاً ، فلازمه أن يكون المال الواحد مضموناً بضمانات متعددة وأن يكون في ذمة أشخاص متعددين . وإن أرادوا أن هذا الشخص ضامن له إن لم يضمنه الشخص الثاني ، والثاني أيضاً ضامن إن لم يضمنه الشخص الأول ، فرجعه إلى أنها فعلاً ليسا بضامين للمال . نعم لا مانع من تعدد الضامن على نحو الترتب بأن يكون الضامن الثاني ضامناً للضامن الأول والثالث للثاني والرابع للثالث وهكذا ، ونظير ذلك ما إذا ضمن أحد دين شخص آخر فالضامن قد ضمن للمالك في الدين ، والمديون ضمن ما يؤديه الضامن للمالك ، إذ بعد ما ضمنه الضامن لا يسقط ضمان المال عن المديون ، بل الضامن يضمن للمالك والمديون يضمن للضامن على تقدير أدائه للدين ، وهذا الضمان الطولي لا مانع من أن نلتزم به في المقام بأن يكون الأول ضامناً للمال والثاني ضامناً للضامن الأول والثالث للثاني وهكذا ، هذا ما أفاده (قدس سره) في المقام .

ولكنه مما لا يمكن المساعدة عليه لا بحسب المبنى ولا بحسب البناء .
 أما فساد ما أفاده بحسب المبنى : فهو من أجل أن الوجوب الكفائي عنده (قدس سره) ليس عبارة عن الوجوب المشروط بعدم امتثال الآخر ، بل هو سنخ من الوجوب يغاير الوجوب المشروط وتوضيح ذلك الاجمال : أن المولى تارة يرى المصلحة في خصوص فعل معين ويقوم غرضه به على نحو التعيين ، فيتعلق شوقه به تعييناً لأنه مقتضى كون الفعل ممّا يقوم به غرضه سبباً على المسلك المشهور من تبعية الأحكام للمصالح أو المفاسد في متعلقاتها ، وهذا يعبر عنه بالوجوب العيني وهو واضح . وأخرى يرى المولى المصلحة في كل واحد من الفعلين على نحو يتساويان في إفادة الغرض ، وكل واحد من الفعلين يقوم بغرضه وبقي به ، وفي مثل ذلك لا وجه لتعلق شوقه بأحد الفعلين على التعيين ، لأنه ترجح بلا مرجح وهو مستحيل ، فلا بد من أن يتعلق شوقه بأحدهما على نحو التخيير كما في مثل الكفارات الثلاث ويعبر

عنه بالوجوب التخييري .

ومنه يظهر الحال في تصوير الوجوب الكفائي وأنه إذ رأى المصلحة في فعل معين من غير خصوصية للفاعلين في تحصيل غرضه كما إذا كان المولى عطشاناً فأمر أحد غلمانة العشرة بسقيه ومجئته بالماء بأن يقول فليجئ أحدكم بالماء ، فلا يمكن أن يتعلّق شوقه باتيان أحدهم على نحو التعيين ، إذ لا وجه للترجّح من غير مرجّح ، بل يتعلّق شوقه باتيان أحدهم على نحو التخيير ، فالفرق بين الكفائي والتخييري أنّ في الكفائي تلغى خصوصيات الفاعلين وفي التخييري تلغى خصوصيات الأفعال .

وكيف كان ، فليس الوجوب الكفائي عنده عبارة عن الوجوب المشروط بعدم امتثال الآخر حتّى يستشكل بذلك في تصويره في الضمان . وبناء على ما ذكرناه لا مانع من تصويره في المقام ، كما يمكن تصوير الوجوب التخييري فيه ، فإنه كما لا مانع من أن تتحقّق المصلحة في ضمان الشخص لأحد العيين كذلك لا مانع من أن تتحقّق في ضمان أحد الأشخاص لمال معين ، هذا كلّه بحسب المبنى .

وأما فسادُه بحسب البناء : فلأنّ لو أغمضنا عمّا أشرنا إليه آنفاً وبنينا على أنّ الوجوب الكفائي عبارة عن الوجوب المشروط بعدم إتيان الآخرين ، فلا مانع من تصوير مثله في الضمان في الأيادي المتعاقبة ، وذلك لأنّ الشرط حينئذ ليس عبارة عن عدم ضمان الآخرين حتّى يقال إنّ مرجع ذلك إلى أنه لا ضمان في شخص منها فعلاً ، لأنّنا إذا قلنا بضمان هذا الشخص فذاك غير ضامن كما أنه إذا قلنا بضمان الثاني فالأول ليس بضامن ، بل الشرط إنّما هو عدم امتثال الآخر في التكليف وعدم أداء الآخر ما في ذمّته في الضمان ، إذ لو علّقنا الوجوب في حقّ أحدهما على عدم الوجوب للآخر منها ، فكما لا يعقل ذلك في الضمان لرجوعه إلى عدم ضمان شخص منها فعلاً ، كذلك لا يعقل ذلك في الواجبات والأحكام التكليفية لأنّ مرجعه إلى عدم الوجوب بشيء منها فعلاً ، لأنّنا إذا حكّمنا بوجوبه على هذا الشخص فالآخر

غير واجب عليه كما إذا حكمنا بوجوبه على ذاك الشخص فعلى الأول غير واجب ولا يمكن أن يكون الفعل واجباً عليها معاً .

وكيف كان ، فالشرط إنما هو عدم امتثال الآخر للأمر في الوجوب الكفائي وفي الضمان الكفائي عبارة عن عدم أداء الآخر للبدل ، وعليه فكما يعقل تصوير الكفائي في الأحكام التكليفية كذلك يعقل تصويره في الضمان ، إذ لا مانع من أن يحكم بضمان هذا الشخص لو لم يؤدّ الثاني البدل ، ويحكم بضمان ذاك إن لم يؤدّ الأول منها ، فيكون ضماناً مشروطاً بعدم أداء الآخر ، وهو مما لا محذور فيه .

بل لو فرضنا أن شخصين تصرفا في مال الغير في زمان واحد من دون أن يسبق أحدهما الآخر في وضع يده عليه ، لا يمكن فيه الالتزام إلا بضمان أحدهما على نحو التخيير والوجوب الكفائي ، إذ الحكم بضمانهما معاً غير صحيح ، لأنّ المال الواحد لا معنى أن يكون له بدلان ، والحكم بعدم ضمانهما بوجه مما لا يمكن التفوّه به فيتعيّن أن نحكم بضمان أحدهما لا على نحو التعيين ، فهذا الشخص محكوم بالضمان مشروطاً بعدم أداء الثاني البدل كما أنه محكوم به إن لم يؤدّ بدله الضامن الأول .

فالمحصّل من جميع ذلك : أنّ ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من تصوير الضمان الكفائي في الأيادي المتعاقبة هو الصحيح ، وأنّ مسلك العامة في باب الضمان أمر ممكن وغاية ما هناك أنه لم يقم عليه دليل في باب الضمان ، بخلاف المقام فالالتزام به في المقام ممّا لا مانع منه ، وهذا بخلاف الالتزام به في باب الضمان لعدم الدليل عليه هناك ، بل الدليل قائم على عدمه في ذلك الباب .

نعم يظهر من بعض كتب العلامة (قدّس سرّه) ^(١) أنّ مسلك الجماعة أمر غير معقول ، إلّا أنّك عرفت أنه أمر ممكن غاية الأمر أنّ الدليل لم يساعده في باب

الضمان . ويؤيده ما ذكره العلامة^(١) في بعض كتبه الآخر من أنه مما لم يقيم عليه دليل ، ومسلكهم إنما لا يعقل فيما لو أرادوا منه الحكم بضمانها للسال على نحو الاستقلال بأن يكون كل واحد منها ضامناً للمال في عرض ضمان الآخر له ، وذلك لأن المال الواحد لا معنى لأن يكون له بدلان ، وهذا بخلاف ما هو ظاهر كلامهم من أن أحدهما محكوم بالضمان لا على نحو التعيين وأن المالك له أن يرجع إلى أيهما شاء هذا .

ثم إنه بعد ذلك يقع الكلام في وجه امتياز ذلك الكفائي في المقام عن بقية الأحكام الكفائية في سائر المقامات ، وأنكم لماذا تلتزمون برجوع السابق إلى اللاحق فيما إذا رجع المالك إلى السابق ، وبعدم رجوع اللاحق إلى السابق فيما إذا رجع المالك إلى اللاحق وتلف المال عنده إلا فيما إذا غره السابق كما مر ، مع أن تلف المال بأفة سماوية لا وجه لكونه موجباً لضمان اللاحق دون السابق ، لأن الموجب للضمان إنما هو الاتلاف لا التلف وأما اليد فهي مشتركة بينهما .

وقد أجيب عن ذلك بوجوه : منها ما أفاده السيد في حاشيته^(٢) من أن التلف والاتلاف في حكم واحد فإذا سلمنا الحكم بالضمان في صورة الاتلاف من جهة أن اللاحق كان متمكناً من رد المال إلى المالك قبل إتلافه فهو بعدم رده إليه قد سبب ثبوت الضمان على السابق ، فلا بد من أن نحكم بالضمان في صورة التلف أيضاً لجريان ما ذكرناه فيها أيضاً حرفاً بحرف حيث إنه كان متمكناً من رد المال إلى ماله قبل تلفه وبما أنه لم يرده إليه فقد صار بذلك سبباً لثبوت الضمان على السابق بعدم رده إلى ماله سابقاً قبل تلفه بأفة سماوية ، هذا .

(١) [لم نثر عليه في مظانه] .

(٢) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٨٣ .

ولا يخفى أنَّ ما أفاده في الاتلاف غير ثابت فضلاً عن صورة التلف ، وذلك من جهة أنَّ الاتلاف يوجب عدم بقاء الموضوع لردِّ العين للمالك ، وأمَّا الضمان فهو إنما ثبت بقاعدة اليد دون الاتلاف بمعنى أنَّ إتلافه وعدم دفعه المال إلى المالك إنما أوجب عدم سقوط الضمان عن السابق ، لا أنه بذلك أوجب الضمان عليه لأنه إنما ثبت بقاعدة اليد ، ولو سلمنا ما أفاده في صورة الاتلاف فلا وجه له في صورة التلف أبداً ، لأنَّ السابق واللاحق مشتركان في اليد وأنَّ كل واحد منهما ضامن له بتلك القاعدة ، ولا مزية لللاحق على السابق حتى يقال إنه بتلك المزية محكوم بالضمان ولا يرجع إلى السابق . أمَّا تمكُّنه من ردِّ المال إلى ماله قبل تلفه فهو أيضاً غير مختص باللاحق ، لأنَّ السابق أيضاً كان متمكِّناً من ردِّه إلى ماله قبل تلفه والمفروض أنَّ المال لم يتلف بفعل اللاحق وإنما تلف بآفة سببها فلاذا يحكم بضمانه وعدم رجوعه إلى السابق ورجوع السابق إليه ، فهذا الوجه لا يمكن المساعدة عليه ، هذا .

وقد يظهر من كلمات شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) ^(١) في مقام الجواب أنَّ الوجه في رجوع السابق إلى اللاحق دون العكس هو أنَّ السابق إنما ضمن العين بوضع يده عليها ، وأمَّا الضامن اللاحق فهو إنما يضمن العين التي ثبت لها البدل في ذمَّة السابق فكأنَّه ضامن لواحد من العين والبدل على سبيل البدلية ، فإذا رجع المالك إلى السابق فهو يرجع إلى اللاحق بأحد الأمرين ، لما عرفت من أنَّ ذمَّته مشتتة بأحد الأمرين على سبيل البدلية ، وأمَّا إذا رجع إلى اللاحق فهو لا يرجع إلى السابق ، لأنَّ ذمَّته إنما اشتغلت بالبدل ما دام لم يؤدِّ الثاني بدلها للمالك ، هذا . ويرد على ذلك : أنَّ الضامن إنما يضمن بدل العين بعد تلفها ، والمفروض أنَّ العين لم تتلف في يد الأول ولا في يد الثاني بعد فكيف يمكن أن يقال إنَّ الأول ضمن

العين والثاني ضمن العين التي ثبت لها البدل مع أنّها موجودة بنفسها ولم تتلف بعد فالضامن الثاني كالأول إنّما وضع يده على المال فكلأها على حدّ سواء ، فما معنى أنّ الثاني بمجرد وضع يده يضمن العين وبدلها على سبيل البدلية ، هذا .

وقد أورد عليه السيد (قدّس سرّه) في حاشيته بايرادات سبعة ، وبعض تلك الاعتراضات وإن كان قابلاً للجواب إلّا أنّ ثلاثة منها غير قابلة للذّب :

الأول من هذه الاعتراضات : أنّ الضامن الثاني على تقدير تسليم أنه ضامن لأحد الأمرين على سبيل البدلية فهو إنّما يضمنه للمالك لا للغير ، لأنّ البدل في ذمّة الضامن الأول ملك للمالك فبدله الثابت في ذمّة الثاني أيضاً يكون للمالك ، فلماذا يحكم بضمانه للضامن الأول بالبدل .

الثاني : أنّ الموجب للضمان ليس إلّا قاعدة اليد أو الاتلاف ، والضامن الثاني إنّما وضع يده على المال لا على ما في ذمّة الضامن الأول ، لأنه غير قابل للاستيلاء المعبر عنه باليد فلماذا يحكم بضمانه للعين وبدلها الثابت في ذمّة الضامن الأول .

الثالث : أنّا إذا فرضنا أنّ الضامن الثاني قد سلّم العين التي أخذها من الأول إلى ذلك الأول لاعتقاد أنه مالك للمال أو لغيره من الدواعي فتلقت العين في يد الضامن السابق فلا ينبغي الإشكال في أنّ المالك له أن يرجع إلى أيّهما شاء ، فإذا رجع إلى السابق فقتضى ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) أنه يرجع إلى اللاحق في هذه الصورة أيضاً ، لأنه ضمن العين وبدلها على سبيل البدلية ، وهذا ينافي ما سلكه هو وغيره في المقام من أنّ السابق لا يرجع إلى اللاحق .

فإن قلت : إنّ السابق قد انقلب إلى اللاحق في المثال واللاحق صار سابقاً عليه .

قلت : لا معنى لضمان السابق الذي صار لاحقاً بعد الحكم بضمانه قبل ذلك بوضع يده على المال ، لأنّ الضامن لا يضمن ثانياً بوضع يده عليه ثانياً ، وهذه

الاشكالات الثلاثة الظاهر أنها مما لا مدفع له .

وقد أورد شيخنا الأستاذ (قدّس سرّه) ^(١) على السيد : بأنّ هذه الاعتراضات السبعة مبتنية على ما فهمه من ظاهر كلام الشيخ (قدّس سرّه) من أنّ المراد بالبدل هو بدل العين الثابت في ذمّة الضامن ، إلّا أنّ الأمر ليس كذلك ، بل المراد من البدل في كلماته (قدّس سرّه) إنّما هو بدل ما يضمنه الضامن الأول ، وتوضيحه : أنه (قدّس سرّه) لما رأى أنّ المال لا يضمن بضامين عرضيين فلا يمكن أن يقال إنّ السابق واللاحق كلاهما ضامنان للمال في عرض واحد ، فجعل الضمان طويلاً في المقام بأن يكون السابق ضامناً للمالك واللاحق ضامناً للضامن السابق نظير الضمانات الاختيارية كما إذا أمر مديون أحداً بالضمان ليضمن له عند الدائن فضمنه ذلك الشخص فقد سقط الضمان عن المديون وانتقل إلى الضامن ، إلّا أنّ المديون يضمن للضامن ما دفعه إلى الدائن ، فإن دفعه إليه فيضمنه بمقداره وإلا فإن لم يدفع إليه شيئاً فلا وجه لضمان المديون له بشيء ، وفي المقام أيضاً إن دفع السابق ما ضمنه للمالك فيضمن اللاحق له ما دفعه إلى المالك ، وإن لم يؤدّ إليه شيئاً فلا وجه لضمانه كما هو واضح فالمراد بالبدل في كلامه (قدّس سرّه) بدل ما يضمنه السابق للمالك ولعلّه ظاهر ، هذا . ولا يخفى عليك أنّ المقام لا يقاس بالضمان الاختياري كما في مسألة أمر المديون أحداً بالضمان ، فإنّ في مثلها لا مانع من الحكم بضمان المديون للضامن لأجل أمره إتياء بالضمان ، وأمّا في المقام فلماذا نحكم بضمان اللاحق للسابق فهل أمره اللاحق بذلك أو أنّ هناك دليلاً آخر حتّى نحكم بضمانه للأول ، نعم هو كالسابق ضامنان للمالك لأجل استيلانهما على مال الغير فأبى فرق بينهما في رجوع أحدهما إلى الآخر دون العكس ، فإفاده من الضمان الطولي وإن كان أمراً معقولاً في حدّ

نفسه إلا أنه مما لم يقم عليه دليل في المقام ، هذا .

مضافاً إلى أن الضمان في المقام عرضي لما عرفت من أن المالك له أن يرجع إلى أيهما شاء ، وهذا لا يمكن في الضمانين الطويلين كما لا يخفى ، لأن لازم ذلك أن المالك لا يحق له الرجوع على اللاحق ابتداءً ، فالظاهر أن ما فهمه السيد (قدس سره) من ظاهر عبارة الشيخ (قدس سره) هو الصحيح ، وعليه فيتوجه عليه الاعتراضات الثلاثة مع ما أوردناه عليه أولاً ، هذا .

وقد ذكر صاحب الجواهر (قدس سره) ^(١) وجهاً آخر في المقام : وهو أن الخطابات المتوجهة إلى الغاصب الأول والثاني أعني من تلف عنده المال ليست من سنخ واحد بل سنخان ، فالخطاب المتوجه إلى الأول إنما هو مجرد خطاب تكليفي بأداء بدل المال من دون أن تكون ذمته مشغولة به أبداً ، وأما الخطاب المتوجه إلى من تلف عنده المال وهو الغاصب الثاني مثلاً فهو خطاب وضعي وذمته مشغولة بالعوض ، فإذا رجع المالك إلى الأول فهو يرجع إلى اللاحق لأنه بأداء البدل يكون مالكاً للتالف ، ولا مانع من فرض الملكية في التالف والمعدوم كما في الخيار فله أن يرجع إلى قيمته أو بغيرها من لوازم الملكية ، وأما إذا رجع المالك إلى اللاحق فهو لا يرجع إلى السابق إذ لا اشتغال في حقه بشيء وإنما كان الخطاب تكليفاً في حقه وقد سقط بوصول المالك إلى حقه ، هذا .

وقد أورد عليه شيخنا الأنصاري (قدس سره) بايرادات يتوجه بعضها إلى الجملة الأولى من كلام صاحب الجواهر وهي دعوى أن الحكم يختلف بالاضافة إلى السابق واللاحق وأنه في الأول تكليفي وفي اللاحق وضعي ، وبعضها الآخر يتوجه إلى الجملة الثانية من كلامه وهي أن السابق يملك التالف بأداء بدله .

أما الإيرادات المتوجهة إلى الجملة الأولى فهي ثلاثة : اثنان منها يرجع إلى مقام الاثبات وواحد منها يرجع إلى مقام الثبوت .

أما ما يرجع إلى مقام الثبوت فهو مبني على ما أفاده في الاستصحاب من أن الأحكام الوضعية منتزعة من الأحكام التكليفية ، فالضمان حكم وضعي ينتزع عن إيجاب أداء البذل ، فاما معنى أن الحكم في السابق تكليفي وفي اللاحق وضعي مع أنها متلازمان .

والجواب عن ذلك : ما ذكرناه في محله من أن التكليفي والوضعي سنخان من الحكم وأحدهما غير منتزع عن الآخر ، ويشهد لذلك أنه لا خلاف ظاهراً في أن وجوب نفقة الوالدين الفقيرين على الولد إذا كان غنياً إنما هو مجرد حكم تكليفي ولا يضمنها لو نسيها أو عصى ولم يؤد نفقتها ، وهذا بخلاف وجوب نفقة الزوجة فإنه حكم تكليفي . مضافاً إلى أنه يضمنها فيما لو نسي أو عصى ولم يؤدها إليها ، فيضمن لها نفقة الاسبوع أو الشهر أو السنة ، وكيف كان فهما سنخان متغايران .

وأما ما يرجع منها إلى مقام الاثبات ، فأحدهما : أن مدرك الضمان ليس إلا قاعدة اليد في المقام ، كما أن الخطاب المتوجه للسابق واللاحق منحصر بها ، وعليه فكيف يكون الخطاب الواحد وهو قاعدة اليد يعني على اليد ما أخذت تكليفاً بالاضافة إلى السابق ووضعيّاً بالاضافة إلى اللاحق ، بعد الاغماض والبناء على أنها سنخان متغايران . وثانيها : أن الضامن السابق لو كان خطابه مجرد حكم تكليفي لما أمكن إخراج دينه من تركته على تقدير موته ، ولما صح أن يصلحه المالك على ما في ذمته مع أنها صحيحان ثابتان ، لجواز المصالحة على ما في ذمته وإخراجه عن تركته على تقدير موته ، فلنا دليل على عدم كون الخطاب تكليفاً في حقه ، لا أنه مجرد عدم الدليل ، هذا .

ثم إنه أورد على الجملة الأولى أيضاً في آخر عبارته إيراداً رابعاً : وهو أن

لازم ما ذكره صاحب الجواهر (قدّس سرّه) عدم جواز رجوع السابق إلى الثاني فيما إذا كان المال تالفاً عند الثالث أو الرابع لأنّه أيضاً مثله في عدم اشتغال ذمّته بشيء وخطابه تكليفي حسب الفرض ، بل لا بدّ من أن يرجع إلى الضامن الأخير الذي تلف عنده المال ابتداء مع أنّهم جوّزوا رجوعه إلى الثاني والثاني إلى الثالث وهكذا.

وأما ما يرجع إلى الجملة الثانية : فهو أنّ للملكية أسباباً ولا تحصل بدونها أبداً ، فإذا فرضنا العين تلفت وأدّى الضامن الأوّل بدلها فبأي سبب ملك العين التالفة حينئذ ، أفبالبيع أو الهبة أو بشيء آخر ، والمفروض انتفاؤها بأجمعها ، فلا وجه لانتقال المال إلى ملك من أدّى عوضه كما لا يخفى ، هذا .

ولا يخفى أنّ ما أورده على مقالة صاحب الجواهر متين ، إذ الخطاب في كل واحد من الضامن الأوّل واللاحق خطاب وضعي لوحدته كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) إلّا أنّه يمكن أن يقال إنّ المقدّمة الثانية ممّا أفاده صاحب الجواهر كافية في إثبات المرام من دون حاجة إلى المقدّمة الأولى من كلامه ، وهذه المقدّمة هي ما ذكره أخيراً من أنّ اللاحق يملك العين التالفة بأداء عوضها وذلك بعد ما عرفت من أنّ تصوير الضمان على سبيل البدلية والوجوب الكفائي أمر ممكن معقول ، وعليه فيتمّ الكلام بالمقدّمة الثانية وأنّ المعطي للبدل يتملّك العين التالفة بالمعاملة القهرية عند العقلاء والشرع ، ويدلّ على ذلك أمران :

أحدهما : أنّه إذا أتلّف أحد مال الغير وكان لتالفه قيمة زهيدة أو كان متعلّقاً لحقّ ، والأوّل كما إذا ذبح فرس الغير على وجه شرعي فإنّ لحمة وجلده حينئذ ممّا له قيمة وإن كانت زهيدة لا محالة . والثاني ما إذا ذبحه على وجه جعله ميتة فإنّ الميتة يمكن أن ينتفع بها في كل ما لا يشترط فيه الطهارة ومتعلّقة لحقّ الاختصاص ، وفي أمثال ذلك لا يمكن للمالك أن يأخذ تالف العين وبقاياها ويطالب المتلف بباقي قيمتها

لأنّ العرف يرون المال قد تلف وما بقي منه أمر آخر لا ربط له بالمالك كأجزاء السيارة المنكسرة مثلاً ، وإذا أخذ قيمتها من المتلف أو مثلها فلا يمكنه أخذ ما بقي من العين أبداً ، لأنّ العرف يرون ذلك انتقلاً قهرياً كالصلح ، فبإقي العين ينتقل إلى من أدّى الضمان فيما إذا كانت له قيمة ، أو كان ذلك متعلقاً لحقّ من الحقوق .

وثانيهما : أنّ المال فيما إذا كان في حكم التلف ولم يكن تالفاً حقيقة كما إذا ضاع في بر أو وقع في بحر أو سرقه سارق مجهول يتعذر الوصول إليه عادةً ففي هذه الموارد هل يحكم بلحوق المال الموجود في البر أو البحر أو في يد السارق بالمباحات الأصلية بحيث يتملكه السارق بحيازته ولا يجب عليه رده ، وهذا ممّا لا يمكن التفوّه به ، أو يحكم بأنه ملك للمالك الأول مع أنه أخذ مثله أو قيمته من المتلف ، فلا محالة يحكم بانتقاله إلى ملك المتلف بدفع عوضه وبدله ، فالوجه في الانتقال والملكية هو المصالحة القهرية الواقعة بين مالك المال ومتلفه ، وكيف كان فينتقل المال إلى الضامن الذي أدّى بدله وحينئذ فيعود السؤال المتقدّم من أنّ السابق لماذا يرجع إلى اللاحق الذي تلف عنده المال في غير موارد الغرور دون العكس .

وبالجملة : أنّ المالك كما له أن يرجع إلى كل واحد من السابق أو اللاحق فكذلك المالك بأداء البذل لا بدّ وأن يجوز له الرجوع إلى أي من السابق واللاحق فلماذا نحكم بعدم جواز رجوعه إلى السابق ونقول إنه يرجع إلى اللاحق فقط . مثلاً إذا فرضنا الضامن ثلاثة أشخاص وقد رجع المالك الأصلي إلى الوسط فلماذا لا يرجع المتوسط إلى السابق ويرجع إلى اللاحق فقط مع أنه مالك للمال بأداء البذل فهو كالمالك الأصلي ينبغي أن يجوز له الرجوع إلى كل من شاء من السابق واللاحق ؟

فقد ذكر السيد (رحمه الله) في حاشيته^(١) في وجه ذلك : أن الوجه في رجوعه إلى اللاحق دون السابق هو أن اللاحق هو الذي صار سبباً لاستقرار الضمان على السابق ، إذ كان يمكنه ردّ العين قبل تلفها وبما أنه لم يردّها فتلقت استقرّ الضمان على ذمّة السابق أيضاً ، فلا بدّ وأن يرجع السابق إلى اللاحق كما ذكر مثل ذلك في أصل المسألة ونقلناه عنه هناك .

ولكنك عرفت أن السبب لضمان كل من السابق واللاحق هو اليد والاستيلاء على المال ، فعدم ردّ اللاحق ليس موجباً لضمان السابق بل هو عدم إسقاط للضمان عن ذمّة السابق ، وهذا كيف يوجب ضمان اللاحق للمال مع أن التمكن من الرد أمر مشترك بين السابق واللاحق كما هو ظاهر ، فهذا الوجه لا يرجع إلى شيء .

فالصحيح أن يقال : إن الوجه في ذلك هو ما عرفت من أن الضمان إنما ثبت باليد ، وغاية ذلك الضمان أداء المال وهذه الغاية حاصلة بالاضافة إلى السابق دون اللاحق كما يظهر بملاحظة نظائر المسألة ، مثلاً إذا كان الضامن المتوسط وارثاً للمالك الأصلي وبعد ما أخذ المال من السابق مات المالك الذي فرضناه مورثاً للضامن المتوسط ، فلا يمكن له أن يرجع إلى السابق بالمال ، لأنّ المفروض أنه أدّاه إليه وهو أخذه منه ، غاية الأمر قبل أن يكون مالكا بموت مورثه ، إلّا أن العقلاء يرون الأداء باقياً ومستمرّاً إلى زمان كونه مالكا للمال بالارث .

وكيف كان ، فغاية الضمان هي أداء المال إلى المالك ولو كان ذلك قبل صيرورته مالكا ، فإذا رجع المالك إلى اللاحق وأخذ منه البدل فاللاحق مالك للمال لكنّه تلقّاه من السابق فلا يمكنه الرجوع عليه لأنّ السابق قد أدّى المال وحصلت الغاية للضمان ، وهذا بخلاف ما لو كان السابق مالكا للمال بالارث أو بأداء القيمة

والبدل فإنه يرجع إلى اللاحق الذي أخذ منه المال قبل كونه أي السابق مالاً للمال فالفارق بين السابق واللاحق هو أن السابق أعطى المال وأخذ منه اللاحق فضمنه بقاعدة اليد للسابق على تقدير كونه مالاً للمال ، وأما السابق فلم يأخذ من اللاحق ، حتى يحكم بضمانه لللاحق فيما إذا صار اللاحق مالاً للمال بالارث أو بأداء البدل وهذا هو السر في أن المالك بالبدل يرجع إلى اللاحق لأنه أخذ منه المال حسب الفرض ولا يرجع إلى السابق لأنه لم يأخذ من المالك بالبدل وهو الوسط مثلاً شيئاً ليضمنه له ، وهكذا الحال في الضامن الثالث بالاضافة إلى الرابع إلى أن ينتهي الأمر إلى من تلف عنده المال فهو وإن تملك المال بأداء البدل إلا أنه لا يرجع إلى شخص إذ لم يأخذ المال منه أحد ليرجع إليه ، وإنما تلف المال عنده ، هذا تمام الكلام في الأيادي المتعددة المتعاقبة .

بقي الكلام في مسألة الإبراء ، وأن المالك إذا أبرأ ذمّة واحد من الضامين فحكمه ماذا ؟

والكلام في ذلك يقع في موردين : أحدهما في أن الإبراء من المالك إبراء بالاضافة إلى خصوص هذا الضامن الذي أبرأ ذمته ، أو أن إبراء ذمّة واحد منهم كرفع اليد عن المال وإبراء لضم الضامين على نحو الإطلاق .

وثانيهما : أنه إذا فرضنا أن الإبراء يختص بخصوص من أبرأ المالك ذمته ، فهل يصير ذلك الضامن كالمالك للمال بأداء البدل ويجوز له أن يرجع إلى اللاحق بالمال أو أن الإبراء إسقاط لما في ذمّة ذلك الضامن ولا يصير مالاً للمال بذلك ، فلا يجوز له أن يرجع إلى اللاحق بوجه .

أما المقام الأول : فالظاهر أن الإبراء في حق واحد من الضامين إبراء لزمهم على نحو الإطلاق ، لأن معنى الإبراء ليس هو إسقاط اليد عن كونه موجباً للضمان في خصوص هذا المتصرف في المال مثلاً لأنه ليس مشرعاً ولا يمكن ذلك في حق غير

الشارع ، بل إنما معناه أنّي رفعت اليد عن مالي في ذمّة فلان نظير الاعراض في الأعيان الخارجية ، فإذا رفع اليد عن ماله فقد برأ ذمّة الجميع ، إذ لا يمكنه رفع اليد بالاضافة إلى بعضهم دون الآخرين لاستلزام عدم كونه ملكه سقوط المال عنهم بأجمعهم ، ولو فرضنا أنّ الإبراء يختص بمن أبرأ المالك ذمته فقط فيقع الكلام في :

المقام الثاني : في أنه هل يرجع إلى اللاحق بالمال كالمالك بأداء البديل أو لا فقد ظهر ممّا ذكرناه أنه لا يمكنه الرجوع إلى اللاحق بوجه ، لأنه لا يصير بالإبراء مالكا للمال كالمالك بدفع البديل ، إذ الإبراء ليس إلّا إسقاطاً لما في ذمته من البديل وأما صيرورته مالكا للمال فلا ، هذا .

ثم إن شيوخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(١) تعرّض إلى مسألة أجرة النقل فيما إذا نقل الغاصب ملك المالك إلى مكان آخر وأنه إذا رجع إليه فهل يجب على الغاصب بذل الأجرة لنقل ملك المالك عن المكان الذي وضعه الغاصب في ذلك المكان أو لا ؟ الظاهر أنه لا إشكال في وجوب ذلك على الغاصب مقدّمة للردّ ، ودعوى أنّ ذلك ضرر على الغاصب فيرتفع وجوبه بالقاعدة ، مدفوعة بأنّ عدم بذله الأجرة أيضاً ضرر على المالك فيتعارضان ، وقد عرفت في محله أنّ القاعدة لا تشمل أمثال المقام ، وهذا كلّ ممّا لا إشكال فيه .

وإنما الكلام فيما إذا انحصر تحصيل المال ونقله في خصوص المالك كما إذا ألقاه الغاصب في بحر ونحوه واحتاج إخراجه إلى سباحة وغوص وانحصرت السباحة في مالك المال ، فلا ينبغي الإشكال حينئذ في أنه يستحق الأجرة بإخراجه ذلك ، لأنه كغيره في ذلك وعمله محترم يستحق الأجرة في مقابله ، إلّا أنّ الكلام فيما إذا لم يرض المالك إلّا بأجرة غالية وزائدة عن أجرة أمثاله ، فهل يجب على الغاصب إعطاء تلك

الأجرة التي يريد بها مالك المال أو لا ؟

الظاهر أنه غير واجب على الغاصب ، إذ لا مانع من شمول قاعدة لا ضرر للمقام ، حيث إنّ دفع الغاصب للزائد من أجرة المثل ضرر عليه . ودعوى أنّ الغاصب يؤخذ بأشوق الأحوال وأختها ، ممّا لا وجه له كما أشرنا إليه سابقاً ، هذا . ثم إنّ المالك هل يمكنه منع الغير عن نقل ماله أو إخراجه ولا يجوز للغاصب أن يعطي الأجرة لغير المالك ويأمره بإخراج مال المالك فيما إذا لم يرض المالك بذلك وأراد أن يخرج به بنفسه لتمليك أجرة الإخراج ، أو أنه لا يجوز للمالك ذلك أبداً ويجوز للغاصب أن يدفع الأجرة إلى غير المالك ويأمره بالإخراج ؟

الظاهر أنّ المالك متمكّن من منع غيره عن التصرف في ماله بالنقل والإخراج فيكون تصرف الغير فيه حراماً لعموم « الناس مسلطون على أموالهم »^(١) وعدم ورود تخصيص عليه في المقام فيخرجه المالك بنفسه ويتملك الأجرة ، نعم لو ادّعى الزيادة يجري فيه ما سبق من عدم وجوب دفع الزائد على الغاصب بوجه ، فهناك مسائل ثلاث :

الأولى : أنّ المالك مثل غيره في أنه إذا نقل ماله بنفسه أو أخرجه عن البحر ونحوه يستحقّ الأجرة لا محالة .

الثانية : أنّ المالك له أن يمنع غيره من التصرف في ماله بالإخراج والنقل ويتمكّن من أن يباشره بنفسه ويستحقّ به الأجرة ؟

الثالثة : أنه لا يجوز للمالك مطالبة الزائد عن أجرة المثل في صورة الانحصار وغيرها .

بقي الكلام في مسألة بدل الحيلولة وإنّما يتحقّق فيما إذا حيل بين المالك ومملكه

(١) عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح ٤٩ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

مدة مع رجاء الوصول إليه دون ما إذا يأس عنه ، إلا أننا أشرنا في محله إلى أن هذا البدل مما لا أساس له ، بل اللازم على الغاصب دفع قيمة العين إذا كانت تعدّ تالفة عند العرف ، أو هي مع قيمة منافعها فيما إذا كانت لها منافع في تلك المدة ، وكذا يجب عليه دفع الأجرة على مقدمات الأداء فيما إذا كانت محتاجة إلى مؤونة كما عرفت . فراجع .

استدراك

قد ذكرنا أن الضمان في المقام ضمان كفاي على نحو الواجب الكفاي ، ولكنه لا يخفى أن الوجوب والطلب وإن تعلّق بالجامع بين الأفعال في الوجوب التخيري وبالجامع بين الأشخاص في الوجوب الكفاي ، إلا أن ما به يسقط الوجوب وبه يحصل الامتثال هو فرد من أفراد الواجب ووجود من وجوداته ، فهذا الفرد الشخصي والوجود الممتاز عن غيره مسقط للواجب ، لأن اختياره يكشف عن أن الواجب في الواقع هو ذلك الوجود ، بل الواجب هو الجامع والفرد مسقط له وتحقيق للامتثال ، وآثار الاتيان بالواجب وثمراته ولوازمه كلّها تترتب على هذا الفرد الذي به حصل الامتثال لا على الجامع أو سائر الأفراد لامتياز كلّ منها عن غيره كما لا يخفى . ففما إذا أتى بالصوم في الواجب التخيري أو صلى أحد على الميت في الواجب الكفاي فيستحقّ ثواب الصوم ويترتب عليه لوائمه ، كما أن المثوبة في صلاة الميت مترتبة على صلاة من صلى على الميت لا أن الأثر للجامع والمثوبة للجامع المكلف أو يترتب عليه ثواب الجامع بين الصوم والإطعام .

ففي المقام إذا أدّى أحد الضامين بدل المال للمالك فقد حصل الامتثال وبه سقط الضمان ، ويترتب آثار دفع البدل على من خرج عن عهدة الضمان الكفاي لا على الجامع بين الضامين ، ومن آثاره انتقال المبدل إلى ملكه بدفع بدله للمالك وبعد

ما ملكه يرجع ببذله إلى اللاحق وهكذا ، هذا تمام الكلام في الأيادي المتعاقبة .

الكلام فيما إذا باع الفضولي ملك نفسه وملك غيره

والكلام في ذلك يقع تارة في صورة الردّ وأخرى في صورة الاجازة ، وعلى كلا التقديرين تارة نلتزم بصحة الفضولي وأخرى نلتزم ببطلانه ، وتفصيل ذلك يظهر من التكلّم في جهات :

الجهة الأولى : في صحة البيع الواقع على ملك نفسه وبطلانه ، والظاهر أنه لا ينبغي الإشكال في صحة البيع بالاضافة إلى ملك نفسه سواء قلنا بصحة الفضولي أو ببطلانه ، وعلى الأول أجازة المالك أم لم يجزه ، وذلك لأنّ الانشاء وإن كان واحداً إلا أنّ المنشأ في الحقيقة متعدّد ، ولا مانع من انحلال الانشاء الواحد إلى أمور متعدّدة كما في العامّ الاستغراقي وإن كان بينه وبين المقام فرق .

ويدلّ على ما ذكرناه الأخبار الواردة في المقام من أنّ البيع بالنسبة إلى ما يملك واجب .

الجهة الثانية : فيما ذكره بعضهم في المقام من أنّ صحة البيع فيما يملكه إنّما هو فيما إذا لم يتولّد من عدم الاجازة مانع شرعي كلزوم الربا وبيع الآبق من دون ضميّة ، وقد متّلوا له بما إذا باع درهماً وديناراً بدرهمين ودينارين أو بثلاثة دراهم أو دنائير وكان الدرهم للغير ، فإنه لو أجاز ذلك الغير يصحّ البيع وإن كان له في مقابلة درهمه درهم وقدر من الدينار ، وللبائع في مقابل ديناره درهم ودينار بل أزيد ، لأنّ المدار على ما وقع عليه المعاملة وهو المجموع بالمجموع ، وأمّا لو لم يجز فيكون البيع باطلاً لأنه من الأول كأنه وقع العقد على الدينار في مقابلة درهم ودينار بل أزيد فيكون من الربا ، هذا .

ولا يخفى عليك أنّ الربا يلزم على تقدير الاجازة أيضاً ، لأنّ المدار إنّما هو

على معاملة نفسه ، والمفروض أنه في بيع نفسه قد أخذ درهماً وديناراً في مقابلة دينار واحد وهو من الربا المحرّم ، ولا ربط له ببيع الدرهم أيضاً بما وقع في مقابله لأنه بيع للمالك الدرهم لا له كما هو ظاهر .

ومثلوا للثاني بما إذا باع الفضولي عبده الآبق وضمّ إليه مال الغير فإنه يبطل البيع بالنسبة إليه أيضاً لاستلزامه بيع الآبق بلا ضمنية .

ولا يخفى أنّ صحة بيع الآبق بالضميمة ليست مستندة إلى تقسيط الثمن بالاضافة إلى الضمنية حتى لا تخلو يد المشتري من المثلث فيها إذا أبق العبد ، بل إنّما هو أمر تعبدّي ولذا لا تتعدّى منه إلى صحة إجازة الآبق مع الضمنية ، ومورد التعبد هو أن تكون الضمنية من مال مالك العبد لا من مال غيره .

الجهة الثالثة : في الخيار وأنّ المشتري هل يمكنه فسخ المعاملة في صورة ردّ الغير أم لا ؟

أما في صورة علمه بالحال وأنّ المبيع مشترك بين البائع وغيره وأنه يبيعه على وجه الفضولي فلا يثبت له الخيار أبداً لعلمه بالحال . وأما فيما إذا كان جاهلاً فالظاهر أنّ المشتري يتمكّن من الفسخ لتبعض الصفقة عليه ، ويسمّى هذا الخيار بخيار تبعض الصفقة ، والسّرّ في ذلك أنّ المنشأ وإن كان في الواقع متعدّداً إلّا أنّ البائع لما باعها في إنشاء واحد وكان شراء أحدهما عند العرف مربوطاً ومنضمّاً إلى شراء الآخر فكأنه اشترط بالاشتراط الضمني الارتكازي أنّ وفاءه بشراء ذاك الجزء منوط بشراء الجزء الآخر ، وبما أنّ الشرط لم يحصل للمشتري فله ردّ الجزء الآخر أيضاً لهذا الاشتراط ، وقد عرفت سابقاً أنّ الخيار في المعاملات ليس على نحو التعليق في العقود وإنّما هو من باب تعليق الالتزام بالمعاملة على شيء آخر فلا تغفل هذا .

وربما يقال : إنّ البائع أيضاً يتمكّن من الفسخ في صورة جهله بالحال ، وهذا

إنما يتصور فيها إذا باع مال نفسه ومال غيره من المشتري باعتقاد أنه ماله وكان بيع أحدهما مربوطاً ببيع الآخر عند المتفاهم العرفي ثم ظهر أن الجزء الآخر للغير، فإنه في حكم الاشتراط وكأنه علق التزامه ببيع أحدهما على بيع الآخر، فيثبت له الخيار وأما في غير هذه الصورة أعني ما إذا لم يكن بيع أحد الشئيين مربوطاً ومنوطاً ببيع الشيء الآخر بحسب المتفاهم العرفي فلا يثبت الخيار للبائع أبداً، إذ البيوع متعددة ولا ربط لأحدها بالآخر.

فالمكتسب: أن الخيار إنما يثبت فيما إذا اشترط في ضمن العقد أو فيما إذا كان بيع أحدهما منوطاً ببيع الآخر بحسب الفهم العرفي، وأما مجرد قصد البائع ذلك من دون أن يذكره في ضمن المعاملة أو يكون أحدهما منوطاً ومربوطاً بالآخر عرفاً فهو لا يفيد في ثبوت الخيار، والثاني أعني كون أحدهما مربوطاً ومنوطاً بالآخر عرفاً قليل بالاضافة إلى البائع، وهذا بخلاف المشتري حيث إنه كثير الاتفاق بالاضافة إلى المشتري في المعاملة الواحدة.

الجهة الرابعة: في تقسيط الثمن على كلا تقديري الرد والاجازة، غاية الأمر أن التقسيط في صورة الاجازة بين البائع والمالك وفي صورة الرد بين البائع والمشتري، وقد ذكروا في طريق ذلك أن كل واحد من الميعين يقوم منفرداً ثم يقومان مجتمعين وتلاحظ نسبة كل من القيمتين إلى قيمة المجموع ويؤخذ من الثمن بتلك النسبة، وهذا الذي ذكروه إنما يتم فيما إذا لم تكن للهيئة الحاصلة منها خصوصية توجب زيادة القيمة كما في مصراعي الباب، وأما في أمثال ذلك فلا وجه لما ذكروه، مثلاً إذا قوم كلا مصراعي الباب بثلاثين ديناراً وقوم كل واحد منها بعشرة دنائير فعلى ما ذكروه يرجع المشتري إلى البائع بثلاث الثمن ويبقى للبائع ثلثاه وهو مما لا موجب له، بل يمكن العكس بأن نقول البائع إنما يأخذ بقيمة ماله من المصراعين وقيمتها عشرة دنائير فيدفع ثلثي الثمن إلى المشتري، هذا.

ولأجل ذلك ذكر شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) ^(١) أن ما ذكروه لا يستقيم فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل في زيادة القيمة هذا ، وفي بعض الموارد يوجب اجتماع العوض والمعوّض وهذا كما إذا كانت الهيئة الاجتماعية موجبة لنقصان القيمة كما مثّلوا بالأمة وأُمّها فإن كل واحدة منها بوحدتها لها قيمة وباجتماعها قيمة أخرى تنقص عن تلك القيمة ، فثلاً تسوى الأمة خمسين ديناراً بوحدتها وأُمّها تسوى بثلاثين كذلك وأُمّاها معاً فتشتريان بخمسين أو أقل ، لعدم جواز الانتفاع بالأُمّ مع الدخول بالبنت ، وحيثئذ إذا ظهرت البنت للغير ولو حطت قيمتها بالاضافة إلى قيمتها مجتمعين كانت خمسين بخمسين أي نسبة الشيء إلى مماثله فيستردّ المشتري تمام الثمن المسمّى وتكون الجارية له ، وهو ما ذكرناه من اجتماع العوض والمعوّض ، هذا .

ولا يخفى أنّ ما ذكرناه في المقام إنّما يتمّ على تقدير تقسيط الثمن للأوصاف كوصف الاجتماع ، وأما بناء على أنّ الثمن لا يتقسّط عليها وإنّما هي دواع لبذل الثمن على نفس المال والعين ، فلا قيمة لوصف الاجتماع حيثئذ بل لابدّ من ملاحظة قيمة كل واحد من الجزأين منفرداً والجمع بين القيمتين وملاحظة نسبة كل منهما إلى مجموع القيمتين ثمّ الأخذ من الثمن بتلك النسبة ولعلّه ظاهر .

ثم إنّ للسيد (قدس سرّه) كلاماً في حاشيته ^(٢) وقد ذكر فيه أنّ الهيئة الاجتماعية قد لا تكون موجبة لشيء من الزيادة والنقص ، وقد تكون موجبة للزيادة في الطرفين بالسوية ، وقد تكون موجبة لها فيها بالاختلاف بأن تكون قيمة أحدهما مع الانضمام خمسة ولا معه أربعة وقيمة الآخر معه ستة ولا معه أربعة ، وقد تكون

(١) المكاسب ٣ : ٥١٦ .

(٢) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٨٩ .

موجبة للزيادة في أحدها والقيصة في الآخر .

إذا عرفت ذلك تعرف أنَّ الأولى في كيفية التقسيط أن يقوم كل منها منفرداً لكن بملاحظة حال الانضمام لا في حال الانفرد ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين ، إذ لو قوم كل منها منفرداً لا في حال الانضمام يلزم الضرر على أحدهما في صور الاختلاف ، مثلاً إذا كان أحدهما تزيد قيمته بالانضمام والآخر تنقص قيمته به يلزم على طريقة المصنّف (قدّس سرّه) فيما إذا قوم أحدهما منفرداً باثنين ومنضماً بأربعة والآخر منفرداً بأربعة ومنضماً باثنين أن يكون لمالك الأول ثلث الثمن وللمالك الثاني ثلثاه مع أنَّ قيمة مال الأول في حال الانضمام ضعف قيمة مال الثاني في تلك الحال ، فينبغي أن يكون للأول الثلثان وللثاني الثلث وهكذا في سائر صور الاختلاف ، وأما على ما ذكرناه فلا يلزم نقص في مورد من الموارد انتهى كلامه (قدّس سرّه) .

وقد حمل كلام العلامة والشهيد (من تقويم أحدهما بعد تقويم المجموع) على ما ذكره هو (قدّس سرّه) من تقويم كل واحد منها منفرداً لكن بوصف الانضمام . وما أفاده (قدّس سرّه) متين جداً ، هذا كلّ في القيمي .

وأما المثلي فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(١) أنَّ الحصّة فيه إن كانت مشاعة قسّط الثمن على نفس المبيع فيقابل كل من حصّتي البائع والأجنبي بما يخصّه وإن كانت حصّة كل منها معيّنة كان الحكم كما في القيمي من ملاحظة قيمتي الحصّتين وتقسيط الثمن على المجموع .

ولكنّا لم نفهم ما أراه (قدّس سرّه) من هذا الكلام ، فإنّ ما ذكره من ملاحظة القيمتين في صورة الافراز ، إن كان من جهة اختلاف الحصّتين في القيمة من حيث

الجودة والرداءة فهو متين إلا أنه لا يظهر من عبارته . وإن كان من جهة اختلاف قيم الأشياء باختلاف مقدارها قلّة وكثرة فهو لا يختص بفرض الافراز بل يجري في فرض الاشاعة أيضاً فإن كمية من الطعام إذا بيعت بقيمة فنصف تلك الكمية قد تباع بأقل من نصف القيمة أو أكثر حسب اختلاف الرغبات . فالصحيح أن المثلي حكمه حكم القيمي مطلقاً .

مسألة من باع نصف الدار مع كونه مالكا لنصفها

فتارة يظهر بالقرائن الداخلية أو الخارجية أن المراد بالنصف هو نصفه المختص به أو نصف الغير أو النصف من نصفه والنصف من نصف الآخر وهكذا وهذا مما لا كلام لنا فيه .

وأخرى يريد البائع مفهوم نصف الدار عرفاً من دون قصد شيء من خصوص نصفه أو نصف الآخر ، فهل يؤخذ بظاهر هذا الكلام ويكون حجة على تعيين المبيع واقعاً من النصف المملوك أو المملوك للغير وهكذا ، ولا ينبغي الإشكال في أن الظهور في مقام الاثبات حجة على تعيين المراد في مقام الثبوت ، وحينئذ فيقع الكلام في أن نصف الدار ظاهر في أي نصف من النصفين .

وثالثة نعلم أنه أراد واحداً من النصفين بخصوصه أو النصف من كل نصف إلا أنه لا قرينة على تعيين أحد هذه الاحتمالات فلا يُعرف مراده الواقعي ، وفي هذه الصورة أيضاً يؤخذ بظاهر النصف ، لأن الظهور في مقام الاثبات حجة على تعيين المراد الواقعي ، وهذا القسم أيضاً داخل في محل الكلام فلا وجه لحصره بالصورة الثانية كما في كلام شيخنا الأنصاري (قدس سره) ^(١) .

ثم إنه في القسم الثاني الذي أراد البائع فيه مفهوم النصف عرفاً ، تارةً يكون المراد ما يستفاد من لفظة النصف بتجردها عرفاً ، وحينئذ إذا بنينا على أن النصف بتجرده ظاهر في النصف المشاع فلا محالة نقطع بالمراد ولا يبقى مجال للبحث عن أنه إذا باع النصف من الدار فعلى أي شيء يحمل لفظ النصف ، إذ المفروض أن المستفاد منه بتجرده هو النصف المشاع فلا محالة نقطع بالمراد من النصف كما ذكره السيد (قدس سرّه) في الحاشية^(١).

إلا أن الظاهر أن هذه الصورة ليست بمراد للشيخ (قدس سرّه) فلا يرد عليه ما أورده السيد (قدس سرّه) من أنه لا يبقى للبحث عما أريد من النصف مجال حينئذ وإنما أراد شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) الصورة الثانية التي نتعرض لها بعد ذلك .

وأخرى يكون المراد من النصف ما هو المستفاد منه عرفاً بملاحظة تمام الكلام لا ما يستفاد منه عرفاً بتجرده ، وحينئذ يقع الكلام فيما أريد بالنصف حيث إنه بتجرده ظاهر في المشاع وبملاحظة تمام الكلام ظاهر في النصف المختص به لأنه ظاهر يبعه نصف الدار ، وهذه الصورة لعلها هي مراد شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) دون السابقة ، فلا يرد عليه ما أورده السيد (قدس سرّه) من أن المراد معلوم حينئذ ولا مجال للبحث عما أريد بالنصف .

وكيف كان ، فهذه أربع صور ، فالأولى منها غير داخلية في محل النزاع وكذلك الأولى من الثانية .

وأما الصورة الثانية منها فهي محل النزاع في المقام ، ولكن النزاع لا يختص بها بل يأتي في الصورة الثالثة أيضاً كما أشرنا إليه آنفاً ، هذا .

ثم إنه ربما يقال إن المعاملة في الصورة الثانية باطلة ، لأنه لا يدري ماذا يبيع

في مقام الانشاء ، وإنما أحاله على ما يستفاد من النصف عرفاً ، وقصد المبيع لازم في المعاملات لا محالة .

إلا أنه يندفع بأن ذلك غير ضائر بالمعاملة بعد ما كان المبيع متعيناً في الواقع حيث إننا نعلم أن النصف ظاهر عند العرف في المشاع أو في غيره من المعاني فلا ترد في المبيع ، غاية الأمر أنه لا يدري أن المالك للمبيع من هو وأنه هو بنفسه كما إذا كان النصف ظاهراً في النصف المختص به ، أو أنه هو وشريكه كما إذا أريد منه المشاع ، أو أنه هو الشريك فقط كما إذا حمل على النصف المختص بالغير ، وقد تقدّم سابقاً أن الاعتبار في المعاملة إنما هو قصد التبديل بين المالكين فقط ، وأما العلم بالمالك وخصوصياته فلا ولعله أوضح من أن يخفى ، هذا .

ثم إنه تكلم شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) فيما هو ظاهر النصف عرفاً وذكر أن فيه احتمالين : أحدهما حمّله على المشاع لظهور النصف في الحصّة المشاعة بين النصفين . وثانيهما : حمّله على النصف المختص به إما من أجل أنه منصرف في مقام التصرف إلى التصرف في نصفه المختص به ، وإما من جهة أن إنشاء البيع ظاهر في البيع لنفسه لأن بيع مال الغير لابدّ فيه من نيّة الغير ، أو اعتقاد كون المال لنفسه حقيقة أو ادّعاءً وهما خلاف المفروض .

ثم بعد ذلك تعرّض لما حكى عن الفخر (قدس سرّه) من أنه قاس المقام على ما إذا كان للبائع عبد اسمه غانم وكان لغيره أيضاً عبد بهذا الاسم والعنوان وقال في مقام البيع بعت غانماً ، فإنه مع اشتراكه بين غانم نفسه وغانم غيره يحمل على غانم نفسه بالاجماع ، وهذه مسألة معنونة عندهم وادّعى الفخر (قدس سرّه) أن المقام من هذا القليل .

وأجاب عن ذلك شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) بإبداء الفرق بينه وبين المقام وأفاد أن غانم مشترك في حدّ نفسه ومحمل بين غانم نفسه وغانم غيره ، وكونه في

مقام التصرف قرينة على تعيين المراد من لفظة غانم فلذا يحمل على غانم نفسه وهذا بخلاف المقام حيث إنّ النصف ليس مجعلاً ومشتركاً عند العرف بين المشاع والحصة المختصة به وإنّما هو ظاهر في المشاع، وكونه في مقام التصرف ظاهر في إرادة الحصة المختصة به فيتعارضان ولا يكون أحدهما قرينة على إرادة أحد المعنيين من المجمل كما في الغانم، هذا ملخص كلامه (قدّس سرّه).

ولا يخفى عليك أنّ في كلامه موارد للمناقشة والإشكال.

أما أولاً: فلأنّ ما أفاده من أنّ الانشاء ينصرف إلى بيع ماله دون بيع مال الغير ممّا لم أتحصّل وجهه، حيث إنّ الانشاء أعمّ من البيع لنفسه أو للغير في موارد الأعيان الخارجية، إذ لا يلزم فيها تعيين المالك أبداً، نعم في بيع الكلّي ينصرف الاطلاق إلى ذمّة نفسه إذ لا مالية في الكلّي إلّا بالاضافة إلى ذمّة أحد وحيث أطلقه فينصرف إلى ذمّة نفسه كما إذا قال بعتك عشرة أمتان من الحنطة مثلاً حتّى أنّه لو ادّعى بعد ذلك أنّه أراد ذمّة الغير فلا يسمع منه أبداً.

وأما ثانياً: فلأنّ ما أفاده من أنّ كونه في مقام التصرف موجب لانصراف الظهور إلى بيع نصف نفسه ممّا لا يمكن المساعدة عليه، لما عرفت من أنّ النصف ظاهر في الاشاعة وهو يمنع عن حمله على خلاف الظاهر لأجل كونه في مقام التصرف، نعم إذا كان متعلّق البيع مجعلاً كما في مثال غانم كان التصرف قرينة على تعيين المراد وأما مع فرض ظهوره فلا يقاومه ظهور التصرف، فالظاهر أنّ النصف محمول على الاشاعة كما ذكره بعضهم، وهذا كما إذا باع داره بقوله بعتك نصف الدار فلا محالة يكون ظاهراً في الاشاعة ويكون المشتري شريكاً معه في النصف المشاع لا النصف المعين، نعم للمناقشة في ظهور النصف في المشاع بين الحصّتين مجال واسع لآنه ليس ظاهراً فيه عرفاً وإنّما هو ظاهر في المشاع في مقابل النصف المعين، وعليه يكون المقام مثل بيع غانم المجمل ويكون ظهور التصرف في كونه في مال نفسه قرينة

على تعيين المراد وكون المبيع نصفه المختص . ومن هنا يظهر الفرق بين المقام وإقرار أحد الشريكين بأن نصف الدار للغير فإن الإقرار إخبار وليس تصرفاً ليكون ظاهراً في كونه في مال نفسه بل هو مجمل من هذه الناحية وإنما يقر بأن نصف الدار واقعاً لزيد ، وأما أن نصفها الآخر له أو لغيره فهو ساكت عن ذلك .

ولأجل ما ذكرناه من ظهور النصف في النصف المختص بنفسه ذكرنا أنه لو أصدق المرأة عيناً فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق لشخص ثم طلقها قبل الدخول يستحق الزوج بالطلاق النصف الباقي ، لأن ظاهر قوله تعالى : ﴿فَنِصْفَ مَا قَوْضَتْهُمْ﴾^(١) مطلق النصف الشامل للباقي أيضاً على وجه الاشاعة ، اللهم إلا أن يحمل على الاشاعة بين النصفين فيأخذ نصف النصف الباقي بقيمة نصف الموهوب إلا أنه خلاف الظاهر بل يحمل النصف على النصف المختص بها .

ملخص ما ذكرناه في المقام : أنه إذا باع من له نصف الدار نصفها ، فقد ذكر شيخنا الأنصاري فيه احتمالين ، وجعل المعارضة بين ظهور لفظ النصف في المشاع وبين ظهور الانشاء والبيع في بيع حصّة نفسه ، إلا أننا ذكرنا أن الظهورين لا معارضة بينهما من جهة أن النصف وإن كان ظاهراً في المشاع إلا أنه غير ظاهر في المشاع بين النصفين بل في المشاع في مقابل النصف المعين ، وكونه في مقام التصرف والبيع قرينة على إرادة الحصة المختصة به ، ويرفع إجمال النصف وتردده بين نصفه ونصف الغير وعليه فيكون المقام من قبيل بيع غانم المشترك بين غانم نفسه وغانم الغير حيث إن كونه في مقام التصرف يعين غانم نفسه ويكون رافعاً لإجماله وتردده .

وعلى تقدير المعارضة بين الظهورين لا وجه لتقديم الأول على الثاني بل الأمر بالعكس لأنه أقوى من الظهور الأول . ثم إنه من هذا القبيل ما لو أصدق عيناً

للرأة فوهبت المرأة نصفها المشاع لشخص ثم طلقها زوجها قبل الدخول فإنّ الزوج يملك النصف الباقي بالطلاق لقوله تعالى ﴿فَنِصْفُ مَا قَرْضْتُمْ﴾ والباقي نصف ما فرضه للمرأة ، لما عرفت من أنّ النصف ظاهر في المشاع والباقي نصف مشاع كما ذكرناه في المقام .

وأما مسألة إقرار أحد الشريكين بأنّ نصف هذا المال للغير ، فهي غير ظاهرة في نصفه المختصّ به لأنه إنّما يقرّ بأنّ نصف هذه الدار لزيد ، وأما أنه نصف نفسه أو نصف الغير فلا معيّن له ، نعم لو التفت إلى أنّ الإقرار في ملك الغير لا معنى له وأتى في مقام الشهادة بلفظ الإقرار يمكن أن يقال إنه يعيّن اختصاصه بملك نفسه ، إلّا أنّ الكلام فيما إذا قال نصف هذه الدار للغير من دون التلقّظ بلفظ الإقرار .

وأما مسألة المصالحة في من كان بيده المال وأقرّ لأحد المدّعين بنصف المال وذلك المدّعي يقرّ بأنّ سبب تملكه المال مشترك بينه وبين المدّعي الآخر لأنه أخوه والمال وصل إليهما من مورّثهما فوق موقع الصلح بين المقرّ له والمقرّ على النصف الذي أقرّ به ، ففيها أيضاً يمكن أن يقال إنّ النصف المصالح عليه مشاع بين المدّعين ، وذلك لأنّ إقرار ذي اليد بالنصف لأحدهما مع اعتراف المقرّ له باشتراكه مع الآخر يقتضي أن يكون ربع المال لكل منهما . فالمصالحة الواقعة نافذة في الربع وفضولية في الربع الآخر ومتوقّفة على إجازة المدّعي الآخر ، فهذه المسألة لا ربط لها بما نحن فيه ولا تنافي ما ذكرناه في المقام .

وأما مسألة الإقرار بثلث المال للغير في العين التي ثبت يد كل واحد من الشريكين على نصفها وأنكره الشريك ، فقد ذكرنا أنّ المقرّ يدفع إلى المقرّ له نصف ما بيده من أجل أنّ السدس الموجود بيد الشريك المنكر للاستحقاق كالتالف من المال المشترك ونسبته إلى المقرّ والمقرّ له على حدّ سواء ، فلا محالة يقسّم المال الموجود بيد المقرّ بينهما .

وقد يقال إنّ هذه الفتوى تنافي ما ذكرناه سابقاً من أنّ النصف والثلث وغيرهما ظاهرة في المشاع ومقتضاء حمل الثلث على ثلث المال ولازمه استحقاق المقر له من النصف الموجود بيد المقرّ ثلثه وهو سدس مجموع المال .

وفيه : أنّ ذلك إنّما يتم فيما إذا كان النصفان مفروزين فيكون ثلث ما بيد المقرّ للمقرّ له ، وأما ما في يد مالك النصف الآخر فهو لا يرتبط بالمقرّ . وأما إذا كان المال مشاعاً فما يأخذه المنكر نظير ما يأخذه القاصب عدواناً يحتسب على كل من المقرّ والمقرّ له ولا يختص به المقرّ له بل نسبته إليهما على حدّ سواء . فالسدس الذي بيد المنكر نصفه من مال المقرّ ونصفه الآخر من مال المقرّ له ومقتضى ذلك أن يكون الباقي بينهما مناصفة .

وأما إقرار أحد الورثة بوارث آخر مع انكار الآخرين فالحكم فيها كالمسألة السابقة فيكون نصف ما بيد المقرّ للمقرّ له ، إلّا أنّهم ذكروا أنّ الوارث المقرّ يدفع للمقرّ له المقدار الزائد على ما يستحقّه باعتقاده ولم يفتوا بالتصيف ، ومستندهم في ذلك بعض الأخبار الضعيفة^(١) المنجبرة بعمل الأصحاب . هذا ولكن الذي يسهل الخطاب أنّ الأخبار الواردة في المسألة ضعيفة السند وقد ذكرنا في محلّه أنّ عمل المشهور لا يمكن أن يكون جابراً لضف الرواية بوجه ، هذا مع أنّ دلالتها ضعيفة أيضاً لأنّها إنّما دلّت على أنّ المقرّ له شريك في المال وأنّ المقرّ يلزم بذلك في حصّته وأما المقدار الذي يلزم به فلا دلالة فيها عليه ، فالصحيح أنّ حكم المسألتين واحد . والمتحصّل من جميع ما ذكرناه : أنّ الإقرار كالعلم الوجداني بأنّ الثلث للمقرّ له ، ولازم ذلك تقسيم النصف بين المقرّ والمقرّ له بالسوية ، لا إعطاء ثلث النصف له الذي هو سدس أصل المال وإن ذهب إليه الأصحاب في مسألة الإقرار

بالنسب إلا أنهم استندوا في ذلك إلى الأخبار الواردة في المقام وقد أشرنا آنفاً إلى أنها ضعيفة السند والدلالة وأنه لا يمكن الاعتماد عليها بوجه ، وأن الصحيح أن يعطى نصف المال الموجود للمقرّ له ، هذا .

وقد ذكر السيّد (قدّس سرّه) في حاشيته كلاماً عن صاحب الجواهر (قدّس سرّه) لم نفهم محصله وحقيقته ولذا نقل عين ألفاظه وعبارته قال : والفرق بينها - يعني بين المقام والاقرار بالنسب في الارث - أن في المقام التلف للمال المشترك على حسب إقرار المقرّ مستند إلى يد المنكر حيث إنه أثبت اليد على النصف الذي ثلثه مشترك بين المقرّ والمقرّ له فيكون محسوباً عليها ، وفي مسألة الاقرار بالنسب ليس مستنداً إلى اليد بل هو من جهة مجرد إنكار المنكر لخصوص حصّة المقرّ له وإلا فلا أثر لليد لأنّ المفروض كون المال تركة للميت ولا يد لأحد عليها غيره^(١) انتهى كلامه (قدّس سرّه) .

ولا يخفى أن التلف في كلا المقامين مستند إلى سبب شرعي ، أمّا في المقام فلائنه مستند إلى اليد على ما اعترف به هو (قدّس سرّه) . وأمّا في مسألة الأثر فلاجل أنه مستند إلى أصالة عدم أخ آخر له في البين وإنكار المنكر ، والاقرار موجود في كلا المقامين ، وأمّا ما ذكره صاحب الجواهر (قدّس سرّه)^(٢) من أنّهم بأجمعهم يعترفون بأنّ ثلث المال للمقرّ فهو أيضاً موجود في المقام لأنّهم بأجمعهم يعترفون بأنّ المقرّ مالك لثلث المال فلا فرق بين المقامين أبداً ، هذا .

وقد ذكر شيخنا الأستاذ (قدّس سرّه)^(٣) كلاماً أشار إليه شيخنا الأنصاري

(١) حاشية المكاسب (اليزدي) : ١٩٦ .

(٢) جواهر الكلام ٢٢ : ٣١٨ .

(٣) منية الطالب ٢ : ٢١٢ - ٢١٣ .

(قدّس سرّه) بنفسه وهو أنّ المقرّ إنّما أقرب بأنّ ثلث أصل المال للمقرّ له ، وذلك صريح في أنّ ثلث النصف الموجود في يده للمقرّ له كما أنّ ثلث النصف الموجود بيد الشريك للمقرّ له ، فهو لم يعترف إلّا بأنّ ثلث ما في يده للغير ، وعليه فلا وجه لدفع نصف ما بيد المقرّ إليه ، هذا .

ولا يخفى أنّ ذلك وإن كان مسلماً عند شيخنا الأنصاري أيضاً ولا كلام لنا في ذلك أيضاً إلّا أنّ محطّ نظره وبجته هو أنّ ثلث النصف الموجود بيد المقرّ وإن استحقّه المقرّ له باقرار المقرّ إلّا أنّ ثلث النصف الموجود بيد المنكر بأي وجه يختصّ به المقرّ له حتّى يحكم بأنّ نصف حصّته غصب بإذن من الشارع أو بغير إذنه ، وإن كان لشيخنا الأستاذ (قدّس سرّه) كلام فليتكلم في ذلك لا في أنّ المقرّ إنّما اعترف بأنّ ثلث المال الموجود بيده للمقرّ له فإنّ ذلك وإن كان مسلماً إلّا أنه لا يكون سبباً لاختصاص السدس الذاهب بالمقرّ له بل يحتسب عليهما معاً ، وكيف كان فالصحيح ما ذكرناه من أنّ المال يقسم بينهما نصفين . هذا تمام الكلام في من باع نصف الدار فيما إذا كان مالكاً لنصفها المشاع .

وأما إذا كان مالكاً لنصفها المفروز والمعين كما إذا كان مالكاً للنصف الشرقي وكان النصف الغربي لشريكه وباع نصفها ، فالظاهر أنه يعمل على نصفه المختصّ به كما في بيع الغانم المشترك لا على نصف الغير ما لم ينصب على إرادة بيع مال الغير قرينة ، هذا كلّه فيما إذا كان البائع أجنبياً عن شريكه وكان بيع ماله فضولياً بالاضافة إليه .

وأما إذا كان وكيلاً لشريكه أو ولياً عليه كما إذا كان جدّه فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(١) أنّ المعارض لظهور النصف في المشاع إن كان هو ظهور

التصرف في التصرف فيما له الحقّ فلا معارضة في المقام ، لأنّ المفروض أنّه جائز التصرف في كل واحد من النصفين فلا بدّ من حمل النصف على الاشاعة . وأمّا إذا قلنا بأنّ المعارض لظهور النصف في المشاع إنّما هو ظهور الانشاء في البيع لنفسه فالمعارضة موجودة في المقام ولا بدّ من تقديم ظهور النصف في الاشاعة على الظهور الثاني ، هذا .

وما أفاده من أنّ النصف ظاهر في الاشاعة وإن كان كما أفاده ، إلّا أنّه ليس ظاهراً في المشاع بين النصفين بل في الاشاعة في مقابل النصف المعين ، وعليه فالظهور الثاني لا يعارض ظهور النصف ويحمل النصف على النصف المشاع المختصّ به .

الكلام في بيع ما يملك وما لا يملك

ذهب المشهور إلى صحة بيع ما يملك وما لا يملك وأنّ الثمن يتقسّط بينهما فيكون بالاضافة إلى ما يملك صحيحاً وبالاضافة إلى ما لا يملك باطلاً ، وهذا الذي ذهبوا إليه هو الذي تقتضيه القواعد والعمومات نحو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وذلك لما أشرنا إليه سابقاً من أنّ الانشاء وإن كان واحداً إلّا أنّ البيع متعدّد ، وتقابل المجموع بالمجموع يقتضي تقابل البعض ببعض فيتقسّط الثمن عليها ويحكم بالصحة فيما قابل ما يملك وبالفساد فيما قابل ما لا يملك ، هذا .

وقد استدلّ شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) ^(١) على صحة البيع في المقام بصحيفة الصقار ^(٢) المتقدّمة حيث قال (عليه السلام) فيها يجوز البيع فيما يملك ولا

(١) المكاسب ٣ : ٥٢١ .

(٢) الوسائل ١٧ : ٣٣٩ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ٢ (نقل بالمضمون) .

يجوز فيما لا يملك ، ومورد هذه الرواية وإن كان هو بيع ماله ومال غيره كما تقدّم سابقاً وهو أمر آخر غير بيع ما يملك وما لا يملك ، إلّا أنّ قوله (عليه السلام) يجوز فيما يملك ولا يجوز فيما لا يملك يقتضي صحة انشاء الواحد إلى أمرين ، ويتعدّى منه إلى المقام بتنقيح المناط ، وكيف كان فالبيع بالاضافة إلى ما يملك صحيح ، هذا .
وربما يستشكل في صحّة البيع في المقام بوجوه .

الأول : أنّ البيع الواحد لا يقبل الصحة والفساد وكيف يحكم عليه بهما مع أنه إنشاء واحد وبيع فارد ، فإنّما أن يحكم بالصحة في الجميع ، وإنّما أن يحكم بالفساد كذلك ، وبما أنّ البيع في المقام غير محكوم بالصحة في الجميع فلا محالة يحكم بالفساد مطلقاً .

وهذا الوجه يندفع بما أشرنا إليه آنفاً من أنّ البيع متعدّد وإنّما الانشاء واحد إذ يصدق أن يقال إنّه باع الشاة وأنه باع الخنزير ، ولا مانع من أن نحكم بالصحة في بعضها وبالفساد في بعضها الآخر .

الثاني : أنّ المتبايعين إنّما قصدا المجموع في مقابل المجموع دون بعضها في مقابل بعض الثمن ، فلا محالة يكون البيع بالاضافة إلى البعض باطلاً .

والجواب عن ذلك : يظهر ممّا ذكرناه آنفاً من أنّ البيع متعدّد وأنه قصد بيع كل واحد من الشاة والخنزير ، غاية الأمر اشترط الانضمام فهو قاصد لبيع كل واحد منهما بشرط انضمامه إلى الآخر لا أنه غير قاصد إليه ، وعليه فيكون الحكم بالصحة في بعضها موجباً لتخلّف شرط الانضمام لا أنه حكم بالصحة فيما لم يقصده المتبايعان .

الثالث : أنّ الحكم بالصحة في مقابل الشاة يستلزم الجهالة بمقدار الثمن والجهالة توجب فساد المعاملة ، وذلك لأنه لا يعلم أنّ الواقع بازاء الشاة أيّ مقدار

من مجموع قيمتي المجموع ، وهذا الوجه حكى عن الشافعي ^(١) ولأجله خصّوا الحكم بالصحة بصورة جهل المشتري بأن أحدهما ممّا لا يملك .

والجواب عن ذلك : أمّا الفرع فهو مفقود في المقام لعدم كون إقدامه على بيعهما خطرياً إذ على تقدير عدم قابليته للملكية يتقسط الثمن بينهما ، والجهالة إنّما اشترط عدمها في البيع بالاجماع ولا دليل عليه غيره ، والعلم بمقدار الثمن وعدم الجهالة إنّما يشترط بالاضافة إلى المجموع لا إلى كل واحد واحد من أجزاء المبيع بمعنى أن اللازم في صحة المعاملة هو العلم بأن مجموع المبيع في مقابل كذا مقدار من الثمن والجهل بذلك يوجب فساد البيع لا الجهالة بثمن بعض أجزاء المبيع . والاجماع إنّما هو على فساد البيع فيما إذا كان ثمن المجموع مجهولاً ولم يتم إجماع على بطلانه لجهالة ثمن بعض أجزاء المبيع كيف وقد ذهب المشهور إلى صحة البيع في المقام مع أن الثمن الواقع في مقابل بعض الأجزاء مجهول .

وإن شئت قلت : إنّ الاعتبار في صحة المعاملات إنّما هو العلم بمقدار الثمن في مقام البيع والمعاملة لا من حيث إمضاء الشارع وعدمه ، ومقدار الثمن في مقام البيع غير مجهول في المقام ، وإنّما يتّصف بالجهالة عند التقسيط وحكم الشارع بالصحة في الشاة والفساد في الخنزير ولا دليل على بطلان المعاملة بتلك الجهالة ، والاجماع إنّما هو على اعتبار العلم في مقام البيع دون الامضاء ، وقد عرفت أن المشهور بل الاجماع على صحة البيع في المقام فلا تغفل ، وكيف كان فلا ينبغي الإشكال في صحة البيع بالاضافة إلى ما يملك بوجه .

نعم ، بقي في المقام شيء : وهو أنّا إذا بنينا على أن الشرط الفاسد مفسد للمشروط أيضاً من أجل أن الواقع من المعاملة إنّما هو الالتزام المقيّد بالشرط

الفاقد الذي ألغاه الشارع وحكم بفساده ، وهذا المقيّد لم يرض به الشارع ولم تشملها العمومات ، وأمّا المعاملة المجردة عن ذلك الشرط فهي لم تقع في الخارج حتّى تشملها العمومات ، فلا محالة تكون المعاملة المشروطة بالشرط الفاسد فاسدة تتعدّى من ذلك إلى فساد الجزء أيضاً ونقول إنّ الجزء الفاسد أيضاً يفسد المعاملة لأنّ مرجع فساد الجزء في المقام إلى فساد الشرط حيث إنه اشترط الانضمام بالجزء الفاسد فيكون موجباً لفساد البيع لا محالة ، نعم لو كان هناك دليل على أنّ الشرط الفاسد مفسد غير ما أشرنا إليه فلا محالة تقتصر على فساد الشرط دون الجزء ، إلّا أنّ البرهان المتقدم آتٍ في الجزء أيضاً .

والذي يسهّل الخطب أننا لا نقول بافساد الشرط الفاسد لما سيجيء في محله إن شاء الله تعالى ، وعلى ما ذكرناه لا يبقى لما أفاده شيخنا الأستاذ (قدّس سرّه) (١) من الفرق بين فساد الجزء وفساد الشرط في المقام وجه .

وأما كيفية تقسيط الثمن فهي كما تقدّمت الإشارة إليه أن يقوم كل واحد من المالين بلحاظ الانضمام إلى الآخر ثمّ يجمع بين القيمتين ويؤخذ من الثمن بنسبة قيمة كل واحد من المالين بلحاظ الانضمام إلى قيمة المجموع وهي مجموع القيمتين ، هذا كلّه فيما إذا كان كل واحد ممّا يملك وما لا يملك ممّا له مالية عند العرف لا محالة كما في الشاة والخنزير والخلّ والخمر .

وأما إذا كان عدم قابلية أحدهما للملكية مستنداً إلى عدم ماليته كما إذا باع الشاة والخنفساء التي لا مالية لها عرفاً ، فالظاهر أنّ المعاملة في مثل ذلك باطلة لأجل الجهل بمقدار ثمن الشاة حين المعاملة ، وذلك لأنه لا مالية عرفية للخنفساء حتّى يقال إنّ الخنفساء تقوم في حالة الانضمام للشاة ويؤخذ بنسبتها إلى مجموع

القيمتين عند التقسيط ، إذ المفروض أنه لا مالية للخفساء عرفاً ، والقيمة الشخصية التي لاحظها المشتري حين المعاملة لا تصحّ المعاملة ، لأنّ المدار إنما هو على ملاحظة قيمة كل من الجزأين عرفاً والأخذ بنسبتها إلى مجموع القيمتين ، ولا اعتبار بالقيمة الشخصية وبما اشترى به المشتري ، وهذا بخلاف بيع الشاة والخنزير حيث إنّ للخنزير مالية عند العرف فتلاحظ قيمتها حال الانضمام ويؤخذ من الثمن بنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين ، هذا كلّه فيما إذا اشترى المشتري وباع البائع كل واحد من الشاة والخنزير بما أنه شاة وخنزير .

وأما إذا باعها أو اشتراها بما هما شاتان ثمّ ظهر أحدهما شاة والآخر خنزيراً فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(١) أنّ الخنزير يقوم بما أنه شاة لا بما أنه خنزير فيقال بأنّ الشاة بمقدار الخنزير وبلونه وسمنه تسوى كذا مقداراً حين الانضمام إلى الشاة الأولى ويؤخذ من الثمن بتلك النسبة .

وأورد عليه شيخنا الأستاذ (قدّس سرّه) ^(٢) بأنّ البيع إنّما وقع على الأمر الواقعي وعلى العين الخارجية وهي الخنزير ولم يقع على الشاة ، إذ المفروض أنّ الموجود هو الخنزير فلا بدّ من تقويم الخنزير بما هو خنزير لا بما هو شاة .

ولا يخفى أنّ البيع لو كان واقعاً عليه لكان لما أفاده وجه ، ولكن المفروض أنّنا ندعي عدم وقوع البيع عليه لفساده فلم يقع البيع على الموجود الخارجي حتّى يقال إنه خنزير لا أنه شاة ، وإنّما الغرض تعيين قيمة الشاة التي وقع عليها البيع واقعاً وعليه فلا وجه لتقويم الخنزير بما أنه خنزير لأنّه لم يشتر الخنزير حسب الفرض وإنّما اشترى الشاة . وبالجمله أنّ ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) هو

(١) المكاسب ٣ : ٥٣٤ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٢٢٤ .

الصحيح .

فالمحصل : أنَّ البيع بالاضافة إلى ما يملك صحيح ويتقسط الثمن بينهما كما عرفت .

وأما ما عن الشهيدين ^(١) والعلامة (قدس سره) ^(٢) من أنَّ الثمن بأجمعه يقع في مقابل ما يملك ولا يتقسط بينهما في صورة علم المشتري بالمال فلم نعرف له وجهاً لأنه اشتراها معاً وإنما بذل الثمن في مقابلها لا في مقابل أحدهما .

الكلام في ولاية الأب والجدة

قد ذكرنا في شرائط المتعاقدين أنها لا بدَّ من أن يكونا مالكين أو مأذونين من قبل المالك أو وليّين عليه وقد تقدّم الكلام في الأولين ، وبقي الكلام في الثالث ونقول : المتصرّف في مال الغير تارةً يستند إلى إذن ذلك الغير أو إجازته فيعبّر عنه بالوكيل والمأذون ، وتصرّفها في ماله لا بدَّ وأن يكون عن رضاه وطيب نفسه .

وأخرى يتصرّف في مال الغير من دون حاجة إلى إذن الغير وإجازته ولا رضاه وطيب نفسه ومع ذلك تكون تصرفاته نافذة في حقّ ذلك الغير ويعبّر عنه بالولي ، وهذه الولاية موارد .

منها : ولاية الأب والجدة على الطفل ، وثبوتها كاد أن يكون من ضروريات الفقه إذ لم يختلف فيها اثنان ، هذا .

مضافاً إلى الأخبار والروايات المستفيضة الواردة في الأبواب المختلفة المصرّحة بولاية الأب والجدة على الطفل :

(١) حكى عن الشهيد الأول في مفتاح الكرامة ٢٠٩: ٤ ، ٢١٠ ، وانظر المسالك ١٦٣: ٣ - ١٦٤ .

(٢) التذكرة ١٢ : ١١ .

منها : ما ورد^(١) في النكاح من أنها وليتان على تزويج البنت والابن .
 ومنها : ما ورد^(٢) في المضاربة ودلّ على جواز تصرفها في مال الطفل باعطائه للغير
 من باب المضاربة . ومنها : ما ورد^(٣) في الحجر من أنّ الصغير لا يتمكّن من
 التصرف في ماله وإنّما يتصرف فيه الأب والجدة ، وغير ذلك ممّا ورد في أبواب الفقه .
 والظاهر أنّ الأولوية التي ادّعاها شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام
 وذكر أنّ الأب والجدة وليتان على التصرف في مال الطفل بفحوى ما ورد من
 سلطنتها وولايتها على تزويج البنت صحيحة وهي كما أفاده (قدّس سرّه) وإن
 منعنا الأولوية في باب الفضولي وذكرنا أنّ ما ورد في النكاح لا يستفاد منه جواز
 الفضولي في المعاملات ، والوجه في صحّة الأولوية في المقام هو أنّ الشارع إذا سبّب
 وجعل الولاية للأب والجدة في تزويج البنت والابن الذي هو تسليط على شؤون
 البنت وتصرف له أمد طويل وهو حلّيتها لزوجها إلى آخر الحياة ، فلا محالة يسبّب
 ويجعل الولاية لهما في التصرف في مال الصغير الذي هو تمليك للمال بطريق أولى ، إذ
 لا أهمية له ولا أمد طويل فيه ، وهذه الأولوية ملحوظة في مقام الجعل والتسييب لا
 في مقام العمل بعد وقوعه كما في الأولوية في باب الفضولي فإنّها هي التي منعناها
 هناك وقلنا إنّ الحكم بصحة نكاح الفضولي لا يستلزم الحكم بصحة البيع الفضولي
 بطريق الأولوية ، لأنّ الحكم بالصحة في النكاح إنّما هو لأجل الاحتياط وتقديم
 احتمال الزنا المحرّد على احتمال الزنا بذات البعل وهو غير موجود في المعاملات ، لأنّ
 غاية ما هناك أن يكون البيع فاسداً وغير موجب لانتقال المال إلى المشتري وهو

(١) الوسائل ٢٠ : ٢٧٥ ، ٢٨٩ / أبواب عقد النكاح ب ٦ ، ١١ .

(٢) الوسائل ١٩ : ٤٢٧ / كتاب الوصايا ب ٩٢ ح ١ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٤٠٩ / كتاب الحجر ب ١ ح ١ .

ليس بمحذور أهم ، وتوضيح ذلك : أنَّ الحكم بالصحة في النكاح لأجل الاحتياط هو أنه إذا زوّجها الفضولي من أحد فإنَّ الحكم بالصحة فيه أولى من الحكم بالفساد للاحتياط ، وذلك لأنَّها إن كانت زوجته واقعاً وحكمنا بفساد النكاح فيلزم منه الزنا بذات البعل عند تزويجها من غيره ، وهذا بخلاف ما إذا حكمنا بالصحة فإنَّها على تقدير عدم كونها زوجة له واقعاً لا يلزم منه إلّا مجرد الزنا ، ومن المعلوم أنَّ الزنا بذات البعل لا يقاس بالزنا المجرد والثاني أهون منه بمراتب ، وإن كان كلاهما على خلاف الاحتياط ، إلّا أنَّ أولى الاحتياطين هو الحكم بالصحة . وكيف كان فالأولوية المدّعاة إنّما هي الأولوية في مقام الجعل والتسبيب وقد عرفت الأولوية فلا نعيد ، وكيف كان فأصل ولاية الأب والجَدَّ ممّا لا يقبل الإنكار .

فهل الولاية ثابتة في حقِّها على الإطلاق أو أنّها مقيدة بالعدالة فيها فلا ولاية للأب والجَدَّ فيها إذا كانا فاسقين ؟

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(١) أنَّ الولاية ثابتة لها مطلقاً كما هو المشهور ، واستدلَّ على عدم اشتراط العدالة بالأصل والاطلاقات ، والمراد بالأصل في المقام ليس هو البراءة قطعاً ، إذ لا كلام لنا في ثبوت تكليف حتّى تنفيه بالبراءة وإنَّما الكلام في اشتراط العدالة وعدمه ، فالمرود خارج من موارد جريان البراءة فيتعيّن أن يراد بالأصل الاستصحاب .

فحينئذ إن أراد بالاستصحاب استصحاب عدم اشتراط ولايتها بالعدالة في الشريعة المقدّسة بمفاد ليس الناقصة ، فيتوجّه عليه أنَّ الولاية متى ثبتت لها في الشريعة من دون اشتراط العدالة فيها لنستصحبه ونقول إنّها كما كانت ولم يشترط العدالة فيها فعلاً .

وإن أراد نفيه بمفاد ليس التامة وإجراء الاستصحاب في العدم الأزلي ، فهو وإن كان متيناً في حد نفسه لما ذكرنا في محله من أن الاستصحاب يجري في الأعدام الأزلية فيقال في المقام إن كلاً من الولاية واشتراط العدالة كان غير موجود في الشريعة المقدسة ثم علمنا بوجود الولاية وثبوتها وشككتنا في تحقق اشتراط العدالة معها فالأصل عدم تحقق الاشتراط معها ، إلا أن ذلك منافٍ لمسلكه (قدس سره) من عدم جريان الاستصحاب في الأعدام الأزلية أولاً .

وثانياً : أن استصحاب عدم الاشتراط ولو باجراء الأصل في الأعدام الأزلية لا يثبت الاطلاق وأن الولاية لها ثابتة على نحو الاطلاق إلا بنحو الأصل المثبت الذي لا نقول به .

وثالثاً : أن هذا الاستصحاب مبتلى بالمعارض لما ذكرناه غير مرة من أن الاطلاق والتقيد أمران متضادان فاستصحاب عدم الاشتراط معارض باستصحاب عدم لحاظ الاطلاق في مقام الجعل والتشريع ، فإن كل واحد منها يحتاج إلى لحاظ المحاكم لا محالة وأصالة عدم أحدهما معارض بأصالة عدم الآخر فيتعارضان ، وكيف كان فلا أصل لهذا الأصل .

وأما الاطلاقات فهي كما أفاده (قدس سره) مطلقة وتدل على عدم اعتبار العدالة في الأب والجد ، بل لم يخالف في ذلك من الأصحاب إلا ما حكى عن الوسيلة^(١) والايضاح^(٢) فإنهما اعتبرا العدالة في ولايتها واستدلاً على اشتراط العدالة بأنهما ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يصرف عن ماله ، ويستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً يقبل إقراراته وإخباراته عن غيره مع نص

(١) لاحظ الوسيلة : ٢٧٩ .

(٢) إيضاح الفوائد ٢ : ٦٢٨ .

القرآن على خلافه ، انتهى .

وقد استظهر شيخنا الأنصاري من جامع المقاصد ^(١) أنهم أرادوا بنص القرآن قوله تعالى ﴿وَلَا تَزْكُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ﴾ ^(٢) ، إلا أنها لا دلالة فيها على اشتراط العدالة بوجه ، إذ المراد عدم الركون إلى الظالم فيما يرجع إلى أمور الدين والآخرة دون غيره ، مثلاً إذا أخبر الظالم عن حرمة شيء أو نبوة أحد فلا يمكن الركون إلى قوله لاستلزامه النار في الآخرة لعدم مطابقة قوله الواقع ، وأمّا توكيل الظالم في بيع ماله أو أمر آخر فهو ليس ركوناً إليه على نحو يوجب مسّ النار كما في الآية المباركة ، وتوكيل الظالم ليس من المحرمات الشرعية قطعاً ، مضافاً إلى أن جعله ولياً ليس ركوناً إلى الظالم بعد ما صار أميناً بالولاية .

ويعتدل أن يراد بنص القرآن قوله تعالى ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَسَبِّحُوا أَنْ تَصِيبُوا قَوْلًا يَظْمَرُهُ فَتَضْحَكُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِينَ﴾ ^(٣) بملاحظة ذيل عبارة الايضاح المتقدمة ^(٤) حيث قال : ويقبل إقراراته وإخباراته ، إلا أنها أيضاً لا دلالة فيها على اشتراط العدالة في الولي من أجل أنها إنما تدلّ على عدم قبول إخبار الفاسق عن الغير فيما يترتب عليه الآثار بلحاظ قوله تعالى ﴿فَتَضْحَكُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِينَ﴾ وأمّا إذا أخبر عن شؤون نفسه من دون أن يترتب عليه أثر على الغير كما إذا قال : إنّ توبّي ملك فلان أو نجس أفلا يجوز قبوله بدعوى أنه فاسق ، فإنه لا بدّ من قبوله بما أنه ذو اليد لا بما أنه فاسق ، وفي المقام أيضاً تقبل إخبارات الأب الفاسق

(١) جامع المقاصد ١١ : ٢٧٥ .

(٢) هود ١١ : ١١٣ .

(٣) الحجرات ٤٩ : ٦ .

(٤) تقدّمت آنفاً .

بما أنه ولي لا بما أنه فاسق . وبعبارة أخرى : الآية المباركة بقرينة ذيلها إنما تدلّ على عدم اعتبار خبر الفاسق بصفة أنه فاسق لا على نحو الإطلاق كعنوان أنه مالك أو ذو يد أو ولي ، فكما نقبل إقرار الفاسق بما أنه مالك للمال فكذا نقبل إخباره عن أموال الطفل بما أنه وليه بعد ثبوت ولايته ، فلا استدلال بهذه الآية مما لا مورد له .

وأما استحالة جعل الفاسق أميناً من حكمة الصانع كما أفيد فيدفعه : أنه لا مانع من ذلك فيما إذا رأى الحكيم في ولاية الأب مصلحة ولأجلها جعل له الولاية والسلطنة ، وهذه المصلحة هي رافة الأب على ولده وإن كان في أعلى مراتب الفسق ، إذ سائر الناس ليسوا بأرأف به من أبيه وجدّه ولو كانوا في أعلى مراتب العدالة ، وهذه الرافة هي التي توجب حفظ مال الصبي .

وبالجملة : أنّ المصلحة النوعية وهي الشفقة على الولد بمقتضى الطبيعة البشرية توجب جعل الولاية لها ، وعلى تقدير كونها متلفين لأموال الولد فللحاكم عزلها كما هو واضح .

فالمتحصّل : أنّ العدالة غير معتبرة في ولاية الأب والجَد .

فيقع الكلام بعد ذلك في أنّ تصرف الأب والجَد هل يشترط في صحته ونفوذه أن يكون على وفق مصلحة الولد أو يكفي في صحته عدم المفسدة أو أنه لا يعتبر في صحته شيء من المصلحة وعدم المفسدة ؟

قد حكى الأول عن الشيخ الطوسي^(١) وذهب شيخنا الأنصاري (قدس سرّه)^(٢) إلى الثاني وحكى الثالث عن بعضهم . وربما يفصل بين الأب والجَد باشتراط المصلحة في الجد والاكتفاء بعدم المفسدة في الأب .

(١) المبسوط ٢ : ٢٠٠ .

(٢) المكاسب ٣ : ٥٣٧ .

وقد استدلل لعدم اشتراط المصلحة وعدم المفسدة باطلاق ما ورد^(١) من أن الولد وماله لأبيه ، أو « أنت ومالك لأبيك » أو غير ذلك مما ورد في المقام ، ومن الظاهر أن تصرفات الإنسان في مال نفسه لا تشتط بالمصلحة أو عدم المفسدة بل هي صحيحة ونافذة مطلقاً ، هذا .

ولا يخفى أن هذه الأخبار بأجمعها أجنبية عن الولاية ولا دلالة لها على اشتراطها أو عدم اشتراطها بشيء ، وتوضيح ذلك : أن المراد من قوله (عليه السلام) « أنت ومالك لأبيك » ليس هو الملك قطعاً ، إذ لا معنى لأن يكون الولد ملكاً لوالده ، وإلا فيصير كالعبد ولا يتملك شيئاً ، نعم لو لم تشمل الرواية على لفظة أنت لكان احتمال الملك ممكناً إلا أنك عرفت أن الرواية مشتملة على لفظة أنت ، ومعه لا يبق مجال لهذا الاحتمال ، هذا .

مضافاً إلى أن ذلك ينافي ما ورد من أن الولي أعني الأب والجدة يجوز أن يقتض من مال الولد^(٢) أو أنه يقوم جارية الابن على نفسه^(٣) إذ لو كان الولد وماله ملكاً لهما فلا يحتاج إلى الاقتراض بل هو ماله ، كما لا يكون حينئذ معنى لتقويم الجارية ولعله ظاهر فاحتمال إرادة الملك مقطوع الفساد .

كما أن المراد منها ليس هو الولاية بمعنى أنت ومالك تحت تصرف أبيك وذلك لأن بعضها ورد في الكبير كالرواية^(٤) المتضمنة لشكاية الولد إلى النبي (صلى الله عليه وآله) من أبيه وما ورد في تزويج الجد للبنت معللاً بأن البنت وأباها للجد

(١) الوسائل ١٧ : ٢٦٢ / أبواب ما يكتسب به ب ٧٨ .

(٢) انوسائل ١٧ : ٢٦٤ / أبواب ما يكتسب به ب ٧٨ ح ٦ .

(٣) الوسائل ١٧ : ٢٦٣ / أبواب ما يكتسب به ب ٧٨ ح ٣ .

(٤) الوسائل ١٧ : ٢٦٥ / أبواب ما يكتسب به ب ٧٨ ح ٨ .

ومن المعلوم أنّ الكبير لا معنى للولاية عليه ، فهذا الاحتمال أيضاً مندفع .
وأما احتمال إرادة الملك تنزيلاً بمعنى أنّ الولد وماله وإن لم يكونا مملوكين
للأب حقيقة إلّا أنّهما في حكم الملك بالنسبة إليه ، فهو أيضاً مندفع بأنّ ذلك ينافي
الافتراض من مال الولد وتقويم جاريته على نفسه لأنّ الإنسان لا يفترض من مال
نفسه ولا يقوم ماله على نفسه .

وأما احتمال إرادة الانتفاع بمال الولد ونفسه بمعنى أنّ الوالد يجوز له الانتفاع
من الولد وماله ، فهو وإن كان صحيحاً في حدّ نفسه إلّا أنّه لا دلالة فيه على الولاية
لأنّ جواز الانتفاع أمر غير الولاية على الولد كما هو ظاهر .
فتحصّل : أنّ هذه الأخبار لا دلالة فيها على الولاية ولا على تقييدها
واشتراطها بشيء .

والتحقيق في معنى الحديث أن يقال : إنه ناظر إلى أمر أخلاقي ناشئ من الأمر
التكويني ، وذلك الأمر التكويني هو أنّ الله تعالى قد وهب الولد لوالده كما هو
مقتضى قوله تعالى ﴿يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِئَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾^(١) فهو موهوب
وهدية من الله لوالده كما ورد في عدّة روايات^(٢) سئل فيها عن وجه حلّية مال
الولد لوالده دون العكس فأجابه (عليه السلام) بأنّ الولد موهوب إلهي للأب
ومقتضى الهدية في مقابل المشاق التي احتملها الأب وتوسّل إلى الله تعالى في طلب
الولد أن لا يمنعه الولد عن التصرف فيه وفي ماله ، فلا ربط لتلك الروايات بالولاية
كما لا يخفى .

واستدل أيضاً على عدم اعتبار شيء من الأمرين في ولايتها باطلاق ما دلّ

(١) الشورى ٤٢ : ٤٩ .

(٢) الوسائل ١٧ : ٢٦٦ / أبواب ما يكتسب به ب ٧٨ ح ٩ .

على ولاية الأب والجدة على تزويج البنت وتقديم تزويج الجد على تزويج الأب فيما إذا زوّجا البنت من شخصين في زمان واحد معللاً بأن الأب وماله للجدّ ، فولاية الجدة أقوى من ولاية الأب في النكاح ، لكن الإنصاف أنه لا إطلاق لهذه الروايات بل هي منصرفة إلى جعل السلطنة للولي في التصرفات التي لا تكون مضرّة بالمولى عليه .

وكيف كان ، فلم يثبت عدم اشتراط الولاية والتصرّف بالمصلحة في مثل البيع والاجارة وغيرهما من المعاملات ، فإذا قلنا باشتراطه فيها بالمصلحة لقلنا باشتراطه بها في النكاح بطريق أولى لأنه أهم ، كما أنّ نفوذ تزويجها إذا لم يثبت اشتراطه بالمصلحة في النكاح لقلنا بعدم اشتراطه بها في المعاملات بطريق الأولوية . فالمتحصّل : أنّ هذه الأخبار لا يستفاد منها عدم اشتراط التصرف بالمصلحة وعدم المفسدة . مضافاً إلى أنّها على تقدير إطلاقها ودلالاتها على عدم الاشتراط نقيدها بصحيفة أبي حمزة الثمالي^(١) الدالّة على تقييد التصرف في مال الابن بصورة الحاجة مذيلة بقوله تعالى ﴿وَاللّٰهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ﴾^(٢) فإنّ معناه أنّ الله يبغض الفساد لا أنه يكرهه ، إذ لا معنى لكرهه الفساد ، فتكون هذه الصحيفة دليلاً على حرمة التصرف من دون مصلحة أو مع وجود المفسدة فيكون موجباً لتقييد هذه الأخبار المتقدّمة على تقدير إطلاقها ودلالاتها على عدم الاشتراط . هذا كلّ في التصرفات الراجعة إلى غير الولي في مال الولد .

وأما في التصرفات الراجعة إلى نفسه في مال الولد فلا ينبغي الإشكال في عدم اشتراطها بالمصلحة بل بمجرد عدم وجود المفسدة فيها كافٍ في صحّتها كما إذا

(١) تقدّمت آنفاً ، وهي الرواية الثانية من الباب ٧٨ من أبواب ما يكسب به .

(٢) البقرة ٢ : ٢٠٥ .

احتاج إلى تبديل فلسفه بدراهم الولد أو إلى جاريته وهكذا ، فإنّ عدم المفسدة في مثل تلك التصرفات كافٍ في صحّتها ولعلّه ظاهر .

ملخص ما ذكرناه : أنّه استدلّ على عدم اشتراط الولاية بشيء من المصلحة وعدم المفسدة بالأخبار المتقدمة الواردة في أنّ الولد وماله لأبيه ، إلّا أنّك عرفت أنّها غير واردة في الولاية بوجه ، ولا دلالة لها على الملكية الحقيقية ولا التنزيلية ولا غيرها ، وإنّما وردت لأجل أمر آخر لا ربط له بالولاية . نعم الأخبار الواردة في النكاح الدالّة على أنّ الجَد والأب يزوّجان الابن والبنّت وعلى تقدير المزاحمة يقدّم الجَدّ على الأب قد يدعى أنّها مطلقة وغير مقيدة بوجود المصلحة أو بعدم المفسدة ويمكن أن يستدلّ بها على عدم اشتراط الولاية بشيء ، وعليه فنفى الاشتراط في غير النكاح بطريق الأولوية ، إلّا أنّ صحيحة أبي حمزة الثمالي المتقدمة ^(١) تدلّ على تقييد الولاية بعدم المفسدة وتوجب تقييد تلك المطلقات كما مرّ ، فإذا ثبت الاشتراط في غير النكاح فنثبتته في النكاح بطريق أولى ، هذا .

وربما يقال كما عن بعض مشايخنا المحققين ^(٢) إنّ الأخبار الواردة في النكاح أيضاً مقيدة بعدم المفسدة ولا إطلاق فيها بوجه ، وذلك لما ورد في بعضها من أنّ الجَدّ يقدّم على الأب عند المزاحمة إلّا إذا كان مضارّاً وفي مقام الاضرار ، وهي توجب تقييد غيرها من الأخبار بعدم المفسدة لا محالة ، هذا .

ولا يخفى أنّه لا دلالة في هذه الرواية على الاشتراط بالمصلحة أو عدم المفسدة ، وذلك لأنّها إنّما دلّت على اشتراط أولوية الجَد من الأب بصورة عدم الاضرار ، لا أنّها دلّت على تقييد أصل ولاية الجَد بعدم كونه مضارّاً ، وأولوية الجَد

(١) تقدّمت آنفاً ، وهي الرواية الثانية من الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به .

(٢) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ٢ : ٣٧٥ .

من الأب في مقام المزاحمة أمر وولايته أمر آخر ولا ينبغي خلط أحدهما بالآخر ولعلّه ظاهر .

ثم إنهم استدّلوا على اشتراط المصلحة في الولاية بوجوه :

الأول : أنّ نفس جعل الولاية في حقّ الصغير والمجنون وغيرهما يقتضي اشتراطها بالمصلحة ، لأنّ معناه أن يباشر الولي أمور المولى عليه لأجل أن يعود نفعها إلى ذلك المولى عليه بأن يبيع داره لأجل مصلحته ويشتري له شيئاً لدفع مفسدته ، لأنّ تجعل الولاية للتصرف في مال المولى عليه بلا مصلحة وصرفه فيها لا ينبغي له ، وكيف كان فالحكمة في جعل الولاية هي مصلحة الطفل والمولى عليه وإلّا فيكون أصل تشريعها لغواً ، فمقتضى نفس جعل الولاية أن يراعى مصلحة المولى عليه ، ولعلّ ذلك ظاهر .

والجواب عن ذلك : أن جعل الولي لشخص وإن كان مقتضياً لمراعاة مصالح المولى عليه لا محالة (وإلّا فلم يكن يحتاج إلى جعل الولي بل يخلى الطفل بحاله وإن تصرف في ماله بما يضرّه لأنه وجعل الولاية على نحو الإطلاق على حدّ سواء في عدم عود المنافع إليه) إلّا أنّ ذلك كلّهُ فيما إذا لوحظ المولى عليه في مقام جعل الولاية ، وكان جعلها بالاضافة إلى مصالحه فقط ، وأمّا إذا كان جعلها بملاحظة كل واحد من الطرفين ولأجل احترام الولي ، لأنّ المولى عليه موهوب له كما ورد في الأخبار^(١) من أنّ الولد هبة لأبيه ، فإنّما جعل الولاية له حفظاً لاحترامه ومصالحه ولأجل التصرف في مال المولى عليه وحفظه ، فلا يقتضي جعل الولاية للأب مثلاً رعاية مصالح المولى عليه في جميع التصرفات ، ولا وجه لتقييد أدلّتها مع أنّها مطلقة في مقام الاتبات ، بل ثبت أنّ الولي له أن يأكل من مال الطفل عند الحاجة إليه وإن

كان ذلك على خلاف مصلحة الصغير ، وذلك لأنَّ نفقة الوالدين على الولد عند الاعسار كما أنَّ نفقة الولد على الأبوين .

الوجه الثاني : الاجماع على اشتراط الولاية بالمصلحة في التصرف .

ويدفعه : أنَّ المحصل منه غير حاصل والمنقول منه ليس بحجة . مضافاً إلى أنَّ تحقق الاجماع في حدِّ نفسه غير خال عن التعسف لكثرة المخالف في المسألة ، وقد ذهب بعضهم إلى عدم اعتبار شيء من المصلحة وعدم المفسدة . مع أنَّ من المحتمل لو لم يكن هو المظنُّ به أنَّ القائلين بالاشتراط إنما اعتمدوا في ذلك على الوجه السابق أو الوجه الآتي ، ومع هذا الاحتمال كيف يكون الاجماع على تقدير تحققه تعبدياً كاشفاً عن رأي المعصوم (عليه السلام) .

الوجه الثالث : قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(١) والأحسن إنما يتحقق بالمصلحة ، فإن قلنا إنَّ اليتيم عبارة عن خصوص من مات أبوه فلا تشمل الآية الأب كما هو ظاهر وتشمل الجد فقط عند فقدان الأب ، وإن عمَّناه لمن ماتت أمُّه فتشمل الأب أيضاً ، فإذا ثبت اشتراط الولاية في الجد بالمصلحة فنشبهه في ولاية الأب بطريق أولى ، لما مرَّ وعرفت من أنَّ ولاية الجد أقوى من ولاية الأب عند المزاخمة ، فإذا ثبت أمر في القوي فيثبت في الضعيف بالأولوية . وبهذا يندفع ما ذكره شيخنا الأنصاري^(٢) في المقام من أنَّ عدم القول بالفصل ممنوع ، وذلك لأنَّك عرفت أنَّ الوجه في عدم الانفصال هو الأولوية وهي ليست ممنوعة ، هذا .

إلا أنَّ الآية خطاب لعموم الناس ولا مانع من تخصيصها وتقييدها بما ورد في

(١) الأنعام ٦ : ١٥٢ .

(٢) المكاسب ٣ : ٥٤٢ .

ولاية الجَدِّ والأب من الأخبار المطلقة الدالة على أنَّ ولايتهما مشروطة بعدم الفساد لا بوجود المصلحة ، وبذلك تخرج ولاية الأب والجَدِّ عن الاشتراط بالمصلحة بخلاف ولاية غيرهما من الأولياء كالوصي والقَيمِّ والحاكم وعدول المؤمنين وفَسَّاقهم عند عدم العدول .

فالمتحصِّل أنَّ اللازم في ولاية الأب والجَدِّ هو عدم المفسدة لقوله (عليه السلام) في صحيحة أبي حمزة الثمالي^(١) « إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ » وأما المصلحة فلا .

بقي الكلام في أنَّ المصلحة أو عدم المفسدة المعتبرة في ولاية الأب والجَدِّ هل الاعتبار بوجودهما الواقعي أو المعتبر فيهما هو المصلحة أو عدم المفسدة بوجودهما الاحرازي ، وتظهر الثمرة فيما إذا تصرَّف في مال الصغير بقصد المصلحة وعدم المفسدة فظهر أنه كان فاسداً في الواقع ، أو أنه تصرَّف فيه بقصد الافساد ثمَّ ظهر أنه على وفق مصلحة الطفل فهل يحكم بالصحة أو بالفساد ؟

وهذه المسألة لم تنقَح في كلماتهم بوجه إلَّا بالإشارة في بعضها ونقول في تحقيق ذلك : أنَّ المعتبر في ولاية الأب والجَدِّ عدم الافساد كما في صحيحة أبي حمزة الثمالي والمفسدة كعنوان المعصية متقوِّمة بأمرين على ما ذكرناه في سفر المعصية من بحث الصلاة^(٢) : أحدهما الفساد الواقعي . وثانيهما : قصده ، كما أنَّ المعصية متقوِّمة بالعصيان واقعاً وبالقصْد إليه ، فإذا تصرَّف في أموال الصغير بقصد الإفساد وكان ذلك فاسداً في الواقع أيضاً يحكم بعدم الصحة والنفوذ لاشتراط الولاية بعدم المفسدة ، وأما إذا تصرَّف فيه بقصد الافساد ولم يكن فاسداً في الواقع بل كان على مصلحة المولى عليه أو تصرَّف فيه من دون قصد الافساد وكان في الواقع فاسداً فلا

(١) الوسائل ١٧ : ٢٦٣ / أبواب ما يكتسب به ب ٧٨ ح ٢ .

(٢) شرح العروة الوثقى ٢٠ : ١٣٥ .

يحكم بالفساد بوجه ، لأنه كما عرفت متقوم بوجود المفسدة الواقعية وبقصد ذلك الفساد وإذا انتفى أحدهما ينتفى الفساد كما في المعصية فلا تغفل^(١).

استدراك وعدول

قد ذكرنا أنَّ النسبة بين الروايات الواردة في ولاية الأب والجَد والآية المباركة أي قوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ﴾^(٢) الخ عموم وخصوص ، وأنَّ الروايات تتقدّم على الآية وتخصّصها ، إلّا أنَّ الظاهر أنَّ النسبة بينهما عموم من وجه وأنَّ الآية في مقام بيان سعة ولاية الأب والجَد وضيقها وإنّما دلّت على أنَّ التصرف في مال اليتيم لا بدّ وأن يكون عن مصلحة تعود إليه سواء كان الولي هو الأب أو الجَد أو غيرها ، والروايات دلّت على أنَّ تصرف الأب والجَد لا بدّ وأن لا يكون مع المفسدة سواء كان مع المصلحة أيضاً أو بدونها ، فتكون صورة عدم المصلحة وعدم المفسدة مورداً لاجتماعها وتعارضها ، ولا وجه لتقدّم الروايات على الآية أبداً هذا كلّه فيما إذا كانت دلالة الآية على اشتراط الولاية بالمصلحة تامّة .

إلّا أنَّ للمناقشة في دلالتها على ذلك مجالاً واسعاً ، وذلك لأنّنا تتبّعنا ولم نجد رواية من المعصومين (عليهم السلام) في تفسير الآية المباركة بذلك ، وظهرها أنّها

(١) ولا يخفى أنه بناء على اعتبار المصلحة في الولاية يأتي فيها ما أفاده سيّدنا الأستاذ دام علاه لأنّ المصلحة كالمفسدة لا بدّ من أن يتقوم بأمرين أحدهما المصلحة الواقعية وثانيها قصدتها ، وعليه فإذا تصرف فيه بقصد المصلحة وكان في الواقع على خلافها أو تصرف فيه بقصد المفسدة وكان في الواقع على وفق المصلحة فهل يمكن الحكم بفساد ذلك التصرف وعلى ما أفاده السيد دام ظلّه لا بدّ من الحكم بالفساد في صورتين وهو مشكل .

نظير قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(١) وليس مفادها غير مفاد هذه الآية المباركة ، ومعنى القرب على ما بيّنا في محله يختلف باختلاف الموارد ففيها إذا أضيف إلى فعل من الأفعال كما إذا قيل : لا تقربوا من شرب الخمر أو لا تقرب الزنا إنه كان فاحشة ونحو ذلك فعناه لا تفعله ولا تأت به كما هو المصطلح بالفارسية أيضاً وإذا أضيف إلى جنس من الأجناس كما في قوله تعالى ﴿لَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ﴾^(٢) أو لا تقرب المزمار وآلات الغناء فعناه أن لا تجعله تحت يدك ولا تملكه بالأكل والتصرف فيه ، والظاهر أن اليتيم في الآية إنما ذكر من أجل أن الغالب أنهم يتقربون من أموال اليتامى ويأخذونها لعدم تمكن اليتيم من الدفع عن نفسه وإلا فلا خصوصية لليتيم أبداً .

ثم إن الباء في قوله تعالى ﴿إِلَّا بِالتَّيِّبِ﴾ سببية كما في قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ وقد حذف متعلّقها وهو الطريقة الوسطى كما يشهد له تأنيث الموصول ، ولا يراد به التقرب الأحسن ، فعنى الآية لا تأكلوا ولا تقربوا أموال اليتامى إلا بالطريقة الوسطى وهي طريقة الإسلام ، بمعنى أنه لا تأكلوها إلا بمجرّد شرعي الذي هو الطريقة الإسلامية ، فساق الآية مساق قوله تعالى ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ وعليه فالآية أجنبية عن الولاية بالكلية ، وذلك لأنّ التصرف في مال اليتيم بالبيع ونحوه ليس تقرباً للمال ، لما عرفت من أن معنى التقرب هو الأكل والتمكك لا البيع والشراء وأمثالها ، والنهي في المقام تكليفي قد تعلّق بالتقرب بالمعنى المذكور ولا ربط له بالحكم الوضعي من الصحة والفساد أبداً ، وعلى تقدير أن النهي أعم من التكليفي والوضعي أيضاً قد عرفت أن التقرب لا يشمل

(١) النساء ٤ : ٢٩ .

(٢) الأنعام ٦ : ١٥٢ .

أمثال التصرف بالبيع ونحوه ولعلّه ظاهر ، وعليه فالأخبار الواردة في ولاية الأب والجد الدالة على اعتبار عدم المفسدة فقط تبقى بلا معارض .

بقي الكلام في أمور : الأول : أنّ هذا الحكم هل يختص بالأب والجد الأدنى وهو أب الأب فقط ، أو أنه يعمّ جد الأب أيضاً وهكذا ؟ الظاهر أنّ الحكم عام ولا يختص بالجد الأدنى بل يعمّه وغيره من الأجداد أيضاً ، لاطلاق الأخبار^(١) الواردة في النكاح ، مضافاً إلى ما ورد في تعليل ولاية الجد من « أنت ومالك لأبيك » فإنه موجود بالاضافة إلى الأجداد العالية أيضاً .

الثاني : أنه إذا فقد الأب ومات فهل تختص الولاية بالجد الأدنى أو يشترك هو وأبوه في الولاية ؟ ربما يقال إنّ الولاية تختص بالأدنى لقوله تعالى « وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ »^(٢) الخ . وفيه : أنّ الآية ليست إلّا في مقام أولوية بعضهم على بعض آخر في الارث لا في غيره وإلّا فالولد أقرب بالاضافة إلى الأب مع أنّ الولاية ثبتت لكليهما وللأب أن يتصرف في مال الصغير مع وجود ولده فالظاهر أنّ كلّاً من الأجداد يمكنهم التصرف في أموال المولّى عليه لعدم قوله « أنت ومالك لأبيك » .

وبالجملة : أنّ المقتضي لولاية الأجداد موجود وهو الاطلاقات الواردة في باب النكاح من دون تقسيدها بشيء ، والمانع مفقود ، وأما ما تخيل مانعاً في المقام وهي الآية الشريفة فقد عرفت أنّها راجعة إلى الارث ولا تصلح للمناعية . وبعبارة أخرى أنّ أصل ولاية الأجداد إنّ ثبت بالاطلاق ونحوه فلا وجه لرفع اليد عنه وإن قلنا إنّ الأدلة المثبتة للولاية منصرفة إلى غير الأجداد المتعالية فالمقتضي من

(١) تقدّمت في الصفحة ١٣٧ .

(٢) الأنفال ٨ : ٧٥ .

الابتداء قاصر .

الثالث : هل ولاية الجَدّ تختصّ بحال حياة الأب أو أنّها عامّة والجَدّ ولي على نحو الاطلاق سواء كان الأب حيّاً أو ميتاً ؟ ولا يخفى بعد اختصاص الولاية في الجَدّ بحال حياة الأب ، لأنّ ولايته أقوى من ولاية الأب فكيف تختصّ بحال حياة الأب هذا ولكن مورد بعض الأخبار الواردة في النكاح هو إثبات الولاية للجَدّ مع وجود الأب ، إلّا أنّ الأخبار الأخرى الواردة في إثبات الولاية للجَدّ مطلقة ولا تقيّد فيها بخصوص حياة الأب ، ولا مقيدّة لاطلاقها إلّا ما رواه شيخنا المحقّق في حاشيته (١) عن فضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : « إنّ الجَدّ إذا زوّج ابنة ابنه وكان أبوها حيّاً وكان الجَدّ مرضياً جازاً » (٢) فإنّها قيّدت الولاية بحال حياة الأب . ولكنّا حينما تفحصنا عن الرواية في الوافي (٣) وجدناها بغير هذا السند وقد رواها فيه عن البقباق ، هذا .

ولا يخفى أنّه ظهر بعد المراجعة أنّ الرواية منقولة عن أبي العباس واسمه فضل ولقبه البقباق وقد رواها في الوافي باللقب تلخيصاً للكلام كما هو دأبه على ما صرح به في أوائل كتابه ، وعليه فالطريقان متّحدان .

وعلى تقدير تمامية هذه الرواية بحسب السند والدلالة لا بدّ من الالتزام بأنّ ولاية الجَدّ تختصّ بحال وجود الأب فقط ، كما لا بدّ من الالتزام باشتراط ولاية الجَدّ بالعدالة لأنّها معنى قوله (عليه السلام) « وكان الجَدّ مرضياً » فإنّ المرضي على وجه

(١) حاشية المكاسب (الاضفهان) ٢ : ٣٧٧ .

(٢) الوسائل ٢٠ : ٢٩٠ / أبواب عقد النكاح ب ١١ ح ٤ .

(٣) الوافي ٢١ : ٤٣٧ / ٢١٤٩١ .

الاطلاق أي في العمل والاعتقاد عبارة عن العادل كما ورد^(١) في روايات إمام الجماعة فراجع ، وتكون هذه الرواية مقيدة وموجبة لاشتراط الولاية بالعدالة شرعاً ولا ينحصر وجه الاشتراط في الوجه العقلي كما صنعه الفخر (قدس سرّه)^(٢) فراجع .

إلا أن الكلام في تمامية سند الرواية ودلائلها .

أما بحسب السند فالظاهر أنها ضعيفة ، لأن من جملة روايتها جعفر بن سماعة وهو ممن لم تثبت وثاقته وقد ضعف المجلسي سند الرواية في مرآة العقول^(٣) إلا أن ذلك من جهة الوقف . وقد اعتقد صاحب الرجال الكبير^(٤) أن جعفر هذا هو جعفر ابن محمد بن سماعة وهو موثق في كتب الرجال إلا أن كون جعفر هو جعفر الموثق لم يثبت عندنا ، لاحتمال أن يكون جعفر اسم شخصين أحدهما ولد لسماعة وثانيها ولد ولده ، ورواية الرواية كلهم واقفية إلا أنه لا يضر بحجيتها بعد ما كانوا موثقين من غير جهة جعفر بن سماعة ، هذا كله بحسب السند .

وأما دلائلها فقد وقع الكلام في أن دلائلها على القيد هل هي بمفهوم الوصف أو أنها بمفهوه الشرط ؟ وقد حكى شيخنا المحقق^(٥) عن صاحب الجواهر^(٦) أن دلائلها عليها بمفهوه الشرط ، إلا أنه (قدس سرّه) ذهب إلى أنها بمفهوه الوصف

(١) الوسائل ٨ : ٣٢٦ ح ٢ ، ٣٣٨ ح ٢ .

(٢) إيضاح الفوائد ٢ : ٦٢٨ .

(٣) [لاحظ مرآة العقول ٢٠ : ١٣٢ فإنه ذكر أن الرواية موثقة] .

(٤) منهج المقال ٣ : ٢٠١ . [ولا يخفى أنه (قدس سرّه) اختار في المعجم انصراف جعفر بن سماعة إلى جعفر بن محمد بن سماعة الثقة فلاحظ معجم رجال الحديث ٥ : ٣٨] .

(٥) حاشية المكاسب (الأصفهاني) ٢ : ٣٧٧ .

(٦) الجواهر ٢٩ : ١٧١ .

لأن الشرطية سبقت لبيان تحقق الموضوع حيث إن مفهومها أنه إذا لم يزوّج الجذّ ابنة ابنه، ومن الواضح أن عدم الولاية حينئذ من باب السالبة بانتفاع الموضوع ومثله لا يدلّ على المفهوم، وإِنّما هو مستفاد من الوصف في المقام وقد أثبتنا في عمله^(١) أن الوصف لا مفهوم له، وبذلك تسقط الرواية عن الاعتبار، هذا.

إلا أن الصحيح أن دلالتها على ثبوت القيدتين إِنّما هي بمفهوم الشرط كما ذكرنا ذلك في الأصول وقلنا إن نسبة الجزء إلى الشرط تارة نسبة المعلول إلى علته عقلاً بحيث يستحيل أن يتحقّق الجزء في الخارج من دون تحقق الشرط وهذا نظير قوله: إن رزقت ولداً فاخنته أو إن ركب الأمير فخذ ركابه، وفي أمثال ذلك يكون الشرط مسوقاً لأجل تحقق الموضوع ولا دلالة في أمثاله على المفهوم لأنه سالبة بانتفاء الموضوع.

وأخرى يكون نسبة الجزء إلى الشرط نسبة المعلول إلى علته شرعاً من دون أن يكون بينهما ترتّب عقلي وهذا كما إذا قال إن جاءك زيد فاعطه درهماً، فإن إعطاء الدرهم لا يتوقّف على المجيء عقلاً وإِنّما الترتّب بينهما شرعي، وفي مثل ذلك يؤخذ بمفهوم الشرط ويقال إنه حجة.

وثالثة تشتمل الجملة الشرطية على قيدتين أو قيود تكون النسبة والترتّب بين بعضها وبين الجزء عقلياً وبين بعضها الآخر والجزء شرعياً، وهذا كما إذا ورد إن رزقت ولداً وكان تولّده يوم الجمعة فاخنته، فإنّ الحتان بالاضافة إلى المرزوقية معلول عقلي لعدم إمكانه بدونها، وأما بالاضافة إلى التولّد يوم الجمعة معلول شرعي لامكان الحتان من دون الحاجة إلى التولّد يوم الجمعة أصلاً، ففي مثل ذلك لا يمكن استفادة المفهوم بالاضافة إلى الجملة الأولى لأنّها مسوقة لتحقيق الموضوع

بخلاف الجملة الثانية لأنها تدلّ على المفهوم لا محالة ويستفاد منها أنّ التولّد إذا لم يكن يوم الجمعة فلا يجب الختان .

والرواية من هذا القسم الثالث لاشتغالها على تزويج بنت الابن وعلى كون الأب حياً وعلى كون الجد مرضياً ، فبالإضافة إلى الأولى لا يمكن استفادة المفهوم لأنها سيقت لتحقيق الموضوع وأما بالإضافة إلى الباقي فلا مانع من الأخذ بالمفهوم لأنّ الترتّب بينه وبين الجزاء شرعي فتدلّ على عدم الجواز فيما إذا لم يكن الأب حياً أو الجدّ مرضياً ، وبذلك يمكن تقييد المطلقات التي وردت في المقام .

نعم يمكن أن يقال : بملاحظة فتاوى العامة في المسألة أنّ الجملة الشرطية لا مفهوم لها في خصوص المقام ، بل إنّما وردت لبيان الحكم الواقعي الذي أفتى العامة ^(١) بخلافه ، وذلك لأنّهم ذهبوا إلى أنه لا ولاية للجدّ مع وجود الأب ، وأراد الإمام (عليه السلام) بيان أنّ الجدّ له الولاية على الطفل مع وجود أبيه أيضاً ، وكأنه أتى بواو الوصل وقال إنه ولي عليه ولو كان أبوه حياً ، وهذا التقييد وإن كان بعيداً في حدّ نفسه إلّا أنه بملاحظة فتاوى العامة في المسألة يقرب هذا التقييد جدّاً .

وكيف كان ، فالعمدة هي ضعف الرواية بحسب السند .

الكلام في ولاية الفقيه

لا إشكال في أن للفقيه الجامع للشرائط عدّة مناصب منها : منصب الافتاء في المسائل الفرعية والموضوعات المستنبطة وغيرها مما يحتاج إليه العامي في عمله ولا إشكال في جواز الافتاء له في تلك الموارد . والمراد بالجواز هنا ليس هو الجواز التكليفي فحسب بل الجواز الوضعي والنفوذ على مقلّديه ومن يجب عليه الرجوع إلى العالم ، لوضوح أنّ الجواز التكليفي بمجردّه لا يشترط فيه العدالة وبقية الشرائط المعتبرة في الفقيه الجامع للشرائط .

ومنها : منصب القضاء والحكم بما يراه حقاً في باب المرافعات وغيرها في الجملة ، وهذا أيضاً ثابت له بلا خلاف . والمراد بجواز القضاء عليه أيضاً هو الوضع والنفوذ كما لا يخفى .

ومنها : ولاية التصرف في الأنفس والأموال ، وهذا قد وقع فيه النزاع والخلاف ، وهو كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) ^(١) يتصوّر على وجهين الأول : استقلال الولي بالتصرف سواء أكانت تصرفات غيره منوطة بأذنه أم لم تكن منوطة بأذنه . الثاني : كون تصرفات الغير منوطة بأذنه سواء كان هو مستقلاً بالتصرف أم لم يكن كما في تصرفات المالك فيما أخرجه من سهم الإمام (عليه السلام)

فإنَّ إذنَ الحاكم الشرعي شرط في صحته وإن كان الفقيه لا يتمكن من التصرف في مال من وجب عليه الخمس باخراج سهم الإمام (عليه السلام) حيث إنَّ تعيينه راجع إلى نفس المالك ، إلّا أنَّ تصرف المالك في سهمه (عليه السلام) موكول إلى نظر الفقيه وإلى إجازته .

وكيف كان ، فالكلام في المقام يقع في الولاية بكلا المعنيين ، وإن كانت النسبة بينها عموماً من وجه ، وذلك لأنَّ الولاية بالمعنى الأول عبارة عن كون الفقيه جازئ التصرف من دون فرق بين أن يكون غيره أيضاً جازئ التصرف فيه ومن دون حاجة إلى ذن الغير وعدمه ، والولاية بالمعنى الثاني عبارة عن كون الفقيه ممَّن تعتبر إجازته في نفوذ تصرفات الغير ، كان الفقيه أيضاً جازئ التصرف أم لم يكن .

وكيف كان ، فقد تكلم شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) في المقام في ولاية النبي والأئمة (عليهم السلام) ثمَّ عقبه بالتكلم في ولاية الفقيه ، والكلام في ولاية النبي والأئمة (عليهم السلام) يقع في موارد أربعة : أحدها في ثبوت الولاية التكوينية لهم وكون الخلق باختيارهم تكويناً . وثانيها : في ثبوت الولاية التشريعية في حقهم . وثالثها : في الولاية بمعنى وجوب طاعتهم فيما يرجع إلى تبليغ أحكام الشريعة المقدسة ورابعها : في ثبوت الولاية لهم في غير ما يرجع إلى الدين وأنَّ إطاعتهم في مثل الأمر باتيان الماء ونحوه من الأوامر الشخصية واجبة أولاً .

أمّا الولاية التكوينية : فلا إشكال في ثبوتها وأنَّ المخلوقات بأجمعها راجعة إليهم وإنما خلقت لهم ، ولهم القدرة على التصرف فيها وهم وسائط التكوين ، ولعلَّ ذلك بمكان من الوضوح ولا يحتاج إلى إطالة الكلام ، مضافاً إلى أنه خارج عما هو المهم في المقام .

وأمّا الولاية بالاضافة إلى أمر الدين وتبليغ أحكام الشريعة : فهي أيضاً لا إشكال في ثبوتها ، وهي ممّا لا يحتاج إلى إقامة البرهان ومن القضايا التي قياساتها

معها ، لأنَّ وجوب الاطاعة لهم (عليهم السلام) فيما يرجع إلى أمر الدين من لوازم النبوة والإمامة ، ولولاه لما كان معنى لنبوّة النبي أو إمامة الولي ، وكيف كان فلا ينبغي الإشكال في ثبوت الولاية بالاضافة إلى أمر الدين .

وأما الولاية في غير ما يرجع إلى الدين كأوامرهم الشخصية فقد وقع الكلام في ثبوتها وعدمه ، والمتسالم عليه بينهم هو أن إطاعتهم لازمة في أوامرهم الشخصية ، ويدلّ عليه قوله تعالى : ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾^(١) حيث إنه سبحانه عطف إطاعة الرسول على إطاعة نفسه وهو يعطي التغاير بينهما ، ومن الواضح أنّ إطاعة الرسول فيما يرجع إلى أمر الدين إطاعة لله تعالى وهو داخل تحت قوله ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ﴾ فلا محالة يكون المراد في الأمر بالطاعة الرسول إطاعته في أوامره الشخصية ، ويوضح ذلك : أنّ الامتثال والاطاعة لله إنّما يكون بالطاعة أمر الرسول ، إذ لا يأمر الله أحداً بلا واسطة ، فكأنه تعالى قال ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ﴾ بامتثال أمر الرسول ثم عطف عليه الأمر بالطاعة الرسول في أوامره الشخصية ، وقد فسر أولوا الأمر بالأولياء (عليهم السلام) وكذا قوله تعالى ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ﴾^(٢) حيث إنّ أوامرهم الشخصية داخلة تحت قضائه ، وقد نهى الله تعالى عن الاختيار بعد أمرهما ، فكأنه مسلوب الاختيار بعد أمرهما .

وكيف كان ، فلا إشكال في ثبوت الولاية في أوامرهم الشخصية بالآيات والروايات .

وأما الاستدلال على ثبوتها بالدليل العقلي المستقل والدليل العقلي غير

(١) النساء ٥٩ : ٤ .

(٢) الأحزاب ٣٣ : ٣٦ .

المستقل كما عن شيخنا الأنصاري (قدس سره) ^(١) حيث استدلل في المقام تارةً بوجود شكر المنعم عقلاً ، وهم (عليهم السلام) منعمون علينا فيجب شكرهم باطاعتهم في أوامرهم الشخصية ، وأخرى بالفحوى والأولية حيث إن إطاعة الوالد واجبة فاطاعتهم تجب بطريق أولى .

فيدفعه : أن المسلم من الدليل العقلي الاستقلالي هو حسن شكر المنعم ولا يترتب على مخالفته العقاب الذي هو المقصود من الوجوب في المقام ، وإنما يترتب عليه الذم أو قطع الإحسان من المحسن وكلاهما أجنيان عن العقاب ، ولذا ذكرنا أن وجوب شكر المنعم لا يثبت وجوب المعرفة أيضاً ولا يمكن أن يقال إن شكر المنعم واجب وهو لا يتم إلا بمعرفته حتى يشكر ، وذلك لأنه لا يترتب على ترك ذلك الحكم العقلي عقاب ، وغايته الذم وقطع الإحسان وهو لا يثبت استحقاق العقاب وإنما استدللنا على وجوب المعرفة باحتمال العقاب وظن الضرر على تقدير تركها ودفع الضرر المحتمل بهذا المعنى لازم عقلاً ويترتب على مخالفته الضرر بمعنى العقاب ولا يجري ذلك في وجوب الطاعة لأنه مع الشك في وجوب الطاعة تجري قاعدة قبح العقاب بلا بيان ، وهذا بخلاف وجوب المعرفة فإن البيان غير ممكن قبل المعرفة فلا تجري قاعدة قبح العقاب بلا بيان في المعرفة .

نعم ، لا يمكن إنكار حسن الشكر عقلاً وشرعاً ، إذ هل جزاء الإحسان إلا الإحسان ، كما لا يكاد ينكر أن الأئمة (عليهم السلام) منعمون بالاضافة إلينا حيث إنهم وسائط في الافاضة والإيجاد ، هذا كله في الاستدلال بحكم العقل المستقل .

أما الاستدلال بالحكم غير الاستقلالي وهو ما يتوقف على مقدمة شرعية أعني الاستدلال بالأولية بعد ثبوت ولاية الأب ووجوب إطاعته شرعاً ، فإن

العقل يستقل بعد ذلك بوجوب إطاعة الأئمة (عليهم السلام) بطريق أولى .
 ففيه : أن إطاعته بجميع المراتب ليست واجبة ، فلذا إذا أمره بتملك أمواله له
 لا يجب ذلك عليه قطعاً ، نعم يستحب الامتثال وعليه يحمل ما ورد بهذا المضمون
 من الروايات والأخبار حيث ورد « أنت ومالك لأبيك » ^(١) وحينئذ فكيف يمكن
 التعدي منه إلى وجوب إطاعة الأئمة (عليهم السلام) مطلقاً ، إذ لم يثبت وجوب
 الاطاعة في حق الأب مطلقاً وفي جميع المراتب حتى يمكن التعدي منه إلى وجوبها في
 الأئمة (عليهم السلام) مطلقاً ، هذا أولاً .

وثانياً : أن المناط في وجوب إطاعة الأب غير معلوم ، وليس المدرك في
 وجوب إطاعته عبارة عن كونه موجباً لحياة الولد حتى نتعدى منه إلى وجوب
 إطاعة الأئمة (عليهم السلام) وإلا للزم وجوب إطاعة من أنقذ أحداً من الفرق أو
 المرض لأنه أوجب حياته ومع ذلك لا يجب عليه إطاعته بوجه ، ويحتمل أن يكون
 المناط هو تربية الولد فعلاً وهي مفقودة في الأئمة (عليهم السلام) .

فالمتحصل : أن الولاية بهذا المعنى إنما تثبت بالآيات والأخبار لا بالوجهين
 العقليين أبداً .

وأما الولاية التشريعية وكون الأئمة (عليهم السلام) نافذني التصرف في
 الأموال والأنفس شرعاً ، فهي أيضاً ثابتة بلا ريب لقوله تعالى « النَّبِيُّ أَوْلىٰ
 بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ » ^(٢) وقوله تعالى : « إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ » ^(٣) وقوله (صلى
 الله عليه وآله) في يوم الغدير : « ألسن أولى بكم من أنفسكم ؟ قالوا بلى . قال : من

(١) الوسائل ١٧ : ٢٦٢ / أبواب ما يكتسب به ب ٧٨ .

(٢) الأحزاب ٣٣ : ٦ .

(٣) المائدة ٥ : ٥٥ .

كنت مولاة فهذا علي مولاة»^(١) وغير ذلك مما دلّ على ثبوت الولاية لهم في الأموال والأنفس ، فلإمام (عليه السلام) أن يبيع دار زيد أو يطلق زوجته أو يزوجه من أحد وهكذا من دون اعتبار رضا المالك أو الزوج .

ومما يدلّ على ثبوت هذه الولاية لهم (عليهم السلام) ما حكاه الترمذي^(٢) في فضائل علي بن أبي طالب (عليه السلام) من أن جيشاً رجع إلى المدينة وكان يرأسهم الإمام علي بن أبي طالب (عليه السلام) وقد كان معهم أسرى وأعجبت واحدة منهم الإمام (عليه السلام) فأخذها لنفسه وواقعها وقد ساء ذلك عند الجماعة ، والظاهر أنهم هم الثلاثة ، وبنوا على أن يخبروا النبي (صلّى الله عليه وآله) بذلك ، فلما وصل الجيش إلى المدينة - وكانت العادة أن يزوروا النبي (صلّى الله عليه وآله) بلامه حريمهم ثم يرجعوا إلى دورهم ويتزعموا لامتهم - وقد حضر واحد منهم النبي (صلّى الله عليه وآله) وهو لا لبس لامته وأخبر النبي (صلّى الله عليه وآله) بالحال فسكت النبي (صلّى الله عليه وآله) عليه وآله ثم جاءه الثاني وأخبره بالخبر وسكت النبي (صلّى الله عليه وآله) أيضاً حتى جاءه ثالثهم فأخبره بالحال وعند ذلك غضب (صلّى الله عليه وآله) وقال : ماذا تريدون من علي بن أبي طالب ، أفلست أولى بكم من أنفسكم ؟ قالوا نعم ، وقال : وهو يعني علي بن أبي طالب خليفتي وقائم مقامي من بعدي . وهذه الرواية على تقدير تمامية سندها تدلّ على المقصود بأحسن وجه .

لا يقال : إنهم بناءً على ذلك يتمكّنون من التصرف في أعراض المسلمين . فإنه يقال : إن تصرفاتهم إنما تنفذ فيما إذا كانت بالأسباب المقررة شرعاً لا بغيرها نظير تصرف نفس المالك في ملكه ، مثلاً لهم أن يبيعوا دار أحد أو يطلقوا زوجته ثم

(١) راجع بحار الأنوار ٣٧ : ١٠٨ - ٢٥٣ ، الفدير ١ : ١٤ - ١٥٨ .

(٢) سنن الترمذي ٥ : ٦٣٢ / ٣٧١٢ .

بعد انقضاء عدتها يزوجه الإمام (عليه السلام) من نفسه مثلاً ، لا أنهم يتصرفون في زوجة الغير من دون طلاق أو زواج ، فتعالوا عن ذلك علواً كبيراً .

ويدل على وجوب إطاعتهم أيضاً : ما ورد^(١) في نفي ما نسب إليهم من أنهم قالوا إن الناس عبيد لنا حيث قال (عليه السلام) لم أقل ذلك ولا سمعت من آبائي وإنما الناس عبيد لنا في الاطاعة ، يعني لا في مثل جواز بيعهم وتملكهم كما نسب إليهم . نعم سيرة الأئمة (عليهم السلام) لم تجر على التصرف في أموال المسلمين أو أنفسهم ، بل كانوا يشترون شيئاً من مالكة باجازته ولا يتصرفون في أموالهم بدون إذنهم ، إلا أن ذلك يحتمل أن يكون من باب التقية أو لأجل ما يروونه من المصالح ، وكيف كان فهي لا تدل على عدم ولايتهم كما هو ظاهر ، هذا كله في الولاية بمعنى نفوذ تصرفاتهم في الأموال والأنفس .

وأما ثبوت ولايتهم بالمعنى الثاني أعني اشتراط تصرفات الغير بأذنهم وإجازتهم فهي أيضاً ثابتة في حقهم بمقتضى الأخبار^(٢) الواردة في المقام إلا أن شيخنا الأنصاري (قدس سره)^(٣) ذكر أن اشتراط إجازتهم في صحة التصرفات على خلاف الأصل وهو يقتضي خلاف الاشتراط وعدمه .

ولا يخفى أن مقتضى الأصل يختلف باختلاف الموارد ، فمقتضاه في بعض الموارد عدم الاشتراط وفي بعضها الآخر هو الاشتراط وتوضيحه : أنه إن كان هناك إطلاق يقتضي صحة ذلك التصرف على نحو الإطلاق من دون حاجة إلى إجازة الأئمة (عليهم السلام) كما في صلاة الميت فإنه دلّ الدليل على صحتها ووجوبها

(١) الكافي ١ : ١٨٧ / ١٠ باب فرض طاعة الأئمة .

(٢) الكافي ١ : ١٨٥ ، ٢٠٥ ، ٢١٠ .

(٣) المكاسب ٣ : ٤٥٨ .

على المسلمين ولم يقيدَها بإجازة الإمام (عليه السلام) لأنّ الدليل إنّما دلّ على أنّ السلطان أولى بالصلاة من غيره وأما أنّها مقيدة بإجازته فلا ، ففي مثله نتمسك بذلك الدليل في رفع قيدية إجازة الإمام (عليه السلام) .

كما أنه إن كان لدليل ذلك التصرف دلالة يقتضي عدم صحّة التصرف بدون إجازة الإمام (عليه السلام) كما في التصرف في أموال الناس بالبيع ونحوه أو في أنفسهم بالقصاص والتعزير ونحوهما ، فإنّ الثابت من ذلك جوازها مع إجازة الإمام ، وأما بدونها فاطلاق ما دلّ على حرمة الايذاء وعدم جواز التصرف في أموال الناس من دون رضاهم يقتضي حرمتها فنتمسك بذلك الدليل .

وأما إذا لم يكن هناك دليل على أحدهما ووصلت النوبة إلى الأصل العملي فإن كان الشك راجعاً إلى تقييد وجوب التصرف أو العمل بإجازة الإمام (عليه السلام) كصلاة الجمعة مثلاً حيث علمنا بصحّتها وجوبها مع إجازة الإمام (عليه السلام) وشككتنا في وجوبها بدون إذنه (عليه السلام) فهو شك في التكليف نرجع فيه إلى البراءة وبها تثبت عدم الوجوب بلا إذن الإمام (عليه السلام) ومرجعه إلى اشتراط الوجوب بالإذن والإجازة . وإن كان الشك راجعاً إلى تقييد صحة العمل بالإجازة بعد الفراغ عن ثبوت أصل الوجوب فنرجع في التقييد إلى البراءة ونرفعه بها ، ومرجع ذلك إلى أنّ العمل صحيح من دون حاجة إلى إجازة الإمام (عليه السلام) .

ثمّ إنّ الرجوع إلى الأصل العملي ينبغي أن يفرض في مورد لم يمكن الرجوع فيه إلى الإمام (عليه السلام) وسؤال حكم المسألة عنه (عليه السلام) وذلك لوضوح أنه لا يمكن الرجوع إلى الأصل العملي مع التمكن من السؤال عن الإمام (عليه السلام) فإنّ الشبهات الحكمية يجب فيها التفحص والسؤال ولا يرجع فيها إلى الأصل بدونها .

وكيف كان ، فالبحث عن ولاية الإمام (عليه السلام) بالمعنى الأول ممّا لا ثمرة عملية له ، لأنّ الإمام (عليه السلام) إنّ تصرّف في مال أحد فهو يكشف عن صحته وجوازه ، لأنّه لا يرتكب الحرام فلا يحتاج إلى هذا البحث الطويل ، وإنّما تعرّضنا له لأجل البحث عن ولاية الفقيه وعن أنّها بأي مقدار على فرض ثبوتها .

وقد حكى عن بعض معاصري صاحب الجواهر أنّه كان بانياً على ولاية الفقيه على نحو ولاية الإمام وهي الولاية العامة ، وقد اعترض عليه صاحب الجواهر في مجلس فقال : زوجتك طالق فأجابه المعاصر بأنّي لو كنت أعتقد اجتهادك لاجتنبت عن زوجتي إلّا أنّ اجتهادك محل كلام عندي ، وكان له مقام علمي شاخ .

وكيف كان ، فيقع الكلام في ولاية الفقيه وأنّها ثابتة له على نحو يتمكّن معها من التصرف في الأموال والأنفس نظير ولاية الإمام (عليه السلام) أو أنّه لا ولاية له في شيء من ذلك أبداً ، وأنّ تصرّفات الغير هل تناط باجازه الفقيه وإذنه أو أنّها غير منوطة باجازه .

أمّا الولاية بالمعنى الأول - فضافاً إلى أنّها مقطوعة العدم في حدّ نفسها ، إذ لا وجه لقيام الفقيه بمزلة الإمام (عليه السلام) في وجوب إطاعته في أوامره الشخصية أو في نفوذ تصرّفاتة في الأموال والأنفس من غير اعتبار رضا صاحب المال ، نعم لا مانع من الالتزام بقيامه مقام الإمام (عليه السلام) بالاضافة إلى وجوب إطاعته في تبليغ الأحكام بعد استكمال جميع شرائط التقليد من الأعلمية على تقدير اعتبارها وغيرها من الشرائط - لا دليل على أنّ الفقيه كالإمام في ثبوت الولاية المطلقة له وأمّا ما استدللّ به على ذلك من الأخبار الواردة في شأن العلماء فهو لا دلالة له على ذلك أبداً .

أمّا قوله (عليه السلام) « إنّ العلماء ورثة الأنبياء وأنّ الأنبياء لم يورثوا ديناراً

ولا درهماً ولكن ورثوا أحاديث فن أخذ بشيء منها أخذ بحظّ وافر»^(١) فلا وجه للاستدلال به إلاّ دعوى أنّ الورثة ينتقل إليهم ما للمورث من الأشياء ومنها الولاية المطلقة الثابتة للنبي (صلى الله عليه وآله) فهي تنتقل إليه أي إلى الوارث وهو الفقهاء لا محالة .

إلاّ أنه لا يمكن المساعدة عليه ، لأنّ المنتقل إلى الوارث عبارة عما تركه الميت فلا بدّ في انتقال شيء منه إلى وارثه من إحراز ذلك وأنه داخل فيما تركه كالمال ونحوه ، وأمّا مثل الشجاعة أو العدالة أو غيرها من الأوصاف القائمة بالشخص فلا معنى لانتقاله إلى الوارث كما هو ظاهر ، والولاية في المقام لا يعلم أنّها داخلية في عنوان ما ترك أو أنّها من قبيل الأوصاف القائمة بنفس النبي أو الإمام ، فلا تتم دلالة الحديث على ثبوت الولاية المطلقة للفقهاء ، هذا مضافاً إلى أنّ الحديث قد صرح بأنّ الموروث أي شيء حيث ذكر أنّهم ورثوا أحاديث ، فليس الموروث عبارة عن الولاية أو غيرها ، فهذه الأخبار وإن كانت مشتهرة وصادرة عن النبي (صلى الله عليه وآله) وليست بمجولة كما نسب إلى أبي بكر وقيل إنه جعل هذه الأحاديث ، إلاّ أنه لا دلالة فيها على المدعى أبداً . نعم إنّ ما جعله أبو بكر هو ما زاده في ذيل الحديث من قوله : ما تركناه صدقة ، وأراد بذلك إنكار فذك وأخذ من يد فاطمة (عليها السلام) غفلة عن أنّ الحديث ناظر إلى أنّ الأنبياء لا يجمعون الدرهم والدينار وإنّما نظرهم إلى الآخرة ، وليس نظر الحديث إلى أنّ الأنبياء لا يورثون شيئاً ولو ألبسة بدنهم أو إناء دارهم أو نفس دارهم وغيرها ممّا هو ضروري الحياة ، هذا مضافاً إلى أنّ فذك كانت نحلة لها (عليها السلام) وقد أعطاها النبي (صلى الله عليه وآله) إتيانها في حياته وإنّما ادّعت الارث بعد التنزّل عن كونه نحلة .

(١) الوسائل ١٨ : ٧٨ / أبواب صفات القاضي ب ٨ ح ٢ (مع اختلاف بسير) .

وأما قوله « العلماء أمناء الرسل »^(١) فهو أيضاً لا دلالة له على الولاية المطلقة بوجه ، فإن كونهم أمناء لا يستدعي نفوذ تصرفاتهم في الأموال والأنفس ، فإن معنى الأمين أنه لا يخون الوديعة المجعلة عنده من الأحكام أو غيرها ، وأما الولاية فلا كما لا يخفى ، هذا .

ومن القريب أن يراد بالعلماء الأئمة الأطهار ، ويطلق العالم عليهم (عليهم السلام) دون من تعلم الفقه والأصول ، وذلك لعدم إمكان إرادة جميع العلماء من لفظه حيث إنه يشمل علماء الحساب والهندسة والتاريخ والجغرافيا فيلزم تخصيص الأكثر على تقدير إرادة الفقيه منه ، فلا محالة يحمل على الإمام (عليه السلام) ، وقد ورد في بعض الأخبار نحن العلماء وشيعتنا المتعلمون^(٢) ، وهذا الحديث نعم الحاكم في المقام ويدل على أن المراد بالعلماء هم الأئمة الأطهار (عليهم السلام) وعليه فلا دلالة في الحديث على الولاية المطلقة للفقيه .

وكذا قوله (عليه السلام) « مجاري الأمور بيد العلماء بالله الأمناء على حلاله وحرامه »^(٣) فإن العالم بالله ليس إلا الأئمة الأطهار (عليهم السلام) وأنهم هم الذين يبدع مجاري الأمور ، فلو تنزّلنا وفرضنا أن المراد بالعالم هو الفقيه فقوله (عليه السلام) : « الأمناء على حلاله وحرامه » قرينة على أن مجاري الأمور من حيث الأحكام والحلية والحرمة بيد الفقيه إذ لو لم يبيّن حلية بعض الأفعال وحرمة بعضها الآخر لتوقّفت الأمور وتحير الناس لعدم العلم بحكمه ، فهو لا يدل على الولاية

(١) الكافي ١ : ٣٣ / ٥ باب صفة العلم وفضله وفضل العلماء ، ولكن ليس فيه كلمة « الرسل » .

(٢) الكافي ١ : ٣٤ / ٤ باب أصناف الناس .

(٣) البحار ١٠٠ : ٨٠ / ٣٧ .

المطلقة بوجه ، وإنما يدلّ على أنّ للفقيه أن يبيّن الحلال والحرام ، وأما نفوذ تصرّفاته في الأموال والأنفس فلا كما هو أوضاع من أن يخفى .

وأما قوله « علماء أُمّتي كأنبياء بني إسرائيل » أو « منزلتهم منزلة الأنبياء في بني اسرائيل »^(١) وغيرهما بما ورد بهذا اللسان فهو أيضاً كسوابقه لا دلالة له على الولاية بوجه ، إذ التنزيل والتشبيه لابدّ وأن يكون في أظهر الآثار والخواص وأظهرها في أنبياء بني اسرائيل أمران : أحدهما وجوب إطاعتهم في الأحكام ولزوم قبول قولهم في تبليغها ، وإثما شبههم بأنبياء بني إسرائيل من أجل أنّ أنبياءهم كانوا مختلفين في النبوة فبعضهم كان نبي بلده وآخرون كان نبيّ محلّته أو قريته وثالث كان نبي أقرباه بل كان نبي داره ، وكانت إطاعتهم لازمة في تبليغ الأحكام والعلماء أيضاً مختلفون فبعضهم عالم بلده وآخر عالم محلّته أو قريته وهكذا ، فنجب إطاعتهم في تبليغ الأحكام بمقتضى هذا الحديث .

وثانيهما : رفعة محلّهم وعظمة منزلتهم عند الله وكأنه أراد في الحديث بيان أنّ علماء أُمّتي لا يقصرون في عظمة المنزلة عن أنبياء بني اسرائيل إذا عملوا بعلمهم والسرّ في ذلك أنّ تلميذ مدرسة تارة يكون أرقى منزلة من معلّم بالمدرسة النازلة كبعض تلامذة المدرسة الثانوية بالاضافة إلى معلّم المدرسة الابتدائية أو تلامذة المدرسة العالية في الطبّ بالاضافة إلى دكتور المحلّ وهكذا من جهة عظمة المدرسة وأهميّتها ، والمدرسة المحمدية (صلّى الله عليه وآله) كذلك بالاضافة إلى أنبياء بني اسرائيل الذين كانوا مدرّسين لأئمّتهم معالم الإسلام ، فيكون تلامذة تلك المدرسة العالية أشرف مقاماً وأعظم منزلة من معلّمي بني اسرائيل إذا عملوا بوظائفهم فإنّ نيابة الإمام (عليه السلام) من أهم المقامات ولا أقل من تساويهم معهم في الشرف

هذا كله مع أن ثبوت الولاية بهذا المعنى في أنبياء بني اسرائيل أوّل الكلام فكيف بمن يقوم مقامهم وينزل منزلتهم . فالحديث لا دلالة له على الولاية المطلقة بوجه بل إنما ورد في بيان فضيلتهم وعلو مقامهم ولعله ظاهر .

وأما قوله (صلى الله عليه وآله) « اللهم ارحم خلفائي ثلاثاً قبيلاً ومن خلفاؤك يا رسول الله ؟ قال الذين يأتون من بعدي ويروون حديثي وسنتي »^(١) فهو أيضاً لا دلالة له على الولاية لتصريحه بأن الذين يأتون بعده خلفاؤه في رواية الحديث لا في غيره من الأمور ، مضافاً إلى ظهور قوله « من بعدي » في إرادة الأئمة (عليهم السلام) لأن العلماء خلفاء الأئمة (عليهم السلام) ويأتون بعدهم (عليهم السلام) لا بعد النبي (صلى الله عليه وآله) ولعله ظاهر .

وأما الاستدلال على ذلك بقوله (عليه السلام) في نهج البلاغة « أولى الناس بالأنبياء أعلمهم بما جاؤوا به »^(٢) مستشهداً بقوله تعالى « إِنَّ أَوْلَى النَّاسِ بِإِبْرَاهِيمَ لَلَّذِينَ اتَّبَعُوهُ »^(٣) ففيه أن أولوية العلماء بالأنبياء إنما هي بكونهم أقرب إليهم يوم القيامة من حيث المنزلة والمقام وهي لا تقتضي الولاية على التصرف في الأموال والأنفس أبداً .

وأما قوله (عليه السلام) في مشهورة أبي خديجة : « جعلته عليكم قاضياً »^(٤) فلعل الاستدلال به من جهة توهم أن القاضي له الولاية على أموال الناس وأعراضهم . ويندفع بأن القضاء غير الولاية ولا ولاية للقاضي على أموال الناس

(١) الوسائل ٢٧ : ١٣٩ / أبواب صفات القاضي ب ١١ ح ٧ .

(٢) نهج البلاغة ٤٨٤ ، باب المختار من حكم أمير المؤمنين (عليه السلام) الحكمة ٩٦ .

(٣) آل عمران ٣ : ٦٨ .

(٤) الوسائل ٢٧ : ١٣٩ / أبواب صفات القاضي ب ١١ ح ٦ .

وأعراضهم .

بقي الكلام في الاستدلال باطلاق الحجّة على العلماء في التوقيع المشهور حيث قال (عليه السلام) : « هم حجّتي عليكم وأنا حجّة الله »^(١) والظاهر أنّ ذلك أيضاً لا دلالة فيه على الولاية ، لأنّ الحجّة مناسبة للافتاء والقضاء لأنّ معناها تنجز الأحكام على الناس بهم ، ولا يناسب الولاية على التصرف في الأموال والأنفس كما لا يخفى .

وأما ما ورد من إطلاق الحاكم على العلماء كما في مقبولة عمر بن حنظلة^(٢) حيث قال « جعلته عليكم حاكماً » فقد ذهب شيخنا الأستاذ^(٣) إلى استظهار الولاية من هذه الرواية بدعوى أنّ الحاكم غير القاضي في زمان الأئمة (عليهم السلام) وهما منصبان ، والحاكم هو من يتصرف في الأمور والقاضي عبارة عمّن يقضي في المرافعات ، ولم يقل إنّ جعلته عليكم قاضياً وإنما قال جعلته عليكم حاكماً بمعنى كونه ممّن يتصرّف في الأموال وغيره في مقابل القاضي الذي شأنه الافتاء والقضاء . وفيه : أنّ المرسوم في تلك الأزمنة هو جعل الوالي والقاضي دون الحاكم والقاضي ، لأنّ الحاكم مرادف للقاضي كما هو ظاهر وإنما المغاير له الوالي وهو عبارة عمّن يتولّى الأمور ، ولم يقل إنّ جعلته عليكم والياً وإلاّ لثمت الدلالة على المدعى بأوضح وجه ، ومن الغريب أنه (قدّس سرّه) أيّد مدّعاها بما ورد في صدر الحديث من التقابل بين السلطان والقاضي وهو يدلّ على تغاير الحاكم والقاضي . ولا يخفى ما فيه بعد ما ذكرناه من أنّ الحاكم بمعنى القاضي ويقابله الوالي والسلطان ، ويشهد لما

(١) الوسائل ٢٧ : ١٤٠ / أبواب صفات القاضي ب ١١ ح ٩ .

(٢) الوسائل ٢٧ : ١٣٦ / أبواب صفات القاضي ب ١١ ح ١ .

(٣) منية الطالب ٢ : ٢٣٧ .

ذكرناه أمران : الأول : قوله (عليه السلام) بعد تلك الجملة : « فإذا حكم بحكمنا » فإنه لا يراد منه إلا القضاء . الثاني : أن الحديث إنما ورد في المرافعة والمناسب لها هو القضاء دون الولاية كما لا يخفى .

فالمتحصل : أن الفقيه ليس كالإمام (عليه السلام) في وجوب الطاعة إلا في تبليغ الأحكام فيما إذا كان واجداً لشرائط المرجعية والتقليد ، فلا تجب إطاعته في الأمر بارسال الأخماس والزكوات ونحوهما ، اللهم إلا أن يكون المقلد يقلد مجتهداً يرى ثبوت الولاية للمجتهد ووجوب إطاعته ، فلا بد حينئذ من الطاعة فيما أمر به الفقيه لا لأجل ثبوت الولاية له بل لأجل فتوى المجتهد بقبوله ، هذا تمام الكلام في الولاية بالمعنى الأول .

وأما ثبوت الولاية بالمعنى الثاني فقد استدلل عليها ببعض ما أسلفناه وأسلفنا الجواب عنه كقوله (عليه السلام) « العلماء ورثة الأنبياء » ونحوه .

وربما يستدل على ثبوتها كما عن شيخنا الأنصاري (قدس سره) ^(١) بما ورد من قوله (عليه السلام) : « أمّا الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة أحاديثنا » ^(٢) بدعوى أن الأمور المستحدثة في العالم لا بد من الاستئذان فيها من الرواة والعلماء وقد استشهد على ذلك بأمور :

منها : أن الإمام (عليه السلام) حكم بارجاع نفس الوقائع إلى الرواة لا بالرجوع في حكمها إليهم ، بل لا بد من إرجاع نفس القضية إليهم حتى يتصرفوا فيها بالمباشرة أو يأذنوا في التصرف فيها لآخر لا أنه يجب المراجعة في استفسار حكم الوقائع إليهم .

(١) المكاسب ٣ : ٥٥٥ .

(٢) الوسائل ٢٧ : ١٤٠ / أبواب صفات القاضي ب ١١ ح ٩ .

ومنها : أنه (عليه السلام) عَقَّبَ ذلك بقوله : « فَإِنَّهُمْ حَجَّتِي عَلَيْكُمْ وَأَنَا حَجَّةُ اللَّهِ » وهذا يقتضي الولاية من أجل أنه لو أُريد بالرجوع إلى الرواة الرجوع إليهم في حكم الحوادث فالعلماء لا يَتَصَفُّونَ بالحجَّة المضافة إلى الإمام (عليه السلام) لأنَّهم حَجَّةُ اللَّهِ في تبليغ الأحكام لا أنَّهم حَجَّةُ الإمام كما هو ظاهر قوله (عليه السلام) « فَإِنَّهُمْ حَجَّتِي » إذ الشارع قد حكم بلزوم إطاعة العلماء في تبليغ الأحكام ، وهذا بخلاف ما لو أُريد من الرجوع إلى الرواة الاستئذان منهم الذي هو بمعنى الولاية فَإِنَّ الولاية لم تثبت للعلماء من قبل الشارع ابتداء بل إِنَّمَا جعلت للإمام وهو يجعلها للعلماء فيكون العلماء حَجَّةُ الإمام في ذلك كما هو ظاهر .

ومنها : أَنَّ المراجعة في استفسار أحكام القضايا الحادثة إلى الأئمة أو العلماء من بعدهم من البدييات والضروريات التي لا تحتاج إلى السؤال أو إلى عدّه من المشاكل كما في صدر الحديث حيث إنَّ إسحاق بن يعقوب ذكر في صدره أَنَّ مسائل قد أَشْكَلت على الخ وعَدَّ منها هذه المسألة ، وهذا بخلاف ثبوت الولاية للعلماء فإنه أمر مشكل غير معلوم فلا مانع عن الاستفسار والسؤال ، وعليه فهذه الرواية تدلُّ على وجوب الاستئذان في الأمور من العلماء وليست ناظرة إلى الرجوع إليهم في حكم هذه الأمور كما لا يخفى ، هذا .

ولا يخفى أَنَّ الحديث ناظر إلى حكم الرجوع إلى العلماء في استفسار أحكام الوقائع الحادثة ، وأمَّا ما استشهد به على مدّعاء فقيهه : أَنَّ المذكور في الحديث هو الأمر بالمراجعة في الحوادث إلى العلماء لا إرجاع نفس الوقائع إليهم ليتصرّفوا فيها بل يجب عليهم السؤال عنه حكمها لأنه (عليه السلام) قال : « ارجعوا فيها إلى رواة أحاديثنا » ولم يقل : ارجعوها إلى رواة أحاديثنا ، وهذه العبارة في إفادة ذلك أمر عرفي ، ونظيره يقع في المحاورات كثيراً فيقال راجع الفلاني في الأمر الفلاني أي شاور معه واستفسر حكمه .

وأما الاستشهاد الثاني فيدفعه : ما ذكرنا من أنّ الحجّة تناسب الافتاء لأنها بمعنى تنجز الحكم ولا تناسب الولاية كما لا يخفى ، وأما إضافة الحجّة إلى نفسه (عليه السلام) فهي من أجل أنّ الإمام (عليه السلام) يستشهد بالعلماء يوم القيامة في تبليغ الأحكام كما يستشهد الأنبياء بالأوصياء وأنهم بلغوها إليهم وهم يعرفون بذلك فيسأل الأوصياء عن تبليغ الأحكام فيقولون إنّنا قد بلغناها إلى العلماء والعلماء يعرفون بذلك ويقولون نحن أيضاً بلغناها إلى الناس ، فالتعبير بحجّتي من أجل ذلك ومن أجل أنّ وجوب الرجوع في الأحكام إليهم إنّما ثبت بأمرهم (عليهم السلام) فهم واسطة في ذلك وبه يصحّ أن يقال إنّهم حجّتي .

وأما الاستشهاد الثالث ففيه : أنّ ظهور الرجوع في المسائل المستحدثة إلى الرواة بعد الأئمة (عليهم السلام) غير بيّن لأنه في غاية الصعوبة والجهالة ، إذ من يعلم وجوب الرجوع في المسائل الجديدة التي لم تكن متحققة في زمن الأئمة إلى العلماء كمسألة من صلى الظهر في بلدته ثم سافر مع الطائفة إلى بلدة لم يدخل الظهر فيها بعد ثم صار الزوال بعد ذلك فهل يجب عليه الظهر ثانياً ، أو كمسألة من استعمل باللقاح لا بالدخول فهل الولد يلحق بصاحب الماء أو لا ، ولولا أمرهم (عليهم السلام) بالمراجعة فيها إلى الرواة والعلماء لأنهم يستنبطون أحكامها من القواعد والأصول لا محالة لم يكن ذلك ظاهراً لأحد ، نعم كبرى رجوع الجاهل إلى العالم مسلمة وواضحة لا إشكال فيها .

فالمتحصّل : أنّ الفقيه لم تثبت له الولاية بالمعنى الثاني أيضاً إلّا في بعض الموارد على ما سيأتي إن شاء الله تعالى .

وأما الاستدلال على ذلك بما نسب إلى النبي (صلّى الله عليه وآله) من أنّ

« السلطان ولي من لا ولي له »^(١) فندفع أولاً: بأنّ هذا الخبر ليس موجوداً في كتبنا المعتبرة ولعلّها نبوية عامية موجودة في طرقهم .

وعلى فرض أنّها مروية من طرقنا أيضاً لا يمكن الاعتماد عليها لضعفها والإنحجار قد عرفت ما فيه سابقاً وذكرنا أنّ عمل المشهور لا يمكن أن يكون جابراً لضعف الحديث .

وثالثاً: لو سلّمنا أنّ عمل المشهور جابر لضعف الرواية أيضاً لا وجه للاستدلال بها في المقام ، إذ الكلام في ولاية الفقيه دون السلطان كما هو ظاهر فالرواية أجنبية عما نحن بصده .

ثمّ إنه ربما يستدلّ على ولاية الفقيه بوجهين : أحدهما أنّنا ننظر إلى العامّة ففرى أنّ خليفتهم أو من يقوم مقامه يتصدّى لأُمور الصغار والمجانين ويتصرّف في أموالهم بالبيع والشراء ونحوهما ، فنه نستكشف أنّ هذه الأمور لابدّ من أن يتولّاها أحد في الشريعة المقدّسة وإن كان صغرى ذلك أعني من يتصدّى لها عندهم باطلاً عندنا لعدم جواز تصدّي مثل الخلفاء في أموال الناس ، وأمّا كبرى المسألة وهي لزوم أن يتصدّى الأمور المذكورة أحد في الشريعة فهي ممّا لا إشكال فيه ونستنبطها من ملاحظة أفعال العامّة ، وصغرى هذه الكبرى عندنا هي أنّ الذي يتصدّى الأمور المذكورة هو الفقيه لأنّنا نعلم وجداناً أنّه إذا دار الأمر بين الفقيه وغيره فالفقيه أولى بالتصدّي من غيره ، فيرجع هذا الدليل إلى كبرى ثابتة بالسيرة القطعية من العامّة وصغرى ثابتة بالعلم الوجداني .

ولكن يردّه : أنّ فعل العامّة وجريان سيرتهم على الرجوع إلى شخص لا يكون مدركاً شرعياً عندنا حتّى نفتي على طبقه بشيء ولعلّ ذلك من مبتدعاتهم في

الإسلام ، ولا يلزم أن يتولّى الأمور المذكورة شخص ، فاستكشاف لزوم الرجوع إلى أحد في الشريعة من ملاحظة أفعال العامة وسيرتهم أمر غلط وغير صحيح .
مع أننا لو سلّمنا الكبرى فالصغرى غير ثابتة ، لأنّ حصر المرجع في الفقيه أيضاً لم يقم عليه دليل موجب للعلم أو الاطمئنان ، ولماذا لم يجر الرجوع في تلك الأمور إلى عدول المؤمنين مثلاً ، فهذا الدليل ساقط لا يمكن الاستدلال به .

وثانيهما : ما استدللّ به بعض المعاصرين من رواية عمر بن حنظلة حيث ورد فيها إنّ رجلين تحاكما إلى السلطان أو القاضي لأجل التنازع في دين أو ميراث فحكم الإمام (عليه السلام) بأنّ التحاكم إليهما كالتحاكم والترفيع إلى الجبّ والطاغوت فأرجعهما إلى رواة الحديث ، فنه يعلم أنّ كل ما كانوا يرجعون فيه إلى السلطان أو القاضي لابدّ من أن يرجعوا فيه إلى الرواة والفقهاء ولا بدّ من الاستجازه منهم .

ولكنّه مندفع بأنّ الإمام (عليه السلام) إنّما أرجعهما إلى الرواة في خصوص التنازع في دين أو ميراث لا في جميع الأمور وهذا ظاهر في ثبوت منصب القضاء والمحكمة لهم ، فلا يستفاد منه الولاية المطلقة للفقيه بوجه .

فالمتحصّل : أنه لم تثبت للفقيه ولاية بنحو من الأنحاء في شيء من الموارد أبداً . هذا كلّه بحسب الدليل الاجتهادي .

وأما مقتضى الأصل العملي على تقدير الشكّ في ثبوت الولاية للفقيه وعدمه فقد ذكرنا سابقاً أنه يختلف باختلاف الموارد ، فتارةً نشكّ في أصل مشروعية بعض التصرفات ولو في حقّ الفقيه أيضاً كما إذا أردنا تزويج الصغير مثلاً لأنه مشكوك الجواز ولو بالاضافة إلى الفقيه لأنه لم تثبت ولايته على الأطفال نظير الآباء والأجداد ، وكالحدود فإنّ إجراء كل أحد الهدى على كل أحد غير جائز قطعاً بل لابدّ في أمثال ذلك من أن تصدر تلك الأفعال والتصرفات باجازه الإمام ، مثلاً إذا أردنا

الاقتصاص من أحد من المسلمين بالقتل فلا بدّ فيه من الاستجازه من شخص الإمام وإلا كيف يجوز قتل أحد من دون دليل فإن مقتضى عموم حرمة قتل النفس وإيذاء الناس حرمتها على نفس الفقيه فضلاً عن غيره . فهذه الأمور خارجة عن محل الكلام في المقام لتوقفها على إجازة الإمام فقط ولا تكفي فيه إجازة الفقيه ولا غيره كما هو ظاهر .

وأخرى نعلم أصل مشروعية العمل بل نعلم بوجوبه بلا تقييد إلا أننا نحتمل التقييد في الواجب بأن يكون العمل المأذون فيه من الفقيه واجباً فأصل الوجوب محرز ولا كلام فيه ، وإنما الكلام في اشتراط الواجب بشيء ففي مثل ذلك لا ينبغي الإشكال في أن مقتضى البراءة عن التقييد والاشتراط عدم اشتراط العمل بشيء وهو نتيجة الاطلاق ، فمقتضى الأصل عدم لزوم الاستجازه من الفقيه .

وثالثة نعلم بأصل الوجوب في الجملة بمعنى أننا نحتمل أن يكون الوجوب مقيداً بإجازة الإمام أو الفقيه كما في مثل صلاة الجمعة حيث يحتمل أن تكون واجبة فيما إذا أجاز الفقيه وغير واجبة فيما إذا لم يجزها ، ففي مثل ذلك مقتضى الأصل عدم الوجوب إلا فيما إذا أجاز الفقيه لأنه متيقّن حينئذ وهو نتيجة التقييد .

ورابعة : نعلم أصل مشروعية العمل ولا نحتمل الوجوب في شيء ولكن نعلم بمشروعيته عند إجازة الفقيه ونشكّ في جوازه بدونها وهذا كما في التصرف في بعض الأوقاف العامة أو الأخماس وسهم الإمام فإن التصرف فيها بإذن الفقيه مقطوع الجواز لعدم جواز التصرف في ملك الغير وهو الإمام ، وبما أنه غير متمكّن الوصول إليه وقتلنا بعدم جواز دفنه أو الايضاء به أو إلقائه في البحر بل لا بدّ من صرفه ، ولا نحتمل اشتراط إجازة غير الفقيه قطعاً ، فنعلم أنه عند إجازة الفقيه جائز قطعي ونشكّ في صورة عدم الاجازة ونفس الشكّ كافٍ في عدم جواز العمل ، فهذا ليس من أجل ولاية الفقيه بل من أجل الأخذ بالمقدار المتيقّن ، ومن ذلك أيضاً التصرف

في أموال القاصرين وحفظها فإن جواز حفظها مما لا إشكال فيه غير أننا نشك في جوازه بدون إذن الفقيه ونعلم بجوازه معه ، فيعتبر إذنه من باب الأخذ بالمقدار المتيقن .

الكلام في ولاية عدول المؤمنين

إذا قلنا بولاية الفقيه في بعض الموارد وتعذر الوصول إليه لعدم التمكن من السؤال أو لبعد المكان وغيرهما من الأعذار فهل يجوز لعدول المؤمنين التصرف في ذلك المورد لثبوت الولاية لهم حينئذ أو لا ؟ فيه خلاف .

وتوضيح الكلام في المقام : أن الموارد التي كان مقتضى الأصل فيها جواز التصرف وعدم الاشتراط بإذن الفقيه كصلاة الميت مثلاً ففي مثل ذلك إذا تعذر الوصول إلى الفقيه فجواز التصرف فيه للمؤمنين موافق لما يقتضيه الأصل العملي . وأما في الموارد التي كان مقتضى الأصل فيها حرمة التصرف وعدم جوازه وإنما حكمنا بجواز التصرفات للفقيه من باب الأخذ بالمقدار المتيقن ، فإذا تعذر الوصول إلى الفقيه في مثل ذلك فلا يجوز التصرف لأحد أبداً ، لأن مقتضى الأصل عدم جواز التصرف فيه ونشك في مشروعية أصل العمل إذا لم يكن بإجازة الفقيه وكونه معروفاً والمعروف صدقه لا ينافي ما ذكرناه ، لأن كونه معروفاً بدون إجازة الفقيه أول الكلام اللهم إلا أن نعلم خارجاً بحبوبة العمل لله تعالى وأمره به ولو في حال التعذر من الوصول إلى الفقيه ، فإن التصرف حينئذ يجوز للمؤمنين للعلم بمشروعيته حسب الفرض ، إلا أن لازم ذلك عدم احتمال اشتراط العمل بإذن الفقيه ، إذ العلم بحبوبة العمل حال التعذر من الوصول إلى الفقيه لا يجتمع مع احتمال الاشتراط بإذن الفقيه . وبالجملة أن نسبة عدول المؤمنين إلى الفقيه كنسبة الفقيه إلى الإمام فيأتي فيه ما كان يأتي في الفقيه بالاضافة إلى الإمام (عليه السلام) .

ومن ذلك القبيل سهم الإمام (عليه السلام) عند عدم التمكن من الوصول إلى الفقيه لأننا نعلم حينئذ محبوبة صرفه في حوائج المحتاجين فيجوز لنا أن نتصرف فيه حسبة.

ثم إن المؤمن المتصرف في الأموال عند تعذر الوصول إلى الفقيه هل يشترط أن يكون عادلاً ثقة أو لا يشترط فيه العدالة بوجه وتجاوز تصرفات الفاسق أيضاً كالعادل عند عدم التمكن من الفقيه ؟

وليعلم أن نسبة الفاسق إلى العادل كنسبة العادل إلى الفقيه فيما يقتضيه الأصل : العملي ، ففي التصرفات التي تقتضي الأصل فيها عدم الجواز لا ينبغي الإشكال في أن المقدار المتيقن هو صحة تصرفات العادل دون غيره ، نعم فيما إذا تعذر الوصول إلى العادل فلا محالة تصل التوبة إلى الفاسق فيتصرف في الأموال وغيرها من التصرفات ، هذا كله بحسب الأصل العملي .

وأما بحسب ما ورد في المقام من الأخبار والروايات فلا بد من أن يلاحظ أنها هل تقتضي اعتبار الوثاقة فقط أو تقتضي اعتبار العدالة .

فمنها : صحيحة محمد بن إسماعيل « رجل مات من أصحابنا بغير وصية فرفع أمره إلى قاضي الكوفة فصيّر عبد الحميد القيم بماله ، وكان الرجل خلف ورثة صفاراً ومتاعاً وجواري ، فباع عبد الحميد المتاع ، فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهن إذ لم يكن الميث صير إليه وصيته وكان قيامه فيها بأمر القاضي (وضعف قلبه) لأنهن فروج ، فما ترى في ذلك ؟ قال فقال : إذا كان القيم مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس »^(١) فوقع الكلام في أن المراد بالمماثلة في الرواية ماذا ، احتمال

(١) الوسائل ١٧ : ٣٦٣ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ١٦ ح ٢ (مع اختلاف يسير) .

شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(١) في الرواية أربعة احتمالات :

أحدها : المماثلة في التشبيح . وثانيها : المماثلة في الوثاقة . وثالثها : المماثلة في الفقاها . ورابعها : المماثلة في العدالة ، وذكر أنّ الاحتمال الثالث منافٍ لاطلاق المفهوم الدالّ على ثبوت البأس مع عدم الفقيه ولو مع تعذّره ، مع العلم بأنّ القيمومة ثابتة لعدول المؤمنين عند تعذّر الوصول إلى الفقيه ، فهذا العلم الوجداني نسقط الاحتمال الثالث عن الاعتبار ، إذن يدور الأمر بين الاحتمالات الثلاثة الباقية ، ولا بدّ فيها من أن يؤخذ بما هو الأخص منها في مخالفة الأصل وهو العدل .

ويتوجّه عليه أولاً : أنّ العلم الخارجي بعدم إرادة الاطلاق من الكلام لا يرخّص رفع اليد عن ظهور اللفظ في الاطلاق ، بل لابدّ من التحفّظ على الظهور وتقييد الاطلاق بالعلم الوجداني بالتقييد ، وأمّا رفع اليد عن أصل الظهور وحمل اللفظ على خلاف الظاهر فهو ممّا لا يجوز له على ما فصلنا الكلام فيه عند التكلّم في مبحث العام والخاص وقلنا إنّ أصالة الظهور إنّما تجري في تعيين المراد لا - بعد العلم بالمراد - في أنّه كيف يراد .

وثانياً : أنّ هذه المناقشة تجري في الاحتمال الرابع أيضاً للعلم بأنّ القيمومة ثابتة للفاسق عند تعذّر الوصول إلى العادل مع أنّ مفهوم الصحيحة ثبوت البأس عند عدم العدالة على نحو الاطلاق ، فالعلم الوجداني على الخلاف موجود في هذا الاحتمال أيضاً ، هذا .

والصحيح أن يقال : بأنّ الاحتمال الأول أيضاً ساقط عن الاعتبار أعني المماثلة في التشبيح ، لأنّ الظاهر من الرواية أنّ السؤال إنّما هو عن الميّت من الشيعة والعادة جارية على نصب واحد ممّن يوافق الميت في المذهب من أقران الميّت

وأصحابه قِيماً على أمواله وأطفاله ، فإنَّ من البعيد غير المتعارف أن ينصب سنيّ قِيماً على أولاد الشيعي المتوفّى ، إذن فالمخالفة في الطريقة والتشيع كانت مفروغاً عنها في الرواية ، ومعه لا بدّ في الخروج عن أصالة عدم جواز التصرف في أموال الغير من أن نعتبر جميع الاحتمالات الباقية في المخالفة كالثبوت والعدالة والفقاهة وغيرها ممّا نحتمل في معنى المخالفة اقتضاراً على القدر المتيقّن في الخروج عن مقتضى الأصل حتّى مثل المكان والبلد والعمر فيما إذا احتملنا دخل هذه الأمور ، والوجه في ذلك أنّ الظاهر من الرواية هو التمكن من استئذان الإمام (عليه السلام) في التصرفات وكان العصر عصر الحضور ، كما أنّ المبيع كان متاعاً لا يخشى عليه من الضياع والتلف على تقدير تأخير بيعه إلى زمان تحصيل الاذن من الإمام (عليه السلام) .

ومن الظاهر أنّه مع التمكن من الإمام (عليه السلام) وحضوره ليس لغيره الولاية في أمثال مورد السؤال ، ومعه إذا جعل الولاية لواحد كما في قوله (عليه السلام) « إذا كان مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس » فهو حكم على خلاف القاعدة يقتصر فيه على المقدار المتيقّن كما ذكرناه ، فإنّه (عليه السلام) قد جعل بذلك الولاية لغيره مع التمكن من الوصول إليه على طبق القضية الحقيقية ولو لأجل التسهيل والارفاق ، فلا مناص من الاكتفاء في الخروج عمّا تقتضيه القاعدة على القدر المتيقّن .

ومنها : صحيحة علي بن رثاب « رجل مات وبينه قرابة وترك أولاداً صفاراً ، أو ممالك وجواري ولم يوص فأتى في من يشتري منهم الجارية ويتخذها أمّ ولد وما ترى في بيعهم ؟ قال : إن كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم وكان مأجوراً فيهم ، قلت : فما ترى في من يشتري منهم الجارية ويتخذها أمّ ولد ؟ فقال : لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم ، وليس

لهم أن يرجعوا فيما فعله القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم»^(١) وهذه الرواية تدل على كفاية الوثاقة والأمانة ، وملاحظة غبطة اليتيم في صحة الولاية والتصرف في أموال الصغير وأنه لا يحتاج إلى العدالة بوجه وعليها حمل شيخنا الأنصاري (قدس سره) الرواية المتقدمة وبها فسر الماثلة المذكورة فيها .

ولا يخفى أن الرواية ليست بصدد بيان الأوصاف المعتمدة في القيم وغير ناظرة إليها ، وإنما هي في مقام بيان جواز الشراء فيما إذا باع عليهم القيم الناظر إلى أفعالهم ، أما أن أي وصف يعتبر في القيم فهي غير ناظرة إليه فلا يمكن الأخذ باطلاقها . على أن هذه الرواية مطلقة من حيث عدم اعتبار تعذر الوصول إلى الإمام فضلاً عن الفقيه ، بل حكم بجواز تولية آحاد المسلمين على نحو الاطلاق سواء كان ذلك في زمان الإمام وأمكن الوصول إلى محضره أم كان في زمان آخر تمكّن من الوصول إلى الفقيه أم لم يتمكّن ، وعليه فتكون هذه الرواية أجنبية عما نحن بصده ، إذ الكلام في ولاية المؤمنين أو غيرهم في غير زمان التمكن من الإمام أو الفقيه . وأما جعل الولاية على نحو الاطلاق فيمكن أن يشترط فيها شيء آخر أو يحذف عنها بعض الشروط ، وكيف كان فالمقام غير ما دلّت عليه الرواية كما هو ظاهر .

ومنها : موثقة زرعة عن سماعة « في رجل مات وله بنون وبنات صفار وكبار من غير وصية ، وله خدم ومماليك كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك ؟ قال : إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كلّه فلا بأس »^(٢).

وهذه الرواية غير منافية لاشتراط العدالة في القيم بوجه ، وذلك لأنّ الشقة

(١) الوسائل ١٧ : ٣٦١ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ١٥ ح ١ (مع اختلاف بسير) .

(٢) الوسائل ١٩ : ٤٢٢ / كتاب الوصايا ب ٨٨ ح ٢ .

أخص من العدالة ومعناها من يؤمن به في جميع أفعاله وأخلاقه ودينه ، ومنه ثقة الإسلام لقب الكليني (قدس سره) وأما إطلاق الثقة في اصطلاح الرجالين على من لا يكذب في الحديث فقط وإن كان فاسقاً في حدّ نفسه أو كان كافراً مثلاً فهو اصطلاح خاص للرجالين وإِنما اصطَلَحُوا بذلك لأنه مشغلتهم حيث إنّ شغلهم التفتيش عن صدق الرواة وكذبهم في الخبر ، وأما الثقة على نحو الاطلاق كما وقع في الحديث فهي عبارة عنّ يؤمن به في جميع الأمور على نحو الاطلاق وهو أرقى من العدالة وأخصّ منها كما لا يخفى .

وهذه الرواية أيضاً مطلقة من حيث التمكن من الوصول إلى الإمام أو الفقيه وعدمه كما في الرواية المتقدمة .

ومنها : صحيحة إسماعيل بن سعد قال « سألت الرضا (عليه السلام) عن رجل يموت بغير وصية وله ولد صغار وكبار أيحلّ شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولّى القاضي بيع ذلك ، فإن تولّاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا ؟ قال (عليه السلام) إذا كان الأكابر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضي الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك »^(١) وهذه الرواية أيضاً تدلّ على اشتراط العدالة في القيم .

فتلخص من جميع ما ذكرناه : أنّ بيع مال اليتيم يجوز لكل عدل من المسلمين أن يتولّاه مع ملاحظة غبطة الصغير وإن لم يكن بإذن الإمام أو الفقيه ، إلّا أنّ ذلك أمر يختص بهذا المورد ، وأما في غير البيع من التصرفات المالية أو التصرفات في نفس اليتيم فلا بدّ من الاستجازه من الفقيه إن كان ، وإلّا فعلى الترتيب المتقدم سابقاً ، وأما بدون الاجازة فلا بدّ من المراجعة إلى ما يقتضيه الأصل العملي وهو

(١) الوسائل ١٧ : ٣٦٢ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ١٦ ح ١ .

يقتضي حرمة التصرف في مال الغير بدون إذنه .

بقي الكلام فيما أفاده شيخنا الأنصاري^(١) في المقام من أن الحاكم إذا تصرف في مال أحد بيعه أو في عرضه بتزويجه ونحوها فلا يجوز للحاكم الآخر أن يتصرف فيه بفسخه أو بشيء آخر ينافي تصرف الأول ، وذلك لأنه مزاحمة لما صدر من الحاكم الأول ومزاحمته مزاحمة الإمام (عليه السلام) ، إذ المفروض أنه نائب عنه وفعله فعله ووضع يده على المال كوضع الإمام (عليه السلام) يده عليه ومزاحمة الإمام غير جائزة ، بل الصحيح هو تصرف الحاكم الأول ومعه لا يبقى لتصرف الثاني فيه مجال ، لأن أدلة النيابة عن الإمام لا تشمل ما كان فيه مزاحمة الإمام ، بل ولولا ذلك للزم اختلال النظام في مثل هذه الأيام التي شاع فيها القيام بوظائف الحكام ممن يدعون الحكومة فأحدهم يتصرف في مال والآخر يفسخه ، هذا .

ولا يخفى أنه بناء على نيابة الفقيه عن الإمام (عليه السلام) لا معنى لمزاحمة الحاكم الثاني للحاكم الأول في تصرفاته ، وذلك لأن الحكام حينئذ أيدي الإمام وأفعالهم كأفعاله ، فإذا تصرف فيه أحدهم بالبيع فقد تصرف فيه الإمام بالبيع فإذا فسخه الحاكم الثاني لما يراه من المصلحة في فسخه فقد فسخه الإمام ، ففعلها كفعل شخص واحد ، فلا يكون أحد فعليه مزاحماً لفعله الآخر بوجه ، فعلى القول بنبابة الفقيه فلا محيص من الالتزام بصحة فعل كل واحد منهما ولا يكون أحدهما مزاحماً لفعل الإمام أبداً .

ولكن الذي يسهل الخطب أن النيابة لم تثبت للفقيه ومقتضى الأصل الأول عدم نفوذ تصرف أحد في مال الآخر أو عرضه ، وقد خرجنا عن مقتضى ذلك في الحاكم الأول من باب الأخذ بالمقدار المتيقن ، وأمّا تصرف الحاكم الثاني فلا يشمل

الدليل لما عرفته من الأصل فيكون لغواً ، وإنما حكمتنا بصحة تصرف الأول وخرجنا فيه عما يقتضيه الأصل الأولي من أجل الأخذ بالقدر المتيقن مما دلّ على نيابة الفقيه ، فلا يبقى لتصرفات الحاكم الثاني دليل فلا محالة يقع لغواً .

وأما ما ادّعاه (قدّس سرّه) من استلزام المنع عن ذلك اختلال النظام ، فيندفع بأنّ ذلك إنّما يلزم من كثرة دعوى المدّعين الكاذبين لا من أجل صحة تصرف الفقيه الثاني ، وكذب المدّعي واستلزامه الاختلال لا يمنع عن جعل النيابة لكل واحد من الفقيهين الجامعين للشرائط ، كما لا يلزم الاختلال من ثبوت الولاية للأب والمجدّ في عرض واحد ، فلولاً ما ذكرناه من عدم نيابة الفقيه للزم الالتزام بصحة فعل كل واحد من الحاكمين لا محالة ، إلّا أنّك عرفت أنّ الأصل يقتضي عدم نفوذ تصرف أحد في حقّ الغير والفرق بين ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وبين ما ذكرناه أنه على ما أفاده (قدّس سرّه) لا يشمل الدليل ما كان فيه مزاحمة الإمام (عليه السلام) وأما بناء على ما ذكرناه فلا دليل على النيابة أصلاً فالنتيجة واحدة ، هذا كلّ في الحكماء .

وأما في عدول المؤمنين فقد أفاد (قدّس سرّه) أنه لا مانع من تصرف العادل الثاني أيضاً بعد تصرف الأول من أجل أنّ ولاية العادل مجرد تكليف وجوبي أو استحبابي وليست على وجه النيابة من الإمام حتّى يقال إنّ فعل الثاني منها مزاحمة للإمام (عليه السلام) بل كلاهما أمران واجبان أو مستحبّان ، هذا .

ولكنّا لم نفهم ماذا يريد (قدّس سرّه) من هذا الكلام وأنّ الولاية بمعنى التكليف المجرّد ما معناها في المقام ، إذ لا معنى للولاية إلّا كون تصرف العادل نافذاً وليست الولاية إلّا ذلك ، نعم هذه الولاية لم تثبت للعادل من قبل الفقيه .

وكيف كان فالظاهر أنّه لا فرق بين العدول والحكماء في ذلك وأنّ تصرف الثاني منها ممّا لا دليل عليه وإنّما ينفذ تصرف الأول منها من أجل الأخذ بالمقدار

المتيقن ، نعم في الموارد التي مقتضى الأصل فيها الجواز كما في صلاة الميت لا مانع من صحة فعل الثاني منها أي من العادل والحاكم ، لأن الأصل يقتضي الجواز فإذا أجاز الحاكم إقامة الصلاة على الميت الذي لا ولي له لأحد فسبقه شخص آخر في إقامتها عليه فلا مانع من الالتزام بصحتها ، لأن مقتضى الأصل فيها هو الصحة ، فالتفصيل إنما هو بين الموارد التي مقتضى الأصل فيها الجواز وبين ما يقتضي الأصل فيه عدم الجواز من دون فرق بين العادل والحاكم ، فلو ادعى (قدس سرّه) لزوم الاختلال من تصرف العادل الثاني لكان أولى من ادعائه في الحاكم لكثرة عدول المؤمنين واقعاً بقي في المقام شيء غفلنا عنه في البحث المتقدم : وهو أنّ شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) ^(١) ذكر أموراً بعد اشتراط العدالة في عدول المؤمنين حسب الأخبار الواردة في اشتراط ولايتهم بالعدالة ، ومن جملة هذه الأمور : أنّ العدالة إنما هي شرط صحة الشراء من الولي الذي هو المؤمنون وليست شرطاً في صحة مباشرة الولي لأموال المولى عليه في حد نفسه ، فللفاسق أن يتصرف في أموال الصغير إذا كان ذلك على وفق المصلحة ، إلا أنّ الغير إذا أراد أن يشتري منه شيئاً من أموال الصغير فصحة ذلك الشراء مشروطة بعدالة البائع الولي ، فهي شرط في صحة أفعال الغير دون نفس مباشرة الولي .

وقد استدلل على ذلك تارة : بأن تصرفات الولي في أموال الصغير معروف وكل معروف إحسان أو صدقة ، فهي لا تتوقف على عدالة ذلك الشخص ، وكذا تصرفاته في أمور الطفل عون له وعون الضعيف صدقة .

وأخرى : بقوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ ^(٢)

(١) المكاسب ٢ : ٥٦٩ .

(٢) الأنعام ٦ : ١٥٢ .

بتقريب أنه عام للعدول والفساق وقد اشترط في تقربهم إلى مال اليتيم أن يكون ذلك بما هو مصلحة في حقه وأحسن بالاضافة إليه ، فعليه لا تشترط العدالة في مباشرة الولي في أمور اليتيم بل إنما هي شرط في صحة شراء الغير منه بمقتضى قوله « وقام عدل في ذلك » في صحيحة إسماعيل بن سعد^(١) وأما صحيحة محمد بن إسماعيل السابقة^(٢) المشتملة لقوله « إذا كان مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس » فقد عرفت أنها محمولة على صحيحة علي بن رئاب^(٣) الدالة على اعتبار الوثاقة عند الشراء ، هذا .

ولا يخفى أن ما استدلل به على عدم اشتراط العدالة في المباشرة مورد للمناقشة الواضحة ، أما قوله (عليه السلام) « كل معروف صدقة »^(٤) أو عون الضعيف صدقة^(٥) فلائذ إنما تكفل لبيان الحكم على وجه الكبروية ولا نظره إلى بيان مصاديقها وصغرياتها ، ولا دلالة فيه على أن المورد معروف ، وعليه فنأين يستفاد أن تصرف الفاسق في أموال اليتيم معروف ولعله أمر غير معروف لأن الأصل عدم جواز التصرف في مال الغير بدون إذنه .

وأما كونه على وفق مصلحته فهو لا يجعله معروفاً ، وذلك لعدم جواز بيع دار الغير كالجار فيما إذا رأينا مصلحة في بيعها بدعوى أنه مصلحة فهو معروف وكل معروف صدقة ، وذلك لحرمة وعدم صحته .

وأما الآية المباركة فقد عرفت أنها تدل على عدم جواز أكل مال اليتيم إلا

(١) تقدّمت في الصفحة ١٨١ .

(٢) تقدّمت في الصفحة ١٧٧ .

(٣) تقدّمت في الصفحة ١٧٩ .

(٤) الوسائل ١٦ : ٢٨٥ / أبواب فعل المعروف ب ١ ح ٢ .

(٥) الوسائل ١٥ : ١٤١ / أبواب جهاد العدو ب ٥٩ ح ٢ (مع اختلاف يسير) .

بطريق هي أحسن ، وهذا كسابقه أمر كهروي ولا دلالة فيه على أن بيع الفاسق وتصرفاته في مال اليتيم طريقة أحسن ، مع أن الأصل عدم جواز تصرف أحد في مال الغير .

فالمتحصل : أن العدالة شرط في صحة مباشرة الولي لا في خصوص الشراء أو غيره من أفعال الغير ، كما أنه لا بد من إحراز العدالة في صحة الشراء منه ولا يمكن الاكتفاء في ذلك بحمل فعل المسلم على الصحة مطلقاً ، فلا وجه لما أفاده شيخنا الأنصاري (قدس سره) من أن التمسك بأصالة الصحة إنما لا يصح فيما إذا أردنا شراء شيء من أموال اليتيم من الولي الفاسق ، وأما إذا باعه الفاسق من شخص آخر وأخذ الثمن منه فأردنا الشراء من ذلك الشخص الآخر فلا مانع من التمسك بأصالة الصحة في المعاملة الواقعة بين الفاسق وذلك الشخص ومقتضاها جواز الشراء من الثاني ، وذلك لأجل الشك في أن مال اليتيم هل هو ذاك المال الموجود في يد البائع أو أنه عبارة عن الثمن الموجود في يد الولي الفاسق ، إذ المعاملة السابقة إن كانت صحيحة فإله هو الثمن ، وإن كانت باطلة فإنه هو العين الموجودة في يد البائع ، فلا مانع من التمسك بأصالة الصحة في جواز الشراء من الثاني .

والوجه في عدم صحة التمسك بذلك : هو أننا إذا اشترطنا في صحة الشراء عدالة الولي لما أشرنا إليه من الوجوه فع عدم إحراز شرط الصحة والعلم بأن الولي فاسق يحكم بالبطلان لا محالة ، سواء كان ذلك في الشراء من الولي أو كان في الشراء ممن اشترى منه ، فلا بد من إحراز العدالة في صحة المعاملة .

نعم لا مانع من التمسك بأصالة الصحة فيما إذا وقع عقد على مال اليتيم وشكنا في صحته وفساده من أجل الشك في فسق الولي ، أو من جهة احتمال أنه استأذن من العادل مع إحراز فسقه بنفسه ، فلا مانع من التمسك بأصالة الصحة والحكم بصحة ذلك العقد .

وأما إذا شككنا في صحة المعاملة قبل وقوع العقد على المال من أجل الشك في عدالة الولي أو فسقه فلا يصح التمسك بأصالة الصحة في الحكم بجواز الشراء منه وذلك لأن حمل فعل البائع على الصحيح لا يقتضي الحكم بمحصول شرط صحة شراء المشتري ، بل غاية ما يترتب على أصالة الصحة في فعله هو الحكم بعدم صيرورة البائع فاسقاً بهذا التصرف ، وعليه فلا بد من إحراز أن البائع عادل في صحة الشراء ، هذا كله في التصرف في أموال اليتيم ونحوه مما اشترط فيه العدالة .

وأما التصدي لغيره من الأمور مما لم يشترط فيها العدالة كإقامة الصلاة على الميت فلا إشكال في صحة الاكتفاء بفعل الفاسق لأنه يسقط الوجوب عن غيره لعدم اشتراط العدالة في صحة صلاة الميت ، نعم لو أخبر الفاسق بأنّي صليت على الميت أو صلى عليه آخر فلا يمكن الاكتفاء بخبره ولا يسقط وجوبها عنه بذلك ، بل الأمر كذلك فيما لو أخبر بذلك العدل الواحد أيضاً فيما إذا قلنا بعدم شمول أدلة حجّية خبر الواحد للموضوعات واختصاصها بالأحكام .

ثم إنه ظهر ممّا ذكرناه في المقام الفرق بين الشك في العدالة والشك في المصلحة في فعل الولي ، وذلك لأن أحدهما لا يقاس بالآخر بوجه ، لأنّ الشك في العدالة يرجع إلى الشك في أنه ولي أو ليس بولي ، وأما الشك في المصلحة في فعل الولي فهو إنّما يكون شكّاً في مجوّز فعل الولي بعد الفراغ عن أنه ولي ، ولا إشكال في أن ما فعله الولي ممضى عند الشارع ويلزم الأخذ به ولو مع الشك في مصلحته ، وهذا بخلاف المقام لأنه شك في أصل الولاية فلا يمكن الأخذ بفعله ، فلا يرد ما أورده بعضهم على شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) من أن الشك في العدالة كالشك في المصلحة في فعل الولي وأنه لا بدّ من الأخذ به .

ثم إنه يقع الكلام في أن تصرف الحاكم أو عدول المؤمنين أو فساقهم بناء على عدم اشتراط العدالة هل يشترط بوجود المصلحة في ذلك التصرف أو أن اللازم أن

لا يكون مع المفسدة وأما المصلحة فلا تعتبر فيه ، أو أنَّ المعتبر في نفوذ تصرفات الولي هو أن يكون التصرف أصلياً ومجرد المصلحة لا يكفي في صحة التصرفات ؟ هناك وجوه وأقوال وقد اختار الثالث شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) ^(١) وذكر أنَّ بيع مال اليتيم بعشرة دراهم غير نافذ فيما إذا أمكن بيعه بأزيد منها وإن كان بيعه بعشرة دراهم أيضاً مصلحة في حقّه بل لو فعل ذلك في أموال نفسه عدّ سفيهاً .

ثم إنه استدللّ على ذلك بقوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِاتِّبَاعِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ ^(٢) وبما أنَّ الآية لم تُنقَح في آيات الأحكام تصدّى شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) لبيان معنى الآية وذكر أنَّ القرب يحتمل وجوهاً .

الأول : مطلق التصرفات في المال ولو ينقله من مكان إلى مكان .

الثاني : بمجرد وضع اليد على المال في الابتداء وأما التصرفات الواقعة عليه بعده من البيع والاجارة فهي خارجة عن القرب وإنّما هو عبارة عن وضع اليد عليه حدوثاً .

الثالث : ما يعدّ تصرفاً عرفاً فلا يشمل جميع التصرفات .

الرابع : مطلق التصرفات الأعم من الفعل والترك ، والجامع أن يكون أمراً اختيارياً متعلقاً بمال اليتيم .

ثم إنَّ لفظة «أَحْسَنُ» المذكورة في الآية المباركة تحتل أموراً : الأول أن يراد بها التفضيل كما هو ظاهرها . والثاني : أن يراد بها الحسن كما أطلق في قوله تعالى : ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ ^(٣) وأريد بها خلاف ظاهرها .

(١) المكاسب ٣ : ٥٧٣ - ٥٧٩ .

(٢) الأنعام ٦ : ١٥٢ .

(٣) الأنفال ٨ : ٧٥ .

ثم إنّ الأحسن يحتمل أن يراد به الأحسن على نحو الإطلاق فإذا كان هناك فعلاً من بيعه من زيد وبيعه من عمرو وترك واحد كترك بيعه مثلاً فلا بدّ من اختيار الفعل الذي هو أحسن من تركه ومن الفعل الآخر ، كما يحتمل أن يراد به الأحسن في الجملة وهو الذي يكون أحسن من تركه فقط . وكذا الحسن يحتمل أن يراد به ما لا مفسدة فيه كما يحتمل أن يراد به ما فيه المصلحة ، ثم استظهر من احتمالات القرب الاحتمال الثالث من بينها ، ومن احتمالات الأحسن الاحتمال الثاني وهو كونه بمعنى التفضيل المطلق ، ثم ذكر فرعاً وهو أنه إذا فرضنا أنّ المصلحة قد اقتضت بيع مال اليتيم فبعناه بعشرة دراهم ثم فرضنا أنه لا يتفاوت لليتيم إبقاء الدراهم على حالها أو جعلها ديناراً فلا يجوز للولي أن يجعل الدراهم ديناراً ، لأنّ هذا التصرف ليس أصلح من تركه وإن كان الولي في أوّل الأمر مخيراً بين بيع مال اليتيم بالدراهم وبين بيعه بالدينار ، لأنّ المفروض عدم التفاوت بين الدراهم والدينار بعد فرض أنّ المصلحة تعلّقت بتبديل مال اليتيم بالنقد ، هذا كلّ بناء على الوجه المختار عنده (قدّس سرّه) .

وأما إذا جعلنا الحسن بمعنى ما لا مفسدة فيه فيجوز تبديل الدراهم بالدينار لأنه تصرف من غير مفسدة ، وكذا لو جعلنا القرب بالمعنى الرابع وذلك لأنّ الولي مكلف بأن يكون ترك تصرفاته في الدراهم على وجه الأحسن وبما أنّ المفروض أنّ الأحسن هو جعل مال اليتيم نقداً فلا محالة يكون مخيراً بين إبقاء الدراهم على حالها وبين جعلها ديناراً ، فالقدر المشترك بين الإبقاء والتبديل أحسن ، فليس له ترك كل واحد منهما فهو مخير بينهما لا محالة ، هذا ملخص ما أفاده (قدّس سرّه) في المقام .

ولكنّك خبير بأنّ الاحتمالات الأربعة في معنى القرب كلّها غير محتمل الإرادة من الآية .

أما الاحتمال الرابع ، فلأنّ شمول القرب للترك من غرائب الكلمات وكيف

يطلق على من ترك التصرف في مال اليتيم أنه تقرب من ماله ، بل وعليه يجب الزام الناس بالتصرف في مال اليتيم لأن تركه تقرب من ماله وهو حرام إلا إذا كان على الوجه الأحسن .

وأما الاحتمال الثالث ، فلأن مجرد البيع أو الاجارة المتعلقين بمال اليتيم لا يعدّ تقريباً إلى أمواله ما دام لم يستول البائع على ماله ولم يتسلط عليه خارجاً بنقله وتحويله ، فجرد التصرف الاعتباري لا يكون مصداقاً للقرب كما هو ظاهر .

وأما الاحتمال الثاني : فلأن مجرد وضع اليد على المال لا يكون تقريباً إلا على نحو الاستيلاء خارجاً وهو لا يختص بالحدوث بل كما يكون تقريباً عند الحدوث كذلك يصدق عليه التقرب بالبقاء .

وأما الاحتمال الأول : فلأن مطلق التقلب في مال اليتيم لا يصدق عليه القرب عند العرف ما لم يستول عليه في الخارج ، فالظاهر أن القرب بمعنى التسلط والاستيلاء على مال اليتيم في الخارج .

ثم إن النهي في قوله تعالى ﴿لَا تَقْرَبُوا﴾ نهي تكليفي محض ولا دلالة فيه على الفساد والبطلان ، لأن النهي قد تعلّق بالفعل الخارجي وهو الاستيلاء ولم يتعلّق بعنوان المعاملة ، فلا محالة يكون تكليفاً لا إرشاداً إلى الفساد ، وعليه فالآية أجنبية عن المعاملات الواقعة على مال اليتيم ولا تعرّض فيها لحكمها وأنها صحيحة أو فاسدة أبداً ، وعليه فلا يهتّمنا تحقيق معنى الأحسن وأنه بأي معنى أريد في الآية .

والتحقيق أن مطلق التصرفات الواقعة على مال اليتيم من البيع والاجارة ونحوها غير نافذة ، من غير فرق في ذلك بين أن يكون التصرف مصلحة في حقّه أو أصح ، صدر من الحاكم أو عدول المؤمنين ، وذلك لما عرفت من أنه لم تثبت ولاية أحد على مال اليتيم إلا في الموارد المنصوصة كما في تقسيم ماله بعد موت المورث

بمقتضى قوله (عليه السلام) «قام عدل في ذلك»^(١) الحديث، نعم لا مانع من تصرفهم في ماله حسبة كما إذا رأينا أن ماله يفوت ونعلم أن الشارع لا يرضى بفوته فلا مانع حينئذ من تبديل ماله بالنقد أو بشيء آخر على التفصيل المذكور في محله.

وأما معنى قوله تعالى «إِلَّا بِأُتِي هِيَ» فرجع الضمير لم يظهر لنا حقيقة ولكن بعضهم فسره بالنية بمعنى أن التقرب من مال اليتيم غير جائز إلا بنية هي أحسن من غيرها، وفسره بعض آخر بالكيفية بمعنى حرمة التقرب إلى مال اليتيم إلا بكيفية هي أحسن من غيرها، وقد فسرناه نحن بالطريقة وإن لم نره في كلمات المفسرين، فيصير معنى الآية حينئذ لا تقربوا مال اليتيم إلا بطريقة هي أحسن وهي الطريقة الإسلامية لأنها أحسن من غيرها، والباء حينئذ للسببية ومعناه أن التقرب المرخص في الشريعة المقدسة هو الجائز دون غيره، فاحصنه الطريقة الإسلامية فلا بد من الأخذ به دون غيره.

وقد تحصل من جميع ما ذكرناه إلى الآن: أن مقتضى الأصل عدم جواز تصرف أحد من الحاكم وعدول المؤمنين وغيرهم في أموال اليتيم ببيعها وشرائها وإيجارتها، ولم تثبت ولا يهتم عليه كما مر فلا ينفذ شيء من تصرفاتهم، وقد خرجنا عن مقتضى الأصل في بعض الموارد بالقطع برضا الشارع في التصرف في أموال اليتيم، وذلك كما إذا رأينا أن داره تنهدم لو لم تبع ولا يصل إلى اليتيم شيء من منافعها على تقدير إتهامها، فلا محالة نحرز بذلك أن الشارع راضٍ ببيع ماله أو إيجارته وهكذا، إلا أنه لابد في ذلك من الاقتصار على مورد اليقين ولا يمكن التعدي عن المقدار المتيقن، لأن الخصاص عقلي وفي مثله لابد من أن يؤخذ بالقدر المتيقن وهو عبارة عما إذا كان البيع أو غيره من التصرفات أصلح بحاله وأنفع

من غيره ، فإذا كان بيعه بعشرين درهماً ممكناً مثلاً فلا يجوز بيعه بعشرة دراهم وإن كان مصلحة أيضاً لوجود ما هو أصلح منه في حقه ، اللهم إلا أن يكون في بيعه بعشرة مصلحة تعود إلى اليتيم وهي أعظم من مصلحة بيعه بعشرين درهماً ، هذا هو الذي يقتضيه الأصل في المقام .

وأما الروايتان المذكورتان في كلام الشيخ الأنصاري (قدّس سرّه) فاحداهما حسنة الكاهلي قال « قيل لأبي عبد الله (عليه السلام) إنّنا لندخل على أخ لنا في بيت أيتام ومعهم خادم لهم فتقع على بساطهم ونشرب من مائهم ويخدمنا خادهم وربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا وفيه من طعامهم فما ترى في ذلك ؟ قال : إن كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس وإن كان فيه ضرر فلا »^(١) وقد استظهر منها شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)^(٢) أنّ مناط حرمة التصرف في أموال اليتيم هو الضرر فإذا انتفى فيجوز التصرف فيها وإن لم يكن فيه منفعة ، وهذا يبتني على حمل المنفعة في الرواية على عدم الضرر كما صنعه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) .

وقد ذكر شيخنا الأستاذ (قدّس سرّه)^(٣) أنّ الرواية تقتضي اعتبار المنفعة في جواز التصرف في أموال اليتيم ، ومفهوم ذلك عدم جواز التصرف فيما إذا لم يكن هناك منفعة في التصرف أو كان فيه ضرر عليه ، والإمام (عليه السلام) إنّما صرح بالشق الثاني من المفهوم لأنه أظهر الفردين ، لا أنّ مفهومه منحصر فيه كما حملها عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) هذا .

والظاهر أنّ المراد بالمنفعة في الرواية هو عدم الضرر وتدارك ما يرد عليهم

(١) الوسائل ١٧ : ٢٤٨ / أبواب ما يكتسب به ب ٧١ ح ١ .

(٢) المكاسب ٣ : ٥٧٧ .

(٣) منية الطالب ٢ : ٢٤٣ .

من المضار كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) والوجه في ذلك : أنّ ورود الضيف على أحد بنفسه يقتضي الضرر عليه لأنه يأكل من مأكلهم ويشرب من مشربهم ويستفيد من خادمهم وفراشهم ، فليس للضيف والوارد قسبان قسم يضرب بوروده وقسم لا يضرب ولا ينفع ، وإنّما له فرد واحد وهو يوجب الضرر دائماً ولأجله لا يصح أن يعبر في الرواية عوض قوله إذا كان في دخولكم عليهم منفعة بأنه إذا كان دخولكم عليهم غير مضر فلا بأس وإن كان فيه ضرر فلا ، وذلك لعدم صحته وعدم فردين للورود لأنه منحصر في المضرّ ، فلا بدّ من أن يعبر عن تدارك الضرر بالمنفعة في المقام ، وعليه فيستقيم ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) من أنّ الرواية تدلّ على اعتبار عدم المضرة في جواز التصرف في أموال اليتيم .

إلا أنّ الرواية غير واردة فيما نحن فيه من بيع مال اليتيم وإجارته ونحوهما من التصرفات المعاملية ، وإنّما وردت في التصرف في أموال اليتيم بأكله ولبسه ونحوهما ، ومن المعلوم أنّ أحدهما غير الآخر لا محالة ، والإمام (عليه السلام) إنّما جوّز التصرف في مال اليتيم بأكله وصرفه مشروطاً بعدم كونه مضرّاً في حق اليتيم ولم يجوّز البيع أو الاجارة مشروطاً بهذا الشرط ، والوجه في تجويزه التصرف في ماله بالأكل واللبس بالشرط ظاهر وهو أنه لولا ذلك لم يميز لأحد التصرف في أمواله ولا الدخول عليه ولا الجلوس على بساطه ، ومعه لم يمكن حفظ كيان الصغير ويخرج بذلك عن المجتمع ويكون منزلاً عن الناس وهو مما لا يرضى به الشارع جزماً ، وهذا بخلاف عدم تجويز بيع ما لهم لأنه لا يترتب عليه شيء من المحاذير ولعلّه ظاهر ، وكيف كان فالرواية أجنبية عمّا نحن بصددّه وهو واضح .

وثانيتهما : رواية ابن المغيرة « قلت لأبي عبدالله (عليه السلام) إنّ لي ابنة أخ يتيمة فرمما أهدي لها الشيء فأكل منه ثم أطعمها بعد ذلك الشيء من مالي فأقول

ياربّ هذا بهذا ، فقال (عليه السلام) لا بأس»^(١) وهذه الرواية أيضاً تدلّ على جواز التصرف في مال اليتيم فيما إذا لم يكن التصرف فيه بأكله بلا عوض ، وأمّا إذا تدارك ما أكل منه بشيء آخر أنفع له أو مساوٍ له فلا مانع من التصرف فيه بأكله ، والوجه في تجويز التصرف فيما أهدي إلى اليتيم هو أنّ الهدية بحسب الغالب تكثر عن مقدار مأكّل المهدى إليه ، وعليه فإذا لم يأكل مصاحب اليتيم من ذلك ولم يتصرف فيه بوجه فلا محالة يبقى ويتلف بنفسه أو يسقط عن حيز الانتفاع ، وهذا بخلاف ما لو أكله مصاحبه ثم أطعمه من ماله بعد ذلك فإنه نفع لليتيم وموجب لعدم تضييع ماله وكيف كان فهذه الرواية أيضاً أجنبية عما نحن فيه من التصرف في مال اليتيم بالبيع والاجارة ونحوهما ومقتضى الأصل هو المحكّم في المقام .

الكلام في عدم صحة نقل العبد المسلم إلى الكافر

قد اشترطوا في من ينتقل إليه العبد المسلم الإسلام فلا يجوز بيعه من الكافر بوجه ، من دون فرق في ذلك بين أن يكون العبد ثمناً في المعاملة أو متعناً . والدليل على ذلك تسالم الفقهاء من أصحابنا وإجماعهم على عدم جواز نقله إلى الكافر . وقد استدللّ على ذلك أيضاً بما ورد^(٢) من أنّ العبد إذا أسلم يباع على ماله إذا كان كافراً ، وأنّ الكافر لا يمكن أن يتسلّط على المسلم ، بتقريب أنّ هذه الأخبار الواردة في بيع العبد المسلم على مولاه إنّما دلّت على أنّ الشارع لا يرضى ببقاء ملك الكافر على المسلم ، ويستفاد من ذلك عرفاً أنّ إحداث الملك أيضاً ممّا لا يرضى به الشارع ، وذلك لأنّ المولى إذا أمر عبده باخراج شخص من منزله فيستفيد العبد من

(١) الوسائل ١٧ : ٢٤٩ / أبواب ما يكتسب به ب ٧١ ح ٢ .

(٢) الوسائل ١٧ : ٣٨٠ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ٢٨ ح ١ .

ذلك أنَّ المولى لا يرضى بدخول هذا الشخص في منزله من الابتداء ، وبما أنَّ الشارع أمر بإزالة العلقه المالكية بحسب البقاء فنه نستفيد أنَّ إحداث تلك العلقه أيضاً غير مرضية عنده لا محالة . وقد قاسوا ذلك بما ورد من وجوب إزالة النجس عن المساجد حيث إنَّ العرف يستفيد منه أنَّ إدخال النجس إلى المسجد حرام وإلاَّ فلم يكن وجه للمنع عن إبقائه ، هذا .

وقد أجاب عن ذلك شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) ^(١) بأنَّ الأمر وإن كان كما ذكر وأنَّ المنع عن إبقاء العلقه أو الشيء الآخر يدلُّ على المنع من إحداثها أيضاً ، إلّا أنه إنما يفيد في المقام فيما إذا كان الأمر ببيع العبد المسلم على مولاه الكافر حكماً وضعياً والنهي عن إبقائه نهياً وضعياً ، وحينئذ كُنَّا نستفيد منه أنَّ إحداث تلك العلقه أيضاً غير صحيح بحسب الوضع ، ولكن الأمر والنهي في الإبقاء تكليفيان فقط ولا يشتمُّ منها رائحه الوضع أبداً ، وعليه فتتعدّى إلى الحدوث بحسب المحكم التكليفي ونحكم بحرمة إيجاد العلقه بين العبد المسلم الكافر فقط من دون أن يكون البيع فاسداً فلذا لا يستفاد من ذلك عدم انتقال العبد المسلم إلى الكافر فيما إذا بيع منه سهواً أو نسياناً أو عصباناً ، هذا .

ثمَّ إنَّ شيخنا الأستاذ (قدس سرّه) ^(٢) ذكر في المقام أنَّ النهي عن إبقاء العلقه المالكية يستدعي بطلان ملك الكافر للعبد المسلم بحسب البقاء ، فنه يستفاد حكم الحدوث وأنه لا ينتقل إلى الكافر بحسب الحدوث أيضاً ، هذا .

ولا يخفى عليك أنه بعد بيان شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) وتقريبه عدم دلالة الأدلة على أزيد من النهي عن إبقاء العلقه المالكية تكليفاً لا يبق مجال لما ذهب إليه

(١) المكاسب ٣ : ٥٨٢ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٢٤٤ - ٢٤٥ .

شيخنا الأستاذ (قدّس سرّه) في المقام ولم نفهم مرامه (قدّس الله نفسه) بعد هذا البيان الذي لا قصور فيه بوجه وملخصه : أنّ النهي عن البقاء تكليفي محض وليس بوضعي أبداً ، وبما أنّ الحدوث مانع للبقاء فلا محالة يكون أصل حدوث العلقه الملكية مبغوضاً تكليفاً للشارع فقط ولا يستفاد منه بطلان المعاملة وعدم انتقال العبد المسلم إليه .

وقد استدللّ على عدم صحة بيع العبد المسلم من الكافر أيضاً بما ورد عن أمير المؤمنين (عليه السلام) ^(١) حيث أمر ببيع العبد الذي أسلم من المسلمين فقال اذهبوا فبيعوه من المسلمين ، بتقريب أنّ بيعه لو كان صحيحاً من غير المسلمين أيضاً فلم يكن وجه لتقييده (عليه السلام) الحكم بالمسلمين .

والجواب عن ذلك : ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ الغرض من ذلك إنما كان تخليص المسلم من الكافر فلو رخص في بيعه من الكافرين أيضاً لكان ذلك نقضاً للغرض ، وبالجمله أنّ الغرض هو إزالة ملك الكافر وهذا لا يحصل إلّا ببيعه من المسلمين فقط ، فهذه الرواية لا تدلّ على المطلوب أيضاً .

وبعبارة أخرى : أنّ الشارع قد حرّم بيع العبد المسلم من الكافر وأوجب إزالة ملكه عنه ، وغرض أمير المؤمنين (عليه السلام) العمل بذلك الوجوب ، وهذا لا يحصل إلّا ببيعه من المسلمين لأنّ بيعه من الكافر حرام ومعه كيف يمكن للأمير (عليه السلام) أن يرخص في بيعه من الكفار ، فالتخصيص بالمسلمين من أجل أنّ بيعه من الكافر حرام لا أنّ الكافر لا يملك المسلم على تقدير بيعه أيضاً .

وأما الاستدلال على عدم تملك الكافر للعبد المسلم بقوله تعالى ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ

لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا^(١)» فع أن عنوان السبيل لا يصدق على مجرد إنشاء البيع والملكية الاعتبارية من دون استيلاء خارجي ، ذكر شيخنا الأنصاري (قدس سره)^(٢) أن باب المناقشة في الاستدلال بها واسع .

أما أولاً : فلأن الظاهر من الآية أن علة الحكم فيها إنما هي علو مرتبة الإسلام وخساسة الكفر ، فالكفر والإيمان تمام الموضوع في نفي السبيل ولسانها آية عن التخصيص خصوصاً بملاحظة تصديرها بـ «لَنْ» وعليه فلا بد من حملها على معنى لا يتحقق فيه التخصيص ، إذ لو حملناها على إرادة الملك للزم تخصيصها بموارد شق مع أن لسانها آية عن ذلك جداً وذلك لكثرة الموارد التي جاز بيع العبد المسلم من الكافر وتلك الكافر له ولو آناً ما فيها ما إذا كان العبد بمن ينعتق على الكافر كما إذا كان ولده أو أباه ، ومنها ما إذا مات الكافر وانتقلت تركته إلى وارثه الكافر ومن حملتها العبد المسلم وغير ذلك من الموارد .

وأما ثانياً^(٣) : فلأن صدر الآية وهو قوله «قَالَ يَخُكُمُ يَتَنَكُمُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ» قرينة على أن المراد عدم جعل السبيل للكافرين على المؤمنين في الآخرة لا في غيرها ، ولو كان المراد نفي السبيل في هذه النشأة لم يرتبط صدر الآية بذيلها ويشهد لذلك أيضاً ما نشاهده بالعيان من تسلط الكفار على المسلمين في الخارج في جميع الأزمنة بحسب التكوين ، فلا محالة تحمل الآية على إرادة نفي جعل السبيل في الآخرة .

وأما ثالثاً : فلأن الآية على تقدير ظهورها في الملكية أيضاً لا بد من رفع اليد

(١) النساء ٤ : ١٤١ .

(٢) المكاسب ٣ : ٥٨٤ .

(٣) [وقد أدمجه في المكاسب ٣ : ٥٨٤ في الجواب الأول] .

عنه لما ورد في تفسيرها من الأخبار وقد فسرتها بنفي الحجّة للكفار على المؤمنين وقد ورد عن أبي الحسن (عليه السلام) ^(١) أنه ردّ من توهم أن الحسين (عليه السلام) لم يقتل بيد الملعون يزيد بن معاوية عليها اللعنة والعذاب مستدلاً بقوله تعالى : ﴿لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ وقال (عليه السلام) ليس المراد بالسبيل هو تسلط الكفار على المسلمين لأنه أمر قد وقع على من هو أشرف من الحسين (عليه السلام) وهو أمير المؤمنين والحسن (عليهما السلام) حيث قتلها الكفار بل قد قتل كثير من الأنبياء العظام بأيدي الكافرين كما أخبر به سبحانه في كتابه ^(٢)، وإنما المراد بالسبيل هو الحجّة لأنه تعالى لم يجعل للكافرين حجّة على المسلمين ، وعليه فمعنى السبيل هو الحجّة لا الملكية ، ودعوى أن الحجّة تعم الملكية أيضاً وتشمل الاستيلاء لا تخلو عن تكلف ، هذا .

ولا يخفى أنه وردت روايات كثيرة في أن تفسير الآيات بشيء في أخبار التفسير إنما هو بمعنى أن المعنى المفسر به مصداق من مصاديق معنى الآية لا أن معناها منحصر بما ورد التفسير به في الأخبار ، وعلل ذلك بأن القرآن يجري كما يجري الشمس والقمر وليست آياته مختصة بمورد خاص وإلا للزم انتفاؤه بانتفاء موردها لأنها حينئذ قضايا في وقائع قد انتقضت ، وقد نقلت هذه الأخبار في مقدمة تفسير البرهان فراجع ^(٣) وعليه فلا ينافي تفسير السبيل بالحجّة شمول السبيل للملكية أيضاً لعدم انحصار معناه في الحجّة كما لا يخفى ، هذا .

ثم أورد عليه بقوله : وثالثة : بأن معنى الآية على تقدير كونه هو الملكية

(١) عيون أخبار الرضا (عليه السلام) ٢ : ٢٠٣ / ب ٤٦ ح ٥ ، البحار ٤٤ : ٢٧١ الحديث ٤ .

(٢) البقرة ٢ : ٩١ ، آل عمران ٣ : ٢١ .

(٣) تفسير البرهان (المقدمة) : ٤ - ٥ .

متعارض بقوله ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) وغيره من أدلة البيع لأنها تقتضي صحة بيع الكافر وشرائه للعبد المسلم والآية تقتضي بطلانها ، فلا محالة تسقط الآية عن الاستدلال بها على عدم الجواز ، هذا .

ولا يخفى عليك أَنَّ الآية إنما تعارض أدلة البيع بنحو العموم من وجه فيتعارضان في بيع العبد المسلم وبعد تساقطهما عن الاعتبار فلا بدّ من المراجعة إلى ما يقتضيه الأصل في موارد المعارضة ومقتضى الأصل في المعاملات هو الفساد فيحتاج صحة بيع العبد المسلم بعد ذلك إلى دليل آخر يدلّ على صحته وهو مفقود . نعم يمكن أن يقال إن الآية تعارض ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ تعارض الإطلاق مع العام ، وحينئذ فلا إشكال في تقدّم العام عليه فيتمّ كلام الشيخ حينئذ ولا يحتاج إلى دليل الصحة في بيع العبد المسلم من الكافر لكفاية عموم قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ .

وأورد عليه رابعاً : بأن مقتضى استصحاب الصحة فيما إذا كان المشتري مسبقاً بالإسلام صحة بيع العبد المسلم من الكافر ، لأنّ بيعه منه حين كونه مسلماً كان صحيحاً والآن كما كان ، وكذا فيما إذا كان العبد كافراً ثمّ أسلم فإنّ بيعه حال كونه كافراً من الكافر صحيح فنستصحب الصحة إلى زمان إسلامه ، وإذا أثبتنا صحة بيع العبد المسلم في مورد فنثبت صحته في غيره من الموارد بعدم القول بالفصل ، ثم ذكر (قدّس سرّه) أنّ استصحاب الصحة لا يعارضه أصالة الفساد في غير هذه الموارد لتقدّمه عليها ، هذا .

ولكن الاستدلال من أوّله إلى آخره لم يكن مترقّباً منه (قدّس سرّه) وذلك أمّا أولاً : فلاّنه مبني على صحة الاستصحاب التعليقي ، وذلك لأنّ الاستصحاب في

المقام تعليلي لعدم وجود بيع في الخارج وإنما نقول لو كان العبد المسلم بيع للكافر قبل ارتداده لكان صحيحاً أو لو بيع العبد الكافر قبل إسلامه من الكافر لكان جائزاً وقد عرفت أن الاستصحاب التعليلي لا أساس له ، هذا مضافاً إلى أن الاستصحاب في الأحكام الكلية غير جارٍ من رأسه ، هذا كله أولاً .

وأما ثانياً ؛ فلأن عدم القول بالفصل في الأحكام الظاهرية لا معنى له ، وإنما يدعى ذلك فيما إذا ورد دليل وأثبت الحكم الواقعي في مورد وحيتثذ يمكن التعدي منه إلى سائر الموارد بعدم القول بالفصل ، وأما الأحكام الظاهرية فلا معنى لعدم القول بالفصل فيها لأنها تابعة لتحقيق موضوعاتها ، والملازمة بين الموردین من حيث الحكم الواقعي لا يستتبع اتحادها من حيث الحكم الظاهري أيضاً ، مثلاً إذا علمنا باتحاد ماءين من حيث الطهارة والنجاسة بحسب الواقع وكان أحدهما مستصحب الطهارة والآخر مستصحب النجاسة حكمنا في كل منهما بما يقتضيه الاستصحاب الجاري فيه لا محالة فنقول بطهارة أحدهما ونجاسة الآخر ظاهراً وإن علمنا إجمالاً بمخالفة أحد الحكمين للواقع .

وأما ثالثاً ؛ فلأن أصالة الصحة إذا جرت في مورد جرى فيه استصحاب الفساد أيضاً ، حكم بتقدم أصالة الصحة على استصحاب الفساد وإلا لم يبق لها مورد أصلاً لمكان وجود استصحاب الفساد في جميع موارد أصالة الصحة ، وأما إذا جرى استصحاب الصحة في مورد وجرى استصحاب الفساد في مورد آخر وأمکن التعدي من كل من الموردین إلى المورد الآخر بعدم القول بالفصل ، فلا وجه لحكومة أحدهما على الآخر بل يتعارضان ويتساقتان ، فأنحن فيه ليس من صغريات تقدّم أصالة الصحة على استصحاب الفساد بل من موارد تعارض الاستصحابين .

وأما رابعاً ؛ فلأن استصحاب الصحة من أساسه غير جارٍ لعدم بقاء موضوعه ، إذ الإسلام والكفر من الحالات المقومة بنظر العرف فالموضوع غير باقٍ

حتى يجري استصحاب الصحة في المقام ، فالمتحصل من جميع ذلك أن بيع العبد المسلم من الكافر لا دليل على فسادهِ إلا التسالم والاجماع على تقدير تماميته . وأما الاستدلال بقوله « الإسلام يعلو ولا يعلى عليه »^(١) ففيه : أنه إنما يدلّ على أن الإسلام يعلو على غيره لوضوح برهانه واستقامة طريقه ، لا أن المسلمين يعلون على غيرهم ، على أنه ضعيف السند .

ثم إن هذا كله في البيع ، وهل الاجارة أو الهبة أو العارية أو الوديعة وغيرها من المعاملات في حكم البيع ، وعلى تقدير عدم صحته فهل يحكم بعدم صحة تلك المعاملات أيضاً أو لا ؟

أما الهبة فالظاهر أنها بحكم البيع فإذا منعنا عن البيع من أجل أنه سبيل للكافر على المسلم فالهبة أيضاً توجب سلطنة الكافر عليه فيكون حكمها حكمه في البطلان .

وأما الاجارة ولو احقها فلا بدّ من ملاحظة أن أيها يوجب سلطنة الكافر على المسلم وأيها لا توجبها ، أما الاجارة فإن استلزمت سلطنة الكافر عليه كما في خدام الحكومة وغيرها حيث إنهم يتحرّكون بأمر من يخدمونه ، فلا بدّ من الحكم بعدم صحتها لأنّها توجب السبيل للكافر على المسلم ، وأما إذا كانت بنحو الخياطة للغير الذي هو من قبيل تقبّل العمل في ذمته كالدين من دون أن يكون الخياط تحت سلطة الكافر أو غيره من المستأجرين فلا ينبغي الإشكال في صحتها ، وهذا من دون فرق بين العبد المسلم وغير العبد لأنّ سبيل الكافر على المسلم غير صحيح ، ومن أجل ذلك لا مانع من الاستدانة من الكفار لأنّها توجب اشتغال ذمة المسلم للكافر من دون استلزامها سلطنة الكافر عليه .

وأما العارية أو الوديعة فالظاهر أنّها لا توجبان سلطنة الكافر عليه ويعبر عن العارية بتمليك الانتفاع كما يعبر عن الاجارة بتمليك المنفعة ، وتمليك الانتفاع لا يوجب سلطة الكافر عليه ، والوديعة ليست إلّا جعل الكافر محافظاً له وهو لا يوجب السبيل ، وأما جعل العبد المسلم متعلّقاً لحقّ الرهانة بجعله رهناً ووثيقة للذين بحيث يجوز للكافر بيعه عند عدم وصول ماله إليه فهو أيضاً لا يوجب السبيل ولا مانع منه بوجه ، هذا كلّه بناء على تمامية دلالة الآية على حرمة البيع وفساده ولكّلك عرفت أنّ الآية لا دلالة فيها على بطلان بيع العبد المسلم ولا على عدم جواز سلطنة الكافر عليه ، وإنما هي تنفي السبيل في المستقبل ، لأنّ «لنّ» لنفي المستقبل وأنّ الكافر لا يتسلّط على المسلم يوم القيامة ، وعليه فلا إشكال في صحة شيء من المعاملات المذكورة أبداً .

ثم إنه يقع الكلام بعد ذلك في تعيين الكافر وأنه عبارة عمّن حكم بنجاسته وإن انتحل الإسلام كالنواصب والغلاة ، أو أنه يختص بمن أنكر الألوهية والنبوة فقط ولا يشمل من انتحل الإسلام ، بعد التسالم ظاهراً على عدم شموله للعامة بوجه فلذا يجوز بيع العبد المسلم من السنّي بلا خلاف .

وكذا الكلام في المسلم فهل المراد منه هو من اعترف بالائمة الاثني عشر ، أو المراد به مطلق من اعترف بالوحدانية والنبوة وإن لم يكن معتقداً بالائمة (عليهم السلام) ؟

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(١) أنّ الظاهر من الكافر كل من حكم بنجاسته ولو انتحل الإسلام كالنواصب والغلاة والمرتدّ ، واستشهد بما حكى عن

(١) المكاسب ٣ : ٥٩٠ ، راجع الهامش أيضاً .

الحنفية من أنهم استدلوا بالآية المباركة ﴿لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ﴾ الخ^(١) على بينونة الزوجة عن زوجها بالارتداد ، فيكون الارتداد أيضاً من أحد أسباب الكفر المانع عن جواز بيع العبد المسلم منه ، هذا .

ولا يخفى أن الحنفية لا موقع لكلامهم ولا لأنفسهم حتى يستشهد بكلامهم في استنباط الأحكام الشرعية . ثم إن استدلالهم مما لا وجه له ، لأن المرتد وإن حكمنا ببينونة زوجته عنه إلا أنه لأجل الأخبار^(٢) وغيرها من أدلته وليس الوجه فيه منحصر بالآية .

ثم إن المنوع عن بيع العبد المسلم منه إنما هو الكافر لا من حكم بنجاسته والكفر يجتمع مع الطهارة أيضاً وهذا كما إذا قلنا بطهارة أهل الكتاب فإنهم محكومون بالكفر مع الحكم بطهارتهم فبيع العبد المسلم منهم غير صحيح ، كما أنه لا ينبغي الإشكال في جواز بيعه من النواصب والغلاة مع الحكم بنجاسة النواصب قطعاً والغلاة على كلام فيه وذلك لعدم صدق الكافر عليهم ، إذ الكافر المذكور في الآيات القرآنية هو من أنكر التوحيد أو الألوهية أو الرسالة أو غيرها من ضروريات الدين ، والناصب غير منكر للتوحيد والرسالة وإن كان أنجس من الكلب وأخبث من اليهودي والنصراني كما في الأخبار^(٣) إلا أن النجاسة حكم والكفر مطلب آخر ، وعليه فلا وجه لجعل المناط في عدم جواز بيع العبد هو النجاسة بل الميزان هو الكفر سواء حكم عليه بالنجاسة كالنواصب أو بالطهارة كما في أهل الكتاب على القول بطهارتهم .

(١) النساء ٤ : ١٤١ .

(٢) الوسائل ٢٢ : ١٦٨ / أبواب أقسام الطلاق ب ٣٠ .

(٣) الوسائل ١ : ٢١٩ / أبواب الماء المضاف ب ١١ ح ٤ ، ٥ .

ثم إن إدخال المرتد في الحكم بعدم جواز بيع العبد المسلم منه لا يتوقف على تفسير الكافر بمن حكم عليه بالنجاسة ، لأن المرتد كافر حقيقة سواء فسرنا الكافر بمن حكم عليه بالنجاسة أم فسرنا بغيره ، فلا وجه لما يظهر من كلام شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) من أن إدخال المرتد في ذلك فرع لتفسير الكافر بمن حكم بنجاسته . فتحصل أن المناط في المقام هو الكفر وأن بيع العبد المسلم من الكافر غير صحيح .

وأما ولد الكافر أو المجنون فهل يلحقان بالكافر أو أن بيع العبد المسلم من أولاد الكافر لا مانع منه لعدم كونهم مكلفين ؟ الظاهر أن أولاد الكافر كافرون في الحقيقة كما أن أولاد اليهودي أو النصراني يهود أو نصاري حقيقة لانكارهم التوحيد أو الألوهية أو اعترافهم بعدم نبي بعد موسى أو عيسى (عليهما السلام) فلا يجوز بيع العبد المسلم من أولادهم أيضاً ، لكن ذلك فيما إذا كانوا مميزين وأما إذا لم يكن ولد الكافر مميزاً في ذلك ولم يعرف شيئاً من الانكار أو الاقرار فهو أيضاً ملحق بالقسم الأول لعدم القول بالفصل في أولاد الكافر .

ثم إن ما ذكرناه من كفر أولاد الكفار المميزين لا ينافي عدم التكليف في حقهم ، إذ لا منافاة بين الكفر وعدم العقاب عليه لعدم التكليف .

وأما المجنون فهو تارة مسبوق بالكفر والتهود والتنصر وأخرى مجنون من الابتداء ، والظاهر صدق عنوان الكفر والتهود والتنصر على القسم الأول لاعتقاده بما اعتقد به أهل ملته ومذهبه ، وهذا بخلاف القسم الثاني إلا أن الحكم يثبت في حقهم بعدم القول بالفصل ، هذا كله في طرف المشتري للعبد المسلم .

وأما المسلم والمؤمن فلا ينبغي الإشكال في عدم اختصاصه بالشيعية ، إذ المراد بالمؤمن في الآيات هو من آمن بالله ورسوله ، نعم المراد بالمؤمن في الأخبار والروايات هو من آمن بالولاية ، فلا يختص الحكم بالشيعي بل يعم السني أيضاً

لأنهم أيضاً محكومون بالإسلام ومؤمنون بالتوحيد والرسالة .

وهل يختص ذلك بمن آمن بهما حقيقة أو يشمل المنافق أيضاً لأنه يظهر الإقرار بهما وإن علمنا بعدم اعتقاده بهما حقيقة كما في كثير ممن أسلم في صدر الإسلام لأنه إنما أقرّ بهما خوفاً من السيف والسيف لا يوجد الاعتقاد ، وكيف كان فهل يشمل المؤمن ما إذا علمنا بعدم اعتقاد أحد بشيء من التوحيد والرسالة ولكنه أظهر الإسلام خوفاً أو طمعاً أو لا يشمل ؟ الظاهر عدم الشمول ، لأنّ المؤمن إنما يذكر في القرآن في مقابل المنافق والإسلام في مقابل الكفر فالمنافق لا يشمل المؤمن ، نعم لو كان المذكور في الآية لفظة المسلم لكان يشمل المنافق أيضاً ، إلا أنّ المذكور هو المؤمن والمنافق لا إيمان له حقيقة ، فلا مانع من بيع المنافق للكافر .

ثم إنّ أولاد المسلم أيضاً محكومون بالإسلام حقيقة فيما إذا كانوا مميزين ومعترفين بالشهادتين ، وأما غير المميز فهو أيضاً يلحق بالقسم الأول لعدم القول بالفصل .

وأما ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) ^(١) من أنّ المراد بالمؤمن هو المؤمن الظاهري لا الواقعي فالمنافق أيضاً داخل تحت المؤمن لقوله تعالى ﴿وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ﴾ ^(٢) فَإِنْ ظَاهَرَهَا أَنَّ الْإِيمَانَ عَلَى قَسَمَيْنِ قَسَمٌ يَدْخُلُ فِي الْقَلْبِ وَقَسَمٌ آخَرُ كَانَ فِي خَارِجِ الْقَلْبِ ، فالإسلام والإيمان بمعنى واحد ، ففيه : أنّ معنى قوله ﴿وَلَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمَانُ فِي قُلُوبِكُمْ﴾ هو أنّهم غير مؤمنين لأنّ وعاء الإيمان هو القلب وهو لما يدخل في قلوبهم فهم ليسوا بمؤمنين ، لا أنّ الإيمان في ظاهرهم وهذا نظير ما إذا قلنا إنّ الترحّم لا يدخل في قلبك فإنّ معناه أنّك لا ترحّم فيك لأنّ

(١) المكاسب ٣ : ٥٩٠ .

(٢) الحجرات ٤٩ : ١٤ .

ظرفه القلب وهو خالٍ عنه ، لا أن الترحم في ظاهره ، ونظيره ما إذا قلنا إن العلم لا يدخل في قلبك فإن معناه أنك لست بعالم لا أن العلم في ظاهره كذلك ظاهر .

ثم إنه قد استثنى من عدم جواز بيع العبد المسلم من الكافر موارد .

الأول : فيما إذا كان العبد ممن ينعتق على الكافر واقعاً وهذا كما إذا كان العبد من أقربائه نظير الأب أو الابن وهكذا ، والوجه في استثناء ذلك ظاهر وهو عدم شمول أدلة المنع له ، لأن الدليل على المنع إن كان هو الإجماع فلا إجماع على البطلان في هذه الصورة بل قد أجمع على صحة البيع في هذه الصورة ، وإن كان الدليل هو الروايات الواردة^(١) في أن العبد المسلم لا يقرّ على ملك الكافر ، فهي أيضاً إنما غير شاملة لهذه الصورة حقيقة أو أنها منصرفة عنها يقيناً ، إذ المفروض أنه بمجرد الشراء ينعتق عليه ولا يقرّ على ملكه أبداً ، وإن كان الدليل هو الآية المباركة المتضمنة نفي السبيل على المؤمنين من الكافرين فهي أيضاً لا تشمل المقام لأن مجرد الشراء لا يوجب السبيل بعد فرض أنه ينعتق عليه قهراً ، هذا .

وربما يقال كما في كلام شيخنا الأنصاري (قدس سره)^(٢) أن الشراء وإن كان لا يوجب السبيل إلا أن شراء الكافر يوجب المنة على المسلم إذ لو لم يشتريه لما كان العبد منعقاً . ويدفعه : أن ذلك على كليته غير صحيح لأن الكافر ربما لا يلتفت إلى أن شراء الأقرباء يوجب اعتاقهم عليه شرعاً أو لا يلتفت إلى أن العبد من أقربائه لينعتق عليه قهراً ، نعم ربما يلتفت إلى الحكم والموضوع ويوجب شراؤه المنة عليه إلا أنه لا دليل على نفي المنة من الكافر على المسلم وإنما المنفي هو السبيل وهو أمر آخر غير المنة ، ولأجل ذلك جاز الاستدانة من الكافر والاستيهاب منه أو قبول

(١) الوسائل ١٧ : ٣٨٠ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ٢٨ ح ١ .

(٢) المكاسب ٣ : ٥٩٣ .

هداياه مع أن الكل يستلزم المنة كما هو واضح ، هذا كله فيما إذا انتعق العبد عليه واقعاً .

الثاني : إذا كان الانتعاق ظاهرياً وهذا كما إذا أقر الكافر بأن العبد من أقربائه أو أنه حرّ ونحن لا نعلم صدقه فهو على قسمين : وذلك لأنّ الشراء على فرض صدق المعترف في اعترافه ربما يكون في حدّ نفسه صحيحاً وموجباً للانتقال ، وأخرى يكون باطلاً وغير موجب للانتقال ، والأول كما في المثال الأول والثاني كما في الثاني .

أما الأول : فلا إشكال في صحة البيع حينئذ ، لأنّ المانع من صحته ليس إلّا استلزامه السبيل على المسلم وهو منتفٍ ، لأنّ المقر مأخوذ باقراره وقد اعترف بأنه ينعق عليه قهراً فلا سبيل والبيع صحيح .

وأما الثاني : فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(١) أنه ربما يشكل بالعلم بفساد البيع على تقديري صدق المعترف وكذبه ، وذلك لأنه على تقدير صدق الاعتراف حرّ وهو لا ينتقل إلى الغير ولا يدخل في ملك أحد ، وعلى تقدير كذبه عبد مسلم لا ينتقل إلى الكافر ، فلا يتصوّر صورة صحيحة لشراء من أقر بحريته إلّا أن نمنع اعتبار مثل هذا العلم الاجمالي ثم أمر بالتأمل ، هذا .

والظاهر أنه أشار بذلك إلى تفصيل صاحب الحقائق ^(٢) في تنجيز العلم الاجمالي حيث ذكر أنه إنّما يوجب التنجيز فيما إذا كان الحكم في كل واحد من الطرفين من سنخ واحد وكان لهما جامع حقيقي وذلك كالعلم بنجاسة هذا الكأس أو ذاك الكأس فإنّ الجامع بينهما وهو النجس مأمور بالاجتناب عنه على أي تقدير

(١) المكاسب ٣ : ٥٩٢ - ٥٩٤ .

(٢) الحقائق ١ : ٥١٧ .

وأما إذا كان الحكم فيها من سنخين ولم يكن بينهما جامع حقيقي كما إذا كان العلم الاجمالي متعلقاً بنجاسة الكأس الشرقي أو بغصية الكأس الغربي فلا يكون العلم الاجمالي منجزاً لأن الجامع أمر انتزاعي ولا جامع حقيقي بينهما ، وليس شيء منها معلوماً تفصيلاً بل كل واحد منها محتمل ، وقد ذكر ذلك شيخنا الأنصاري في الرسائل^(١) وردّه بأن العقل لا يفرق بينهما ، وفي المقام العلم الاجمالي إنما تعلق بأن العبد إما حرّ أو يحرم بيعه من الكافر وأحدهما أجنبي عن الآخر ولا جامع بينهما هذا .

ويمكن أن يكون إشارة إلى أنّ العلم الاجمالي في المقام قد تولّد منه العلم التفصيلي ببطلان المعاملة ، لأننا نعلم أنّ بيع هذا العبد باطل إما لأنه حر وإما لحرمة بيعه من الكافر ، وما ذكره صاحب الحقائق من التفصيل لو صحّ إنما يصحّ فيما إذا كان هناك طرفان وفرض أنّنا لم نقل بتنجّز العلم حينئذ ، وأما إذا كان الطرف واحداً فلا محالة يتولّد علم تفصيلي ببطلان المعاملة .

وكيف كان فقد أجاب عن ذلك شيخنا الأستاذ (قدّس سرّه)^(٢) بأنّ العلم الاجمالي إنما كان يؤثر في بطلان المعاملة فيما إذا ثبتت حرمة بيع العبد المسلم من الكافر بالروايات أو بغيرها من الأدلّة ، وحينئذ يمكن أن يقال إنّنا نعلم ببطلان المعاملة تفصيلاً إلا أنّ حرمة لم تثبت إلا من جهة أنه يوجب السبيل ، فإذا فرضنا أنّ البيع بحيث لا يوجب سبيلاً له على المسلم فلا وجه لبطلان المعاملة حينئذ والمفروض في المقام أنّ البيع لا يوجب السبيل لإقرار الكافر بحريّته ، وبعد ذلك لا وجه للعلم التفصيلي بالبطلان بل نحتمل كذبه في اعترافه وكونه عبداً في الواقع ، فبيعه

(١) فرائد الأصول ٢ : ٤١٦ .

(٢) نية الطالب ٢ : ٢٥٢ .

صحيح ولا سبيل للكافر عليه أيضاً . وما أفاده (قدّس سرّه) هو الصحيح .

المورد الثالث من موارد الاستثناء : ما إذا أمر الكافر أحداً بأن يعتق عبده من قبله ، وقد ذكروا أنّ عتقه من قبل الكافر يستلزم دخول العبد في ملك الكافر بأن لا يقبل غير العتق ولكّنه لا مانع منه لأنّه لا يستلزم السبيل ، هذا كلّ بناءً على أنّ العتق من قبله يستلزم دخوله في ملك الأمر ، وأمّا إذا قلنا إنه لا يستلزم الدخول في ملكه حقيقة وإمّا هو ملك فرضي تقديري ، أو أنه لا يستلزم الدخول في ملكه أصلاً لا حقيقة ولا تقديراً بل يصح أن يعتقه من قبل الكافر ثم يأخذ قيمته من الكافر لأنّه من لوازم أمره به نظير أمرنا الخلاق بحلق رأسنا فإنّ الأمر بعمل محترم يستلزم ضمانه بقيمته ، ونظير ما إذا أمرنا الخباز بأن يعطي كذا مقدراً من الخبز فلان فإنه يوجب الضمان بقيمة الخبز وإن لم يدخل الخبز في ملكنا ، وأظهر من ذلك ما إذا أعتق عبده من قبل ميت فإنّ الالتزام بأنّه دخل في ملك الميت ثم انعتق مشكل جداً ، وعليه فلا تكون هذه الصورة من صور الاستثناء كما لا يخفى .

المورد الرابع من الموارد المستثناة عن عدم جواز بيع المسلم من الكافر : ما لو اشترط البائع على المشتري الكافر عتق العبد بعد الانتقال إليه ، وقد حكى عن جماعة في هذا المورد جواز البيع من الكافر بشرط العتق ، وقد تنظر فيه الشيخ الأنصاري (رحمه الله) ^(١) من جهة كون الملكية قبل الاعتاق القابلة للاستقرار في نفسها سبباً ، ويدعي أنّ جواز البيع في المقام لو كان من باب عدم لزوم البيع وتزله فلا بدّ من الالتزام بجواز البيع في جميع الموارد التي لا يكون الخيار فيه مسقطاً بالاسقاط ، ضرورة أنّ البيع في كثير من الموارد متزلزل لثبوت خيار كخيار المجلس والحيوان وغير ذلك من الخيارات الموجبة لجواز البيع ، ويطرّب عليه صحّة

جميع العقود الجائزة من الهبة ونحوها من كافر ، وهو كما ترى .

وإن كان جواز البيع في المقام من جهة أنَّ البائع يلزم الكافر بعقود العبد فيلزم جواز البيع في غير موارد الشرط أيضاً لكون الكافر ملزماً ببيع العبد المسلم بالزام الحاكم .

وكيف كان ، أنَّ الحقَّ عدم جواز البيع في هذا المقام كما ذكره الشيخ (قدس سره) وملخصه : أنه لا فرق بين المقام وبين إجباره على بيعه في عدم انتفاء السبيل بمجرد الشرط ، هذا كله في الملك الاختياري .

ويقع الكلام في الملك غير الاختياري مثل الارث ، وهل يلحق هذا بالملك الاختياري أم لا ؟ فإن كان الدليل على عدم جواز البيع في الاختياري الاجماع فلا مانع من جواز إرث الكافر العبد المسلم غاية الأمر يكون ملزماً على بيعه من قبل الشارع ، بل ادَّعي الاجماع على الجواز في الارث .

وإن كان الدليل الروايات الواردة في عدم استقرار ملك الكافر للعبد المسلم كما في قوله (عليه السلام) « ولا تقرّوه عنده »^(١) فهو أيضاً لا يمنع من تملك الكافر العبد المسلم ابتداءً بآرث ونحوه وغاية الأمر يلزم على بيعه .

وأما لو كان الدليل عليه الآية الشريفة^(٢) وقلنا بكون التملك سبيلاً من الكافر على المؤمن ، فعليه إن قلنا بحكومة الآية على أدلة الارث فعدم الملك ظاهر وأما لو قلنا بعدم الحكومة كما كان كذلك في البيع فيقع التعارض بين الآية الشريفة وأدلة الارث ، فلا بد من الرجوع إلى الأصل الموجود في المقام .

(١) الوسائل ١٧ : ٣٨٠ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ٢٨ ح ١ .

(٢) النساء ٤ : ١٤١ .

وللميرزا (قدّس سرّه) ^(١) في المقام كلام يريد به أن يفرّق بين الارث والبيع وأنّ أحدهما لا يقاس بالآخر بتقريب أنّ البيع عبارة عن التبديل بين المالكين مع حفظ المالكين وتوضيح ذلك : أنّ الملكية بين المالك والمملوك لما كانت كالخيط المشدود أحد طرفيه بالمالك والآخر بالمملوك وعند البيع يفتح الخيط من طرف المملوك ويشد إلى الثمن ، وأمّا طرف المالك فهو باقٍ على حاله ، والملكية الحاصلة بين المشتري والمتمن ملكية حادثة لم تكن له بخلاف الارث لأنه ليس إلاّ تبدلاً من طرف المالك ، وأمّا الملكية فهي باقية على حالها ، فعليه لا مانع من الارث لعدم كونه إحداث ملك حتّى يكون مشمولاً لآية نبي السبيل ليقع التعارض ، بل هي ملكية كانت موجودة قبلاً غاية الأمر قد تبدّل المالك فيلزم على بيعه .

ولكنّه لا يخفى ما فيه ، بداهة أنّ الملكية من الأمور التي تكون قائمة بالطرفين ولا يعقل بقاؤها مع انتفاء أحد طرفيها فعليه توجد وتحدث ملكية جديدة للوارث . وبعبارة واضحة أنّ الملكية الحاصلة للوارث ملكية جديدة غير الملكية التي كانت للمورث ، فما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) هو المتين .

وكيف كان ، فبعد التعارض لابدّ من الرجوع إلى الأصل الموجود في المقام وقد ذكر الشيخ الأنصاري (قدّس سرّه) أنّ الأصل في المقام عبارة عن أصالة بقاء رقية العبد ، ولكنّه لا يثبت بذلك تملك الكافر بل يرثه الإمام (عليه السلام) لأنه مقتضى الجمع بين أصالة عدم تملك الوارث الكافر وبين أصالة بقاء رقية العبد .

وقد أورد ^(٢) على الشيخ (قدّس سرّه) بأمرين : أحدهما أنّ جريان الأصل في طرف بقاء رقية العبد مبني على جريان الاستصحاب في القسم الثالث من أقسام

(١) منية الطالب ٢ : ٢٥٤ - ٢٥٦ .

(٢) حاشية المكاسب (الاصفهاني) ٢ : ٤٦٩ .

استصحاب الكلّي، بداهة أنّ الرقبة التي كانت ثابتة للمورث قد فانت بموت المورث قطعاً، ولو كان في المقام رقبة للوارث فهي رقبة أخرى، فاثبات رقبة العبد الكذائي بعد موت المورث باستصحاب بقاء كلّي الرقبة من باب جريان استصحاب الكلّي في القسم الثالث منه، وقد حقّق في موطنه عدم جريان الاستصحاب فيه.

وفيه: أنّ مراد الشيخ (قدّس سرّه) من أصالة بقاء الرقبة أصالة عدم كونه حرّاً وليس هذا متوقفاً على وجود الطرف، ومن هنا لو شككنا في خروج المال عن كونه مملوكاً بعد موت المالك استصحابنا عدمه وإن فرضنا عدم وجود أيّ مالك في العالم، بل لا نحتاج إلى استصحاب الرقبة أصلاً، وذلك للعلم الوجداني ببقاء العبد في ملك مالكه إلى زمان موته، فهو داخل في عنوان ما تركه الميت فإذا استصحابنا عدم انتقاله إلى الوارث يتمّ به موضوع الانتقال إلى الإمام (عليه السلام) من دون حاجة إلى استصحاب الرقبة.

وثانيهما: أنّ الأصل كما يقتضي أصالة عدم تملك الوارث كذلك يقتضي عدم تملك الإمام أيضاً فيتعارضان. وبعبارة أخرى أننا نعلم إجمالاً إمّا بعدم تملك الكافر وإمّا بعدم تملك الإمام (عليه السلام) ولا مرجّح في البين.

وفيه: أنّ الأمر وإن كان كذلك إلّا أنه لا معارضة بين الأصلين لكونهما طوليين، بداهة أنّ الثاني في طول الأول لأنّنا إذا أجرينا أصالة عدم تملك الوارث الكافر للعبد المسلم وضمننا هذا الأصل إلى موت المورث الذي نعلم بالوجدان فيكون موضوع إرث الإمام (عليه السلام) متحققاً وهو عبارة عن الميت الذي لا وارث له، وبديهي أنّ هذا يتمّ بضمّ الوجدان إلى الأصل، وما ذكرناه ليس مختصاً بالمقام بل يجري في كثير من الموارد كما إذا شككنا في وجود ولد للميت فباستصحاب عدم تحكّم بكون الارث لغيره من طبقات الوراث.

ولا يخفى أنّ في تعبير الشيخ في المقام بقوله «إنه إذا نفى إرث الكافر بآية نفي

السييل كان الميِّت بالنسبة إلى هذا المال ممَّن لا وارث له « مسامحة ظاهرة ، لأنَّ المفروض تعارض الآيَّة بأدلة الارث . ومع ذلك كلَّه الحقَّ هو إرث الكافر العبد المسلم لوجود الاتفاق والتسالم بين الفقهاء (قدَّس سرَّهم) .

وهل يلحق بالارث كل ملك غير اختياري أو لا يلحق ، أو يفصل بين ما كان سببه اختيارياً فلا يلحق وما يكون سببه غير اختياري أيضاً فيلحق ؟ واختار الشيخ الأنصاري (قدَّس سرَّه) ^(١) عدم الالحاق أولاً وعلى فرض تسليمه الالحاق فيما إذا كان سببه أيضاً غير اختياري ، ولعمري أنَّ ما ذكره (قدَّس سرَّه) في غاية المتانة بناءً على ما ذكره من مقتضى القاعدة من أنَّ الأصل عدم تملك الكافر العبد المسلم غاية الأمر خرجنا في الارث لأجل الاتفاق والتسالم بين الفقهاء (قدَّس سرَّهم) .

والمراد من الملك غير الاختياري أن يكون كذلك بالنسبة إلى الكافر ، والمراد من سببه غير الاختياري كما إذا تلف المبيع قبل قبضه كما إذا فرضنا أنَّ المال الذي جعل في مقابل العبد المسلم تلف قبل قبضه فعليه يرجع العبد إلى ملك الكافر قهراً وكما أنَّ الملك قهريّ فسببه الذي يكون عبارة عن التلف قبل القبض أيضاً غير اختياري ، والمراد من الملك غير الاختياري الذي يكون سببه اختيارياً ما إذا كان العقد خيارياً من جهة العيب في العبد أو من جهة الغبن وغير ذلك من أسباب الاختيار ، فبديهى أنَّ ملك الكافر العبد المسلم وإن كان غير اختياري إلا أنَّ سببه الذي هو عبارة عن الفسخ اختياري للفاسخ ، وهذا أيضاً ينقسم إلى قسمين لأنه تارةً يكون اختيارياً من الطرفين وأخرى يكون اختيارياً من أحد الطرفين . وكيف كان أنَّ ما ذكره الشيخ (قدَّس سرَّه) هو المتين .

إذا عرفت هذا بقي الكلام في أمرين: الأول أن متولّي البيع هل هو الكافر أو أنه لا سلطنة له على ذلك والمتولّي عليه هو الحاكم أو المسلمون وأمّا الكافر فهو مسلوب السلطنة ؟ فإن قلنا بمقالة الفخر (قدّس سرّه) ^(١) من زوال ملك الكافر عن عبده المسلم وليس له إلاّ استحقاق أخذ الثمن ، فعدم سلطنة الكافر في غاية الوضوح ، إلاّ أن هذا في نفسه فاسد كما هو الظاهر لعدم الدليل عليه . مضافاً إلى أنه لو صحّ ذلك أي مقالة زوال ملك الكافر فلا يكون مستحقاً لأخذ الثمن أيضاً بعد ما لم يكن العبد ملكاً له ، وأيضاً العبد بعد خروجه عن ملك الكافر يكون بلا مالك .

وأما لو قلنا بمقالة المشهور من كونه مالكا غاية الأمر لا بدّ له من إزالة ملكه عنه بقاءً ، فالحقّ ما ذهب إليه العلامة الأنصاري (قدّس سرّه) ^(٢) من كون متولّي البيع هو نفس الكافر وبديهي أن الناس مسلّطون على أموالهم ، خرجنا عنه بآية نفي السبيل في خصوص أنه ليس له إبقاء ملكه بل لا بدّ له من إزالته ، وتظهر الثمرة فيما إذا أراد الكافر بيعه من شخص خاص أو أراد أن يهبه فبناءً على كون المتولّي هو الكافر فله ذلك وإلاّ فلا .

وقد ذكر شيخنا الأستاذ ^(٣) في المقام أن المتولّي هو المسلمون مستدلاً بقول أمير المؤمنين (عليه السلام) « اذهبوا فبيعوه من المسلمين » ^(٤) بتقريب أن أمره (عليه السلام) المسلمين ببيع العبد المسلم يدلّ على سلب سلطنة الكافر عن بيعه بل المتولّي لا بدّ وأن يكون من المسلمين .

(١) إيضاح الفوائد ١ : ٤١٤ .

(٢) المكاسب ٣ : ٥٩٦ .

(٣) منية الطالب ٢ : ٢٥٧ .

(٤) الوسائل ١٧ : ٣٨٠ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ٢٨ ح ١ .

وفيه أولاً: أنَّ أمره (عليه السلام) المسلمين يبيعه إنما هو بحسب الغالب، بداهة أنَّ الغالب أن لا يكون الكافر راضياً ببيع عبده كما يدلُّ عليه قوله (عليه السلام) في ذيل الرواية «ولا تقروه عنده» وأمره (عليه السلام) إرشاد إلى هذا المعنى. وثانياً: لو سلَّمنا ذلك نقول: إنَّ أمير المؤمنين (عليه السلام) لما كان ولياً وكانت له الولاية على أموال الناس وأنفسهم فيحتمل أن يكون سلب سلطنة الكافر في البيع من باب الولاية في هذا المورد الخاص، فعليه لا تكون الرواية دالة على كون المستولي هو الحاكم أو المسلمون، وكيف كان أنَّ ما ذكره الشيخ الأنصاري (قدس سره) هو المتين.

الثاني: في جواز رجوع العبد المسلم إلى ملك الكافر وعدمه كما إذا كان العقد جائزاً بالعرض أو بالذات كما في المعاطاة بناءً على كونها جائزة. الظاهر عدم الجواز لأنه لا فرق بين إرجاع العبد المسلم إلى الكافر بالخيار إذا كان جواز العقد بالعرض وبالرجوع إذا كان ذاتياً كما في المعاطاة وبين بيعه من الكافر ابتداءً في كونه سبيلاً، بداهة أنَّ ملكيته في كل من المقامين ملكية جديدة، وغير خفي أنه بناءً على كون الملكية سبيلاً وبعد فرض دلالة الآية على نفي السبيل الكذافي يكون عدم جواز الفسخ والرجوع في غاية الوضوح، وما ذكره المحقق الكركي^(١) وغيره من الحكم بثبوت الخيار والرد بالعيب تبعاً للدروس^(٢) من جهة أنَّ العقد لا يكون خارجاً عن مقتضاه لأجل كون المبيع عبداً مسلماً لكافر، وأيضاً لو اقتضى نفي السبيل ذلك أي عدم ثبوت الخيار والرد بالعيب لكان مقتضياً لخروج العبد عن ملك الكافر ابتداءً في غاية البعد بعد ما سلَّم (قدس سره) دلالة الآية الشريفة على ما ذكر في البيع، بداهة أنه لا فرق بين البيع وبين هذه الموارد في كون الملكية الحاصلة بعد الفسخ والرجوع

(١) جامع المقاصد ٤: ٦٥.

(٢) الدروس ٣: ١٩٩.

ملكية جديدة ومنفقة بالآية الشريفة .

بقي في المقام شيء ذكره الشافعي^(١) ويحتمل أن يكون المقام مبنياً عليه : وهو عبارة عما ذكره في المقام وفي غيره من موارد الخيار وفي المعاطاة من أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد ، وقد ذكروا في باب الخيارات أنه لو كان للملكية السابقة حكم من الأحكام يترتب عليها بعد الفسخ ذلك الحكم بناءً على كون الزائل كالذي لم يزل ، ولا يترتب عليها بناءً على كونه كالذي لم يعد ، وأيضاً ذكروا في باب المعاطاة بناءً على كونها جائزة وصيرورتها لازمة بالتصرف ، لو تصرف أحد المتعاطين فيما انتقل إليه بعقد جائز ثم رجع عن ذلك العقد فعلى الأول يجوز الرجوع لكل واحد من المتعاطين لأن الزائل العائد كالذي لم يزل ، وبناءً على الثاني لا يجوز الرجوع لأنه قد تصرف في المال بالعقد ، والذي أرجعه بالفسخ هو غير الملكية السابقة فيكون الزائل العائد كالذي لم يعد ، وتطبيقه في المقام أنه لو فرضنا أن ملكية العبد المسلم للكافر العائدة من جهة الفسخ أو من جهة الرجوع في المعاطاة تكون ملكيته السابقة بناءً على كون الزائل العائد كالذي لم يزل فلا تشملها الآية الشريفة ، بل لابد من الزامه بالبيع بعد العود كما كان كذلك قبل الزوال ، وأما بناءً على كون الزائل العائد كالذي لم يعد فليس له ذلك أي الفسخ والرجوع لكونه ملكاً جديداً سبيلاً للكافر على المؤمن .

ولعمري أنه لا يمكن التمسك لاثبات الحكم الشرعي بمثل هذه الاستحسانات التي بنى العامة عليها في كثير من الموارد مثل القياس ونحوه وليس لها قيمة . فالتحقيق أنه بناءً على دلالة الآية الشريفة على انتفاء ملك الكافر عن العبد المسلم فلا بد من الحكم بعدم صحة التملك مطلقاً إلا ما خرج بالدليل وهو خصوص الملكية

(١) روضة الطالبين ٣ : ١٣٦ ، ٤ : ١٧٤ ، المجموع ١٢ : ٣٠١ ، ٣٠٤ ، ٣٠٧ .

الباقية بعد إسلام العبد أو كفر المالك ، وحينئذ فيجبر المالك على البيع . وأما الملكية الحادثة بعد ذلك فهي مشمولة للآية سواء كان سببها الفسخ أو غيره . فالصحيح على هذا المبني عدم ثبوت الخيار .

ثم إن الشيخ (قدس سره) ^(١) بعد ما ذكر في المقام أن أدلة نفي السبيل كما تتقدم على أدلة البيع كذلك تتقدم على أدلة الخيار ، فلا يثبت الخيار لا للمشتري المسلم ولا للبائع الكافر ، نعم قد ثبت الأرش في خيار العيب لكل واحد من البائع والمشتري بالأدلة الخاصة ، قد فصل (قدس سره) في الخيار الذي ثبت بأدلة لا ضرر بين المشتري المسلم والبائع الكافر وقال (قدس سره) بثبوت الخيار للمسلم المتضرر من لزوم البيع وعدم الخيار للكافر ولو تضرر لكون الضرر حاصلًا من قبل نفسه ومن كفره الذي يمنع عن تملك المسلم ، وإنما قلنا بتملكه في الارث لأجل الاتفاق والتسالم بين الفقهاء (قدس سرهم) .

وقد أورد عليه الميرزا (قدس سره) ^(٢) بأن الكفر وإن كان أمراً اختيارياً للكافر ولكنه مقدمة إعدادية للضرر لا أنه الموجب للضرر ، فلا يستند الضرر إليه بل إلى لزوم البيع كما إذا فرضنا أن أحداً لم يحفظ نفسه من البرد فرض وصار الوضوء في حقه ضررياً فهل يمكن أن يقال بأنه لا بد له من الوضوء لكونه سبباً لتضرره ، كلاً بل يقال إن الوضوء أو حكم الشارع عليه بالوضوء ضرري في حقه فيرتفع وكف له من نظير ، وفي المقام الضرر ناشئ من حكم الشارع بلزوم العقد بالنسبة إلى الكافر وهذا الحكم ضرري فيرتفع بأدلة لا ضرر .

وفيه : أنه فرق بين المقام وبين غيره من الموارد التي ذكرها (قدس سره) وذلك

(١) المكاسب ٣ : ٥٩٧ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٢٦٠ .

أَنَّ ما ذكره (قدّس سرّه) من عدم كون المقدّمة الاعدادية موجبة لنسبة الحكم إلى المقدّم وإن كان حقّاً إلّا أنّه لا ربط له بالمقام ، لأنّ الشارع لم يحكم بلزوم العقد في المقام بل العقد جائز فعلاً أيضاً غاية الأمر جواز فسخه مقيّد بكون الفاسخ ومن له الخيار مسلماً ، فعدم جواز الفسخ في حال الكفر إنّما هو لأجل فقدان الشرط وهو الذي صار سبباً للضرر لأجل المسامحة في مقدّماته من جهة عدم الإسلام ، فله أن يسلم ويفسخ ، فالضرر لم ينشأ من حكم الشارع بل حصل من قبل نفسه كما عرفت .

وما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) من هذه الجهة متين إلّا أنه يرد عليه أولاً: أنّه لا يمكن لنا أن نثبت شيئاً من الخيارات بأدلة لا ضرر حتّى خيار الغبن الذي استدلّ عليه بتلك الأدلة ، لأنّ الدليل عليه تخلف الشرط الضمني الارتكازي كما سيجيء الكلام فيه في باب الخيارات مفصلاً^(١) إن شاء الله تعالى .

وثانياً: لو تنزّلنا عن ذلك ، فإن قلنا بعدم كون آية نفي السبيل حاکمة على أدلة البيع والخيارات كما ذكر الشيخ (قدّس سرّه) آنفاً بقوله : وحكومة الآية عليها غير معلومة بل تكون الآية متعارضة مع الأدلة فيتساقطان ، فالمرجع يكون عموماً لزوم البيع أو استصحاب بقاء الملكية ، ويكون دليل لا ضرر مقدّماً عليها لا لأجل قوله بل لأجل كونه حاکماً . وبعبارة أخرى تقدّم أدلة لا ضرر في المقام لأجل كونها حاکمة على أدلة لزوم العقد ولا معنى لتقدّم لا ضرر على آية نفي السبيل لأنّ المفروض سقوط الآية بالتعارض ، بل يتقدّم لا ضرر على أدلة اللزوم من باب الحكومة ، وأمّا لو قلنا بحكومة آية نفي السبيل على أدلة البيع والخيارات كما أنّ أدلة نفي الضرر حاکمة على أدلة لزوم البيع فيقع التعارض بين الحاكمين ، ولا

وجه لتقدّم أدلّة لا ضرر على آية نفي السبيل ، أمّا من حيث السند فبديهي أنّ الآية مقطوعة الصدور دون لا ضرر ، وأمّا بالنسبة إلى الدلالة فهما متساويان في الدلالة فيكونان متعارضين ، فلا جرم تصل النوبة إلى الأصل الموجود في المقام من استصحاب بقاء الملكية ونحوه ، فما ذكره (قدّس سرّه) لا يمكن المساعدة عليه .

وقد وقع في المقام توهم ولعلّ أوّل من أبداه هو العلامة (قدّس سرّه) في القواعد^(١) وهو أنه لا مانع من القول بثبوت الخيار للكافر أيضاً غاية الأمر يرجع إلى بدل العبد المسلم ، بداهة أنّ غاية ما ثبت من آية نفي السبيل عدم جواز رجوع العبد المسلم إلى ملك الكافر لكونه سيّلاً ، وأمّا بدله من القيمة فلا ، وقد تنظر الشيخ (قدّس سرّه) في ذلك وقال إنّ هذا حسن لو لم يكن مجرد استحقاق القيمة سيّلاً على المسلم من الكافر وأيّد (قدّس سرّه) عدم الخيار بما حكم الفقهاء (قدّس سرّهم) به من سقوط الخيار في من ينعقد على المشتري .

ولا يخفى أنّ وهن ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) غنيّ عن البيان ، أمّا وهن ما ذكره من مقالة تحقّق السبيل بمجرد الاستحقاق فظاهر ، لأنّ مجرد استحقاق القيمة لا يكون سيّلاً عرفاً ، لأنه نظير استحقاق الكافر الثمن أو الأجرة فيما إذا باع شيئاً أو أجر نفسه لعمل .

وأما حكم الفقهاء (قدّس سرّهم) بسقوط الخيار في من ينعقد على المشتري فغير مستند إلى دعوى أنه سيّيل ، بل السرّ في ذلك أنّ الفسخ بمعنى حلّ العقد ورجوع كل من العوضين إلى ملك مالكة الأول وليس في ذلك الرجوع إلى البدل نعم إذا كان أحد العوضين تالفاً أو بمحكم التالف اعتبر بحسب البقاء أيضاً ملكاً لمالكه وقد تلف في يد الآخر ومعه ينتقل الأمر إلى البدل ، وهذا المعنى من الفسخ إنّما

يتحقق في غير المقام ، وأما إذا كان المبيع ممن ينعقد على المشتري فلا معنى لاعتباره بحسب البقاء ملكاً للملكة الأول ، إذ لا معنى لاعتبار ملكية الحر ولا يقاس ذلك بالتالف ، ومعه لا ينتقل الأمر إلى البدل .

ومما ذكرنا تبين ما في كلام العلامة (قدس سره) فإن الأمر في محل الكلام أيضاً كذلك ، لأن الشارع قد منع من اعتبار ملكية المبيع وهو العبد المسلم للكافر فلا ينتقل الأمر إلى البدل ، فما ذكره العلامة والشيخ (قدس سرهما) لا يمكن المساعدة عليه كما عرفت فتأمل .

وملخص الكلام من أول البحث إلى هنا : أنه إن قلنا بكون الآية الشريفة ناظرة إلى نفي السبيل تكويناً وفي يوم الآخرة بقرينة صدرها ، أو إلى نفي الحجّة كما في بعض الروايات فلا مانع من صحة بيع العبد المسلم من الكافر ، غاية الأمر يكون الكافر ملزماً على بيعه بقاءً لأجل الروايات الواردة في عدم استقرار ملك الكافر للعبد المسلم كما ينادي بهذا قوله (عليه السلام) « ولا تقرّوه عنده » .

وأما إن قلنا إن الآية الشريفة ناظرة إلى مرحلة التشريع مثل قوله تعالى : ﴿ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ ^(١) بأن تكون الآية الشريفة حاکمة وناظرة إلى نفي السبيل للكافر على العبد المسلم في عالم التشريع ، فحينئذ لا إشكال في تقديم الآية الشريفة والحكم بعدم صحة بيع العبد المسلم من الكافر بناءً على كون التملك سبباً ، وأما إذا قلنا إن الآية الشريفة باطلاً فتشمل نفي السبيل في عالمي التشريع والتكوين فتقع المعارضة بين الآية الشريفة وبين الروايات الواردة في صحة العقود مثل قوله (عليه السلام) « الصلح جائز بين المسلمين » ^(٢) وغير ذلك من الروايات

(١) المجمع ٢٢ : ٧٨ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٤٤٣ / كتاب الصلح ب ٣ ح ٢ .

الواردة في صحة العقد بالعموم من وجه ، وقد ذكرنا في محله^(١) أنه إذا وقعت المعارضة بين الآية والرواية بالعموم من وجه تتقدم الآية على الرواية لكون الرواية مخالفة للقرآن ، وقد ذكرنا في محله أن المعارض بهذا الوجه أيضاً مما أمرنا بضربه على الجدار ، ولا يختص ذلك بما إذا كانت المعارضة بالتباين لأنه لا نعني بالمخالفة إلا التنافي وهو موجود في المقام .

ولكن هذه الكبرى لا تجري في المقام ، بل لابد في المقام من تقديم أدلة العقود ، وذلك لأن هذه المقالة إنما هي فيما إذا لم تكن الرواية معتمدة بآية أخرى وفي المقام الروايات الواردة في المعاملات معتمدة بقوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) ويقدم ﴿أَوْفُوا﴾ على آية نفي السبيل لأجل كون دلالته بالوضع والعموم ودلالة آية نفي السبيل بالاطلاق ، وقد ذكرنا في محله أن ما يكون عمومه بالوضع يتقدم على ما يكون بالاطلاق بمقدمات الحكمة ، فالنتيجة هي صحة بيع العبد المسلم من الكافر هذا كله في المعاملات .

وأما في الخيارات فإن كانت أدلة الخيارات لفظية مثل قوله (عليه السلام) «البيعان بالخيار»^(٣) أو «لصاحب الحيوان خيار ثلاثة أيام»^(٤) وغير ذلك من الروايات الواردة في باب الخيار فالكلام هو الكلام في المعاملات بعينه ، وأما وجه تقديم أدلة الخيارات على الآية في مرحلة المعارضة فلأجل أنه لو كان البيع الابتدائي جائزاً وأدلة البيع مقدمة يكون الفسخ وعود الملك جائزاً بطريق أولى بناءً على كون

(١) مصباح الأصول ٣ (الموسوعة ٤٨) : ٥١٧ .

(٢) المائة ٥ : ١ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٥ / أبواب الخيار ب ١ .

(٤) الوسائل ١٨ : ١٠ / أبواب الخيار ب ٣ .

الفسخ عوداً للملك السابق ، كما أنه لو لم يكن الفسخ جائزاً لا يكون تملك الكافر العبد المسلم ابتداءً جائزاً بطريق أولى .

وبعبارة أخرى : أن جواز البيع الابتدائي من الكافر يدلّ بالدلالة الالتزامية على جواز الفسخ بطريق أولى ، كما أن عدم جواز الفسخ يدلّ بالدلالة الالتزامية على عدم جواز التملك الابتدائي بطريق أولى ، ومرجع هذا إلى المعارضة بين الدلالة الالتزامية لأوفوا بالعقود والدلالة الالتزامية لآية نفي السبيل وهو من المعارضة بين آيتين ، وحيث إنّ دلالة الأولى وضعية ودلالة الثانية اطلاقية فيتقدّم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ويؤخذ بعمومه ويلوازمه فتثبت صحة الفسخ . وإن شئت قلت : إنّ أدلة الخيارات المعتضة بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ تتقدّم على آية نفي السبيل . هذا إذا ورد دليل لفظي خاص على الخيار .

وأما إذا كان دليل الخيار مثل قاعدة لا ضرر فحينئذ أيضاً إن قلنا بعدم كون الآية ناظرة إلّا إلى نفي السبيل في عالم التكوين والآخر فلا إشكال في الخيار ، وأما إذا كانت الآية ناظرة إلى نفي السبيل في مرحلتي التشريع والتكوين فلا إشكال أيضاً في ثبوت الخيار لحكومة لا ضرر على جميع أدلة الأحكام الواقعية ومنها آية نفي السبيل ، لأنّ المفروض عدم كون الآية حاکمة على أدلة الأحكام بل هي مثلها فتكون محكومة بلا ضرر ، وأما إن قلنا بناظرية الآية إلى نفي السبيل في مرحلة التشريع فقط فيقع التعارض بين القاعدة والآية يعني يقع التعارض بين الحاكمين وحينئذ فقد يقال بتقدّم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ على الآية ببيان ذكرناه ، فلا بدّ من تقديم القاعدة على الآية في المقام أيضاً لكونها معتضة بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ .

إلّا أنّه لا يمكن المساعدة على ذلك ، وذلك لأنّ المفروض نظر آية نفي السبيل إلى التشريع وحكومتها على جميع أدلة الأحكام بما في ذلك ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ . فلا معاضدة في البين ، بل يكون التعارض بين الآية والقاعدة من صغريات التعارض

بين الكتاب والرواية بالعموم والخصوص من وجه والحكم فيه هو تقديم الكتاب وعليه فيحكم بعدم الخيار ويرفع اليد عن لا ضرر .

إلا أن الصحيح أنه لا يوجد خيار ينحصر دليله بأدلة نفي الضرر ، كما لا مجال لدعوى اختصاص السبيل بالسبيل التشريعي ، بل الآية الشريفة لا تشمل السبيل التشريعي أصلاً وإنما هي ناظرة إلى السبيل التكويني في الآخرة ، وعليه فمقتضى القاعدة صحة تملك الكافر للمسلم غاية ما هناك أنه يجبر على بيعه كما دلت عليه الروايات . نعم لو تم إجماع في مورد عملنا به كما ادّعي في البيع الابتدائي ، لكن لم يثبت إجماع في الفسخ ومقتضى القاعدة ثبوت الخيار ، فما ذكره في جامع المقاصد تبعاً للدروس من ثبوت الخيار متين جداً .

بيع المصحف من الكافر

ثم إنه يقع الكلام في جواز نقل المصحف إلى الكافر وعدمه . ولا يخفى أن محل الكلام في جواز بيع المصحف وعدمه إنما هو مبني على جواز بيعه من المسلم ، وأما لو قلنا بعدم جوازه من المسلم كما عليه الشيخ الأنصاري (قدس سرّه) ^(١) فالجواز من الكافر غير محتمل فعليه يقع في مطلق النقل مثل الهبة ونحوها . وأيضاً فليعلم أن كلامنا في جواز نقله إلى الكافر وعدمه إنما هو من حيث هو من دون أن ينطبق عليه عنوان آخر محرم مثل الهتك ونحوه . على أن نقل المصحف إلى الكافر قد يوجب احترامه وتعظيمه لأنه يطّلع على معارفه وقواعده وإن لم يؤمن به وقد يكون هذا سبباً لهدايته وإيمانه .

ثم إنه إذا عرفت هذا فاعلم أن عدم جواز بيع العبد المسلم من الكافر إن كان

دليله الاجماع فلا مانع من جواز بيع المصحف من الكافر لعدم الاجماع ، ولذا نقل الشيخ (قدس سره) ^(١) عن بعض كراهة بيعه ، ولكنه لم نعلم وجه الكراهة بل الأمر دائر بين المنع والجواز .

وكيف كان إن كان الدليل هناك الاجماع فهو غير تامّ هنا فلا مانع من جواز البيع . وإن كان الدليل هناك الآية الشريفة من جهة احترام المسلم فيمكن أن يقال في المقام بمناسبة الحكم والموضوع إنه إذا كان بيع العبد المسلم غير جائز من جهة الاحترام فعدم الجواز في المصحف بطريق أولى ، لأن القرآن أعظم احتراماً من المؤمن لأنه أساس الدين .

ولكن فيه منع ظاهر ، بداهة أنه لم يعلم أنّ عدم جواز بيع العبد المسلم من الكافر من جهة الاحترام ، بل يمكن أن يكون لنكتة أن لا يكون متخلّفاً بأخلاق الكفار وأن يميل إلى الكفر وغير ذلك من النكات ، هذا بالنسبة إلى أصل المسألة .
وأما الأولوية فهي أيضاً ممنوعة ، وذلك لبداهة أنّ المؤمن أعظم احتراماً من المصحف الموجود الشخصي ولذا لو دار الأمر بين إتلاف القرآن الشخصي الموجود وبين تلف النفس المحترمة فلا إشكال في جواز إتلاف القرآن كما إذا توقّف إنقاذ المؤمن على شدّ القرآن بشيء وكان المصحف أيضاً مخطوطاً بحيث لو وصل إليه الماء لتلف فيلق على الشط مثلاً حتّى يأخذه الغريق ويصل إلى الساحل ، وكما إذا توقّف حفظ النفس على جعل المصحف تحت القدم فيما إذا كان المؤمن قريباً من الموت لأجل الجوع بحيث لو لم يجعل المصحف تحت القدم لم تصل يده إلى الخبز فيموت جوعاً فحينئذ لا إشكال في جوازه ، نعم إذا دار الأمر بين إحصاء أحكام القرآن وقواعد الدين من أصلها وقتل النفس المؤمنة فالمتعين هو الثاني ، وقد ضحّى الأئمّة

(عليهم السلام) بأنفسهم الشريفة في سبيل حفظه وتشديد قواعده وأحكامه . وكلامنا في جواز نقل المصحف الشخصي الموجود كما هو واضح ، وعلى فرض عدم جواز نقل المصحف هل يلحق به الأحاديث النبوية المتواترة أم لا ؟ الظاهر هو الثاني لعدم الدليل ، وعلى فرض التسليم فيه أيضاً هل تكون الأحاديث الآحاد ملحقة بالمتواترة أم لا ؟ الظاهر لا ، لأنّ كون شيء حجة لا يوجب ترتّب جميع الأحكام عليه فلا يمنع عن جواز بيعه .

ولا ينقضي تعجّبي عن الشيخ الأنصاري (قدّس سرّه) كيف ذكر قوله هذا « وما ذكروه حسن وإن كان وجهه لا يخلو عن تأمل أو منع انتهى »^(١) بداهة أنّه لو لم يكن الدليل تامّاً كيف يكون الافتاء بالدليل غير التامّ حسناً .

الكلام في شرائط العوضين

قد ذكر الشيخ (قدّس سرّه) ^(١) أنّه يشترط في البيع كون كل واحد من الثمن والمثمن مالاً، وأن يكون ممّا ينتفع به منفعة مقصودة للعقلاء، وكل مورد علمنا بعدم كونه مالاً فلا إشكال في عدم جواز البيع كالخنفس والديدان، كما أنّه لا إشكال في جواز البيع فيما إذا كان العوضان مالاً. ثمّ ذكر (قدّس سرّه) وأمّا إذا شككنا في كونه مالاً فإن كان أكل المال في مقابله أكلاً للبال بالباطل فالظاهر فساد المقابلة، وما لم يتحقّق فيه ذلك فإن ثبت دليل من نصّ أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو وإلّا فلا يخفى وجوب الرجوع إلى عمومات صحّة البيع والتجارة وخصوص قوله (عليه السلام) في المروي عن تحف العقول: « وكلّ شيء يكون له فيه الصلاح من جهة من الجهات فكلّ ذلك حلال بيعه » الخ ^(٢).

وفيما ذكره (قدّس سرّه) مواقع للنظر منها: ما ذكره (قدّس سرّه) من مقالة اعتبار كون العوضين مالاً فإنه ممّا لم يقدّم عليه دليل كما ذكرناه مراراً وقدّمناه في أوّل كتاب البيع ^(٣) فإنّ المعتبر تحقّق الغرض العقلاني ولو كان شخصياً وقد مثلنا لذلك بما إذا

(١) المكاسب ٤ : ٩ .

(٢) تحف العقول : ٣٣٣ .

(٣) راجع المجلّد الأوّل من هذا الكتاب الصفحة ١٨ .

رأى أحد خطّ جدّه مثلاً عند شخص وكان مشتاقاً إليه فطلبه منه فأبى عن إعطائه إلاّ بالبيع فلا مانع من صحّة بيعه وشرائه ، وكذا في مثل العقارب والديدان والخنفساء إذا كان في بيعها وشرائها غرض عقلائي لأجل الدواء ونحوه ، والحاصل أنّه لا دليل على اعتبار المالية في العوضين . وأمّا ما ورد في كلام المصباح ^(١) من أنّ البيع عبارة عن مبادلة مال بمال فلا حجّة فيه ، لأنّ أهل اللغة في مقام شرح الاسم لا في تحديد المعنى الحقيقي كما هو الظاهر .

ولو سلّمنا ذلك فغاية ما يترتّب على ذلك عدم شمول أدلّة إمضاء البيع للمعاوضة الواقعة على ما لا يتموّل وهذا لا يمنع من شمول قوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ونحوه فيحكم بصحّة المعاوضة المذكورة ، وقد ذكرنا في بعض تنبيهات المعاطاة وشيّدنا أركان ما قلناه هناك من عدم كون بعض ما هو المتداول بين الناس بيعاً بل معاوضة مستقلّة برأسه كما ربما يبدّل أحد عباء مع عباء شخص آخر وغير ذلك ممّا يقع التبديل بين الشقصين بين الناس من دون أن يلاحظوا التمنية والمثمنية في أحد من المتاعين والشقصين ، ويدعي أنّ مثل هذه المعاملات ليس من البيع في شيء ولذا لو سئل عن كل واحد من المتبادلين هل بعث مالك فيقول في جوابه لا بل بدّلته فراجع نفسك واجعل الانصاف بين يديك ، وهذا ظاهر كما لا يخفى على الناقد البصير ومع ذلك كلّه نحكم على هذه المعاوضات بالصحّة تمسكاً بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ .

ومنها : ما ذكره ثانياً من أنّه إذا شككنا في كون شيء ما لافإن كان المال في مقابله أكلاً للمال بالباطل فلا إشكال في عدم الجواز بناءً على ما ذكره في تفسير معنى الآية الشريفة فراجع ، وذلك أنّه إذا شككنا في كون شيء ما لاً نشكّ في كون مقابله

أكلًا للمال بالباطل ، ومع احتمال كونه مالا كيف يكون لنا العلم بأنه أكل مال بالباطل وليس هذا إلاّ جمعاً بين المتناقضين ، وأمّا على المبنى المختار عندنا فالآية أجنبية عن محلّ الكلام رأساً .

ومنها : ما ذكره أخيراً من قوله : وإلا فلا يخفى وجوب الرجوع الخ وقد عرفت في أوّل الكتاب^(١) عدم كون ما نقل عن تحف العقول رواية لأجل وجود القرائن التي تبينها عليها هناك ، وعلى فرض كونها رواية فهي ضعيفة بالإرسال . وأمّا التمسك في هذه الموارد بالعمومات فنّ أظهر مصاديق التمسك بالعالم في الشبهات المصادقية كما هو الظاهر لأهل الفنّ .

ثمّ ذكر (قدّس سرّه) أنّهم احترزوا باعتبار الملكية عن بيع ما لا يكون ملكاً كالماء والكلاء والسماك والوحوش قبل الإصطياد .

ولعمري أنّه لم يتقدّم منه (قدّس سرّه) اعتبار الملكية في العوضين بل ذكر (قدّس سرّه) أنّه يشترط أن يكون العوضان مالاً وبديهي أنّه لا ملازمة بين كون شيء مالاً وكونه ملكاً بل النسبة بينهما العموم من وجه كما هو الواضح ، هذا .

مضافاً إلى أنّ الملكية معتبرة في بيع الأعيان الشخصية لأجل الروايات الواردة في المقام مثل قوله (صلّى الله عليه وآله) : « لا بيع إلاّ في ملك »^(٢) و « لا بيع فيما ليس عندك »^(٣) بحيث لو لا هذه الروايات لم يكن مانع عن بيع ما ليس عنده ثمّ اشتراؤه ودفعه إلى المشتري ، والمراد من اعتبار كون العوضين ملكاً في الأعيان الشخصية معناه اللغوي يعني أن يكون تحت سلطانه ولذا قلنا في بعض تحقیقاتنا

(١) لاحظ مصباح الفقاهة ١ (موسوعة الإمام الخوئي ٣٥) : ٧ وما بعدها .

(٢) المستدرک ١٣ : ٢٣٠ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ١ ح ٣ . (مع اختلاف يسير) .

(٣) الوسائل ١٨ : ٤٧ / أبواب أحكام العقود ب ٧ ح ٢ (باختلاف يسير) .

المتقدمة^(١) من أنه لا مانع من جعل متعلق الحق كحق التحجير ثمناً في البيع ، وأما في بيع الكلي في الذمة فلا يعتبر الملكية بلا إشكال وخلاف بين الفريقين كما صرح الإمام (عليه السلام) بذلك في بعض الأخبار^(٢) نقضاً على المخالفين كما تقدم ممّا في بعض المباحث السابقة فراجع .

ثم ذكر (قدس سرّه) بعد ذلك أيضاً ما هذا لفظه : واحترزوا أيضاً به - يعني باعتبار الملكية - عن الأرض المفتوحة عنوة ، ووجه الاحتراز عنها أنّها غير مملوكة للملاكها على نحو سائر الأملاك الخ ، ولعمري أنّه كان الأولى له (قدس سرّه) أن يقيّد الملكية في هذا المقام بالطلاق لكون الأراضي المفتوحة عنوة ملكاً للمسلمين غاية الأمر ليست ملكاً طلقاً ، ثمّ تعرّض لبيان كيفية التملك وأقسام الملكية وتفصيل ذلك : أنّ الملكية تتصوّر على وجوه :

منها : ما إذا كانت العين والمنافع ملكاً للمالك كما في الأموال والأملاك الشخصية المتعارفة كالكيفية الإنسان لداره ونحوها من أمواله .

ومنها : ما لا تكون العين ملكاً له بل تكون المنافع ملكاً له حتّى قبل القبض كما في الوقف الخاصّ بداهة أنّ الموقوف عليهم في الوقف الخاصّ يتملّكون المنافع بوجه المشاع حتّى قبل القبض كما هو واضح .

ومنها : ما تكون المنافع فقط مملوكة بعد القبض مثل الوقف العامّ كما في الوقف على العلماء والمؤمنين .

ومنها : ما لا تكون العين ملكاً لأحد إلّا بعد القبض كما في باب الزكاة والخمس بناءً على كونها متعلّقتين بالعين وكون عنوان السادات والفقراء مشتركاً مع

(١) راجع المجلّد الأوّل من هذا الكتاب الصفحة ٢٥ ، ٣٤ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٤٦ / أبواب أحكام العقود ب ٧ ح ١ ، ٣ .

من عليه الزكاة والخمس ، وبديهي أنّ السادات والفقراء قبل قبض العين لا يكونون مالكين للعين فضلاً عن منافعها ولذا لو مات أحد من الفقراء أو السادات قبل القبض وبعد تعلّق الخمس والزكاة لا يرثه وارثه كما هو واضح .

إذا عرفت هذا فاعلم أنّ الملكية الموجودة في الأراضي المفتوحة عنوة ليست من قبيل تلك الأمور التي ذكرناها وتلونا عليك بل الملكية هنا نحو ملكية مستقلة ومعناها صرف منافعها في مصالح المسلمين وأمرها في يد ولي الأمر وله تمليكها لكل شخص أراد ورأى فيه مصلحة لعامة المسلمين .

ثمّ ذكر (قدّس سرّه) أنّه حيث انجبر الكلام إلى ذكر بعض أقسام الأرضين لا بأس بالإشارة إلى جميع أقسام الأرضين بالإجمال ومن الله الاستعانة قال (قدّس سرّه) الأراضي إمّا موات أو عامرة ، وكل واحدة منها إمّا أن تكون كذلك بالأصالة وإمّا أن تكون بالعرض فالأقسام أربعة لا خامسة فيها . ومرادنا بالعامرة بالأصالة أن تكون كذلك في نفسها لا بمعمّر المعبر عنها بالفارسية بـ (خودرو) .

ويقع الكلام أولاً في الأراضي التي لا تكون عامرة أي مواتاً بالأصالة وفيها جهات من البحث : الأولى في أنّها مملوكة لأيّ شخص ؟ الظاهر أنّه لا إشكال ولا خلاف في كونها للإمام (عليه السلام) وكونها من الأنفال ، وما يكون من الأنفال فهو للإمام (عليه السلام) كما تدلّ عليه الآية الشريفة ^(١) وبعبارة واضحة : الكبرى ثبتت بالآية والصغرى يعني كون الأراضي الكذائية من الأنفال بالرواية ، وهو المستسلم عليه عند فقهاء الإمامية ، وأمّا استفاضة النصوص بذلك أو تواترها كما في كلام شيخنا العلامة الأنصاري (قدّس سرّه) ^(٢) فلم تظهر لنا ، بداهة أنّه إن أراد من

(١) الأنفال ٨ : ١ .

(٢) المكاسب ٤ : ١٣ .

استفاضة النصوص الروايات الواردة في أن كل أرض خربة باد عنها أهلها أو أن الأرض كلها للإمام (عليه السلام) فهي وإن كانت كثيرة إلا أنها خارجة عن محل الكلام ، لأن المراد من الأول ما يكون عامرة ثم خربت لأجل تفرق أهلها ، وبديهي أن محل كلامنا في موات الأرض بالأصالة ، والثاني أيضاً خارج لأنه لا شك ولا شبهة في كون الأرض والسماء وجميع ما خلق الله لهم (سلام الله عليهم أجمعين) ولكن كلامنا في خصوص موتان الأرض ، نعم قد وردت روايات ثلاثة أو أربعة في كون الأراضي الميتة للإمام (عليه السلام) كما ذكره صاحب الوسائل في كتاب الخمس في باب الأنفال فراجع الوسائل في كتاب إحياء الموات باب ٤ : أن الذمي إذا أحيى الخ .

الجهة الثانية : في أن جواز التصرف في هذه الأراضي وتعميرها هل هو مختص بالشيعنة أو يعمهم وجميع المسلمين أو يعم الكفار أيضاً ؟ ويمكن الاستدلال على الثاني بما في النبويين من قوله (صلى الله عليه وآله) : « موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مئة أيها المسلمون »^(١) وقوله (صلى الله عليه وآله) : « عادي الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مئة »^(٢) والمراد من العادي القديم الظاهر في الأرض الميتة .

ولكن الحق عدم دلالة النبويين على المطلب ، مضافاً إلى كونها ضعيفتي السند لأن الاستفادة كون موتان الأرض للمسلمين حتى قبل الإحياء ، وهو كما ترى مخالف لمذهب الشيعة لأنها للإمام (عليه السلام) فافهم .

والأولى الاستدلال بما ورد في صحيحتي محمد بن مسلم وأبي بصير فراجع الوسائل كتاب إحياء الموات باب ١ أن من أحيأ أرضاً الخ وفي الصحيحة الأولى

(١) المستدرک ١٧ : ١١١ / أبواب كتاب إحياء الموات ب ١ ح ٢ [لكن ليس فيه قوله « ثم هي لكم مئة »] .

(٢) نفس المصدر ح ٥ .

قال : « سألته عن الشراء من أرض اليهود والنصارى ؟ فقال (عليه السلام) ليس به بأس - إلى أن قال (عليه السلام) - وأيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض أو عملوه فهم أحقّ بها وهي لهم » ^(١) وفي الصحيحة الثانية قال : « سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن شراء الأرضين من أهل الذمة ، فقال (عليه السلام) لا بأس بأن يشتري منهم إذا عملوها وأحيوها فهي لهم » الخ ^(٢) ومثل قوله (عليه السلام) « كل أرض ميتة لا رب لها فهو للإمام (عليه السلام) » ^(٣) فإذا كان الأمر في مطلق الكافر أو الذمي كذلك يعني إذا جاز لهم بل لكل الناس كما يستفاد من كلمة قوم في قوله « أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض » فاظنك لغير الشيعي من المسلمين .

الجهة الثالثة : في وجوب الخراج وعدمه ، الظاهر أن حكم هذه المسألة مبني على أن المحيي يكون مالكاً بالإحياء أو يكون له التصرف فيها ، والذي هو المتسالم فيه بين الإمامية عدم وجوب الخراج على الشيعي ولكنّ صحيحة الكابلي « قال أبو جعفر (عليه السلام) وجدنا في كتاب علي (عليه السلام) «إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ» إلى أن قال فن أحى أرضاً من المسلمين فليعمرها وليؤدّ خراجها إلى الإمام (عليه السلام) من أهل بيتي وله ما أكل منها » ^(٤) وفي مصحّحة عمر بن يزيد « سأل رجل أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل أخذ أرضاً مواتاً - إلى أن قال (عليه السلام) - كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يقول : من أحى أرضاً من المؤمنين فهي له وعليه طسّقها يؤدّيه إلى الإمام (عليه السلام) »

(١) الوسائل ٢٥ : ٤١١ / كتاب إحياء الموات ب ١ ح ١ .

(٢) نفس المصدر ب ٤ ح ١ .

(٣) الوسائل ٩ : ٥٢٤ / أبواب الأتفال ب ١ ح ٤ .

(٤) الوسائل ٢٥ : ٤١٤ / كتاب إحياء الموات ب ٣ ح ٢ .

الح: (١) وقد ذكر الشيخ (قدس سره) (٢) أنه يمكن حمل هذه الروايات على بيان أصل الاستحقاق ، ولا ينافي ذلك عدم وجوب الأداء على الشيعة لأجل إسقاط الأئمة (عليهم السلام) ذلك بعد أمير المؤمنين (عليه السلام) وتحليلهم لشيعتهم ، كما أنه يمكن حملها على زمان الحضور بأن يقال إنه يجب الأداء في حال الحضور دون الغيبة .

ولكن لا يخفى ما فيه ، أمّا حمله الأول فإنّ الظاهر من الصحيحتين بيان الحكم والوظيفة الفعلية للسائل دون مجرّد أصل الاستحقاق بل هو (عليه السلام) بصدد بيان أنّ وظيفتك أن تؤدّي الخراج إلى الأئمة (عليهم السلام) . وأمّا حمله الثاني فأبعد من الأول لأمرين : أحدهما أنّ هذه الروايات مطلقة وشاملة لعصري الحضور والغيبة . وثانيهما : أنّ قوله (عليه السلام) : « ما كان لنا فهو لشيعتنا » ونحوه ناظر إلى زمن الحضور أو هو مطلق للعصرين إلّا أنّ أبرز مصاديقه عصر الحضور فيتنافى مع حمل الصحيحتين على زمن الحضور .

فعليه يكون الاستفادة من الصحيحتين وجوب أداء الخراج إلى الأئمة ، إلّا أنّ الذي يسهّل الخطب في عدم وجوب أداء الخراج على الشيعة قوله (عليه السلام) في رواية مسمع بن عبد الملك « كلّ ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّون محلّ لهم ذلك إلى أن يقوم قائمتنا (عليه السلام) فيجبهم طسق ما كان في أيديهم ويترك الأرض في أيديهم ، وأمّا ما كان في أيدي غيرهم فإنّ كسبهم من الأرض حرام » الح: (٣) فيخصّص عموم الصحيحتين ويقال بوجوب الخراج على غير الشيعي فافهم .

(١) الوسائل ٩ : ٥٤٩ / أبواب الأنفال ب ٤ ح ١٣ .

(٢) المكاسب ٤ : ١٤ .

(٣) الوسائل ٩ : ٥٤٨ / أبواب الأنفال ب ٤ ح ١٢ .

والذي يدلُّنا على هذا الجمع أيضاً الروايات العامة^(١) الواردة في تحليل ما يكون لهم (عليهم السلام) لشيعتهم بدهاءة أنَّ كون الشيعة فيه محلَّلون ليس إلَّا عبارة عن عدم وجوب الخراج عليهم وإلَّا لا إشكال في حلِّية التصرف في الأرض مع أداء الخراج للسَّنيِّ ولجميع الناس ، فتخصيصه (عليه السلام) بالشيعة ليس إلَّا من هذه الجهة .

وأيضاً يدلُّ على ما ذكرناه ما في رواية مسمع بن عبد الملك من قوله « فإنَّ كسبهم من الأرض حرام عليهم » وليس حرمة الكسب لهم إلَّا من جهة عدم إعطاء الخراج للأئمة (عليهم السلام) وصدره أيضاً يدلُّ على عدم وجوب الخراج على الشيعة كما ذكرناه .

لا يقال : إنَّه كيف يمكن هذا الجمع مع أنَّ مورد السؤال في صحيحتي الكابلي وعمر بن يزيد هم الشيعة لأنَّه لو قلنا بخروج الشيعة عن مورد الخراج يلزم تخصيص المورد ، وهو كما ترى لأنَّه كيف يمكن أن يسأل عن حكم الشيعة ويجيب الإمام (عليه السلام) عن حكم الأشخاص الآخرين .

فإنَّه يقال : إنَّ الأمر ليس كذلك ، أمَّا في صحيحة الكابلي فلم يسبقه سؤال فيه عن الإمام (عليه السلام) حتَّى يقال بتلك المقالة ، نعم الراوي لها شيعي وهذا غير كون المورد هم الشيعة . وأمَّا مصحَّحة عمر بن يزيد فلم يعلم أنَّ السؤال كان عن الشيعة بل السائل على ما ذكر في الوسائل كان رجلاً من أهل الجبل الذين هم الآن من المتعصِّين من أهل السنَّة غالباً فما ظنُّك بذلك الزمان ، مع أنَّ قوله (عليه السلام) في آخر الرواية فليوطِّن نفسه على أن تؤخذ منه قرينة على أنَّ مورد السؤال كان من غير الشيعة فإنَّ الشيعي لا تؤخذ منه الأرض عند قيام القائم (عجل الله تعالى فرجه)

وكيف كان أن ما ذكرناه من الجمع في غاية المتانة .

الجهة الرابعة : في كون الإحياء سبباً للملكية أو يورث الأحقية فقط ؟
 والمسألة ذات قولين ، ذهب المشهور إلى الأول يعني أن المحيي يكون بالإحياء مالكا ، ولكن الظاهر هو الثاني يعني أن الإحياء يورث الأحقية وقد ورد في المقام روايات مختلفة والمذكور في بعضها أن من أحيا الأرض فهي له ^(١) ويستفاد منها الملكية ، وفي بعضها أثبت الأحقية كما في رواية فضالة عن جميل بن دراج عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) قال (عليه السلام) « أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عثروها فهم أحقّ بها » ^(٢) وفي بعضها الآخر قد جمع بينها كما في رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر (عليه السلام) قال « سمعت أبا جعفر (عليه السلام) يقول : أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض وعثروها فهم أحقّ بها وهي لهم » ^(٣) وكذا في مرسله الصدوق ^(٤).

ولعمري أنه من تأمل في الروايات الواردة في هذا الباب بعين الإنصاف يجد في نفسه القطع بأن الإحياء يورث الأحقية دون الملكية ، وذلك للروايات ^(٥) الدالة على وجوب إخراج الخراج على غير الشيعي وتحليله للشيعه ، والملك لا يجتمع مع وجوب إخراج الخراج وحرمة التصرف في الأرض دون تأدية الخراج . فعليه تكون كلمة اللام في قولهم (عليهم السلام) « فهي لهم » أو « هو لهم » بمعنى الاختصاص يعني لا يجوز لأحد أن يزاحمه فيها أحياءها من الأرض .

(١) الوسائل ٢٥ : ٤١١ / كتاب إحياء الموات ب ١ .

(٢) الوسائل ٢٥ : ٤١١ / كتاب إحياء الموات ب ١ ح ٣ .

(٣) نفس المصدر ح ٤ .

(٤) نفس المصدر ح ٧ .

(٥) الوسائل ٩ : ٥٤٣ / أبواب الأنفال ب ٤ .

ويدلنا على ذلك أيضاً أمران : أحدهما الروايات^(١) الصحيحة الواردة في عدم جواز تعطيل الأرض لمن أحيها ولو عطلها يجوز لغيره الغرس وإجراء الأنهار وغير ذلك من أمحاء الإحياء . وبعبارة واضحة يجوز للغير أن يتصرف في الأراضي التي أحيها الغير ولكنه عطلها وصارت خربة ، بداهة أنه لو كان الإحياء موجباً لكون الأرض ملكاً لمحيتها كيف يكون للغير أن يتصرف في ملك المحيي بلا إذن منه .

الأمر الثاني : ما في رواية عمر بن يزيد « فإذا ظهر القائم (عجل الله تعالى فرجه) فليوطن نفسه على أن تؤخذ منه »^(٢) بداهة أنه لو فرضنا أن الإحياء يورث الملكية كيف يكون للإمام (عليه السلام) أخذ الأرض منهم وإخراجهم منها صخرة كما في ذيل رواية مسمع بن عبد الملك^(٣) وقوله (عليه السلام) في آخر رواية الكابلي « حتى يظهر القائم من أهل بيتي بالسيف فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها - إلى أن قال (عليه السلام) - إلا ما كان في أيدي شيعتنا فإنه يقاطعون على ما في أيديهم ويترك الأرض في أيديهم » الخبر^(٤) كما هو واضح ، ويكتفي الشك في ذلك أيضاً لكون الأصل معنا بداهة أن الأرض كانت للإمام (عليه السلام) قطعاً وبعد الإحياء نشك في كونها ملكاً لمحيتها والأصل عدمه ، فلا بد من إحراز السبب الناقل عن ملكه (عليه السلام) إلى ملك المحيي .

فإن قلت : إن الإحياء سبب للملك ، قلت : هو مصادرة وأول الكلام كما لا

(١) الوسائل ٢٥ : ٤١٤ / كتاب إحياء الموات ب ٣ .

(٢) الوسائل ٩ : ٥٤٩ / أبواب الأنفال ب ٤ ح ١٣ .

(٣) الوسائل ٩ : ٥٤٨ / أبواب الأنفال ب ٤ ح ١٢ .

(٤) الوسائل ٢٥ : ٤١٤ / كتاب إحياء الموات ب ٣ ح ٢ .

يخفى .

ومن هنا يظهر حكم المسألة التي سئلنا عن حكمها أزيد من عشرين مرة وهو أنه إذا أحيى أحد أرض الموات لأجل التجارة لاجهة مؤوته كما إذا جعلها بستاناً أو غرس فيها شجراً لأجل التجارة هل يتعلّق بها الخمس أم لا بعد ما لم تكن يتعلّق بها الخمس إذا كان الإحياء لأجل المؤونة بلا إشكال ؟ بداهة أنه بعد ما فرضنا أنه لا يملك بالإحياء بل لم يثبت له إلا الأحقية من غيره لا معنى لتعلّق الخمس بها لعدم كون الأرض ملكاً له كما هو واضح .

الجهة الخامسة : في جواز بيع تلك الأراضي لمحبيها ، الظاهر أنه لا إشكال في جواز بيعها ، ولا ينافيه ما ذكرناه في الجهة الرابعة من عدم كونها ملكاً بالإحياء وذلك لأن معنى بيع الأراضي الكذائية تبديل طرفي الإضافة الموجودة في البائع للمشتري بأن يكون للمشتري ما كان للبائع من الأحقية عن غيره ، وبعبارة واضحة أن يكون المشتري قائماً مقام البائع ، وأن تكون السلطنة الموجودة للبائع مضافة إلى المشتري ، وأن يكون المشتري واجداً لتلك السلطنة التي كانت للبائع فيكون المبيع في هذه الموارد هو الحقّ الثابت للبائع بالإحياء ، وإن أردت أن تقول إنّ المبيع هو العين من جهة الحقّ وأما نفس الأرض فهي باقية في ملك الإمام (عليه السلام) .

القسم الثاني : ما تكون عامرة بالأصالة كأطراف الشطوط والأنهار والآجام ونحوها مما تكون عامرة بالأصالة ، والكلام فيها يقع من جهتين : الأولى في كونها للإمام (عليه السلام) ولم يرد فيها بخصوصها ما يدلّ على كونها للإمام (عليه السلام) إلا أنّ العمومات كافية لإثبات ذلك مثل^(١) ما عدّ فيه من الأتقال كلّ أرض

(١) كما ورد في الوسائل ٩ : ٥٢٤ / أبواب الأتقال ب ١ ح ٤ .

لا ربّ لها ، فإنّها تعمّ العامرة بالأصل ، ويدلّ عليه قوله (عليه السلام) في صحيحة الكابلي «والأرض كلّها لنا»^(١). ثمّ ذكر الشيخ الأنصاري (قدّس سرّه)^(٢) أنّ عموم ذلك لا يخصّص بمفهوم رواية حماد المرويّة في الكافي^(٣) حيث جعل فيه من الأنفال كلّ أرض ميتة لا ربّ لها ، لأنّ القيد وارد مورد الغالب ، لأنّ غالب الأراضي التي لا ربّ لها ميتة فلا مفهوم له ونقول : هذا الكلام معروف بينهم من أنّ القيد إذا كان وارداً مورد الغالب فلا مفهوم له ، كما أنّه من المعروف أيضاً أنّ الاطلاق يحمل على الأفراد الشائعة .

أما الكلام الثاني فلا وجه له أصلاً ، لأنّ تخصيص الاطلاق بالأفراد النادرة مستهجن لا شموله لها .

وأما الكلام الأوّل فنبت المفهوم للقيد إنّما هو من جهة أنّه لو لم يكن احترازياً دالاً على المفهوم لزم لغويته ، ففي القيد الوارد مورد الغالب لما لم يلزم منه هذا المحذور لم يثبت المفهوم وإلاّ فلا فرق بينه وبين غيره من القيود ، والأولى أنّ الوصف لا مفهوم له أصلاً لعدم لزوم اللغوية من ذكر القيد ولو لم يكن له مفهوم ، فإنّ ذكره قد يكون من جهة كون المقيّد مورد السؤال أو من جهة عدم كون غيره مورد الابتلاء كما في الرواية المزبورة حيث إنّ الأراضي التي هي مورد ابتلاء أهل العراق والحجاز ميتة فلا مفهوم للوصف أصلاً ، فلا معارضة بين الدليلين المشتبهين وإن كان أحدهما أخصّ من الآخر لعدم التنافي بينهما .

وليعلم أنّ هذه الرواية مرسلة لأنّ حماد يرويها عن بعض أصحابنا .

(١) الوسائل ٢٥ : ٤١٤ / كتاب إحياء الموات ب ٣ ح ٢ .

(٢) المكاسب ٤ : ١٦ .

(٣) الكافي ١ : ٥٣٩ / ح ٤ .

الجهة الثانية : في ثبوت الملكية بالحيازة وعدم ثبوتها . قال الشيخ (قدس سرّه) : وهل تملك هذه بالحيازة أم لا ؟ وجهان ، من كونها مال الإمام (عليه السلام) ومن عدم منافاته للتملك بالحيازة ، واستدلّ بعموم النبوي « من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحقّ به »^(١).

ولكنّه لا يخفى أنّ النبوي ضعيف السند أولاً ، وعليل الدلالة ثانياً ، وذلك لأنّ المستفاد منه الأحقية دون الملكية ، مضافاً إلى أنّ النبوي راجع إلى المباحات الأصلية التي لا مالك لها ، وأمّا الأراضي التي لها مالك شخصي مثل الإمام (عليه السلام) في المقام وغيره (عليه السلام) في غير المقام فلا بدّ فيها من الإذن من مالکها وإلا كانت الأحقية ثابتة لكلّ واحد من المسلمين لو سبق إلى ملك الغير قبل أن يسبقه صاحبه وهو كما ترى ، فلا بدّ من التماس دليل آخر لثبوت الأحقية ، وقد ورد في خصوص الشيعة عن أئمتنا (عليهم السلام) قولهم (عليهم السلام) « ما كان لنا فهو لشيعتنا »^(٢) وفي رواية مسمع بن عبد الملك : « وكلّ ما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّون »^(٣) وأمّا بالنسبة إلى غير الشيعي فلا بدّ من التماس دليل آخر .

والعجب من الميرزا (قدس سرّه)^(٤) حيث إنّه استدلّ على حصول الملكية بالحيازة للشيعة وغيره بأدلة التحليل واستفاد منها الحكمة وقال إنّ التحليل وإن كان لخصوص الشيعة إلا أنّ مقتضى تعليلهم (عليهم السلام) الإباحة بأن تطيب ولادة

(١) المستدرک ١٧ : ١١١ / أبواب إحياء الموات ب ١ ح ٤ (مع اختلاف يسير) .

(٢) الوسائل ٩ : ٥٥٠ / أبواب الأنفال ب ٤ ح ١٧ .

(٣) نفس المصدر ح ١٢ .

(٤) منية الطالب ٢ : ٢٦٩ .

الشيعة كون التملك بالتصرف عاماً لكل أحد حيث إن الكافر إذا استولى على أرض ربما تنتهي تلك الأرض إلى الشيعي ، فالحكمة تقتضي أن يملكها الكافر أيضاً .
ولا يخفى أن الاستفادة من الرواية ليس إلا التحليل ، وأما الملكية فلا كما هو واضح . ولو سلمنا ذلك أيضاً لماذا يكون عاماً لجميع الناس ، واختصاصه للشيعة لا ينافي بأن تطيب ولادة الشيعة بداهة أنه إذا فرضنا أن الأرض صارت تحت يد غير الشيعي وتنتقل إلى الشيعة بعد مدة تكون التصرفات التي صدرت من غير الشيعي قبل ذلك حراماً وتكون حلالاً للشيعي منذ زمان وقوعها تحت يده .

ومما يمكن أن يستدل به على كون الحيازة مملكاً ما في ذيل رواية موت الزوجين وتشخيص مال الزوجة عن مال الزوج من قوله (عليه السلام) « من استولى على شيء منه فهو له »^(١) ولكنه في غير محله لأنه مضافاً إلى كونها في مقام بيان الحكم الظاهري لأنها راجعة إلى قاعدة اليد وكون الاستيلاء أمانة الملكية لا أنه سبب الملكية واقعاً ، أن الإشكال الذي ذكرناه في التمسك بقوله (صلّى الله عليه وآله) « من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به » وارد هنا ، بداهة أن الاستيلاء إنما يكون كذلك إذا لم يكن ملكاً للغير فإن ملك الغير لا يجوز التصرف فيه بغير إذنه . فتحصل أنه ليس في البين ما يستفاد منه كون الحيازة أو الاستيلاء بعنوانه سبباً للملك حتى في المباحات الأصلية فضلاً عن غيرها كما في المقام مما يكون ملكاً للإمام (عليه السلام) .

نعم في خصوص المباحات الأصلية يمكن الاستدلال لكون الحيازة مملكاً بما ورد في صيد الطير من قوله (عليه السلام)^(٢) « للعين ما رأت ولليد ما أخذت » في

(١) الوسائل ٢٦ : ٢١٦ / أبواب ميراث الأزواج ب ٨ ح ٣ .

(٢) الوسائل ٢٣ : ٣٩١ / أبواب الصيد ب ٣٨ ح ١ .

جواب من سألَه (عليه السلام) عن الطير نظر إليه رجل واصطاده رجل آخر ، فإنَّ ظاهره أنَّ الاستيلاء أوجب كون الطير لمن أخذه وليس للعين إلَّا النظر ، ومن الظاهر أنَّه لا خصوصية للطير فالجواب يعمُّ حيازة غيره من المباحات ، مضافاً إلى السيرة القطعية القائمة على أنَّ الحيازة في المباحات توجب الملك ، فثبوت الملك بالاستيلاء على المباحات الأصلية ظاهر لا ريب فيه .

ثمَّ إنَّ الظاهر كون الأشجار والأخشاب الموجودة في الأراضي العامرة كالأكام ملكاً للإمام (عليه السلام) بتبع ملك الأرض وليست من المباحات الأصلية فلا تملك لغير الشيعي بالحيازة ولا يثبت له حقُّ الأولوية بالاستيلاء عليها إلَّا أن يتمسك لذلك بالسيرة فإنَّها قائمة على أنَّ الاحتطاب لم يكن مختصاً بغير الكفار حتَّى في زمان علي (عليه السلام) بل كان الكفار يحتطبون ويشترى منهم ذلك ولم يكونوا يردعون عنه ، فيظهر من ذلك ثبوت الحقِّ لغير الشيعي أيضاً إذا حاز الأشجار والأخشاب ولا يختصَّ بإباحة التصرف فيها بالشيعي ، وهذا بخلاف الأراضي العامرة فلا يثبت لهم فيها حقُّ أصلاً فإذا حاز أحدهم شيئاً منها يجوز للشيعي مزاحمته فيها وأخذها منه ، نعم يثبت لهم حقُّ بالإحياء مع أداء خراجها .

ثمَّ إنَّ تحقُّق الإحياء في الموات بالأصل بمكان من الامكان كما هو واضح وأمَّا العامرة بالأصل فهل يتحقَّق فيها الإحياء ؟ الظاهر تحقُّقه كما لو بنى فيها بيتاً أو أجرى فيها الأنهار فتشملها أدلَّة الإحياء . وعلى فرض عدم صدق الإحياء فلا إشكال في صدق عنوان التعمير فإنَّ جملة من النصوص ورد فيها عنوان الإحياء وعنوان التعمير كما في صحيحة محمد بن مسلم : « أيما قوم أحيوا شيئاً من الأرض وعمروها فهم أحقُّ بها » ^(١) .

فتلخص من جميع ما ذكرنا : أنَّ الأراضي العامرة بالأصالة أو الموات كذلك لا تملك بالاحياء ولا بالحيازة بل هي ملك للإمام (عليه السلام) ويثبت حق الأولوية للشيعي بالاحياء والحيازة ، وأمَّا لغيرهم فبالاحياء يثبت حق الأولوية مع أداء الخراج لا بدونه ، وأمَّا بالحيازة فلا يثبت لهم حق أصلاً .
هذا تمام الكلام في القسمين الأولين من أقسام الأراضي أي العامرة أو الموات بالأصالة .

وأما الكلام في القسم الرابع وهو ما عرض له الموت بعد العمارة فقد تقدّم الكلام أنَّ العمارة لو كانت أصلية فهي ملك للإمام (عليه السلام) وإن كانت العمارة من معمر فحينئذ وقع الكلام في كونها باقية في ملك معمرها بناءً على إقادة الأخبار الملكية ، أو باقية في متعلق حق المحمي بناءً على إفادتها الأحقية كما قوينا ، أو خروجها عنه وصيرورتها ملكاً لمن عمّرها ثانياً أو صيرورة الثاني أحقّ بها من الأول بناءً على ما قوينا ، أو يفصل بين ما إذا كان الحق ثابتاً للأول بالاحياء أو بغير الاحياء كالشراء من الإمام (عليه السلام) أو العطية بأن يقال في الأول بصيرورة من يعمرها ثانياً أحقّ بها أو مالكا لها وبقاؤها في ملك الأول أو متعلقاً لحقه في الثاني كما عن العلامة (قدّس سرّه) في التذكرة^(١) ولا يخفى أنَّ كلامنا في غير الأراضي التي باد عنها أهلها ، لأنّ مثل هذه الأراضي من الأنفال بلا إشكال للنص الصريح .

والذي ظهر لنا في المقام أنَّ الأقوال في المسألة ثلاثة : بقاؤها في ملك المحمي الأول بناءً على الملكية أو في متعلق حق الأول بناءً على ما ذكرناه ، وكون الثاني أحقّ بها من الأول أو مالكا لها بالاحياء ، والتفصيل الذي ذكرناه ، والذي ينبغي أن يقال في المقام : إنَّ التفصيل الذي ذهب إليه العلامة (قدّس سرّه) وتبعه جمع من

المتأخرين لا وجه له وإن نسب صاحب الجواهر^(١) إلى العلامة (قدّس سرّه) أنّه ادّعى الاجماع وعدم الخلاف على ما ذكره من التفصيل ولكن عبارته المنقولة خالية عنه ، بل لا فرق بين ما كانت الأرض عند المحيي الأوّل بالاحياء وبين ما كان منتقلاً إليه بالعطيّة ونحوها في عدم كونها باقية في ملك الأوّل ، لا لقوله (عليه السلام) « من أحى أرضاً فهي له »^(٢) كما تمسّك به بعض القائلين بالقول الثاني بداهة أنّ قوله (عليه السلام) « من أحى » الخ إنّما هو فيما إذا لم يسبقه إليه ملك شخص آخر ولم يكن متعلّقاً لحقّ أحد في زمان من الأزمنة حيث إنّ مقتضى إطلاق قوله (عليه السلام) : « فهي له » أنّ الاحياء يوجب الملك أو الحقّ حدوثاً وبقاءً حتّى بعد موت الأرض وتركها ، وعليه فيكون إحياء الثاني لها إحياء للملك الغير أو متعلّق حقّه وهو غير جائز وضعاً وتكليفاً بمقتضى ما ورد من أنّه « لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه »^(٣) الحاكم على سائر الأدلّة ومنها دليل الاحياء ، بل إنّما نقول بكون الثاني أحقّ أو مالكاً للأرض بالاحياء لأجل صحيحتين :

الأولى : صحيحة معاوية بن وهب قال « سمعت أبا عبدالله (عليه السلام) يقول أيّما رجل أتى خربة بائرة فاستخرجها وكرى أنهارها وعمرها فإنّ عليه فيها الصدقة ، فإن كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخبرها ثمّ جاء بعد يطلبها فإنّ الأرض لله ولمن عمرها »^(٤) بداهة أنّ هذه الصحيحة باطلاقتها تشمل موارد الاحياء والعطيّة خصوصاً قوله (عليه السلام) « فإنّ الأرض » الخ لآلّه بمثابة

(١) الجواهر ٣٨ : ٢٠ .

(٢) الوسائل ٢٥ : ٤١١ / كتاب إحياء الموات ب ١ .

(٣) الوسائل ٥ : ١٢٠ / أبواب مكان المصلّي ب ٣ ح ١ (باختلاف يسير) .

(٤) الوسائل ٢٥ : ٤١٤ / كتاب إحياء الموات ب ٣ ح ١ .

عموم التعليل .

الثانية : صحيحة الكابلي عن أبي جعفر (عليه السلام) « فإن تركها فأخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمّرها وأحياها فهو أحقّ بها من الذي تركها » الخ^(١).

وغير خفي أنّ قوله (عليه السلام) « فإن تركها » صريح فيما ذكرناه ، ولكن موردها الاحياء ولا يمكن التعدّي إلى غير موارد الاحياء من الموارد التي تكون الأرض عند الأول بالعطيّة ونحوها ، إلّا أنّ في الصحيحة الأولى غنى وكفاية .

ولكن في المقام صحيحة أخرى لسليمان بن خالد قال « سألت أبا عبد الله عن الرجل يأتي الأرض الخربة فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه ؟ قال (عليه السلام) : الصدقة . قلت فإن كان يعرف صاحبها قال (عليه السلام) فليؤدّ إليه حقّه »^(٢) تدلّ باطلاقتها على بقاء ملك الشخص الأول أو كونه أحقّ بها من الثاني ، وروي مثلها عن الحلبي ، فربما يقال إنّ صحيحة سليمان وصحيحة الحلبي تقيّدان برواية الكابلي الدالة على سقوط حقّ المحيي أو ملكه باحياء الشخص الثاني فإذاً تتقلب النسبة التي كانت بين صحيحة سليمان وصحيحة معاوية بن وهب من التباين والمعارضة إلى المطلق والمقيّد ، فتتبدّل رواية معاوية برواية سليمان فيكون ما فصله العلامة (قدّس سرّه) على القاعدة ، لأنّه بعد تقييد رواية سليمان والحلبي بموارد غير الاحياء برواية الكابلي تكون رواية سليمان والحلبي بالنسبة إلى رواية معاوية من قبيل المقيّد إلى المطلق ، فتتبدّل رواية معاوية برواية سليمان والحلبي ، وهذا الكلام وإن كان موافقاً لما حقّقناه في التعادل والترجيح من صحّة انقلاب النسبة ، إلّا أنّه في

(١) الوسائل ٢٥ : ٤١٤ / كتاب إحياء الموات ب ٣ ح ٢ .

(٢) الوسائل ٢٥ : ٤١٥ / كتاب إحياء الموات ب ٣ ح ٢ .

المقام يرد عليه أمران :

أحدهما : أنَّ المفصل بين الاحياء وغيره إن كان مراده من غير الاحياء أن يكون كذلك حتى مع الواسطة فلا بد من حمل روايتي سليمان والحلي على الموارد النادرة ، لأنَّه غير خفي أنَّ تملك الأرض أو ثبوت الأحقية فيها بغير الاحياء ولو بواسطة نادر جداً ، ضرورة أنَّ فرض كون الأرض مملوكاً لأحد بغير الاحياء بل بتملك من الإمام (عليه السلام) قليل جداً ، وإن كان مراده من غير الاحياء حالة المالك الأخير من دون نظر إلى الوسائط فهو وإن كان شائعاً وصحيحاً إلاَّ أنَّه لا بد من حمل رواية معاوية على الفرد النادر وهو ما إذا تملك الأرض بالاحياء بنفسه بلا واسطة ، وحمل المطلق على الفرد النادر غير جائز كما حققناه في موطنه ، فلازم انقلاب النسبة حمل أحد الاطلاقين على الفرد النادر وهو كما ترى .

وثاني الأمرين وهو المهم : أنَّ المقام ليس من قبيل انقلاب النسبة بل داخل في كبرى ما ذكرناه في باب التعادل والترجيح ^(١) من أنَّه إذا ورد عام مثل أكرم العلماء ثمَّ ورد خاص مثل لا تكرم من يرتكب المعاصي ثمَّ ورد خاص آخر أخص من المخصَّص الأول مثل لا تكرم من يرتكب الكبائر من المعاصي فلا بد من تخصيص العام بكل واحد من المخصَّصين الراجع إلى تخصيصه بأوسع المخصَّصين ، لا أنَّ العام يخصَّص أولاً بالمخصَّص الضيق ثمَّ تلاحظ النسبة بينه وبين المخصَّص الأوسع فتقلب النسبة ، وما نحن فيه أيضاً من هذا القليل بداهة أنَّ رواية سليمان والحلي واردتان في موارد الأراضي الخربة أعم من أن يكون الخراب مستنداً إلى صاحب الأرض وباختياره أو لم يكن مستنداً إليه كما إذا أخذها المجائر وحبسها أو منع عن إحيائها وررواية الكاهلي وكذا رواية معاوية واردتان في موارد استناد الخراب إلى صاحب

الأرض كما يستفاد هذا المعنى من قوله (عليه السلام) في رواية معاوية « فإن كانت أرض رجل قبله فغاب عنها وتركها فأخربها » ومن قوله (عليه السلام) في رواية الكاظمي « فإن تركها وأخربها » إلخ إلا أن الثاني أخص من الأول لاختصاصه بموارد الأحياء وهما أخص من روايتي سليمان بن خالد والحلي ، فلا بد من تخصيصهما بكل واحد من روايتي الكاظمي ومعاوية ، فتكون النتيجة زوال حق الأول بالترك الاختياري سواء كان حقه ثابتاً فيها بالإحياء أو بغيره من الأسباب .

ولا يخفى أن الظاهر أن الأراضي بتامها لا تملك بل يكون عيها أحق بها من غيره ، فعند تركها وبقائها خربة فلغيره من الأشخاص أن يعمروها كما أفق به جماعة من المحققين (قدس سرهم) لعدم كونه تعالى راضياً ببقاء الأرض خربة كما يدل عليه بعض الروايات مثل رواية يونس عن العبد الصالح قال قال (عليه السلام) « إن الأرض لله جعلها وقفاً على عباده فمن عطل أرضاً ثلاث سنين متوالية لغير ما علة أخذت من يده ودفعت إلى غيره »^(١) وروايته الأخرى عن رجل عن أبي عبد الله (عليه السلام) « قال : من أخذت منه أرض ثم مكث ثلاث سنين لا يطلبها لا يحل له بعد ثلاث سنين أن يطلبها »^(٢) نعم هذه الروايات لا تخلو عن إشكال من حيث السند فراجع .

ثم إن الأراضي التي تكون في يد الكفار إن كانت في أيديهم في دار الكفر فلا إشكال في كونها باقية في أيديهم ملكاً أو حقاً على الخلاف ، كما أنها كذلك إذا كانت في دار الإسلام بناءً على ما ذكرناه من عدم اختصاص الأحياء بالمسلمين بل يعم الكفار ، كما أن الأمر كذلك لو أسلموا طوعاً يعني تبقى الأرض في أيديهم ، وأما

(١) الوسائل ٢٥ : ٤٣٣ / كتاب إحياء الموات ب ١٧ ح ١ .

(٢) الوسائل ٢٥ : ٤٣٤ / كتاب إحياء الموات ب ١٧ ح ٢ .

الأراضي التي انجلوا عنها وخلّوها للمسلمين والأراضي التي مات أهلها ولم يكن لهم وارث فهي من الأنفال وملك للإمام (عليه السلام) بلا إشكال ولا خلاف ، وأما الأراضي التي أخذت منه بالقهر والغلبة فهي ملك للمسلمين فتوى ونصاً إلا أن يملكها من في يده أمور المسلمين ومن هو مأذون من قبل الأئمة (عليهم السلام) في هذه التصرفات كالسلطان الجائر وقد تعرّضنا لهذا في آخر بحث المكاسب المحرّمة^(١) وهي التي تسمّى بالأراضي المفتوحة عنوة .

وهنا قسم آخر لم يذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وهي عبارة عن الأراضي التي صالحوا عليها مع والي المسلمين وتسمّى هذه بالأراضي الصلحية تارة والخراجية أخرى ، وهي تكون تابعة لكيفية المصالحة فإن صلحوا على أن تكون الأراضي ملكاً لهم ويؤدّون الخراج كانت مملوكة لهم وإن صلحوا على أن تكون الأراضي ملكاً للمسلمين فكذلك ، والكلام الآن في الأراضي المفتوحة عنوة والبحث عنها يقع في مقامين ، الأول : أنّه هل تملك تلك الأراضي بأحد أسباب الملك أم لا . المقام الثاني : أنّه مع قطع النظر عن المقام الأول هل يجب أداء الخراج على من في يده تلك الأراضي أم لا .

أمّا الكلام بالنسبة إلى المقام الأول : فالظاهر عدم جواز التملك بوجه من الوجوه بل هي باقية في ملك المسلمين ، وتدلّ عليه روايات وقد ذكر الشيخ (قدّس سرّه)^(٢) جملة منها ، وفي رواية أبي بردة المسؤول فيها عن بيع أرض الخراج قال (عليه السلام) « ومن يبيعها هي أرض المسلمين ، قلت : يبيعها الذي هي في يده ، قال ويصنع بخراج المسلمين ماذا ؟ ثمّ قال : لا بأس اشتري حقّه منها ويحوّل حقّ

(١) مصباح الفقاهة ١ (موسوعة الإمام الخنوي ٣٥) : ٨١٥ ، ٨١٧ وما بعدها .

(٢) المكاسب ٤ : ١٩ .

المسلمين عليه ولعلّه يكون أقوى» الخ^(١) وغير ذلك من الروايات الواردة في هذا الباب المستفاد منها عدم جواز تملك الأراضي من حيث رقبته بل يملك المشتري على النحو الذي كان للبايع، ومن راجع روايات الباب يجد في نفسه صدق ما نقلناه ويترتب عليه عدم ترتب آثار المسجد على المساجد التي تحدث فيها، وعدم ترتب آثار الوقف وغير ذلك من الأمور التي يعتبر أن يكون في ملك، ولا فرق بين رقة الأرض وبين أجزائها المنفصلة كترايبها فلا يجوز بيعها بعد جعله كوزاً أو آجرأ أو غير ذلك من الأشياء إلا إذا اقتضاه تعمير الأرض كما لو حفر بئراً أو سرداباً وألقى ترايبها إلى الخارج فإنه حينئذ لا يعدّ من الأرض بل يعدّ من منافعها فيجوز تملكه.

ثم إن الشيخ (قدّس سرّه) ذكر من جملة الروايات في المقام رواية إسماعيل بن الفضل الهاشمي وفيها «وسألته عن رجل اشترى أرضاً من أرض الخراج فبني بها أو لم يبن غير أن أناساً من أهل الذمّة نزلوها أله أن يأخذ منهم أجرة البيوت إذا أدوا جزية رؤوسهم؟ قال يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال»^(٢) ولكن لم نفهم أي ربط لها بالمقام، لأنّ محلّ كلامنا الاستدلال على عدم جواز تملك تلك الأراضي لا جواز أخذ الأجرة على البيوت بالشرط، بل يمكن أن يقال بدلالة صدر الرواية على جواز الشراء فتأمل. كما أنّ رسالة حماد^(٣) التي ذكرها (قدّس سرّه) مشتملة على أمور لم يلتزم بها أحد مثل وجوب أداء الزكاة قبل تقسيم الزرع بين الشركاء «قال (عليه السلام) وليس لمن قاتل شيء من الأرضين - إلى أن قال (عليه السلام) -

(١) الوسائل ١٥ : ١٥٥ / أبواب جهاد العدو ب ٧١ ح ١.

(٢) الوسائل ١٧ : ٣٧٠ / أبواب عقد البيع ب ٢١ ح ١٠.

(٣) الوسائل ١٥ : ١١٠ / أبواب جهاد العدو ب ٤١ ح ٢.

فيؤخذ ما بقي بعد العشر^(١) فيقسم بين الوالي وبين شركائه الذين هم عمال الأرض « بدهاة أن الأرض لما لم تكن ملكاً لزارعه فلا بد وأن تكون الزكاة بعد القسمة وإعطاء كل حصته فعليه ربما لا يتعلق زكاة بالزرع بعد القسمة لعدم بلوغه حد النصاب فانهم .

وأما المقام الثاني : فقد قيل بعدم وجوب الخراج في زمان الغيبة ، وقد قيل بعدمه بالنسبة إلى خصوص الشيعة لأجل أخبار التحليل ، وقد قيل بعدم وجوبه في حق من يستحق أجرة هذه الأرض كما ورد في بعض الأخبار من قوله (عليه السلام) « أن لك نصيباً في بيت المال »^(٢) إلا أن كلها بعيد عن الصواب ، بل الحق وجوب الأداء . مضافاً إلى وروده في الرواية كما قال (عليه السلام) في رواية أبي بردة « يصنع بخراج المسلمين ماذا »^(٣) فمن يدعي عدم وجوب الأداء لا بد له من إقامة دليل بدهاة أنه كيف يتصرف في ملك الغير بلا أجرة ، ولا منافاة بين وجوب الأداء وبين جواز أخذه بعد الأداء من نائب الإمام (عليه السلام) أو ممن هو مأذون من قبله في هذه الموارد كالسلطان الجائر .

وأما دعوى السيرة القطعية على بيع الأجزاء الخارجة من أرض العراق ونحوها وبيع نفس الأراضي فهي وإن كانت صحيحة إلا أنه لم يعلم كونها في الأراضي الخراجية ، لأنه لم يتميز إلى الآن الأراضي المفتوحة عنوة عن غيرها بالخصوص ، بل هي جارية في الأراضي المشكوكة التي لا يعلم كونها مفتوحة عنوة ، وكيف كان لا نعلم بكون الأراضي الموجودة من الأراضي المفتوحة عنوة

(١) في المصدر بدل فيؤخذ ما بقي بعد العشر « ويؤخذ بعد ما بقي من العشر » .

(٢) الوسائل ١٧ : ٢١٤ / أبواب ما يكسب به ب ٥١ ح ٦ (مع اختلاف يسير) .

(٣) تهذّب مصدره آنفاً .

لاحتمال أن تكون من الأراضي التي كانت مواتاً فأحيها شخص أو كانت من المفتوحة عنوة وقد ملكها الإمام (عليه السلام) أو أحد خلفاء الجور ، أو كانت من الأراضي الصلحية التي هي باقية في يد الكفار مع إعطاء جزية رؤوسهم ، أو كانت من الأراضي التي أسلم أهلها طوعاً ، ومع هذه الاحتمالات كيف يمكن إثبات أن الأراضي التي يتداول بيعها وشراؤها في زماننا من الأراضي المفتوحة عنوة ، واليد أمارة الملك فيحكم بكونها ملك من كانت في يده .

وأما دعوى العلم الاجمالي بكون بعض تلك الأراضي من المفتوحة عنوة فإن كانت أطرافه في مورد الابتلاء بالمعنى الذي ذكرنا في محله بأن يكون قادراً على بيع كل واحدة واحدة من الأراضي بالخصوص ، فلا مانع معها من القول بعدم جواز البيع والشراء ، وأما مطلق العلم الاجمالي بوجود الأرض الخراجية في بين هذه الأراضي فلا يضرب بعد خروج بعض الأطراف عن محل الابتلاء كما أن العلم الاجمالي بوجود دار وقف في النجف أو بوجود دار مغصوبة في النجف لا يمنع عن جواز بيع الدور وشرائها في النجف .

بقي في المقام شيء قد تعرضنا له في آخر المكاسب المحرمة^(١) وذكره الشيخ (قدس سره)^(٢) في المقام : وهو أن الأراضي التي كانت محيية حين الفتح لو عرض لها الخراب هل يجوز إحيائها وتملكها بالاحياء بناءً على إفادة الاحياء الملكية ، أو يثبت الأحقية بناءً على إفادة الاحياء الأحقية وعدم جواز مزاحمة الغير له ؟ ذهب الشيخ الأنصاري (قدس سره) إلى جواز الإحياء لعموم أدلة الاحياء

(١) مصباح الفقاهة ١ (موسوعة الإمام الخوئي ٣٥) : ٨٣٠ - ٨٣٢ .

(٢) المكاسب ٤ : ٢٧ .

وخصوص رواية سليمان بن خالد^(١).

وفيه : أنه قد ذكرنا أنّ أدلة الاحياء منصرفة عن هذه الموارد إلى الموارد التي لا يسبقها ملك مسلم أو لم تكن متعلّقة لحقّ الغير ، والمفروض أنّ الأرض كانت من المفتوحة عنوة وملكاً للمسلمين وخروجها عن ملكهم يحتاج إلى دليل ، وتلك الأخبار أي أخبار الاحياء منصرفة عن هذه الموارد . وأمّا ما ذكره (قدس سرّه) من خصوص رواية سليمان بن خالد فالظاهر أنّه سهو من قلمه الشريف ، بداهة أنّ تلك الرواية تدلّ على عكس المقصود ، لأنّ الإمام (عليه السلام) بعد سؤال الراوي « فإن كان يعرف صاحبها » قال (عليه السلام) « فليؤدّ إليه حقّه » ضرورة أنّ الإمام (عليه السلام) قد أمر بأداء الحقّ إلى صاحبه والمفروض أنّ الأرض كانت ملكاً للمسلم ويعتضى هذه الرواية لا بدّ من ردّ الأرض إلى ملك المسلمين .

الكلام في اشتراط كون العوضين ملكاً طلقاً

قد ذكروا من الأمور المعتمدة في العوضين أن يكونا ملكاً طلقاً، وفرّعوا عليه عدم جواز بيع الوقف وأمّ الولد في غير الموارد المستثناة ولا الرهن إلا بإذن المرتهن، وأيضاً فرّعوا عليه عدم جواز بيع ما يكون متعلقاً لحقّ كما إذا كان الشيء متعلقاً النذر أو الحلف أو كان متعلقاً لخيار البائع أو المشتري. وقد تعرّض الشيخ (قدّس سرّه)^(١) للموارد الثلاثة التي ذكرناها أولاً. والمراد من الطلق أن يكون المالك مستقلاً في التصرف في ماله بأي نحو أراد.

وذكر الشيخ (قدّس سرّه) أنّ هذا الشرط لا محصل له وقال: فالظاهر أنّ هذا العنوان ليس في نفسه شرطاً ليتفرّع عليه عدم جواز بيع الوقف والمرهون وأمّ الولد الخ.

وذكر الميرزا (قدّس سرّه)^(٢) أنّ مراد الأعظم من هذا الشرط كون المالك تام السلطنة وعدم كونه ممنوعاً عن التصرف إمّا لقصور في مقتضي كما في الوقف وإمّا لوجود المانع كالرهن والاستيلاء.

ولكن الحقّ ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) من عدم كون عنوان الطلقة من

(١) المكاسب ٤ : ٢٩ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٢٧٣ .

الشرائط بل الشرط هو عنوان عدم الوقفية والرهانة على القول بكونها مانعة عن البيع إلا بإذن المرتين ، ويشترط أيضاً عدم كونه أم ولد ، وبعبارة واضحة أنه لا مانع من صحة البيع في ملك إلا مع الدليل على عدم جوازه ، ففي كل مورد دلّ الدليل على عدم جواز البيع مثل الوقف ونحوه فتتعبّد به وإلا فلا مانع من جواز البيع ، وعنوان الطولية منتزع من الموارد الخاصة التي ورد فيها المنع عن البيع .

الكلام في بيع الوقف

المشهور بل المتسالم عليه عند الفقهاء عدم جواز بيع الوقف في غير الموارد المستثناة ، والدليل عليه قوله (عليه السلام) «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها»^(١) وفي بعض النسخ على حسب ما يوقفها أهلها ، إلا أن الأول أصح لأن الوقف يستعمل متعدّياً أيضاً . وبديهي أن الواقف نظره إلى انتقال ما وقفه إلى الموقوف عليهم بطناً بعد بطن أو انتفاع عامة الناس منه إذا كان الوقف عاماً من دون أن تكون نفس العين الموقوفة داخلة في ملك أحد من الموقوف عليهم ، وقد أمضى الشارع هذا النظر والعقد من الواقف بالأدلة العامة مثل : «أَوْقُوا بِالْفُقُودِ» وبالأدلة الخاصة مثل ما ذكرناه من قوله (عليه السلام) «الوقوف» الخ .

ولا يخفى أن مرادنا من عدم جواز البيع وضعاً هو البيع الخارجي كما سيجيء الكلام فيه^(٢) عند التعرّض للاختلاف الذي بين الشيخ (قدس سرّه) وصاحب الجواهر (قدس سرّه) .

ومما استدللّ به أيضاً رواية أبي علي بن راشد قال «سألت أبا الحسن (عليه

(١) الوسائل ١٩ : ١٧٥ / كتاب الوقوف والصدقات ب ٢ ح ٢ .

(٢) في الصفحة ٢٥٧ .

السلام) قلت جعلت فداك إني اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي فلما وقّرت المال خُبرت أنها وقف ، فقال : لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلّة في ملكك ادفعها إلى من أوقفت عليه . قلت : لا أعرف لها ربّاً ، قال : تصدّق بغلّتها»^(١) والمراد من الغلّة لابدّ وأن يكون منافع الأرض الموقوفة التي تخرج من الأرض من دون زارع وليس المراد منه الزرع الذي يزرعه المشتري قطعاً بداهة أنّ الغلّة للزارع في موارد كون الأرض غصباً غاية الأمر يكون عليه أجرة الأرض فما ظنك فيما إذا كان مشترياً جاهلاً بوقفيّتها ، وكيف كان يستفاد من قوله « لا يجوز شراء » الخ صريحاً عدم جواز بيع الوقف وشرائه .

ومن الروايات التي استدلّ بها في المقام : ما ورد من حكاية وقف أمير المؤمنين (عليه السلام) مثل ما عن ربيعي بن عبد الله عن أبي عبد الله (عليه السلام) في صورة وقف أمير المؤمنين (عليه السلام) « بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدّق به علي بن أبي طالب (عليه السلام) وهو حي سوي تصدّق بداره التي في بني زريق صدقة لا تباع ولا توهب »^(٢) الخ ، والظاهر كون الوصف صفة للنوع يعني أنّ قوله (عليه السلام) « لا تباع ولا توهب » صفة لقوله (عليه السلام) « صدقة » التي هي المفعول المطلق النوعي بمعنى أنّ هذه الأوصاف معرّف لقسم من الصدقة الذي يكون كذا وهو الوقف ، ولا ينافي هذا جواز البيع في بعض الموارد كما سيجيء لأنّه (عليه السلام) أراد بهذا الكلام أن يشير إلى نوع من الصدقة الذي يكون في نفسه وبطبيعته هكذا وهو لا ينافي جواز البيع عند طرؤ مسوغاته كما إذا قال المولى لحم الأرنب أو الأسد حرام ولا ينافي ذلك كونه حلالاً للضرورة أو التداوي مثلاً

(١) الوسائل ١٩ : ١٨٥ / كتاب الوقوف والصدقات ب ٦ ح ١ .

(٢) نفس المصدر ح ٤ .

وللصدقة قسم آخر لا إشكال في جواز بيعه ونحوه مثل الزكاة ونحوها ، بداهة أنه لا إشكال في جواز بيع ما أعطي من جهة الزكاة للفقراء وغير ذلك من الصدقات وكيف كان لا صدقة في الشريعة المقدسة متصفة بصفة أن لا تباع ولا توهب إلا الوقف .

والحق كما ذكره الشيخ (قدس سره) ^(١) من كون الوصف صفة نوع الصدقة وما استفاده بعض ^(٢) من أن الشيخ (قدس سره) يقول بكون الوصف قيداً توضيحياً ومؤكداً لمعنى الوقف ، ثم اعترض عليه بأن الوصف قيد احترازي ، غير سديد بداهة أن مراد الشيخ أيضاً كون الوصف احترازياً وكون توصيف الصدقة بأنها لا تباع ولا توهب معرفاً لنوع خاص من الصدقة الذي هو عبارة عن الوقف ، وأما احتمال أن يكون شرطاً خارجياً بأن يكون معناه أن علياً (عليه السلام) تصدق بداره التي في بني زريق صدقة واشترط في ضمن عقد الصدقة أن لا تباع ولا توهب فهو خلاف الظاهر .

واحتمال أنه لا يمكن أن يكون شرطاً خارجياً لا من جهة كونه خلاف الظاهر بل من جهة أن اشتراط عدم البيع على الإطلاق يخالف للشرع من جواز بيعه في بعض الموارد فعليه يكون شرطاً فاسداً ومفسداً للعقد ، غير سديد .

وقد أجاب الشيخ (قدس سره) عنه أولاً : بأن هذا الإطلاق نظير الإطلاق المتقدم في رواية ابن راشد في انصرافه إلى البيع لا لعذر . وثانياً : بأن هذا التقييد مما لا بد منه حتى على تقدير كون الصفة صفة لنوع الصدقة . وثالثاً : بأنه من المحتمل علم الإمام (عليه السلام) بعدم عروض مسوغات البيع .

(١) المكاسب ٤ : ٢٤ .

(٢) حاشية المكاسب (الايرواني) ٢ : ٤٣٨ .

ولكن الجواب المتين أن يقال : إنَّ الشرط إن كان راجعاً إلى عدم جواز البيع من دون نظر إلى وقوع البيع فهو غير سديد لعدم كون هذا مقدوراً للواقف وتحت اختياره ، لأنَّ جواز البيع وعدمه بيد الشارع فله أن يحكم بالجواز في مورد وعدم الجواز في مورد آخر وبديهي أنَّه لابد وأن يكون متعلّق الشرط مقدوراً ، كما أنَّ اشتراط عدم الإرث أيضاً كذلك يعني غير مقدور بل هو وعدمه تابع لحكم الشارع بالارث وعدمه ، وإن كان متعلّق الشرط عدم وقوع البيع خارجاً لا أنَّه لا يجوز فلا مانع من اشتراطه على نحو الإطلاق ، وليس هذا مخالفاً للمشروع لأنَّه لا ينافي جوازه شرعاً . نعم ينافي وجوبه فلو وجب البيع في مورد كما إذا كان عدم بيع الوقف مؤدياً إلى قتل النفس بين الموقوف عليهم يكون الشرط باطلاً .

وظهر من جميع ما ذكرناه : عدم جواز بيع الوقف بطبعه بالروايات ما لم يعرض عليه ما يجوز بيعه ، فما ذكره الشيخ (قدس سرّه) بقوله ومما ذكرنا ظهر أنَّ المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة حقّ الواقف وحقّ الله سبحانه وحقّ الموقوف عليهم فضافاً إلى أنَّه لم يتقدّم شيء في كلامه (قدس سرّه) يدلّ على مانعية هذه الأمور الثلاثة عن البيع ، بل الدالّ على عدم جواز البيع الروايات الواردة في المقام كما ذكرنا بعضها ، يرد عليه أن كونه متعلّقاً لحقّ الله تعالى حيث يعتبر فيه التقرب على فرض تسليم مقالة اعتبار التقرب ولا نقول به لا يكون مانعاً عن البيع لعدم الدليل عليه مع قطع النظر عن الروايات المانعة عن بيع الوقف ، وأمّا تعلّق حقّ الموقوف عليهم به فهو أيضاً لا محصل له ، بداهة أن حقّ البطون المتأخّرة موقوف على وجود العين الموقوفة وبانتقال العين يكون سالبة بانتفاء الموضوع ، كما أنَّ تعلّق حقّ الواقف من حيث جعلها صدقة جارية ينتفع بها الناس إلى الأبد يزول بمجرد قراءة صيغة الوقف وليس له حقّ بعد الوقف وإخراج العين عن ملكه ، وكيف كان أنَّ المانع عن جواز بيع الوقف هو الروايات الخاصّة الواردة في ذلك ، وإمضاء الشارع عقد الوقف

على حسب ما يقفه أهله بالأدلة العامة كقوله تعالى : ﴿أَوْفُوا﴾ وبالأدلة الخاصة كقوله (عليه السلام) الوقف على حسب ما يقفها أو يوقفها أهلها^(١).

فتحصّل من جميع ما ذكرناه : أنّ مقتضى القاعدة عدم جواز بيع الوقف . وبعبارة واضحة : أنّ المال تارة يكون متحرّكاً وغير ساكن في يد مالكة يعني لمالكه أن يتصرّف فيه كيف يشاء ويمرّكه بحركته الاختيارية . وأخرى يجعل ماله ساكناً وغير متحرّك وهذا عبارة عن الوقف وقد أمضى الشارع هذا الاعتبار من الواقف وكيف كان إنّ مقتضى القاعدة في الوقف عدم جواز البيع نعم دلّ الدليل بالخصوص في موارد مخصوصة على جواز بيعه ، وجواز البيع فيه على قسمين ، وذلك لأنّ جواز البيع يكون تارة بدخول الثمن في ملك البائع الموقوف عليه ، وله بعد البيع التصرف في ثمنه كتصرف الملاك في أموالهم وأملاكهم ، وأخرى يكون من قبيل التبدّل في الصورة النوعية مع بقاء الوقف على حاله كما إذا باع العين الموقوفة واشترى بثمنها شيئاً آخر . وبعبارة واضحة أنّ حقّ الموقوف عليهم يسقط عن شخص العين دون بدّلها .

وكيف كان ، إنّ في المقام كلاماً بين شيخنا الأنصاري ومن تبعه من المحقّقين ومنهم الميرزا^(٢) (قدّس سرّهم) وبين كاشف الغطاء^(٣) وصاحب الجواهر^(٤) وهو أنّ جواز البيع هل يوجب بطلان الوقف يعني بمجرد جواز البيع يكون الوقف باطلاً لأنّه قد أخذ في مفهوم الوقف عدم جواز البيع فما دام الوقف باقياً لا يجوز بيعه ، بل يكون

(١) تقدّم مصدره في الصفحة ٢٥٣ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٢٧٨ .

(٣) شرح القواعد (مخطوط) : ٨٥ .

(٤) الجواهر ٢٢ : ٣٥٨ .

جواز بيعه مع كونه وقفاً من التضاد ، أو أنّ الوقف عند طرؤ مسوغات البيع لا يكون باطلاً بل الوقف يبطل بنفس البيع ، والأول قول كاشف الغطاء وصاحب الجواهر (قدّس سرهما). والثاني هو الذي ذهب إليه الشيخ ومن تبعه (قدّس سرهما).

وقال الشيخ (قدّس سره) ^(١) إن أريد من بطلان الوقف عند طرؤ مجوز البيع انتفاء بعض آثار الوقف وهو عدم جواز البيع وحيث إنّ النفي في النفي يوجب الاثبات فعنائه أنّه بجواز البيع يجوز البيع ، فهذا لا محصل له فضلاً عن أن يحتاج إلى نظر فضلاً عن إمعانه ، وإن أريد من بطلان الوقف انتفاء أصل الوقف كما هو ظاهر كلامه حيث جعل عدم جواز البيع من مقومات الوقف بأن تدخل العين الموقوفة عند جواز بيعها في ملك مالكها ، ففيه مضافاً إلى كونه خلاف الإجماع لأنّه لم يقل أحد ممن أجاز بيع الوقف في الموارد المخصوصة ببطلان الوقف وخروج العين الموقوفة عن الوقفية ودخولها في ملك الواقف ، أنّ عدم جواز البيع ليس من مقومات الوقف بل هو ثابت بالتعبد الشرعي .

ثمّ أيّد (قدّس سره) ما ذكره من عدم بطلان الوقف في موارد جواز البيع بأمرين : أحدهما أنّه لا إشكال في بقاء العين على وقفيتها لو طرأ عليها ما يوجب جواز بيعها ولكنّه لم يبيع الموقوف عليهم بعد طرؤ المسوّغ حتّى ارتفع وصار غير جائز البيع ومن هنا صرّح المحقّق الثاني ^(٢) بعدم جواز رهن الوقف وإن بلغ حداً يجوز بيعه معللاً باحتمال طرؤ اليسار للموقوف عليهم عند إرادة بيعه في دين المرتهن ، بداهة أنّه لما كان الرهن عبارة عن الوثيقة فلا يجوز أن يرهن ما يحتل أن لا يكون للمرتهن والراهن عند تعذّر أداء ما أخذه من المرتهن بيعه ، ولذا منع المحقّق

(١) المكاسب ٤ : ٣٧ .

(٢) جامع المقاصد ٥ : ٥١ .

الثاني عن المعاطاة في الرهن وليس هذا إلا من جهة أنه يعتبر في الرهن أن تكون العين المرهونة وثيقة لازمة ولما كانت المعاطاة غير لازمة بل جائزة فحكم بعدم جواز المعاطاة في الرهن .

والثاني ما ذكره بقوله : فإن مدلول صيغة الوقف وإن أخذ فيه الدوام والمنع عن المعاوضة عليه الخ ، وقاسه (قدس سره) بالهبة المجائزة التي هي عبارة عن تمليك المتهب المقتضي لتسلطه المتنافي لجواز انتزاعه من يده ومع ذلك يجوز مخالفته وقطع سلطنته ، هذا عين عبارته (قدس سره) .

ولكن الذي ينبغي في المقام أن يقال : إن كان المراد من بطلان الوقف بطلان أصل الوقف وخروج العين عن كونها وقفاً ودخولها في ملك واقفها فهو مقطوع العدم كما ذكر الشيخ (قدس سره) ولا موجب لهذا أيضاً ولا يلتزم به كاشف الغطاء وصاحب الجواهر (قدس سرهما) أيضاً . وإن أريد منه أنه بعد ما طرأ عليه مسوغات البيع يكون ملكاً طلقاً للموقوف عليهم ولهم التصرف كيف ما شاؤوا كتصرف الملاك في أموالهم وأملاكهم ، فهذا لا دليل عليه ولا موجب له أيضاً ، مضافاً إلى أنه لم يلتزم به أحد .

وإن أريد منه بطلان الوقف من جهة البيع فقط لا من جميع الجهات بأن لا تكون هبته ولا إجارته ولا غير ذلك من التصرفات الموقوفة على الملك غير البيع جائزة ، وبعبارة أخرى أن ما أنشأه الواقف هو السكون من جميع الجهات حتى من جهة البيع لكن لا يكون دليل الامضاء شاملاً للوقف من جهة المنع عن بيعه بأن يكون عدم جواز هبته ونحوها من التصرفات ممضاة غير عدم جواز البيع ، فهو كلام متين لا بد فيه من إمعان النظر لأن شمول الامضاء حتى بهذا المقدار والحكم بجواز بيعه عند طرؤ مسوغات البيع من التضاد ، بداهة أنه لو قلنا بأن الشارع قد أمضى وحكم بالسكون مطلقاً ومع ذلك حكم بجواز البيع فعناه أن الشارع منع عن البيع

وحكم بجواز البيع فهو شيء لا يمكن ، فما ذكره كاشف الغطاء وصاحب الجواهر متين جداً ولا بدّ من الالتزام بما ذكره لو كان مرادهم من بطلان الوقف ما ذكرناه .

ثم إنّه لا ثمرة للنزاع في المقام بل النزاع بين الطرفين علمي ، بداهة أنّ كاشف الغطاء وصاحب الجواهر والشيخ ومن تبعه من المحقّقين قائلون بعدم خروج العين عن الوقفية بمجرد طرؤ مسوغات البيع حتّى في صورة ارتفاع العذر وارتفاع المسوّغ بل ينادون بصوت واحد بقاء الوقف على حاله في صورة عدم اتفاق البيع وارتفاع المسوّغ ، ولكن ذهب بعض الأكابر^(١) إلى جواز البيع بعد طرؤ المسوّغ حتّى بعد الارتفاع سواء قلنا ببطلان الوقف بطرؤ المسوّغ أو قلنا بعدمه .

أمّا في الصورة الأولى فظاهر . وأمّا في الصورة الثانية فالمرود يكون من موارد الرجوع إلى استصحاب حكم المخصّص بداهة أنّه بعد طرؤ المسوّغ علمنا بجواز بيع الوقف وخروجه عن تحت عموم عدم جواز بيع الوقف ثمّ شككنا بعد ارتفاع المسوّغ هل بقي في حالة جواز بيعه أو أنّه لا يجوز لشمول العموم له وحينئذ نتمسّك باستصحاب حكم المخصّص ونحكم بجوازه .

ولكن الحقّ عدم جواز البيع بعد زوال مسوّغ البيع . أمّا بناءً على عدم بطلان الوقف فظاهر لكون المرود من موارد التمسّك بالعام دون المخصّص ، وذلك لأنّ عموم عدم جواز بيع الوقف كان شاملاً لما قبل طرؤ مسوّغ البيع ولحالة طرؤ المسوّغ ولما بعد زوال المسوّغ ثمّ علمنا بخروج حالة طرؤ المسوّغ عن تحت عموم عدم الجواز فيبقى الباقي من المتقدّم على طرؤ المجوّز والمتأخّر منه تحت العام ، وقد ذكرنا في بحث الأصول أنّ الأفراد الطولية مثل الأفراد العرضية في كونها مشمولة لعموم العام وقد ذكرنا في ذلك البحث أنّه لا فرق بين العموم الافرادي الاستغراقي كما في المقام

وبين العموم المجموعي من حيث التمسك بالعام دون المخصص ، وبدهي أن المقام من قبيل العام الاستغراقي لأن كل فرد من أفراد البيع محكوم بالبطان سواء الأفراد الواقعة قبل طرو المسوغ أو بعد طروّه أو بعد ارتفاعه ، وكل مورد علمنا بخروجه عن تحت العام تتبعه وأما غيره فيكون مشمولاً للعموم العام ، وليس هذا كله إلا من جهة حجّية الظهور وكونه مطابقاً للإرادة الجدّية ، وكذا الكلام لو قلنا ببطان الوقف لأن المراد ببطان الوقف ليس هو خروج الشيء عن الوقفية وعوده إلى ملك الواقف ، وليس مرادنا أيضاً كونه طلقاً للموقوف عليهم ، بل مرادنا من البطان ما ذكرناه من مقالة عدم إمضاء الشارع هذا المقدار من الوقف أي جهة المنع عن بيعه فقط ، فعليه إذا علمنا بعدم إمضاء الشارع لهذا المقدار من الوقف ثم شككنا بعد زوال العذر في جواز بيعه وعدمه متمسكاً بعموم دليل الامضاء بعين ما ذكرناه في الأوّل ، وليس المورد من موارد التمسك بالمخصص لما ذكرناه من أنه لا فرق بين العموم الاستغراقي والمجموعي ، ولا يرفع اليد عن ظهور العام وكونه مطابقاً للإرادة الجدّية للمتكلّم إلا بالمقدار المعلوم ، وليس المقدار المعلوم إلا حالة وجود المسوغ ومجوز البيع ، وأما بعد زواله فلا .

مضافاً إلى أنه لو سلّمنا بطلان الوقف وكونه ملكاً طلقاً للموقوف عليهم مثلاً لا يكون المورد من موارد التمسك بالمخصص بل لابدّ من التمسك بعموم أدلة الامضاء ، لأن ما أنشأه الواقف هو حبس العين وسكونها إلى الأبد ، ومقتضى عموم دليل الامضاء كونه ممضًى كذلك ، وقد خرجنا عنه في صورة عروض المسوغ وأما بعده أو قبله فنتمسك بدليل الامضاء ولو كان مجموعياً متكلّلاً لحكم واحد مستمر بالبيان الذي ذكرناه فيما تقدّم ، فما ذكروه وأدّعوا عليه عدم الخلاف من بقاء الشيء على وقفيته إذا لم يبيع بعد عروض المجوز حقّ زال هو مقتضى القاعدة .

وكيف كان فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدس سره) ^(١) أنه قد ظهر من جميع ما ذكرناه أن مقتضى القاعدة في الوقف عدم جواز البيع ، فلا بد من إقامة الدليل في كل مورد يجوز بيعه بالخصوص ، ثم تعرّض (قدس سره) تارة لموضوع جواز بيع الوقف بمعنى أن أي وقف يجوز بيعه عند طرؤ المسوّغ وأي وقف لا يجوز بيعه وذكر ما ذكره العلماء في المقام من الأقوال ، وأخرى لما هو المجرّز للبيع .

أمّا الكلام في الجهة الأولى : فقد منع بعض عن بيع الوقف مطلقاً كما يظهر من ابن إدريس ^(٢) وقوّاه الشهيد (قدس سره) ^(٣) ولكنّه لم يذهب إلى ما ذهب إليه ابن إدريس لكونه نادراً .

وفي مقابله جواز البيع مطلقاً ، ويدهي أن من يقول بجواز البيع إنما يقول في غير المساجد والمشاهد . وفصل بعضهم بين المنقطع وبين المؤبد وقال بالجواز في الأول وبعدمه في الثاني . والمراد من الوقف المنقطع انقطاع الموقوف عليهم بأن يكون الموقوف عليهم أشخاصاً معدودين ينقرضون في الخارج عادة فينقطع الوقف بانقراضهم ، لا كون الوقف محدوداً بزمان لكون مثل هذا الوقف باطلاً كما سيجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى .

وقد فصل بعض بين المؤبد وبين المنقطع وحكم بعدم الجواز في الثاني وبالجواز في الأول عكس ما قبله ، ولعل من يحكم بعدم الجواز في المنقطع يرى عود الوقف بعد انقطاع الموقوف عليهم إلى ملك الواقف .

ويمكن في المقام تفصيل آخر بأن يفصل بين المساجد والمشاهد وبين غيرها

(١) المكاسب ٤ : ٣٨ .

(٢) السرائر ٣ : ١٥٣ .

(٣) الدرر ٢ : ٢٧٩ .

من أفراد الوقف بالقول بعدم الجواز في الأول وبالجواز في الثاني ، إلا أن هذا في الحقيقة ليس تفصيلاً لأنه لم يقل أحد بجواز بيع المساجد والمشاهد .

وقد يفصل بين أجزاء الوقف وآلاته وبين نفس العين الموقوفة ويقال بعدم الجواز في الثاني وبالجواز في الأول .

وأما الكلام في الجهة الثانية : فقد ذكر بعض أن المسوخ أمر واحد وهو ما إذا وقع بين الموقوف عليهم اختلاف يخاف أو يظن من تلف المال والأنفس ، وذكر بعض غير ذلك سيجيء الكلام فيه تفصيلاً إن شاء الله تعالى .

والكلام في الجهة الأولى فعلاً يقع في الوقف المؤبد وهو على قسمين : لأنه يكون تارة مثل عتق العبد في كونه تحريراً وفك ملك يعني يجعل الواقف ماله محرراً وغير قابل للملكية وهذا مثل المساجد ولذا لو غصبها غاصب لا يكون ضامناً . والظاهر أنه لم يستشكل أحد في عدم جواز بيعه إلا أن عدم جوازه ليس من جهة كونه وقفاً بل لما ذكره كاشف الغطاء^(١) من أنه لا يصح بيعه لعدم تمامية الملك بل لعدم أصل الملك ، بداهة أنه بعد جعله محرراً لا يكون قابلاً للملك مثل العبد إذا أعتق وصار حرّاً ، ولكنه قدس سره ذكر أنه تجوز إجارته مع مراعاة الآداب اللازمة له إذا كان مسجداً وصرف منافعها في غيره من الأوقاف ، وهذا مما لا يمكن المساعدة عليه لأنه لا دليل على جواز إجارته بعد ما لم يكن ملكاً لأحد ، والاجارة تقع في ملك من بعد ما فرضنا أنه لا مال له ، بل يمكن أن يقال إنه بعد اليأس عن الانتفاع به يصير من المباحات بمعنى أنه يجوز لكل أحد أن يتصرف فيه بالزرع ونحوه مع مراعاة الآداب اللازمة له إذا كان من المساجد والمشاهد من دون أن يكون مالكاً له بالاحياء .

وأخرى لا يكون من قبيل التحرير وهو على قسمين : لأنه قد يكون وقفاً خاصاً على أشخاص خاصة مثل الذرية وقد يكون وقفاً عاماً على الجهة . أما الوقف الخاص فهو ملك للموقوف عليهم بنحو من الملكية بحيث ليس لهم التصرف فيه مثل تصرف الملاك في أملاكهم . والذي يدلنا على ذلك أي كونه ملكاً للموقوف عليهم بنحو من الملكية نفس كلمة « على » في قول الواقف وقفت عليهم ، بداهة أنه في صورة عدم الملك لم يكن له هذا التعبير الدالّ على الضيق والضرر وليس هذا إلا من جهة تضيق دائرة الملكية يعني أنهم ما يكون لهذا الشيء الموقوف غاية الأمر دائرة الملكية مضيقّة عليهم ، وبالجمله إن نفس هذا التعبير يدلّ على الملكية وإلا لم يكن وجه لهذا التعبير لكون رجوع المنفعة إليهم نفعاً لا ضرراً . والذي يشهد على هذا ما ذكره الفقهاء من أنه يشترط في المبيع أن يكون طلقاً فلا يجوز بيع الوقف فاحترزوا عن بيع الوقف باشتراط كون المبيع ملكاً طلقاً لا مجرد كونه ملكاً . فالظاهر جواز بيعه عند عروض المجوّز ، لأن الملكية كانت تامة لهم غاية الأمر كانت مضيقّة ، ولم يكن بيعه جائزاً لأجل المانع فإذا عرض له المجوّز يرتفع المانع ويجوز بيعه .

وأما القسم الثاني من الوقف وهو ما يكون وقفاً عاماً من دون أن يكون مثل المساجد في كونه تحريراً وفكاً للملك بل هو يبق في ملك الموقوف عليهم ، فهو على قسمين : القسم الأول ما يكون وقفاً لجهة عامة مثل الوقف على العلماء والفقراء والسادات مثل الحمايات والدكاكين بأن تكون منفعة هذه الأمور راجعة إليهم ومملوكة لهم فإن معنى وقف هذه الأمور هؤلاء الجماعة رجوع منفعة هذه الأمور إليهم وكونها مملوكة لهم فيجوز لهم الانتفاع بها مباشرة كما يجوز لهم إجارتها والانتفاع بأجرتها .

والظاهر أن هذه الأمور أيضاً ملك لهم بعين ما ذكرناه في الوقف الخاص من

دلالة نفس « على » في قول الواقف وققت عليهم ، كما أنَّ الظاهر أنَّه لا مانع من جواز البيع عند عروض المسوِّغ والمجوز له ، والفرق بين هذا وبين الوقف الخاص أنَّه في الوقف الخاص يكون الشيء الموقوف ملكاً للأشخاص بنحو الاشاعة بخلافه في المقام بداهة أنَّ الشيء الموقوف ليس ملكاً للعلماء بالاشاعة بأن يكون كل واحد من العلماء مثلاً مالكاً لمقدار من الوقف بنحو الاشاعة بل هو ملك للجهة . وبعبارة أخرى أنَّ دائرة الملك سعة وضيقاً تختلف بكثرة الموقوف عليهم وقلَّتْهم في الوقف الخاص بخلافه في هذا القسم بل هو باق على حاله على أي حال ، وكيف كان فلا فرق في جواز البيع بين هذا القسم وبين الوقف الخاص عند عروض مجوز البيع .

والقسم الثاني من الوقف العام ما يكون وقفاً للعلماء أو لجميع الناس مثلاً ولكنه على نحو ليس لهم إجارتها ونحوها بأن لا تكون المنفعة راجعة إليهم مثل القسم الأول ، بل وقف عليهم لأن ينتفعوا منه مباشرة لا لأن يؤجر وتصرف منافعه فيهم وهذا مثل المدارس والخانات الواقعة في الطرق والقناطر ، وقد يعبر عن هذا القسم في لسان العلماء بملك الانتفاع دون المنفعة ، ولكنه ذكرنا في موطنه أنَّ مرجع هذا أيضاً إلى ملك المنفعة غاية الأمر المنفعة بالمباشرة لأن الانتفاع فعل الشخص وكيف يكون الشخص مالكاً لفعل نفسه ، فهو مالك للمنفعة لكن في جهة خاصة ولا مانع من التعبير عنه بملك الانتفاع مسامحة من باب ضيق العبارة .

وكيف كان الظاهر كون الشيء الموقوف مثل القناطر والمدارس أيضاً ملكاً للجهة غاية الأمر يكون ملكاً مضيّقاً والمنفعة أيضاً مملوكة ملكاً مضيّقاً ، فالفرق بين هذا القسم والقسم السابق أنَّه في القسم الأول تكون العين ملكاً للجهة لكن محبوسة لا طلقاً والمنفعة تكون ملكاً لهم طلقاً فيجوز لهم المعاوضة عليها والانتفاع بشئها وفي القسم الثاني كما لا تكون العين مملوكة للجهة طلقاً كذلك المنفعة لا تكون طلقاً بل هي أيضاً محبوسة بمعنى اشتراط صرفها في جهة خاصة وهي الانتفاع بها

مباشرة ، وليس لهم إيجارته ونحوها من التصرفات الواقعة من الملاك بل لهم أن يجلسوا في المدارس والخانات إذا كانوا من الموقوف عليهم كما إذا وقف الخان على أن يسكن فيه الزوّار أو المسافرون .

وكيف كان ، يدلّ على الملكية في هذا القسم كلمة « على » بالتقريب الذي قدّمناه في الوقف الخاص ، ومضافاً إلى هذا يدلّ على ما ذكرناه : السيرة المستمرة على الضمان ففي الوقف الخاص إذا غضب أحد العين الموقوفة على الذرية مثلاً أو شيئاً من منافعها يعتبره العقلاء ضامناً لهم ، وفي الوقف العام بكلا قسميه يعتبرونه ضامناً للجهة وليس ذلك إلّا من جهة أنّهم يعتبرون العين والمنفعة ملكاً لهم . فعليه لا مانع من جواز البيع عند عروض الجوّز ، وما ذكره الشيخ^(١) والميرزا^(٢) قدّس سرهما من إلحاق هذا القسم بالمساجد في عدم كونه ملكاً لأحد بل فكاً وتحريراً للملك مثل تحرير العبد لم يظهر لنا وجهه .

بقي الكلام في مثل المشاهد الحسينيات ، والكلام في هذه الأمور يقع تارة في أرض هذه الأمور وأخرى في مثل الأخشاب والآجر والقنديل ونحوها من الآلات والأسباب .

أمّا الكلام في الأول ، فالظاهر أنّه يكون مثل المساجد في كونه تحرير ملك حيث يجعل الواقف الأرض وقفاً لتكون معبداً ومزاراً فتصير محرّرة مثل المساجد من جهة عدم ملاحظة تمليك أحد أو جهة من الجهات فلا يجوز بيعها أبداً .

وأما الكلام بالنسبة إلى الآلات الموضوعة في المشاهد والمساجد والحسينيات فهي تارة لا تكون إلّا لأجل الزينة وتعظيم شعائر المساجد والمشاهد

(١) المكاسب ٤ : ٦٠ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٢٨٠ .

مثل القناديل المعلقة في المشاهد الشريفة وغير القناديل من الآلات الموضوعة فيها لأجل التزيين ، ومن الظاهر أن هذه الأمور وقف وملك لنفس المساجد والمشاهد والانتفاع منها يكون بالتزيين وليس في هذه الأمور ملاحظة تمليك المسلمين وانتفاعهم أصلاً وهي من مصداق الوقف على الموقوفات وسيجيء الكلام عن قريب إن شاء الله تعالى أنه لا يعتبر أن يكون المالك من ذوي الشعور بعد ما كانت الملكية أمراً اعتبارياً يعتبره العقلاء في هذه الموارد .

وأخرى تكون الآلات الموضوعة في المشاهد والمساجد مثلاً وفقاً للمسلمين المصلين في المسجد أو زوّار المشهد ولكنه جعل محل الانتفاع منها المسجد والمشهد من دون أن يكون فيها تزيين للمشهد والمسجد مثل المبردات الموضوعة في المشاهد المشرفة والمساجد المكرمة لأن ينتفع الزوّار والمصلّون عند الزيارة والعبادة منها . وثالثة يلاحظ فيها كلتا الجهتين من انتفاع المسجد بالتزيين وانتفاع الناس والظاهر في هذا القسم أيضاً أنه وقف على نفس المسجد والمشهد لا على الزوّار والمصلّين ، ويؤكد ذلك ما هو المتعارف في إنشاء وقفه فإنه يعبر عنه بالوقف على المسجد ونحوه لا على المصلّين والزائرين ، وكيف كان يجوز بيع جميع هذه الأمور عند عروض المسوّغ وصرف ثمنها على المسجد ونحوه في القسم الأوّل والثالث وعلى المصلّين والزائرين في القسم الثاني .

وأما الكلام بالنسبة إلى الأجزاء المحدثّة للمسجد كما إذا سقّف أحد سقف المسجد فالظاهر أنه ليس بمثل نفس مكان المسجد الذي قلنا إنه تحرير ملك لا يجوز بيعه ، بل هو من قبيل سائر الموقوفات على المسجد يجوز بيعه عند عروض المجوّز ولا ينافي ذلك إجراء أحكام المسجد فيه .

ومثل السقف باب المسجد ونحوه من أجزائه المحدثّة ، فإذا لا مانع من جواز بيعه عند عروض المجوّز لأنه ليس من نفس المسجد بل هو سقف المسجد أو يابه .

ومن هنا ظهر حكم الأجزاء غير المحدثة كما إذا فرضنا أن أحداً بنى لنفسه داراً وبنى فيها سقفاً وأبواباً ونحوها ثم وقفها مسجداً ، فالظاهر أن وقف المجموع ينحل إلى جعل الأرض مسجداً وجعل غيره وقفاً على المسجد ، وذلك لأن المسجد إنما هو اسم للفضاء والمكان وأما غيره من التراب والآجر والأخشاب فليس بمسجد ، ولذا لم ينتزع وجعل في مكان آخر لم يلحقه أحكام المسجد نظير الكعبة والصفاء والمروة ونحوها مما هو اسم للفضاء ولذا لو فرض نعوذ بالله انهدام الكعبة وجب الطواف حول ذاك الفضاء والتوجه إليه في الصلاة والكون في ذلك الفضاء الخاص في الحج مثلاً ، ويشهد لهذا ما أفاده الميرزا^(١) ونعم ما أفاد من أن المناسب للمسجدية التي هي تحرير للملك دائماً أن يتعلق بما هو قابل للدوام والاستمرار وما هو قابل له هو الفضاء دون غيره ، فإذا يجوز بيع حيطان المسجد وجذوعه وبابه إلى غير ذلك مما يتعلق به عند طروء المسوغ ويصرف ثمنها على المسجد فإنها مملوكة له من غير فرق بين الصورتين .

وأما توب الكعبة فقد ورد فيه في رواية مروان « يبيع ما أراد ويهب ما لم يرد ويتنفع به ويطلب بركته ، قلت أيكفّن به الميت ؟ قال : لا »^(٢) ولذا وقع الكلام في أنه كيف يجوز بيعه مطلقاً بدون مسوغ على ما هو مقتضى إطلاق الحديث .

والظاهر أنه ليس وقفاً أصلاً بداهة أنه يعتبر في الوقف التأييد ومن المعلوم أن توب الكعبة يتجدد في كل سنة سنة ، ومن جهة عدم كونه وقفاً جوز الإمام (عليه السلام) بيعه ، وأما نهيّه (عليه السلام) عن التكفين به فلاجل احترام الكعبة ولذا قال (عليه السلام) ويطلب بركته ، وقد سمعنا أنه جعل موضع في مصر وقفاً على هذا يعني

(١) منية الطالب ٢ : ٢٨٢ .

(٢) الوسائل ٣ : ٤٤ / أبواب التكفين ب ٢٢ ح ١ .

وقف وجعل منافعه لأن يشتري بها ثوب للكعبة في كل سنة ، فعليه لا مانع من جواز بيعه .

إذا عرفت هذا فاعلم أنه بقيت في المقام صورة واحدة من صور الوقف وهي عبارة عن الوقف على الموقوفات مثل الحمامات والدكاكين الموقوفة على المسجد والمدرسة ونحوهما ، والظاهر أن هذه الأمور ملك لنفس المسجد ونحوه والمالك لهذه الأمور هو المسجد والمدارس والمشاهد .

لا يقال : إن المدارس والمساجد والمشاهد ليس فيها شعور حتى تكون مالكة لهذه الأمور . فإنه يقال : إنه لا يعتبر أن يكون المالك ذا شعور بعد ما كانت الملكية من الأمور الاعتبارية ويعتبرها العقلاء أيضاً في هذه الموارد ، ويترتب عليه أن المنافع التي تحصل من تلك الأمور تكون ملكاً طلقاً للمسجد والمدرسة ونحوهما نظير ما يكون وقفاً على الكلّي أو الذريّة كما إذا فرضنا أن دكاناً كان وقفاً على العلماء أو الذريّة فكما أن منافع تلك الأمور تكون ملكاً طلقاً لهؤلاء الجماعة كذلك تكون منافع هذه الأمور ملكاً طلقاً للمسجد والمدرسة وللمتولّي أن يتصرّف فيها بما يراه صلاحاً بلا اعتبار عروض مجوّز للتصرّف أصلاً فله أن يشتري بمنافع هذه الأمور شيئاً ويجعله وقفاً على نفس المسجد مثلاً ، نعم لابدّ في جواز بيع نفس الموقوف على الموقوفات من عروض مسوّغ ومجوّز فافهم .

الجهة الثانية من الكلام : في صور جواز بيع الوقف الصورة الأولى :

عروض الخراب للوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به إلا بالبيع ، والمدار في جواز البيع عروض عدم إمكان الانتفاع من العين الموقوفة ، سواء كان عدم إمكان الانتفاع لأجل عروض الخراب عليها كحصير المسجد إذا اندرس مثلاً ، أو كان مع بقاء نفس العين أيضاً كما إذا فرضنا شخصاً وقف داراً جديدة في بلد لذريّته طبقة بعد طبقة وجيلاً بعد جيل إلى أن يرث الله الأرض وفرضنا أن أهل تلك القرية قد تفرّقوا ولم

يمكن الانتفاع من تلك الدار لا بالسكنى ولا بالاجارة لأنّ المفروض تفرّق أهل القرية نعم يمكن الانتفاع ببيعها للزرع مثلاً وتبديلها بدار أخرى في غير هذا المكان إذا عرفت هذا يقع الكلام في هذا المقام في أمرين : الأول عدم المانع من البيع . والثاني وجود المقتضي للبيع ، وشيخنا الأنصاري^(١) أيضاً قد تعرّض للأمرين في المقام .

فأقول اتكلاً على الله أمّا الكلام في الأول : فبديهي أنّ الاجماع الذي كان موجوداً في أصل المطلب من عدم جواز بيع الوقف ليس موجوداً في المقام لو لم يكن موجوداً على جواز البيع ، ولا أقل من كون جواز البيع في المقام من المعروف والمشهور .

وأما رواية أبي علي بن راشد^(٢) الواردة في اشتراء الأرض الخربة التي قد عمّرها المشتري ثمّ علم أنّها وقف وسأل من الإمام (عليه السلام) حكمها وأجاب (عليه السلام) « لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلّة في ملكك » منصرفاً عن الموارد التي لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها وواردة في الموارد التي يمكن الانتفاع منها مع بقاء عينها ، وتوهّم أنّ الرواية باطلاً لأنها تشمل الأراضي التي خربت ويمكن الانتفاع منها بالعمارة مثلاً والأراضي التي لا يمكن الانتفاع بها لأنّ المناط هو جواب الإمام (عليه السلام) وهو عام ومطلق بالنسبة إلى جميع الموارد ، في غير محله لأنّ الناقد البصير والعارف بأسلوب الكلام يفهم من ظاهر الكلام أنّ مراده (عليه السلام) من عدم جواز البيع إنّما هو فيما إذا كان الانتفاع ممكناً مع بقاء العين الموقوفة كما لا يخفى .

(١) المكاسب ٤ : ٦١ .

(٢) الوسائل ١٩ : ١٨٥ / كتاب الوقوف والصدقات ب ٦ ح ١ .

وأما قوله (عليه السلام) الوقوف على حسب ما يقفها أو يوقفها أهلها^(١) فهو أيضاً لا يشمل المقام بالبيان الذي ذكرناه في خبر أبي علي بن راشد من أنه منصرف إلى موارد جواز الانتفاع بها مع بقاء عينها وقلنا إن معنى الوقف عبارة عن حبس العين وتسييل المنفعة، والمفروض أن هذا المعنى لا يمكن في المقام إلا مع البيع وتبديل العين بشيء آخر كما سيجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى، فالعين ليست محبوسة عن البيع حتى بحسب جعل الواقف، فلا يكون جواز البيع منافياً لقوله (عليه السلام): «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها».

وما ذكره شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) بقوله: وأما قوله (عليه السلام) «الوقوف على حسب الخ فلا يدلّ على المنع هنا لأنّه مسوق لبيان كيفية المصروف في الوقف من أن الواقف لو وقفه على جهة لا بدّ من صرف منافعتها في تلك الجهة، لا يمكن المساعدة عليه أمّا أولاً: فإنّ هذا الكلام منافٍ لما ذكره في أوّل البحث^(٢) من الاستدلال بهذه الرواية على عدم جواز بيع الوقف بقوله (قدس سرّه) ما هذا لفظه: مسألة لا يجوز بيع الوقف إجماعاً محققاً في الجملة ومحكياً، ولعموم قوله (عليه السلام) «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» انتهى موضع الحاجة من كلامه (قدس سرّه). وثانياً: أنّه لا وجه لهذا التخصيص بل هو عام يشمل كيفية التصرف وعدم جواز البيع غاية الأمر أن المقام لا يكون مشمولاً له، لأن الرواية لا تدلّ على المنع كما ذكره (قدس سرّه).

وثالثاً: أنّه لا مانع من شمول أدلّة الامضاء العامّة كقوله تعالى: «وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ» لعدم جواز البيع في الوقف، وقد ذكرنا أن عدم جواز بيع الوقف ليس من

(١) الوسائل ١٩: ١٧٥ / كتاب الوقوف والصدقات ب ٢ ح ٢.

(٢) المكاسب ٤: ٢٣.

أحكام الوقف بل هو مقوم للوقف وداخل في إنشاء الواقف ، لأن الوقف كما ذكرنا مراراً عبارة عن تحبيس العين وتسييل المنفعة إلى أن يرث الله الأرض ومحلّ كلامنا أيضاً في الوقف المؤبد ، هذا كله في الأمر الأول .

وأما الكلام في الأمر الثاني وهو عبارة عن وجود المقتضى للبيع : فهو ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) بقوله : والحاصل وملخص ما ذكره (قدّس سرّه) أن الأمر في المقام أي فيما إذا خرب الوقف ولم يمكن الانتفاع به دائر بين تعطيل العين حتى تلتف بنفسها وبين انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف وبين تبديل العين الموقوفة بما يبقى وينتفع بها الكل ، والأول غير جائز قطعاً لكونه تضييعاً وتبذيراً وهو ممّا لا يرضى به الله تعالى ، كما أن الثاني أيضاً غير مقصود .

وتوضيح ذلك : أنه قد ذكرنا مراراً أن الوقف المؤبد عبارة عن تحبيس العين وتسييل المنفعة إلى أن يرث الله الأرض ، ولا فرق بين تصرّح الواقف في صيغة الوقف بكلمة إلى أن يرث الله الأرض وبين عدم تصرّحه بذلك ، لأن معنى الوقف عبارة عن هذا ، فعليه لما كان الواقف واحداً من العقلاء ويعلم أن الأشياء كلّها فانية فلا بدّ وأن يكون نظره من تحبيس العين وتسييل المنفعة أعمّ من نفس العين ومن بدّها .

وبعبارة أخرى : أن نظر الواقف من تحبيس العين وتسييل منفعتها أولاً وبالذات إلى شخص العين ما دامت حالها هكذا يعني يمكن الانتفاع بها مع بقاء العين وثانياً وبالعرض إلى بدّها ، فعليه يكون نفس إنشاء الواقف تحبيس العين وتسييل المنفعة على نحو الدوام دالاً على هذا المعنى ، فليس للبطن الموجودة إتلاف نفس العين لأنفسهم بل لابدّ من تبديل العين إلى شيء يبقى وينتفع به الكل إلى أن يرث الله الأرض .

وما احتمله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام بقوله يمكن أن يقال إذا

كان الوقف ممّا لا يبقى بحسب استعداده العادي إلى آخر البطون فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم إلى آخر كلامه ، لا وجه له وذلك لأنّ المستفاد من كلامه (قدّس سرّه) هذا كون العين الموقوفة ملكاً طلقاً للبطون الموجودة التي تسقط العين عن الانتفاع بها في زمانهم بحيث لو مات أحدهم يرث وارثه منها وهو غير سديد بداهة أنّ الواقف لم ينشئ بالوقف ملكيتين ملكية غير طلقة للبطون السابقة وملكية طلقة لمن أدرك آخر أزمته بقاء الوقف ، بل الواقف بعد التفاته إلى أنّ العين الموقوفة غير قابلة للبقاء إلى الأبد لا مناص له من أن يوقف العين بشخصها ما دامت باقية وباليتمها بعد التلف ، لا بمعنى أنّ الواقف أوقف البديل بشخصه ليقال إنّهُ لم يكن ملكاً له لا حدوداً كما هو واضح ولا بقاءً لأنّه حين المبادلة لم يكن المبدل ملكاً للواقف ولا بمعنى أنّه وقف كلّ المال السارية بين العين الموقوفة وبدها ، بل بمعنى أنّه وقف العين الشخصية بشخصها وباليتمها غاية الأمر حبس شخص العين محدود بما إذا أمكن الانتفاع بها مع بقائها وبدونه تكون المالية وفقاً في ضمن أيّ شيء كانت وليست العين حيثنذ محبوسة فيجوز تبديلها ، وهذا هو السرّ في عدم جواز إتلافها من قبل البطن الموجود فإنّ ماليّتها موقوفة في ضمن أيّ عين كانت ولا يجوز إتلاف المالية الموقوفة ، وأمّا توهم أنّ البطن الموجود لا يجوز لهم الاتلاف لكونها مملوكة للبطون اللاحقة بالملكية الشأنيّة فيه : أنّا لا نتعلّل الملكية الشأنيّة لتكون منشأة من قبل الواقف .

إذا عرفت ذلك يقع الكلام في بعض الفروع :

الأوّل : هل يكون البديل مثل المبدل في كونه وفقاً أو يصير ملكاً طلقاً للبطن الموجود فلا بدّ لهم من إنشاء وقفه ؟ الظاهر أنّ مقتضى البدلية وقانون المبادلة يقتضي أن يكون البديل أيضاً وفقاً على نحو المبدل ، لما ذكرناه مراراً من أنّ الثمن يقوم مقام المثلثن فعليه كما كان المثلثن ملكاً غير طلق للبطون الموجودة يكون البديل أيضاً

كذلك ، وما ذكرناه من مقتضى قانون المبادلة أولى مما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) ^(١) من أنّ البطن الموجود مالك له فعلاً ما دام موجوداً بتملك الواقف فذلك المعلوم مالك له شأنًا ، لأنّه لم نعرف معنى محصلاً لما ذكره من كون المعلوم مالكا له شأنًا لأنّ معنى هذه الكلمة أنّه لو بقيت العين يكونوا مالكين وأمّا لو لم تبق فتكون ملكيتهم سالبة بانتفاء الموضوع .

وكيف كان ، مقتضى قانون البدلية والمبادلة هو أن يكون البدل مثل المبدل في كيفية الملكية للموجودين والمعدومين وكما أنّ المبدل والمثمن كان ملكاً غير طلق للموجودين بل كان ملكاً لهم وللمعدومين من باب حبس العين وتسبيل المنفعة يكون البدل أيضاً هكذا ، والذي يوضح هذا المعنى أنّ أحداً لو أتلف الموقوفة وصار ضامناً لبدلها يكون البدل ملكاً لهم على نحو كانت الموقوفة ملكاً لهم ، وأولى منه ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) من أنّ اشتراك البطون في الثمن أولى من اشتراكهم في دية العبد المقتول ، لأنّ الدية حكم شرعي متأخر عن تلف الوقف فيجوز أن يقال بسقوط حقّ البطون اللاحقة عن الدية بتلف نفس الوقف بخلاف الثمن لأنّ الثمن يكون مثل المثمن في كونه قائماً مقام المثمن عند البيع . وأيضاً المقام أولى بالحكم من بدل الرهن الذي حكموا بكونه رهناً ، مع أنّه يمكن أن يقال بعدم كون البدل قائماً مقام المبدل في الرهنية من جهة أنّ حقّ الرهنية كان متعلقاً بالعين من حيث إنّ ملك المالكه الأول فيمكن أن يرتفع بارتفاع ملكية المالك الأول ، إلى آخر ما أفاده فراجع فإنّه متين جداً .

الفرع الثاني : هل يحتاج البدل أيضاً في كونه وقفاً مثل المبدل إلى صيغة الوقف أم لا ؟ الظاهر عدم احتياجه إلى الصيغة ، لأنّ نفس بيع المبدل يكون موجباً

لأن يكون البذل وقفاً أيضاً ، وبعبارة واضحة أن الأمر دائر بين أن يكون البذل وقفاً بلا احتياج إلى صيغة الوقف جديداً بل يكفي في وقفيته بيع المبدل لما ذكرناه من أن قانون المبادلة والبيع يقتضي هذا المعنى ، وبين أن يكون ملكاً طلقاً للموجودين من البطون ، ولا يجب عليهم جعله وقفاً بدهاءة أنه لو كان البذل ملكاً لهم بنحو الطلق لا وجه لجعله وقفاً بل يتصرفون فيه كتصرف الملاك في أموالهم ، ولما لم يكن الأمر على الوجه الثاني لما ذكرناه من أنه مخالف ومنافٍ لعنوان البدلية ولقانون المبادلة والبيع فلا محالة يكون على الوجه الأول يعني يكون وقفاً من دون احتياج إلى صيغة جديدة للوقف لاقتضاء قانون البدلية والمبادلة ذلك كما هو الواضح .

الفرع الثالث : أن حكم البذل مثل المبدل في عدم جواز بيعه إلا بطرؤ المجوز وعروض المسوخ ، أو أنه ليس كذلك بل يجوز بيعه لو رأى من يده الاختيار من الناظر والمتولي أو المحاكم مصلحة في بيعه وتبديله إلى شيء آخر ؟ الظاهر هو الثاني لأن عدم جواز البيع في المبدل إلا عند عروض المسوخ كان مختصاً بخصوص المبدل ولا يلزم أن يكون البذل قائماً مقام المبدل في جميع الخصوصيات الموجودة في المبدل ، وبديهي أن البذل قائم مقام المبدل من حيث كيفية الملكية ، يعني أن المبدل كما كان ملكاً غير طلق للموقوف عليهم كذلك البذل .

وبعبارة واضحة : أن إنشاء الواقف قد تعلق بحبس العين وتسبيل المنفعة عند إمكان هذا المعنى ويدها عند عدم الامكان ، يعني أن نظره كان إلى أن يستفيع الموقوف عليهم من بدل الموقوفة عند عدم امكان هذا المعنى من نفس المبدل ، وأما الانتفاع من أي بدل هل هو بدله الأول أو الثاني أو الثالث وهكذا فهو غير ناظر إلى هذا ، فعليه لا مانع من جواز بيع البذل عند المصلحة في تبديله وإن لم يعرض له المجوز .

ومن هنا يظهر أنه لا مانع من تبديل العين الموقوفة في صورة عروض المسوخ

وجواز البيع إلى ما لا يمكن أن يتعلّق به الوقف مثل الدنانير والدراهم التي لا يمكن الانتفاع بها إلا بانعدام موضوعها ثمّ تبديلها بما ينتفع به ، لأنّه قد ذكرنا الآن أنّه لا مانع من تبديل البديل إلى شيء آخر بلا عروض مجوّز أصلاً لو كان في التبديل مصلحة فتأمل . نعم لو قلنا إنّ قوله (عليه السلام) « لا يجوز شراء الوقف »^(١) من أحكام الوقف لا أنّه من أدلّة الامضاء لما وقفه الواقف لا مانع من التمسك به والحكم بعدم جواز بيع البديل أيضاً إلاّ في صورة عروض المجوّز والمسوّغ مثل المبدل ، إلاّ أنّه قد ذكرنا أنّ هذه الرواية أيضاً إمضاء لما أنشأه الواقف وليس حكماً تعدياً فلا يعمّ البديل بعدما فرضنا أنّ الواقف لم يحبسّه عن البيع والتبديل ، بل يمكن أن يقال إنّ البديل بدل للمبدل الذي يجوز بيعه وبدل عنه في هذه الحالة فاذن يكون بدلاً عن الأمر الذي كان يبيعه جائزاً فافهم .

الفرع الرابع : أنّه هل يعتبر بعد البيع شراء المائل للوقف أم لا ؟ قد ذكر العلامة (قدّس سرّه)^(٢) أنّه لا بدّ من شراء المائل لأنّه أقرب إلى مقصود الواقف من غيره ، وقد ذكروا هذا المعنى في باب الضمان أيضاً ، وذكر (قدّس سرّه) أنّ الشيء المضمون عند التحليل ينحلّ إلى أمور ثلاثة : الخصوصيات الشخصية القائمة بنفس العين والمثل والمالية ، فلمّا لم يكن الأول بعد التلف ممكن الإرجاع إلى صاحبه إمّا من باب استحالة إعادة المعدوم أو أنّ الضامن غير قادر عليه فاذن ينتقل إلى المثل وعند تعدّد ذلك أيضاً ينتقل إلى المالية ، وقد سلك (قدّس سرّه) في المقام هذا المسلك .

إلاّ أنّ هذا المعنى ممنوع في المقام صغرى وكبرى .

أمّا صغرى ، فمن جهة عدم انضباط غرض الواقف ومقصوده بداهة أنّ

(١) كما في رواية أبي علي بن راشد المتقدّمة في الصفحة ٢٧٠ .

(٢) التذكرة ٢ : ٤٤٤ السطر ٣٣ .

غرضه تارة يتعلّق بنفس العين الموقوفة فقط كما إذا كان للواقف دار فأراد أن يقفها على أولاده طبقة بعد طبقة وكان غرضه ومقصوده من هذا أن تكون نفس الدار باقية في أيديهم بحيث لا يختلف عنده الحال بعد البيع بين أن يشتري بتمنه دار أخرى أو غير ذلك من الدكاكين والعقار مثلاً، وأخرى يكون غرضه ومقصوده من الوقف انتفاع الموقوف عليهم .

وبعبارة أخرى : يكون أصل مقصود الواقف من الوقف انتفاع الموقوف عليهم من الوقف من دون خصوصية للعين الموقوفة ، فعليه يكون اشتراء غير المماثل إذا كان انتفاع الموقوف عليهم منه أكثر ، أقرب إلى مقصود الواقف ، وثالثة يكون نظره من الوقف انتفاع الموقوف عليهم من نفس ثمرة الوقف كما إذا وقف بستاناً لأن ينتفع الموقوف عليهم من ثمره ، فإذا دار الأمر بعد البيع بين اشتراء المماثل في بلد بعيد عن الموقوف عليهم بحيث لا يمكنه الانتفاع بنفس ثمرته بل ينتفعون من أجرته فقط ، وبين اشتراء غير المماثل في بلد الموقوف عليهم بحيث تكون منفعته أكثر من المماثل ، يكون شراء غير المماثل أصح من المماثل وأقرب إلى مقصود الواقف بالبداية .

وأما بحسب الكبرى بعد تسليم الصغرى ، فلا دليل عليه ، وقوله (عليه السلام) «الوقوف» الخ امضاء لما أنشأه الواقف ولم يكن شراء المماثل ممّا أنشأه ، نعم لو اشترط صريحاً في ضمن الوقف أن الوقف إذا بيع عند عروض المسوّغ ، أن يشتري بتمنه مماثل للعين الموقوفة لكان متّبِعاً لأنّه شرط سانع يشمل قوله (صلّى الله عليه وآله) «المؤمنون عند شروطهم»^(١) و «الوقوف» الخ .

الفرع الخامس : أن المباشر للبيع هل هو المتولّي والناظر أو الموقوف عليهم

الموجودون أو الحاكم أو البطون الموجودة مع الحاكم ؟ الظاهر أنّ المباشر له هو الناظر المنسوب من قبل الواقف لو كان وكانت نظارته شاملة لهذا أيضاً بأن يسلب الواقف سلطنة الموقوف عليهم عن الوقف من هذه الجهة ويجعل السلطنة بيد الناظر من هذه الجهة ، نعم لو لم يكن ناظر من قبل الواقف أو كان ولكنه لم تكن نظارته شاملة لهذه الموارد بل كان منصوباً من قبل الواقف لإصلاح الوقف فقط يكون المباشر للبيع هو البطن الموجود من الموقوف عليهم ، لأنّ الوقف ملك لهم والناس مسلّطون على أموالهم ، ولا وجه لأن يكون منوطاً بنظر الحاكم أيضاً .

اللهم ! إلا أن يقال إنّ انضمام الحاكم إلى البطون الموجودة من جهة كون الحاكم وليّاً من قبل الغائبين والمعدومين من الموقوف عليهم .

ولكن هذا المعنى ممنوع ، أمّا أولاً : فلأنّه يمكن أن تكون الطبقة الثانية من الموقوف عليهم أيضاً موجودة كما إذا فرضنا أنّ شخصاً وقف داراً للأولاد طبقة بعد طبقة وفرضنا وجود الطبقة الثانية في زمان وجود الطبقة الأولى كما إذا كان أولاد الأولاد موجودين عند وجود نفس الأولاد ، فعليه يكون المباشر نفس تلك الطبقة دون الحاكم ، فلا كلفة للقول بولاية الحاكم من قبل البطن الثاني لقصورهم من جهة كونهم معدومين لجواز وجودهم بل وجود البطن الثالث ، نعم يمكن دعوى كونه وليّاً من قبل الطبقة المعدومين فقط ، لكن لازم ذلك انضمام الموجودين من الطبقة المتأخّرة إلى الحاكم أيضاً ولم يلتزم به أحد .

وأما ثانياً : فقد ذكرنا في أوّل بحث الوقف أنّه ملك للموجودين من الموقوف عليهم من الطبقة الأولى وليس ملكاً ولو شأناً لغيرهم من المعدومين والموجودين كما لم يتعلّق به حقّ لهم أصلاً حتّى يكون الحاكم وليّاً لهم في حفظ حقّهم ، نعم جعل الواقف لهم الملكية التقديرية بمعنى أنّهم يملكون الوقف لو انقرض البطن السابق

وهذا النحو من الملكية موجودة في الوارث أيضاً فإنه مالك على تقدير موت المورث مع أنه لم يقل أحد باعتبار إذنه في بيع المورث . فتحصل أنه لا وجه لاعتبار انضمام الحاكم على جميع التقادير أصلاً .

الفرع السادس : ما ذكره الشيخ (قدس سرّه) في ضمن الفرع السابق بقوله : والظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف ^(١) انتهى موضع الحاجة من كلامه (قدس سرّه) رفع في الخلد مقامه ، ولكن الظاهر أن هذا لا يحتاج إلى بحث بل هو دائر مدار جعل الواقف في تعيينه الناظر ، لأنه تارة يجعل شخصاً ناظراً لنفس العين الموقوفة لأجل خصوصية فيها بحيث لو باع الدار مثلاً واشترى بثمنها شيئاً آخر غير الدار لا يجعله ناظراً كما إذا كان الوقف داراً وجعل لها ناظراً من المعارين من جهة أنه أعرف بمصلحة الدار ، فعليه لو فرضنا بيعها بمجوز واشترى بثمنها شيئاً آخر ليس للمعمار فيه شأن أصلاً ، فحينئذ لا مانع من القول بسقوط نظارته عن البدل .

وأخرى يجعله ناظراً على الإطلاق أعم من نفس العين الموقوفة ومن بدوها كما أن القرينة أيضاً موجودة على هذا لأنه لو لم يجعل الناظر تقع المخاصمة والمشاجرة بين الموقوف عليهم في كل طبقة ، وكيف كان أن المناط في هذا المقام كيفية جعل النظارة من قبل الواقف والمتبع هو نظر الواقف كما لا يخفى .

الفرع السابع : ما ذكره الشيخ (قدس سرّه) في المقام بقوله (قدس سرّه) إنه لو لم يمكن الخ ^(٢) وملخصه : أنه إذا بيع الوقف بعد عروض المجوز وبدل بما لا يمكن وقفه والانتفاع به مع بقاء عينه مثل الدنانير والدراهم فلا يجوز دفعه إلى البطن الموجود

(١) المكاسب ٤ : ٦٩ .

(٢) المكاسب ٤ : ٦٩ .

لأنَّ البديل مثل المبدل في كونه مشتركاً بين جميع البطون فلا بدَّ من أن يوضع عند أمين . وبعبارة واضحة أنَّ البديل الكذائي لا يقاس إلى نفس المبدل من حيث جعله تحت يد الموجودين ينتفع به مع بقاء عينه ، لأنَّ المفروض أنَّ الانتفاع من البديل الكذائي لا يمكن إلاَّ مع انعدام عينه ولما كان البديل مثل المبدل مشتركاً بين جميع البطون فلا بدَّ من وضعه عند أمين إلى زمان يمكن أن يشتري به ما ينتفع به ولو مع الخيار لأنَّ ينتفع الموجودون به ما دام لم يفسخ .

ثمَّ قال (قدَّس سرّه) ولو طلب ذلك البطن الموجود فلا يبعد وجوب إجابته ولا يعطل الثمن حتَّى يوجد ما يشتري به من غير خيار ، ثمَّ قال : إنَّه لو رضي البطن الموجود بالانتجار بالثمن وكانت فيه المصلحة جاز إلى أن يوجد ما يمكن اشتراؤه والريح تابع للأصل ولا يملكه الموجودون لأنَّه ليس مثل المنفعة بل هو جزء من الثمن فيكون مشتركاً بين الجميع ، هذا ملخَّص مرامه (قدَّس سرّه) ولا بدَّ في توضيحه من التكلُّم في جهات :

الأولى : في جواز إيدال الوقف بما لا يمكن وقفه مثل الدنانير والدراهم وربما يقال (١) بعدم جواز ذلك ، لأنَّ البديل لا بدَّ وأن يكون مثل المبدل في كونه تحييساً للعين وتسبيلاً للمنفعة ، ولذا قلنا بعدم احتياج البديل إلى صيغة الوقف ، وهذا المعنى لا يمكن في مثل الدنانير والدراهم .

وفيه أولاً : أنَّ ما ذكره (قدَّس سرّه) من مقالة عدم إمكان هذا المعنى في مثل الدنانير وإن كان متيناً إلاَّ أنَّه لا مانع من جعل البديل ديناراً مقدَّمة لأنَّ يشتري به ما يكون قابلاً للوقف . وبعبارة أخرى أنَّه لما كان الغالب كون الثمن من الدنانير والدراهم فلا مانع من تبديل الوقف إلى الدينار مثلاً ليوصل به إلى اشتراء ما يمكن

(١) كما عن الأبرواني في حاشيته على المكاسب ٢ : ٤٥٩ .

وقفه والانتفاع به مع بقاء عينه .

وثانياً : أنه لا مانع من وقف نفس الدينار والدرهم لا ابتداءً بل في مرحلة التبدل بعد ملاحظة ما ذكرناه آنفاً من جواز بيع البدل ولو بلا عروض المجوز وذكرنا أيضاً أن البدل قد وقع بدلاً عن الوقف في حال جوازيه ، فعليه لا مانع من جعل نفس الدينار مثلاً وقفاً بحيث لا يوهب ولا يورث ولكنه يجوز تبديله في أي زمان أرادوا ، بأن يكون وقفاً وحسباً من جهة عدم جواز هبته وإرثه .

الجهة الثانية : في شراء ما ينتفع به مع الخيار والكلام هنا يقع في أمرين : الأول في جواز ذلك . الثاني في اعتبار إذن الموجودين ومطالبتهم بذلك . أما الأول : فقد أشكله بعض من حيث إنه يعتبر في الوقف التأييد ، يعني من مقومات الوقف تأييد وتحبيس العين ، وهذا المعنى لا يمكن فيما إذا اشترى ببدل الوقف ما يكون في معرض الفسخ .

وفيه : أنه قد ذكرنا مراراً أن اعتبار هذا المعنى إنما هو في نفس العين الموقوفة ما دام يمكن الانتفاع بها وأما بالنسبة إلى بدلها فقد ذكرنا أنه يجوز بيعه بلا عروض المجوز أيضاً فراجع .

وأما الثاني فالظاهر أنه لا وجه لتقييد وجوب الشراء بصورة المطالبة كما ذكره الشيخ (قدس سره) بل يجب هذا الشراء مطلقاً سواء طلب البطن الموجود أم لا لأن تعطيل الوقف وعدم تبديله إلى شيء يمكن الانتفاع به ولو في زمان تضييع للوقف ، وهذا المعنى مخالف لإنشاء الواقف ولغرضه بداهة أن غرضه من الوقف انتفاع البطن من نفس العين الموقوفة عند الامكان ومن بدلها مع عدمه فعليه لا بد من تبديل الدنانير مثلاً إلى شيء خياري يمكن الانتفاع منه مع بقاء عينه ولو كان بزمان قليل مثلاً ، لأن تعطيل هذا تضييع للوقف ومناف لـ « الوقوف على حسب ما يقفها أهلها » من حيث تحبيس العين وتسهيل المنفعة .

الجهة الثالثة : أنَّ ما ذكره الشيخ (رحمه الله) من وجوب جعل الثمن عند أمين من دون أن يعطى إلى البطن الموجود لأجل كونه مشتركاً بين الموجودين منهم والمعدومين في غير محله ، بل لا بد من إعطائه وجعله عند البطن الموجود لكونه ملكاً لهم فعلاً غاية الأمر الملكية الخاصة أي التي لا توهب ولا تورث فلا وجه لجعله عند أمين ، وقد ذكرنا آنفاً أيضاً أنَّ المعدومين ليسوا بالكين فعلاً ولا حق لهم في ذلك ، لا من باب استحالة كون المعدوم مالاً بل من جهة عدم شمول إنشاء الواقف وتعليكه لهم مع وجود البطن الموجود ، نعم إنَّ المعدومين يكونون مالكين بعد انقراض البطن الموجود وبقاء العين الموقوفة ، ولا يخفى أنَّ نظرنا إلى دفع ما ذكره الشيخ (قدس سرّه) من تعليقه عدم جواز الاعطاء إلى الموجودين باشتراك المعدومين مع الموجودين في الوقف .

الجهة الرابعة : في اتجار الموجودين بضمن الوقف ، والظاهر جوازه إذا كان فيه المصلحة لأنّه ملكهم ، والربح يكون تابعاً للعين لأنّه جزء البدل وليس من قبيل المنافع بل من قبيل اتّساع الوقف ، فإذا اشترى بالثمن صوماً مثلاً صار هو بدل الوقف فإذا بيع بضمن أعلى صار مجموع الثمن بدل الوقف ، ولا وجه لعود الربح إلى البطن الموجود ، فهو نظير تبديل الدار الموقوفة الضيقة بدار واسعة فإنَّ الدار الوسيعة حينئذ بأجمعها تكون وقفاً .

الفرع الثامن : أنّه إذا خرب بعض الوقف ولم يمكن الانتفاع به يجوز بيعه وجعل بدله وقفاً بعين ما ذكرناه في مورد جواز بيع جميع الوقف ، كما يجوز صرف ثمنه في جزئه الآخر لو كان موجباً لزيادة المنفعة فيه ، ويجوز أيضاً صرف الثمن في وقف آخر للموقوف عليهم إذا كان ذلك الوقف محتاجاً إلى تعمیر ، والمناطق في جميع هذه الأمور (أي جواز بيع بعض الوقف عند عروض المحوّر وجعل بدله وقفاً أو صرف ثمنه في بقية الوقف أو صرفه في وقف آخر لهم) واحد وهو عبارة عما ذكرناه

أنفاً من أنْ نظر الواقف انتفاع الموقوف عليهم من نفس العين الموقوفة مع بقائها ومن بدلها عند عروض المجوْز بأي نحو من الانتفاع ، ولا فرق في البذل بين أن يكون عيناً قائمة برأسها وبين أن يكون خشباً أو حديداً داخلاً في بناء البعض الباقي أو بناء وقف آخر لأنّها أيضاً أعيان يمكن الانتفاع بها مع بقائها فإذا خربت بذلت بغيرها .

الفرع التاسع : أنّه إذا احتاج الوقف إلى صرف المنفعة الموجودة التي هي ملك طلق للموجودين من البطون في تعمیر الوقف بحيث لو لم تصرف فيه لا يمكن انتفاع البطن اللاحق من الوقف ، هل يجب صرفها في عمارة الوقف حفظاً للوقف عن خروجه عن قابلية انتفاع البطون اللاحقة به أم لا يجب ؟

الظاهر أنّه إذا لم يشترط الواقف في ضمن وقفه إخراج مؤونة الوقف وما يحتاج إليه من جهة العمارة من منافع الوقف قبل القسمة لا يجب على الموجودين أن يصرفوا المنافع الموجودة في تعمیر الوقف لأجل حفظ الوقف عن خروجه عن قابلية الانتفاع به بالنسبة إلى البطون اللاحقة ، لأنّ المنفعة ملك طلق للموجودين فلهم أن ينتفعوا من الوقف ما داموا موجودين ، فلا وجه لأنّ يصرف الإنسان مال نفسه في حفظ مال شخص آخر ، ولا فرق بين هذا وبين ما كان للجار مثلاً وقف يشرف على الخراب والسقوط عن الانتفاع ، وهل يتوهم أحد أنّه يجب على الجار أن يصرف ماله في وقف جاره لئلا يكون وقف الجار ساقطاً عن الانتفاع به .

نعم لا يبعد دعوى الارتكاز في المصارف الجزئية كما إذا فرضنا أنّ الوقف احتاج في العمارة إلى صرف منفعة قليلة بمقدار الدينار أو أقل فلا يبعد أن يقال إنّ صرف المنفعة في هذه الموارد ارتكازي لجميع الناس . وبعبارة واضحة تارة يستند الخراب إلى عالم الكون والفساد حيث إنّ الموجودات في هذا العالم لا تبقى بحسب طبيعتها أزيد من الزمان المتعارف لها فحينئذ لا موجب لأنّ يصرف الموجودون المنفعة الموجودة التي هي ملك طلق لهم في تعمیر الوقف لئلا يكون الوقف ساقطاً

عن قابلية الانتفاع به بالنسبة إلى البطون اللاحقة ، وأخرى يستند الخراب إلى الأمور الجزئية كما إذا سقط الميزاب من سطح الدار أو حصل ثقب في سقفها بحيث لو لم يعثر ذلك لخربت الدار بنزول المطر ولم ينتفع منها الموجودون أيضاً ، فحينئذ لا مانع من القول بوجوب التعمير لأجل ما ذكرناه من الارتكاز .

الفرع العاشر : وهو الذي رتبته الشيخ (قدس سرّه) على الفرع المتقدم : أنه لو خرب بعض الوقف وخرج عن الانتفاع وبقي بعضه محتاجاً إلى العمارة ولا يمكن انتفاع البطون اللاحقة بدونها فحينئذ هل يصرف ثمن الخروب في عمارة الباقي وإن لم يكن البطن الموجود راضياً بها ، أو أنّ الأمر ليس كذلك بل لهم بيع ذلك البعض المخروب وتبديله إلى شيء آخر وجعله وفقاً لأن ينتفع به ، وحال هذا يعلم مما ذكرناه فاعرف .

ثمّ إنّه (قدس سرّه) ^(١) ذكر أنّ هنا فروعاً آخر يستخرجها الماهر بعد التأمل فأقول : منها ما إذا فرضنا أنّ العين الموقوفة لم تسقط عن الانتفاع بها إلا أنّ الانتفاع بها لا يمكن في حقّ الموقوف عليهم لأنهم غير متمكّنين من الانتفاع بها ولكن الغير متمكّن من الانتفاع بها لو كان مالكاً له . وبعبارة واضحة أنّ العين الموقوفة إذا فرضنا أنّها قد وقعت في مكان لا يتمكّن الموقوف عليهم من الانتفاع بها بوجه من الوجوه مع بقاء عينها بحيث لو لم تبع تكون بلا فائدة أو يتمكّنها السلطان ، وبديهي أنّ المناط الذي ذكرناه في جواز بيع الوقف جارٍ هنا بعينه وبلا كلام .

ومنها : ما إذا فرضنا أنّ الوقف مما يمكن الانتفاع به فعلاً إلاّ أنّه لو لم يبيع فعلاً يسقط عن الانتفاع بعد مدّة قليلة بالمرّة ولا يشترطه شخص آخر في ذلك الطرف كما إذا فرضنا أنّه يقع بعد شهر في الجادّة ، فحينئذ أيضاً لا إشكال في جواز بيعه لأنّ

تعطيله يؤدّي إلى تضييع الوقف وإعدام موضوعه فتأمل ، وهنا فروع آخر تظهر للناقد البصير .

الصورة الثانية : ما إذا خرب الوقف وسقط عن المنفعة المعتدّ بها وقد فصل الشيخ (قدّس سرّه) في هذه الصورة بين ما إذا كانت المنفعة ملحقة بالعدم بأن تكون قليلة في الغاية بحيث تلحق بالمعدوم ، وبين ما إذا لم تكن كذلك بل كانت مما لا يعتدّ بها ، وحكم بجواز البيع في الأوّل لعين ما ذكرناه في الصورة الأولى من عدم شمول أدلة المنع من قوله (عليه السلام) « الوقوف » الخ أو الاجماع المدّعى على عدم جوازه ، ومن قوله (عليه السلام) « لا يجوز شراء الوقف » الخ وحكم بعدم الجواز في الصورة الثانية لوجود المقتضي لعدم الجواز لوجوب العمل بمقتضى وقف الواقف الذي هو عبارة عن حبس العين ، ولعموم قوله (عليه السلام) « لا يجوز شراء الوقف » .

وفيه : إن كان مراده (قدّس سرّه) من المنفعة غير المعتدّ بها أن تكون منفعة العين مع بقائها قليلة بالنسبة إلى حالتها الأولى كما إذا كانت منفعة الوقف قبل خرابه مثلاً في كل سنة مائة دينار والآن يستأجر بخمسين ديناراً فهو ملحق بالصورة الثالثة التي ذهب (قدّس سرّه) فيها إلى عدم جواز البيع لأجل وجود المقتضي لعدم الجواز ولعدم عروض المحوّر ، بدهاة أنّ قلة المنفعة لا توجب جواز بيعه وبدهي أنّ العين لو كانت من الأوّل هكذا يعني كانت منفعتها قليلة لكان وقفها جائزاً حدوداً فما ظنّك في مرحلة البقاء فتأمل وسيجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى .

وإن كان مراده من المنفعة غير المعتدّ بها أنّ المنفعة الموجودة لا تعدّ في العرف منفعة لتلك العين الموقوفة مثل السرير من الحديد إذا انكسر لا يمكن الانتفاع به إلّا في بعض الموارد التي يعدّ في العرف من موارد عدم المنفعة فهو عين الصورة الأولى لأنّ المراد بعدم إمكان الانتفاع عدم ترتّب ما يعدّ منفعة له بنظر العرف ، وكيف كان

لا وجه لهذا التفصيل .

ثم إنه (قدّس سرّه) ^(١) تعرّض بعد ذلك لأمرين ذكرهما صاحب الجواهر (قدّس سرّه) ^(٢) : الأمر الأول ما ذكرناه آنفاً منه (قدّس سرّه) من أن جواز بيع الوقف لا يكون إلّا مع بطلان الوقف ، ولكنه قد عرفت أن الحق ما ذهب إليه صاحب الجواهر (قدّس سرّه) بالبيان الذي ذكرناه آنفاً من أن الوقف يبطل من هذه الجهة دون سائر الجهات من جواز هبته وإرثه ، لأنّ عدم بطلان الوقف من هذه الجهة أيضاً مع جواز البيع من التضادّ كما ذكرناه .

ثم وجه صاحب الجواهر (قدّس سرّه) بطلان الوقف عند جواز بيعه بفوات شرط الوقف وقال : إنّ من شرائط الوقف ابتداء واستدامة كون العين ممّا ينتفع بها مع بقاء عينها ، ثمّ أشكل عليه الشيخ (قدّس سرّه) بإشكالات والمهمّ منها ما ذكره (قدّس سرّه) بقوله : فإنّ الشرط في العقود الناقلة يكفي وجوده حين النقل بداهة أنّ المبيع ربما يخرج عن المالية ومع ذلك لا يخرج عن ملك المشتري .

وفيه : أنّ هذا مسامحة محضة ولا يقاس الوقف بالمبيع بداهة أنّ اعتبار المالية في الملك في البيع إنّما هو لأجل النقل وفي مرحلته وأمّا بعد ذلك فلا ضرورة لأنّ الغالب في المبيع خروجه عن المالية بعد مدّة من الزمان لأنّ غالب الأشياء يخرج عن المالية في عالم الكون والفساد بالوجدان ، وغير خفي أنّ خروج الشيء عن المالية بعد ما كان له المالية عند البيع لا يكون إلّا في ملك المشتري وهذا بخلاف الوقف لما ذكرناه مراراً من أن قوام الوقف ببقاء العين وتسييل المنفعة ، ولو فرضنا عدم المنفعة مع بقاء العين يكون أحد ركّني الوقف مرتفعاً ، وهذا المعنى أي بقاء العين وتسييل

(١) المكاسب ٤ : ٧٣ .

(٢) الجواهر ٢٢ : ٣٥٨ .

المنفعة من مقومات الوقف حدوثاً وبقاءً ، فما ذكره صاحب الجواهر (قدّس سرّه) في وجه بطلان الوقف بالمعنى الذي ذكرناه آنفاً من فقدان شرط الوقف عند عدم وجود المنفعة مع بقاء العين متين جداً ولا يرد عليه ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) من الاشكالات أصلاً .

الأمر الثاني ممّا ذكره صاحب الجواهر (قدّس سرّه) في المقام : أنّ الوقف قد يبطل بانعدام عنوان الوقف كما إذا فرضنا أنّه وقف بستاناً فخرج بعد ذلك من عنوان البستانية وبقيت عرصته ، ثمّ أيّد هذا بما ذكره الفقهاء في باب الوصية من أنّه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصي بطلت الوصية لاتتفاء موضوعها ، ثمّ ذكر (قدّس سرّه) وجهين في أنّ الوقف بعد بطلانه هل يرجع إلى الواقف وورثته أو إلى الموقوف عليهم .

ثمّ أشكل عليه العلامة الأنصاري (قدّس سرّه) بأنّه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان ، مضافاً إلى وجود الاجماع على عدم بطلان الوقف بانعدام العنوان ، لأنّه إن أراد بالعنوان ما جعل مفعولاً في قوله وقفت هذا البستان ، فغير خفي أنّه ليس إلّا مثل قولنا في البيع بعت هذا البستان أو وهبته فكما أنّ التملك في البيع لا يدور مدار وجود العنوان كذلك في الوقف ، وإن أراد منه غير هذا فلم يظهر لنا ما يريده .

ثمّ قال (قدّس سرّه) إنّ تأييده بما ذكره في الوصية في غير محله ، لأنّ ما ذكره من بطلان الوصية على فرض صحّة هذه المقالة في الصورة التي ذكرها (قدّس سرّه) إنّما هو قبل كون الموصى به ملكاً للموصى له وهذا أجنبى عن المقام ، بل المناسب أن يقاس المقام بالوصية بالبستان بعد تمامها وخروج البستان عن ملك الموصي بموته وقبول الموصى له فهل أفتى أحد في هذه الصورة ببطلان الوصية بعد صيرورة البستان عرصّة كلّاً ، ثمّ ذكر (قدّس سرّه) أنّ ما ذكره من الوجهين ممّا لم نعرف له وجهاً إلخ .

وقد فصل الميرزا (قدس سره) ^(١) في المقام بين زوال الصورة النوعية وبين ما يكون العنوان الزائل من قبيل العوارض وحكم بطلان الوقف في الأول دون الثاني ، وملخص ما ذكره (قدس سره) أنه إذا تبدلت الصورة النوعية إلى صورة أخرى كالنخلة الموقوفة إذا قلعت فصارت حطباً ، فغير خفي أن هذه المادة الحطبية تعدّ في العرف مباينة للنخلة لأنّ النخلة في نظر العرف عبارة عن الشجرة لا المادة المشتركة بين النخلة والحطب والخشب ، وبطلان الصورة النوعية عبارة أخرى عن بطلان الوقف ، بخلافه فيما إذا كان الزائل من العوارض مثل الدار التي زالت عنها صورة الدارية كما إذا انهدمت وصارت عرصة ، لأنّ الوقف قد تعلّق بالدار وهي مركّبة من العرصة والبناء وانهدام البناء لا يوجب بطلان الوقف رأساً لبقاء العرصة وزوال الصورة البنائية عن العرصة لا يوجب بطلان وقف العرصة . وبعبارة واضحة أنّ الوقف متقومّ بأمرين : حبس العين وتسييل المنفعة وبانتفاء أحد الأمرين تخرج العين الموقوفة عن الوقفية ، فكما يجوز بيعها عند عدم إمكان الانتفاع بها مع بقاء العين كذلك يجوز البيع إذا لم تبق صورتها النوعية التي هي أحد ركّني الوقف .

ولا يخفى أنّه يرد على ما ذكره الميرزا (قدس سره) ما أورده شيخنا الأنصاري (رحم الله) على صاحب الجواهر من أنّ الوقف كالبيع لم يتعلّق بالصورة النوعية فقط بل تعلّق بالمادة المتّصفة بالصورة الكذائية ، ولا يخفى أنّ مرادنا من المادة ليس الهيولى بل مرادنا منها الجسم فإذا زالت الصورة النوعية تبتى المادة متعلّقة للوقف فلا وجه لرجوع المادة بعد الوقف إلى ملك الواقف أو الموقوف عليهم بل هي باقية على الوقفية .

وبعبارة أخرى : هل يكون للواقف بعد وقفه حقّ ويكون الجسم ملكاً له وباقياً في ملكه من جهة كون الوقف متعلّقاً بالصورة النوعية ، أو أنه لا يبقى له حقّ وملك أصلاً ، وبديهي أنه لا يمكن الالتزام ببقاء ملكه في الجسم كما لا يخفى لأنّ الصورة النوعية تابعة للجسم وليست من الأمور التي تباع أو توفّق مستقلّة ، بل لا فائدة لها إلّا أنّ وجودها يوجب الزيادة في القيمة كما هو الواضح ، فعليه لا وجه لبطلان الوقف بانعدام الصورة النوعية بل الوقف باقٍ على حاله بالنسبة إلى الجسم فما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) هو المتين .

الصورة الثالثة : ما إذا صارت منفعة الوقف قليلة إمّا لأجل خراب الوقف أو لأجل أمر آخر ولكنه لا بمثابة يلحق بالمعدوم ، وقد ذهب بعض إلى جواز البيع في هذه الصورة أيضاً ، ولكن الحقّ عدم جواز البيع لوجود المقتضي لعدم البيع وهو عبارة عن وجوب العمل بمقتضى الوقف وقوله (عليه السلام) « لا يجوز شراء الوقف » وعدم ما يصلح أن يكون مجوّزاً ومسوّغاً للبيع كما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) .

الصورة الرابعة : ما إذا كان البيع أعود وأنفع للموقوف عليهم ، والظاهر أنّ عدم جواز البيع في هذه الصورة ممّا تسالم عليه الفقهاء ، نعم نسب إلى المفيد (قدّس سرّه) الجواز في هذه الصورة أيضاً ، ولكن العلامة (قدّس سرّه) لم يرتض هذه النسبة لأجل أنّه مخالف لمقتضى القاعدة ولذا أوّل كلام المفيد (قدّس سرّه) .

والذي استدللّ به على جواز البيع في هذه الصورة روايتان : الأولى رواية جعفر بن حيّان عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال « سألت أبا عبدالله (عليه السلام) عن رجل وقف غلّة له على قرابته من أبيه وقرابته من أمّه وأوصى لرجل ولعقبه ليس بينه وبينه قرابة بثلاثمائة درهم في كل سنة ويقسم الباقي على قرابته من أبيه وقرابته من أمّه ، فقال : جائز للذي أوصى له بذلك . قلت : رأيت إن لم تخرج من غلّة تلك الأرض التي أوقفها إلّا خمسمائة درهم ، فقال : أليس في وصيته أن يعطي

الذي أوصى له من الغلّة ثلاثمائة درهم ويقسم الباقي على قرابته من أبيه وقرابته من أمّه . قلت نعم ، قال ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلّة شيئاً حتّى يوفوا الموصى له ثلاثمائة درهم ثمّ لهم ما يبق بعد ذلك . قلت أرأيت إن مات الذي أوصى له ، قال : إن مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها بينهم ما بقي أحد منهم ، فإن انقطع ورثته ولم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت يرد إلى ما يخرج من الوقف ثمّ يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا وبقيت الغلّة . قلت : فللورثة من قرابة الميت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلّة ، قال : نعم إذا رضوا كلّهم وكان البيع خيراً لهم باعوا»^(١).

وفيه : أنّ الرواية أولاً ضعيفة السند لأجل جعفر بن حيّان . وثانياً أنّ الرواية مشتملة على أشياء تصير موجبة لو هن الرواية ، وذلك أنّه كيف تجتمع الوصية مع الوقف لكونهما من المتنافيين بداهة أنّ الوصية لو كانت قبل الوقف تكون باطلة بمجرد الوقف مثل ما إذا باع الموصي الشيء الموصى به ، ولو كانت بعده فهي باطلة أيضاً لأنّ الموصى به خارج عن ملكه ، ولا بدّ من أن يقال إنّ المراد من الوصية الشرط يعني أنّ الواقف شرط في وقفه هكذا ، وقد تطلق الوصية لغة وفي القرآن على الشرط مثل قوله تعالى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ﴾^(٢) . وأيضاً ما الوجه لمنع الإمام (عليه السلام) عن تصرف الموقوف عليهم قبل إخراج ما أوصى به في صورة عدم خروج الغلّة من الأرض إلّا بمقدار خمسمائة درهم ، بداهة أنّه لا مانع من التصرف في الغلّة وإخراجه بعد هذا ، بل لو لم يفوا بالشرط أصلاً لم يكن تصرفهم في الغلّة حراماً لأنّ اشتراط دفع المبلغ إلى الرجل لا يترتب عليه إلّا حكم تكليفي ولا

(١) الوسائل ١٩٠ ، ١٩١ / كتاب الوقوف والصدقات ب ٦ ح ٨ .

(٢) النساء ٤ : ١١ .

يكون شريكاً معهم في الغلة .

وأيضاً أنَّ ما حكم به الإمام (عليه السلام) بقوله : « إن مات كانت ثلاثمائة درهم لورثته - إلى أن قال - ما بقي أحد منهم » لم نفهم المراد منه بعد ما ذكرنا من أنه لابد من أن يراد من الوصية الشرط ، بداهة أنه على هذا يكون إعطاء ثلاثمائة درهم منوطاً بوجود من شرط الاعطاء له ، فإذا لا وجه لاعطائه لورثة المشروط له .

وأيضاً أنَّ ما حكم به بعد ذلك بقوله « فإن انقطع ورثته » الخ لم نفهم له وجهاً بداهة أنه ولو فرضنا صحة الوصية أيضاً لا وجه لأن يكون الموصى به بعد انقراض ورثة الموصى له راجعاً إلى قرابة الميت الواقف ، بداهة أنه على هذا يكون ممّا لا وارث له فعلياً يكون مالاً للإمام (عليه السلام) لأنه (عليه السلام) وارث من لا وارث له ، ولو أغمضنا النظر من جميع ما ذكرناه فالرواية لا دلالة لها على المطلب لأنّها تدلّ على جواز البيع بشروط ثلاثة :

١ - احتياج الموقوف عليهم .

٢ - رضائهم بالبيع .

٣ - كون البيع أعود وأنقع لهم ، فلا يستفاد من الرواية كفاية الشرط الأخير

فقط .

الرواية الثانية : ما في الاحتجاج^(١) من أنَّ الحميري كتب إلى صاحب الزمان (عليه السلام) جعلني الله فداه « أنه روي عن الصادق (عليه السلام) خبر مأثور أنَّ الوقف إذا كان على قوم بأعيانهم وأعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه وكان ذلك أصلح لهم أن يبيعه فلهل يجوز أن يشتري عن بعضهم إن لم يجتمع كلهم على البيع أم لا يجوز إلا أن يجتمعوا كلهم على ذلك ؟ وعن الوقف الذي لا يجوز بيعه

فأجاب (عليه السلام) إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه وإذا كان على قوم من المسلمين يبيع كل قوم ما يقدرّون على بيعه مجتمعين ومتفرّقين إن شاء الله « الخبر، ولا يخفى أنّ المراد من عدم جواز البيع إذا كان الوقف على إمام المسلمين أنّه لا يجوز ذلك على غير الإمام، وأمّا جوازه لنفس الإمام فهذا ممّا لا إشكال فيه وقد أمر الإمام (عليه السلام) في رواية ابن مهزيار^(١) ببيع حصّته من الوقف كما سيجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى .

وكيف كان، لا يمكن الاستدلال بهذه الرواية أيضاً، وذلك - مضافاً إلى عدم ثبوت صحّة سند ما في الاحتجاج ولا يمكن الاستدلال بالروايات الموجودة في ذلك الكتاب نعم لا بأس باتيانها بوجه التأييد - أنّ الرواية ليست في مقام بيان ما هو المجرّز لبيع الوقف بل في مقام بيان أنّ أيّ وقف يصحّ بيعه بعد عروض المسوّغ وهي ساكنة من بيان ما هو المجرّز والمسوّغ . وبعبارة واضحة أنّ الرواية في مقام بيان أنّ بيع الوقف مع فرض وجود المسوّغ له هل يصحّ من بعض الموقوف عليهم أو يعتبر في جوازه اجتماعهم عليه، وأمّا ما يكون مجوّزاً أو مسوّغاً فليست في مقام بيانه وعلى فرض التسليم إنّما تدلّ على جواز بيع الوقف مطلقاً لأنّ الأصلية إنّما ذكرت في كلام السائل فلا توجب تقييداً.

سلّمنا كونها قيداً للحكم إلّا أنّ المراد بها على ما يظهر من إسناد البيع إلى أرباب الوقف كون البيع أصلح بحالهم لا بحال جميع البطون، وبيع الوقف وتملّك ثمنه يكون أعود وأنفع لهم دائماً، فالمستفاد من الرواية على هذا جواز بيع الوقف للبطون الموجودة في جميع الموارد، فحينئذ لا تكون أخصّ من أدلّة منع بيع الوقف بل يكون بينهما التباين فتعارضان، ويدهي أنّ تلك الروايات المانعة عن بيع الوقف متقدّمة

على رواية الحميري لضعفها سنداً، مضافاً إلى أن انقلاب النسبة يجعل تلك الروايات المانعة أخص من رواية الحميري، وذلك لأن الروايات المانعة بعد ما خصصت بما يدل على جواز بيع الوقف عند خرابه وعدم إمكان الانتفاع به مع بقائه تختص بغير صورة خراب الوقف فتكون أخص فتقيد بها رواية الحميري. ولو أغمضنا النظر عن جميع ذلك أن الرواية تدل على شيء لم يفت به أحد ويقطع بخلافه وهي عبارة عما ذكر الشيخ (قدس سره) ^(١) من أن الظاهر منها أن يكون الثمن بعد البيع ملكاً للموجودين من الموقوف عليهم وأن يتصرفوا فيه كيف شاؤوا، فعليه لا يمكن الاستدلال بها في المقام كما لا يخفى فافهم.

الصورة الخامسة : ما إذا أصاب الموقوف عليهم حاجة شديدة، وقد ذهب بعض إلى جواز البيع في هذه الصورة، وأدعى في الانتصار ^(٢) والغنية ^(٣) الإجماع على ذلك، إلا أن الإجماع المنقول غير معتبر في نفسه مضافاً إلى كونه معارضاً بإجماع آخر منقول عن السرائر ^(٤) على عدم جواز البيع. وقد ذهب جمع من القدماء والمتأخرين إلى عدم الجواز في هذه الصورة، فلم يبق في المقام ما يمكن الاستدلال به إلا رواية جعفر بن حيان المتقدمة ^(٥) الدالة على جواز البيع عند الحاجة وعدم كفاية الغلة للموقوف عليهم، ولكن فيه ما لا يخفى وذلك أنه مضافاً إلى ضعف سند الرواية أن ظاهرها جواز البيع عند عدم كفاية غلة الأرض لمؤونة سنة الموقوف عليهم وهذا أقل مراتب الحاجة والفقر الشرعي.

(١) المكاسب ٤ : ٨٢.

(٢) الانتصار : ٢٢٦ - ٢٢٧.

(٣) الغنية : ٢٨٩.

(٤) السرائر ٣ : ١٥٣.

(٥) في الصفحة ٢٨٩.

والذي يظهر من عبارات القوم اعتبار الضرورة والحاجة الشديدة، والنسبة بين الحاجة والفقر الشرعي وبين الضرورة والحاجة الشديدة عموم من وجه كما ذكره الشيخ (قدس سره) فراجع. فالرواية بظاهرها غير معمول بها حيث إنه لم يفت أحد بجواز البيع عند الحاجة الكذائية يعني فيما إذا لم يكنهم ما يخرج من الغلة. وتوهم أنه لا مانع من الاستدلال على صحة البيع بما في قوله (صلى الله عليه وآله) في حديث الرفع « وما اضطروا عليه » فاسد، أما أولاً فلأن الاضطرار لا يكون إلا على المال لا على البيع فعليه لا مانع من إعطاء الوقف وأخذ شيء في مقابله، إلا أن المعاملة لا تكون صحيحة بل ترتفع الحرمة التكليفية لهذا العمل. وثانياً: أنه على هذا لا يختص ذلك بالوقف بل له أن يسرق مال الغير. وثالثاً: أن هذا يتصور بالنسبة إلى كل فرد من أفراد الموقوف عليهم إذا اضطروا إلى بيعه بل لا يختص بالموقوف عليهم ويصح من الغير أيضاً إذا اضطروا ولم يتمكن إلا من بيع الوقف وكيف كان أن الاضطرار لا يوجب صحة البيع، نعم لا مانع من القول بأن الاضطرار يرفع الحكم التكليفي يعني يرفع الحرمة عن بيع الوقف كما تقدم وأما صحة البيع فلا.

الصورة السادسة: أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة، وقد ذهب بعض إلى عدم الجواز مطلقاً وبعض إلى الجواز مطلقاً، وبعضهم فصل ولكنّه في الحقيقة ليس تفصيلاً وحاصل التفصيل جواز البيع عند الشرط في الموارد التي يجوز بيعه فيها لأن الشرط على هذا يكون مؤكداً لجواز البيع، وعدم الجواز في الموارد التي لا يجوز بيعه لكون الشرط باطلاً، وهو كما ترى ليس تفصيلاً في المقام، لأن مورد الكلام أن يستند جواز البيع إلى نفس الشرط كما لا يخفى، وأيضاً من يقول بفساد الشرط على قولين قول بفساد نفس الشرط فقط وقول بفساد الشرط مع كونه مفسداً للوقف أيضاً.

وكيف كان ، أنَّ الكلام يقع تارة في كون الشرط مخالفاً لمقتضى الوقف وأخرى في كونه مخالفاً للسنة . أما الكلام في الجهة الأولى فقد يقال إنَّ الشرط فاسد ويصير مفسداً للوقف أيضاً ، لأنَّ الشرط مخالف لمقتضى الوقف الذي هو عبارة عن التأييد فيكون اشتراط جواز البيع عند احتياج الموقوف عليهم نظير أن يشترط في ضمن عقد البيع أن يكون بلائثن .

وفيه : أنَّ الشرط إن كان بنحو أن يكون البدل أيضاً كاملاً وقفاً فهذا ليس مخالفاً لمقتضى العقد بل الشرط حينئذ يكون مقيداً لاطلاق الوقف من جهة أنَّ مقتضى إطلاقه تحييس العين عن الحركة بالأسباب الاختيارية ، والشرط أيضاً موافق لهذا المقتضى إلا من جهة خاصة وهي عبارة عن جواز تبديل العين وجعل بدلها كاملاً وقفاً ، وهذا أيضاً لا مانع منه كما ذكرناه مراراً وفي خصوص ذكر كلام صاحب الجواهر (قدس سره) .

وإن كان الشرط بنحو أن يصير ثمن العين الموقوفة بعد بيعها ملكاً طلقاً للموجودين من الموقوف عليهم وأن يتصرفوا فيه كيف شاءوا فهو فاسد لأنَّه مخالف لمفهوم المبادلة والبيع ، لما ذكرناه مراراً من أنَّ مفهوم المبادلة والبيع أن يكون العوض قائماً مقام المعوض من جميع الجهات ، ولما كان المعوض ملكاً غير طلق فلا بد أن يكون العوض أيضاً هكذا ، نعم لو كان مفاد الشرط بطلان الوقف قبل البيع وكون الوقف ملكاً طلقاً للموجودين منهم ثم يبيعهونه كما هو الظاهر من الشرط فلا يكون مخالفاً لمقتضى الوقف إلا من حيث التأييد ، ولكن الظاهر أن التأييد ليس مقتضى عقد الوقف ومن مقوماته بل هو أمر آخر ثبت بالإجماع ، فحينئذ إن كان الشرط شرطاً في الأزمان بأن يشترط جواز بيع الوقف بعد عشرين سنة وبعبارة أخرى أن يوقف عشرين سنة فهذا هو القدر المتيقن من مورد الإجماع القائم على بطلان الوقف المنقطع ، وإن كان الشرط راجعاً إلى تضيق دائرة الوقف بالنسبة إلى

الموقوف عليهم أي يكون موضوع الوقف مما ينقطع لا محالة بأن يوقف العين لزيد ولعقبه إلى المرتبة الخامسة مثلاً ، وهذا هو محل الخلاف بين الأعلام (قدس سرهم) والمشهور ذهبوا إلى بطلانه .

ولكن الميرزا^(١) قد اختار في المقام صحة الوقف إن كان الشرط بنحو جعل الخيار للموقوف عليهم بأن يجعل الشيء وقفاً دائماً ولكنه جعل للموقوف عليهم الخيار في فسخه بأن يكون لهم الفسخ متى شاؤوا ، فهذه الصورة لا إجماع فيها على البطلان بل ذهب جمع إلى الجواز ، وليس مخالفاً لمقتضى العقد أيضاً بل مقتضى عموم قوله (عليه السلام) « الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها » نفوذ هذا الشرط ، فلم يثبت كون شرط البيع عند الحاجة مخالفاً لمقتضى عقد الوقف سواء أريد به تبديله وجعل بدله وقفاً أو يبيعه وأكل ثمنه .

وأما الكلام في الجهة الثانية : أي في كون الشرط مخالفاً للسنة ، فلا يبعد القول بفساد هذا الشرط من جهة كونه مخالفاً للسنة من قوله (عليه السلام) « لا يجوز شراء الوقف » حيث يدلّ باطلاً على صورة الاشتراط أيضاً ، ولكنه ليس مثل الشرط المخالف لمقتضى العقد فإنه فاسد ومفسد للعقد لكونه مناقضاً له ، بل يمتنع فساد العقد بالشرط المخالف للسنة على ما سيأتي في باب الشروط من أن الشرط الفاسد هل يكون مفسداً للعقد أم لا فعلى الأول يكون مفسداً للوقف في المقام ، وأما على المختار من عدم كون الشرط الفاسد مفسداً لأن الشرط التزام آخر فلا يكون مفسداً للوقف . والعجب من الميرزا (قدس سره) حيث لم يتعرض لكون الشرط مخالفاً للسنة واكتفى بالجهة الأولى أي عدم كونه مخالفاً لمقتضى العقد ، اللهم إلا أن يقال كما قلناه آنفاً إن قوله (عليه السلام) « لا يجوز شراء الوقف » الخ ليس حكماً تعدياً بل امضاءً

لما أنشأ الوقف ، فعليه يكون الوقف الكذائي مشمولاً لقوله (عليه السلام) «الوقوف» الخ وغير ذلك من أدلة الإمضاء .

ويؤيد ما ذكرناه ويؤكد ما رواه في الكافي^(١) في الصحيح عن وقف أمير المؤمنين (عليه السلام) حيث اشترط في الوقف أن للحسن والحسين (عليهما السلام) بيع الوقف إذا شاءا بل لها جعله شروى الملك أي مثل الملك من دون احتياج إلى البيع والعجب من الشيخ (قدس سره)^(٢) حيث جعل تأويل الرواية مشكلاً والعمل بها أشكل ، إذ لا إشكال في العمل بها بعد كونها موافقة للقواعد وذهاب جمع من الفقهاء إلى صحة ذلك .

ولا يخفى أن تأويل هذه الرواية بالوصية بأن يكون المراد من الصدقة الوصية مخالف لظاهرها بل صريحها كما لا يخفى على الناقد البصير فتأمل .

الصورة السابعة : ما إذا علم أو خيف وظن أن يكون بقاء العين الموقوفة على حالها مؤدياً إلى تلفها وعدم إمكان الانتفاع بها .

الصورة الثامنة : أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه من تلف المال أو الأنفس ، وظاهر هذا الكلام أنه يجوز بيع العين الموقوفة عند وقوع الاختلاف بينهم بحيث لا يؤمن من تلف المال ولو كان المال المخوف تلفه غير العين الموقوفة .

الصورة التاسعة : أن يكون بقاءها مؤدياً إلى الضرر على الموقوف عليهم . وبعبارة أخرى أن يتوجه عليهم الضرر من بقاء العين الموقوفة .

الصورة العاشرة : أن يلزم من بقاء العين الموقوفة فساد يستباح منه الأنفس

(١) الكافي ٧ : ٤٩ ، ٧ / الوسائل ١٩ : ١٩٩ / كتاب الوقف والصدقات ب ١٠ ح ٣ .

(٢) المكاسب ٤ : ٨٨ .

وقد ذكر بعض في هذه الصور أنه يجوز بيع العين الموقوفة . وذكر الشيخ (قدّس سرّه) بعد التعرّض لهذه الصور أنّ الحقّ جواز البيع في الصورة الأولى أي فيما إذا علم أو خيف أنّ بقاءها يؤدّي إلى تلف العين الموقوفة وعدم إمكان الانتفاع بها ، وعدم جواز البيع في غير هذه الصورة لعدم الدليل على ذلك ، ولا يخفى أنّ ملخص كلامه (قدّس سرّه) ينحلّ إلى قضيتين إيجابية وسلبية ، والأولى عبارة عن جواز البيع فيما إذا علم أو ظنّ أنّ بقاءه يؤدّي إلى خرابه وعدم إمكان الانتفاع به ، والثانية عبارة عن عدم جواز بيعه في غير هذه الصورة .

إذا عرفت هذا فاعلم أنّ الكلام الآن يقع في الصورة الأولى وقد قال (قدّس سرّه) إنّ المقتضي لجواز البيع موجود والمانع منه مفقود وملخص استدلاله : أنّ الملكية مقتضية للبيع وإنّما خرجنا عنه في الوقف بدليل خارجي فلا بدّ من الاكتفاء بموارد وجود المانع والمانع عن البيع في الوقف منحصر في أمور أربعة : الإجماع وقوله (عليه السلام) « لا يجوز شراء الوقف » و « لا تدخل الثلّة في ملكك » وقوله (عليه السلام) « الوقوف على حسب » إلخ وإن استشكل الشيخ (قدّس سرّه) في دلالة وأنّ البيع مناف لغرض الواقف وحقّ الموقوف عليهم . وبديهي أنّ الإجماع في المقام غير متحقّق بل عدمه محقّق لأنّه ذهب بعض إلى جواز البيع في صورة كون البقاء مؤدّياً إلى الخراب وعدم إمكان الانتفاع به .

وأما الروايات المذكورة فهي منصرفة عن هذه الصورة بالبداهة ، وأمّا مقالة كون البيع منافياً لغرض الواقف فهي لا تتمّ لكون البيع وتبديل العين الموقوفة مع فرض الخراب إلى غيرها موافقاً لغرض الواقف وحقّ الموقوف عليهم .
وقد ذكر الميرزا^(١) في المقام أنّ هذه الصورة داخلة تحت الصورة الأولى

وهي صورة خراب الوقف وعدم إمكان الانتفاع به مع بقائه بعد ما كان العلم طريقاً محضاً. وبعبارة أخرى إذا احتمل احتمالاً عقلياً تأديته إلى الخراب على نحو لو كان خراباً فعلاً لجاز بيعه، فعحكم الاحتمال حكم نفس الخراب الفعلي ولكن من حيث كونه طريقاً لأنه بعد اعتبار هذا الاحتمال عند العقلاء فكأنه صار خراباً فعلاً.

ولا يخفى أنّ ما ذكره الميرزا (قدّس سرّه) من العجائب، بدهاء أنّه فرق بين الخراب الفعلي وبين ما يصير خراباً فيما بعد، والثابت من جواز بيع الوقف هو الأوّل والدليل منصرف عنه، وأمّا الثاني فلا وجه لجواز البيع فيه بعد ما كان مشمولاً لقوله (عليه السلام) « لا يجوز شراء الوقف » خصوصاً فيما إذا كان في البيع ضرر على الموجودين من الموقوف عليهم من جهة عدم إمكان انتفاعهم من بدلها فعلاً مثلاً.

وفما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) أيضاً مجال للمناقشة بعين الكلام الذي ذكرنا في جواب الميرزا من شمول أدلّة عدم جواز بيع الوقف وشرائه وعدم دخول الغلّة في ملكه وأنّه لا دليل على جواز البيع بعد ما كانت العين الموقوفة الآن قابلة للانتفاع فعلاً، وكونها معدومة الانتفاع فيما بعد لا يكون موجباً لجواز بيعه إلّا في ظرفه كما هو الظاهر، وهذه الصورة أشبه شيء بالصورة التي يكون انتفاع البطون اللاحقة من العين الموقوفة محتاجاً إلى أن يصرف البطون الموجودة حقّهم من الانتفاع في عمران العين الموقوفة، وقد ذكرنا سابقاً أنّه لا يلزم على البطون الموجودة صرف أملاكهم لحفظ الوقف على غيرهم فإن صرف المنافع كصرف غيرها من أموال الموقوف عليهم، وهكذا الكلام بالنسبة إلى ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) في ضمن كلامه وهو ما إذا علمنا بعدم وجود من يشتري العين الموقوفة فيما بعد وعند خرابها فإنّ عدم وجدان المشتري فيما بعد لا يكون موجباً لجواز بيعه فعلاً بعد ما كانت العين الموقوفة قابلة للانتفاع بها فعلاً فافهم.

وبالجملة استدلّ على جواز بيع الوقف فيما إذا أدّى بقاءه إلى خرابه بوجوده

أربعة :

الأول : ما ذكره الشيخ (قدس سرّه) بقوله : لما مرّ من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع ، وحاصله انصراف الأدلة المانعة عن هذه الصورة .

الثاني : ما ذكره الميرزا (قدس سرّه) وقد عرفت المناقشة فيه وفيما ذكره الشيخ (قدس سرّه) .

الثالث : ما عن العلامة (قدس سرّه) وحاصله : أنّ الأمر دائر بين إيقائه والانتفاع به ما دام باقياً وتلف العين بعده ، وبين تبديله إلى شيء آخر وبقاؤه والانتفاع إلى الأبد ، وبديهي أنّ الثاني أولى في نظر الواقف وأوفق بمراده . وفيه : أنّه لا يمكن أن يجعل الأوفقية بمقصود الواقف دليلاً مستقلاً على جواز بيع الوقف بعد ما كانت العين الموقوفة قابلة للانتفاع فعلاً ، لأنّ أدلة المنع عن بيع الوقف شاملة للمقام وقد ذكرنا آنفاً أنّ انصراف دليل المنع إنّما هو في صورة الخراب الفعلي ولذا قلنا بعدم جواز تبديل الوقف إلى شيء أحسن منه ، ولو كان ملاحظة نظر الواقف في هذه الموارد دليلاً لكان هذا جائزاً ، نعم لو قلنا بوجود المقتضي لجواز البيع وعدم المانع عنه لأجل انصراف أدلة المنع عن هذه الصورة كما عليه الشيخ (قدس سرّه) لا بأس بجعل هذا الوجه أي الأوفقية بغرض الواقف مؤيداً له إلا أنّك قد عرفت ما فيه أيضاً .

الرابع : ما عن التنقيح^(١) وملخصه : أنّ عدم جواز البيع في صورة العلم أو الظن بأنّ بقاءه يؤدّي إلى خرابه أو غير ذلك من الأمور المذكورة المتقدمة موجب لتضييع المال وتبذيره وهو حرام ، فعليه لا بدّ من القول بجواز بيعه في هذه الصور بل وجوبه .

وفيه : أنَّ ترك المال ولو مال الإنسان نفسه الذي له السلطنة عليه إلى أن يخرب بنفسه وطبعه لا يعدّ إضاعة ولا إسرافاً وإلّا لزم تعمير الأوقاف المشرقة على الخراب ولو بغير البيع وهو كما ترى ، بل يجري ذلك في أموال نفس الإنسان التي يملكها طلقاً .

فتلخص أنَّ شيئاً من الوجوه المذكورة لا ينهض على تجويز البيع في المقام .
بقي الكلام في الرواية التي استدلت بها كلٌّ من جوّز البيع في هذه الصور الأربعة وهي مكاتبة ابن مهزيار قال « كتبت إلى أبي جعفر الثاني (عليه السلام) إنَّ فلاناً ابتاع ضيعة فأوقفها وجعل لك في الوقف الخمس ويسألك عن رأيك في بيع حصّتك من الأرض - إلى أن قال - فكتبت إليه (عليه السلام) إنَّ بين من وقف عليهم بقية هذه الضيعة اختلافاً شديداً وأنتَ ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده ، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف ويدفع إلى كلِّ إنسان منهم ما وقف له من ذلك أمرته فكتب (عليه السلام) بخطّه وأعلمه أنَّ رأيي ، إن كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أنَّ بيع الوقف أمثل فليبيع فإنَّه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفس »^(١) الخبر .

ومورد الاستدلال هو قوله (عليه السلام) في آخر الخبر « فإنَّه ربما جاء » الخ وهذه الرواية معتبرة السند ، إلّا أنَّ الظاهر بملاحظة القرائن كونها أجنبية عن بيع الوقف رأساً ، بل لابدّ من حملها على ما قبل القبض وعدم تمامية الوقف وإلّا لم يكن وجه لأمر الإمام (عليه السلام) ببيع حصّته مع أنَّ الاختلاف كان بين الموقوف عليهم غير الإمام (عليه السلام) ، مضافاً إلى أنَّ مباشرة الواقف لبيعه بلا وجه ، إذ الواقف بعد تمام الوقف يكون أجنبياً فلا وجه لاحالة البيع إليه .

والظاهر أنَّ حكم الإمام (عليه السلام) ببيعه لم يكن إذناً له بعنوان الولاية بل كان (عليه السلام) في مقام بيان حكم المسألة بظبطها ، كما أنَّ دفع ثمن الوقف إلى الموجودين من الموقوف عليهم بحسب حصّتهم لا وجه له حيث إنّا قد ذكرنا مراراً أنَّ مقتضى قانون المبادلة قيام الثمن مقام المثلن كما كان ، وحيث كانت العين الموقوفة ملكاً غير طلق لا يجوز إتلافه للبطن الموجود بل لابدّ من إيقائه للبطون اللاحقة فلا بدّ وأن يكون ثمنها أيضاً كذلك ، فلا بدّ من حملها على صورة عدم تمامية الوقف من حيث عدم القبض بأن تكون هذه الأمور المذكورة قرينة على أنَّ الاختلاف ونحوه كان قبل قبض الموقوف عليهم فتندفع الإشكالات الواردة كما حملها عليها بعض .

ولو سلّمنا ذلك كلّ فلا دلالة لها على الصورة السابقة وما بعدها أصلاً ، وذلك لأنّ الظاهر أنَّ وجود الاختلاف بين الموقوف عليهم لا موضوعية فيه أصلاً بل المناط هو تلف الأموال والأنفس والاختلاف طريق محض ، فلو كان بقاء الوقف على حاله موجباً لتلف الأموال والنفس ولو لم يكن من جهة الاختلاف بين الموقوف عليهم لكان بيعه جائزاً وهذا ممّا لا يمكن أن ينسب إلى أحد من العلماء (قدّس سرّهم) هذا أولاً .

وثانياً : أنَّ الظاهر من تعبير الإمام (عليه السلام) بالأموال عدم الخصوصية لمال الوقف فيجوز البيع حتّى فيما إذا لم يكن التالف العين الموقوفة في صورة اختلاف الموقوف عليهم ، بل كان التالف الأموال الأخر . وهذا أيضاً ممّا لا يمكن أن ينسب إلى الأعلام (قدّس سرّهم) .

وثالثاً : أنَّ الظاهر من كلمة « ربما » في كلامه (عليه السلام) الاكتفاء في جواز البيع بالاحتمال العقلائي وإن لم يحصل العلم أو الظنّ بذلك ، وهو كما ترى .

ورابعاً : أنَّ مورد الرواية هو التلف ومقامنا مورد العلم أو الظنّ بأن يكون

خراباً ، والتلف غير الخراب فإنّ التلف عبارة عن انعدام العين بخلاف الخراب وإجراء حكم التلف على المقام على عهدة مجريه ، فظاهر الرواية ممّا لم يفت به أحد فلا بدّ من ردّ علمها إلى أهله .

بقي في المقام شيء لا بأس بالتعرّض له : وهو عبارة عمّا ذكره بعض من أنّه لو لم يكن في المقام رواية كنّا نقول بجواز بيع الوقف في هذه الصورة من باب التزامهم أي تراحم عدم جواز بيع الوقف مع الاختلاف الواقع بين الموقوف عليهم بحيث لو لم يبيع يقع بينهم تشاجر ينجرّ إلى تلف الأموال والنفوس ولما كان حفظ الأموال والنفوس من التلف أهمّ في نظر الشارع من عدم جواز بيع الوقف فلا بدّ من القول بجواز بيعه .

وفيه : أنّ التزامهم إنّما هو في مقام امتثال الأحكام التكليفية ومنشؤه عجز المكلّف عن الاتيان بكلّ من التكليفين في مرحلة الامتثال ، وهذا لا دخل له بمقام الجعل ولا بالأحكام الوضعية ، نعم يتصوّر التزامهم بالنسبة إلى نفس الوقف وذلك أنّه لما كان التصرف في الوقف غير جائز وحرماً فعلاً فلا مانع من القول بعدم حرمة التصرف عند التزامهم وأمّا صحّة بيع الوقف الذي هو من الأحكام الوضعية فلا دخل لها بباب التزامهم بل هي منوطة بحكم الشارع . وبعبارة أخرى : التزامهم لا يكون بين الأحكام الوضعية لعدم اعتبار القدرة فيها وإنّما يكون بين الأحكام التكليفية ، والتزامهم بين الأحكام التكليفية إنّما يوجب رفع المهم ولا يوجب جعل الشارع حكماً وضعياً كإمضاء البيع .

فتلخص من جميع ما ذكرناه : أنّه لا يجوز بيع الوقف المؤبد مطلقاً إلّا في

صورتين :

الأولى : ما إذا خرب وسقط عن قابلية الانتفاع به أو أشرف على ذلك بحيث عدّ خراباً فعلاً ، لانصراف أدلّة المنع عن هذه الصورة . الثانية : ما إذا شرط الواقف

بيعه عند الحاجة كما ورد في بعض أوقاف علي (عليه السلام) وأما في غيرها فمقتضى العموماً المنع عن البيع .

الكلام في الوقف المنقطع

ويقع الكلام في هذا المقام - بعد القول بصحة الوقف المنقطع كما عليه المشهور - في جواز بيعه وعدمه ، وقد ذكر في المقام شيخنا الأنصاري (قدس سره) ^(١) شقوفاً ونعم ما ذكره وحاصله : أننا إن قلنا ببقاء العين في ملك الواقف وأنه أوقف منفعتها إلى زيد وعقبه بلا واسطة مثلاً بأن يكون الوقف في الحقيقة هو المنفعة دون نفس العين ، ومرجع هذا القول إلى إنكار الوقف المنقطع رأساً وأنه كالحبس ، فلا يجوز بيع العين الموقوفة للموقوف عليهم ، لا لأجل المانع عن البيع بل لعدم المقتضي له ، لأنّ المفروض بقاء العين في ملك الواقف وعدم كون الموقوف عليهم مالكين له فيدخل بيعهم له تحت قوله (عليه السلام) : « لا تبع ما ليس عندك » ^(٢) ، وأما البيع بالنسبة إلى الواقف فلا مانع منه لوجود المقتضي وعدم صلاحية قوله (عليه السلام) « الوقوف » الخ و « لا يجوز شراء الوقف » الخ لأن يكون مانعاً عنه ، لأنّ الواقف يبيع العين مسلوية عن المنفعة بمقدار حياة زيد وعقبه بلا واسطة .

نعم هنا مانع آخر من جواز البيع : وهي عبارة عن كون مثل هذا البيع غريباً لجهالة مدة حياة الموقوف عليهم واستحقاقهم منافع العين ، إلا أنه قد وردت رواية في مورد السكنى في هذا المقام تدلّ على صحة البيع وهي عبارة عن صحيحة حسين ابن نعيم قال « سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل جعل داره سكنى لرجل

(١) المكاسب ٤ : ١٠١ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٤٧ / أبواب أحكام العقود ب ٧ ح ٢ (مع اختلاف يسير) .

زمان حياته وجعلها له ولعقبه من بعده ، قال (عليه السلام) هي له ولعقبه من بعده كما شرطه . قلت أبيع إذا احتاج إلى بيعها ؟ قال (عليه السلام) نعم . قلت فينقض البيع السكنى ؟ قال : لا ينقض البيع السكنى سمعت أبي يقول قال أبو جعفر (عليه السلام) لا ينقض البيع الاجارة ولا السكنى ولكن يبيعه على أن الذي يشتريه لا يملك ما اشتراه حتى ينقضي السكنى على ما شرط « الخبر ^(١) » وهذه الرواية تكون مخصصة لأدلة الفرر .

وأما لو قلنا بخروج العين عن ملك الواقف ما دام وقفاً فحينئذ إن قلنا برجعها إلى ملك الواقف بعد انقطاع الوقف فصحة البيع وعدمها من الواقف فعلاً منوط بمسألة من باع شيئاً ثم ملكه وقد تقدّم الكلام فيها ^(٢) .

وأما لو قلنا بأنه بعد انقطاع الموقوف عليهم تكون العين منتقلة إلى وجوه البرّ فلا بد من صرف منافعتها في وجوه البرّ وإبقاء العين الموقوفة وهذا عين الوقف المؤبد كما هو واضح فحينئذ لا يجوز بيعه كما تقدّم الكلام فيه مفصلاً .

وأما لو قلنا بانتقال العين إلى ملك ورثة الموقوف عليهم فلا يجوز بيعه للطبقة الأخيرة فضلاً عن الوسطى والطبقة الأولى لقوله (عليه السلام) « لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة في ملكك » ^(٣) بداهة أن انتقال العين الموقوفة بعد انقراضهم إلى الورثة وكونها ملكاً طلقاً لهم لا يكون موجباً لجواز بيعه لمن هو ممنوع عن التصرف فيه .

(١) الوسائل ١٩ : ١٣٥ / كتاب الاجارة ب ٢٤ ح ٢ .

(٢) راجع الصفحة ١٣ .

(٣) الوسائل ١٩ : ١٨٥ / كتاب الوقوف والصدقات ب ٦ ح ١ .

بيع العين المرهونة

ومن الموارد التي قيل بعدم جواز البيع وغيره من التصرفات فيها العين المرهونة وقد ذهب المشهور إلى عدم جواز بيع العين المرهونة للراهن ، وأما الكلام بالنسبة إلى المرتهن فعدم جواز البيع له من جهة عدم المقتضي لا لوجود المانع فهو خارج عن محلّ الكلام ، لأنّ البحث إنّما هو في موارد المنع عن بيع المالك لا في بيع الأجنبي ، نعم لا إشكال في صحّة بيعه فضولة . وقد ادّعي الإجماع في كلام بعض الأعظم على عدم جواز بيع العين المرهونة للراهن ، واستدلّ أيضاً بالنبوي « الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف »^(١).

ولا يخفى أنّه لا إشكال ولا خلاف في جواز التصرفات التي يتوقّف حفظ العين المرهونة عليها مثل إعطاء العلف للدابة المرهونة ونحوه ، كما أنّه لا إشكال في التصرفات التي لا تُعدّ في العرف تصرفاً مثل اللمس في الأمة المرهونة والتسجيل وكذا لا إشكال في عدم جواز التصرفات التي تكون منافية لحقّ المرتهن ومخالفة لحقيقة الرهن مثل الاستيلاء والوقف أو العتق في الأمة المرهونة ، لأنّ هذه الأمور تمنع عن استيفاء المرتهن حقّه من العين .

والكلام إنّما هو في التصرفات المتوسطة بينها مثل البيع والاجارة ونحوها

(١) المستدرک ١٣ : ٤٢٦ / کتاب الرهن ب ١٧ ح ٦ .

وكلامنا مع المشهور إنما هو في هذه الموارد . والحقّ أنّه لا مانع من القول بصحة إجارة العين المرهونة أقلّ من مدّة الرهن بحيث لا توجب الاجارة نقصان قيمة العين كما إذا آجر الدار المرهونة ستة أشهر وكانت مدّة الرهن سنة واحدة ، بل لا إشكال في صحة البيع أيضاً لأنّ المانع من صحة البيع إمّا الإجماع فهو غير تامّ عندنا كما هو الظاهر ، وإمّا النبوي فهو أيضاً كما ترى لضعف سنده وعدم وثوقنا بصدوره عن المعصوم (عليه السلام) مضافاً إلى عدم تمامية دلالة لأنّ الظاهر منه أنّ التصرفات المنوعة هي التصرفات المنافية للرهن مثل العتق والاستيلاء ، وغير خفي أنّه لا إشكال في صحة الرهن فيما إذا كانت العين المرهونة عارية كما إذا استعار الراهن شيئاً وجعله رهنًا ، ولا يعتبر في الرهن أن تكون العين المرهونة ملكاً للراهن ابتداءً وحدوثاً ، فعليه لا مانع من جواز بيعه بهذا النحو بأن يبيع العين مع وصف كونها مرهونة .

وبعبارة واضحة : أنّ العين المرهونة تكون عارية بقاءً فلا مانع من صحة ذلك كما أنّه لو كانت عارية من الأوّل وحدوثاً لم يكن فيه إشكال ، فحينئذ إن كان المشتري عالماً بالحال فلا خيار له وإلاّ يثبت له خيار العيب أو تخلف الشرط ، لأنّ كون العين متعلّقاً لحقّ الغير عيب فيها ، أو أنّ الارتكاز يقتضي أن لا يكون المالان اللذان وقع العقد عليهما متعلّقين لحقّ الغير ، هذا كلّهما فيما إذا قلنا إنّ الرهن عبارة عن جعل الراهن العين وثيقة عند المرتهن لاستيفاء حقّه .

وأما إذا قلنا إنّ الراهن يسقط ملكه عن العين المرهونة مثل الوقف مدّة معيّنة فعدم الجواز هنا لعدم المقتضي أي الملكية .

ثمّ لو سلّمنا عدم جواز بيع العين المرهونة فهل يصحّ البيع مع الاجازة أو أنّه لا يصحّ أصلاً ؟ ذهب بعض إلى عدم الصحة مطلقاً وبعض آخر إلى الصحة مع

الاجازة كما عن شيخنا الأنصاري (قدس سره) ^(١).

والحق أيضاً ما ذهب إليه شيخنا الأنصاري (قدس سره) لأن المانع عن صحة البيع إما الإجماع فهو غير متحقق، وإما النبوي فهو مضافاً إلى عدم ثبوته عندنا أن الظاهر من قوله « ممنوعان من التصرف » أن يكون الممنوع تصرف كل واحد منهما مستقلاً وأما مع الاجازة من الآخر فلا، والشاهد على ذلك عطف المرتهن على الراهن وبديهي أنه لم يستشكل أحد في صحة بيع المرتهن العين المرهونة من قبل الراهن فضولة مع إجازة الراهن بعده. وقد استدلل على صحته كما عن الشيخ (قدس سره) بما ورد من التعليل في ذيل رواية ^(٢) العبد الذي تزوج لنفسه بلا إذن من سيده من أنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فإذا أجاز جاز، وهذه العلة تجري في المقام أيضاً بأن يقال إن الراهن لم يعص الله في بيعه العين المرهونة وإنما عصى المرتهن فإذا أجاز جاز.

وقد استدلل أيضاً لصحة البيع مع الاجازة كما عن الشيخ (قدس سره) بفحوى الروايات الواردة في بيع الفضولي حيث قال: هذا كله مضافاً إلى فحوى أدلة صحة الفضولي وأنه إذا قلنا بصحة العقد الفضولي فيما تقدم مع أنه كان بلا مقتضى في المقام الذي يقع العقد من نفس المالك فلا بد من القول بصحته بطريق أولى.

وربما يدعى الأولوية في عكس ذلك أي في ناحية البطلان فيقال إنه لو قلنا ببطلان الفضولي هناك يكون البيع في المقام باطلاً بطريق أولى، ولكن في كلتا الأولويتين نظر ولا ملازمة بينهما أصلاً حيث لا مانع من القول بصحة البيع في المقام لأجل شمول أدلة صحة العقد والقول ببطلان الفضولي هناك لأجل قوله (عليه السلام)

(١) المكاسب ٤: ١٥٤.

(٢) الوسائل ٢١: ١١٤ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب ٢٤ ح ١، ٢.

« لا يبيع إلا في ملك »^(١) لأنّ المفروض وقوع العقد هنا من المالك وفي ملك ، وعدم وقوعه من المالك وفي ملك هناك فلا ملازمة بين الأمرين ، كما أنّه من الممكن أن نقول بصحة الفضولي هناك لما ذكرناه في موطنه من أنّ صحة العقد الفضولي على القاعدة من حيث إنّ العقد يكون مشمولاً لأدلة الوفاء بالعقد وأدلة البيع بعد الاجازة ، وأن نقول بالبطلان في المقام ببيان أنّ البيع في المقام وإن كان صادراً من المالك إلا أنّه من حين وقوعه كان باطلاً لأجل كونه متعلقاً لحق الغير ومنهياً عنه مثل بطلان العقد على بنت أخ الزوجة وبنت أختها حتّى مع لحوق إجازة العمّة والحالة ، وصحة العقد بعد الاجازة في هذه الموارد تحتاج إلى دليل وهو مفقود في المقام ، وهذا الوجه هو الذي ذكره في المقابس^(٢) (قدّس سرّه) ولكنّه قد عرفت الجواب عنه هناك من أنّه لا مانع من أن يكون العقد مشمولاً لعموم الأدلة بقاء بعد ما لم يكن مشمولاً له حدوثاً وتفصيلاً في موطنه فراجع باب الفضولي^(٣).

وكيف كان ، إنّ مرادنا نفي الملازمة والأولوية بين القولين لأنّه لا مانع من القول بصحة الفضولي هناك وببطلان العقد في المقام أو بالعكس .

فنتحصّل من جميع ما ذكرناه بعد تسليم أنّه لا يصحّ بيع الرهن العين المرهونة استقلالاً ، أنّه لا مانع من صحّته مع إجازة الرهن ، ولا فرق بينه وبين البيع الفضولي من هذه الجهة ، لأنّ غاية ما يستفاد من أدلة منوعية الرهن والمرتهن عن التصرف أنّها ممنوعان عن التصرف استقلالاً ، وبديهي أنّ الاجازة والرضا من الأمور التعلّقية التي قابلة لأن تتعلّق بأمر سابق بداهة أنّه يقال بعد إجازة المرتهن ورضاه

(١) المستدرك ١٣ : ٢٣٠ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ١ ح ٣ (مع اختلاف يسير) .

(٢) المقابس : ١٨٨ .

(٣) راجع المجلّد الأول من هذا الكتاب الصفحة ٤١٣ .

بعقد الراهن بعد زمان أنه عقد مرضي به ، وليست الاجازة والرضا مثل سائر الشروط من البلوغ والعقل وغيرها من الأمور التي يعتبر وجودها عند إيجاد العقد وصدوره ، وقد عرفت أيضاً أن القول بأن العقد الواقع من الراهن لم يكن مشمولاً لأدلة صحة البيع عند صدوره وبعد لم يقع عقد آخر حتى يحكم بالصحة في غير محله لما ذكرناه مراراً عند التعرض لعقد الفضولي من أنه لا مانع من أن يكون العقد مشمولاً لأدلة صحة العقد بقاءً بعد ما لم يكن كذلك حدوداً وتفصيل الكلام قد تقدم في موطنه .

ثم إنه قد نقل شيخنا الأنصاري (قدس سره) ^(١) عن بعض معاصريه (قدس سره) أنه قوى القول ببطلان بيع الراهن حتى مع إجازة المرتين ، لأن النهي في المعاملات إذا تعلق بنفس العقد لا الأمر الخارج منه يوجب فسادها ، وحيث إن بيع الراهن العين المرهونة كان منهيّاً عنه يقع باطلاً ، كما أن بيع غير الراهن العين المرهونة يقع أيضاً باطلاً فيما إذا لم يكن بعنوان النيابة ، وقال إنه لا فرق بين بيع الراهن وبين بيع الوقف وأم الولد في كونه ممنوعاً ومنهيّاً عنه ، ولا يمكن التمسك لصحة بيع الراهن بالتعليل المذكور فيما ورد ^(٢) في نكاح العبد من أنه لم يعص الله وإنما عصى سيده ، لأن مورد هذا التعليل إنما هو فيما إذا لم يكن الشخص مالكاً كما أن العبد لا يملك أمر نفسه فحينئذ يصح أن يقال إنه لم يعص الله وإنما عصى سيده ، وأما المالك المحجور عليه فهو عاص لله بتصرفه ولا يقال إنه عصى المرتين لعدم كونه مالكاً .

وقد أجاب عنه شيخنا الأنصاري (قدس سره) بوجوه كلها متينة وذلك أنه منع أولاً : وجود الفرق بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال وبيعه على وجه النيابة

(١) المكاسب ٤ : ١٥٥ .

(٢) الوسائل ٢١ : ١١٤ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب ٢٤ ح ١ ، ٢ .

بداهة أن نفس اجراء العقد لو عدّ من التصرفات فلا فرق بينها وإلا فلا وجه للبطلان .

وثانياً: منع كون مطلق النهي لا لأمر خارج موجباً لفساد المعاملة ما لم يكن إرشادياً ، بداهة أنه لا ملازمة بين الحرمة التكليفية وفساد المعاملة كما أن البيع في وقت النداء حرام مع أنه لا يقع فاسداً .

وثالثاً: أن ما ذكره من مقالة أن التصرف في مال الغير إن كان بنحو الاستقلال حرام والبيع باطل وإن كان بنحو النيابة لا حرمة فيه ويقع صحيحاً يتصور في بيع الراهن أيضاً ، لأنه قد يبيع رجاءً لإجازة المرتهن ولا ينوي الاستقلال وقد يبيع كذلك .

ورابعاً: أن ما ذكره من منع جريان التعليل في روايات العبد فيما نحن فيه قائلاً بالفرق بينها في غير محله ، لأن الظاهر كون النهي في كل منها لحق الغير فإن منع الله (جلّ ذكره) ثابت في كلّ ما كان لحق الغير من غير فرق بين بيع الفضولي ونكاح العبد وبيع الراهن .

وخامساً: أن ما ذكره (قدّس سرّه) من قياس بيع الراهن على بيع الوقف وأمّ الولد في غير محله ، لأنّ عدم الجواز في بيع الوقف وأمّ الولد قد ثبت بالتعبّد ولذا لو رضي جميع الموقوف عليهم والواقف أو رضيت أمّ الولد والولد لا يصحّ البيع أيضاً بخلافه فيما إذا كان المرتهن راضياً ببيعه بداهة أن بيع الراهن في صورة رضا المرتهن صحيح بلا إشكال ولا خلاف ولا يلتزم ببطلان العقد في هذه الصورة نفس هذا المعاصر فافهم .

وربما يشكل في صحّة بيع الراهن حتّى مع إجازة المرتهن بناءً على كون الاجازة كاشفة من جهة أنه لو قلنا بأنّ الاجازة تكون كاشفة عن صحّة البيع يلزم أن يكون البيع مجتمعاً مع الرهن وهما متنافيان ولا يجتمعان نظير ما تقدّم في مسألة

من باع شيئاً ثم ملكه من أنه على تقدير صحة البيع يلزم اجتماع مالكين على ملك واحد في زمان واحد .

وجوابه ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) ^(١) من أن الاجازة كما تكون كاشفة عن صحة البيع تكون كاشفة عن عدم الرهن أيضاً . وبعبارة أخرى أن الاجازة في بيع الفضولي كما تكون كاشفة عن صحة وقوع العقد من زمانه وعن لازمه وهي عبارة عن كونها كاشفة أيضاً عن خروج العين عن ملكه من زمان العقد ، كذا تكون في المقام كاشفة عن صحة البيع وعن لازمه الذي هو عدم الرهن نعم لهذا الكلام مجال في صورة فكّ العين عن الرهن بأداء حقّ الرهانة أو بإسقاط المرتهن حقّه وسيجيء الكلام فيه مفصلاً إن شاء الله تعالى .

ثمّ إنه يقع الكلام في كون الاجازة كاشفة أو ناقلة في المقام ، وقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) في المقام أن الظاهر من بعض الأخبار كون الاجازة كاشفة وإن كان مقتضى القاعدة هو النقل كما تقدّم في بيع الفضولي ، فإذا كانت الاجازة كاشفة هناك ففي المقام بطريق أولى ، لأنّ إجازة المالك هناك كانت أشبه شيء بمجزء المقتضي وفي المقام من قبيل رفع المانع ولذا جوّزوا عتق الراهن هنا مع تعقّب الاجازة من المرتهن مع أنهم قائلون بعدم جريان الفضولي في الايقاعات والاعتذار عنه ببناء العتق على التغليب كما فعله جامع المقاصد ^(٢) منافٍ لمتسكهم في ذلك بعمومات أدلّة العتق ، هذا ملخص مرامه (قدس سرّه) .

والذي ينبغي أن يقال : إنه لو قلنا إنّ مقتضى القاعدة كون الاجازة ناقلة

(١) المكاسب ٤ : ١٦٠ .

(٢) جامع المقاصد ٥ : ١٤٦ .

فلا بدّ في الموارد التي تكون الاجازة كاشفة من إقامة الدليل عليه، ولما كان الدليل^(١) وارداً في مورد تزويج الصغيرين اللذين مات أحدهما قبل بلوغ الآخر وحكم الإمام (عليه السلام) بتحليف الآخر بأنه لو كان الآخر باقياً لكان يختاره حتى يرثه منه، وقلنا في بيع الفضولي إنه لا فرق بين تزويج الصغيرين وبيع الفضولي بالقطع الوجداني، وأما التعدي من هذه الموارد إلى مثل المقام فلا بدّ من إقامة الدليل عليه. وبعبارة واضحة: أن الدليل على كاشفية الاجازة إنما كان في الموارد التي لم يكن المباشر للعقد فيها هو طرف العقد ومن يكون العقد منتسباً إليه بل العقد ينتسب إليه بعد الاجازة، وأما الموارد التي يكون المباشر للعقد هو نفس من ينتسب إليه العقد كما في المقام فلا بدّ في التعدي إلى هذه الموارد من إقامة الدليل وحيث لا دليل في المقام فلا بدّ من القول بالنقل على تقدير كونه مقتضى القاعدة، وأما إذا قلنا إن مقتضى القاعدة كون الاجازة كاشفة بالكشف الحقيقي بالمعنى الذي ذكرناه في بيع الفضولي تكون الاجازة في المقام أيضاً بنحو الكشف على القاعدة.

ومن هنا يظهر أن مقالة الأولوية في المقام في غير محلّها، لأنّه بناءً على النقل لا يمكن القول بالكشف هنا كما ذكرناه، وأما بناءً على أن مقتضى القاعدة هو الكشف تكون الاجازة كاشفة في المقام بمقتضى القاعدة فلا أولوية. وأما عتق العبد المرهون فلا يكون دليلاً للأولوية لما ذكرناه في بيع الفضولي من أن المانع من عدم وقوع الفضولي في الإيقاعات كان هو الإجماع والمتيقّن منه ما كان الإيقاع من الأجنبي فلا يعمّ ما إذا كان من المالك وتوقّف على إجازة غيره كما في عتق الراهن فتشمله العمومات.

وأما الكلام في تأثير الاجازة بعد الردّ بمعنى أنّه هل يكون الردّ موجباً

(١) الوسائل ٢٦ : ٢١٩ / أبواب ميراث الأزواج ب ١١ ح ١، ٤.

لسقوط العقد عن التأثير بحيث لو أجاز المرتهن بعد الردّ لا يؤثر أم لا يكون كذلك فقد ذكر الشيخ (قدّس سرّه) ^(١) فيه وجهين : من أنّ الردّ في المقام بمنزلة عدم رفع اليد عن حقّه فله إسقاطه بعد ذلك ، ولا يقاس ذلك بالردّ في بيع الفضولي لأنّ المجيز هناك أحد المتعاقدين وقد ذكرنا في محلّه أنّ ردّ أحد المتعاقدين يوجب إبطال إنشاء العاقد الآخر ، بخلافه في المقام بداهة أنّ المرتهن أجنبي عن طرفي العقد بل ليس له إلّا حقّ الرهانة في العين ، ومن أنّ الإيجاب المؤثّر لا يتحقّق إلّا برضا المالك والمرتهن فكما أنّ ردّ المالك يبطل العقد في الفضولي كذا ردّ المرتهن يكون موجباً لسقوط العقد عن التأثير .

ولعمري أنّ الحقّ هو الأوّل ، لما ذكره الشيخ (رحمه الله) بل من جهة أنّه لم يكن دليل على عدم تأثير الاجازة بعد الردّ إلّا الإجماع على التفصيل الذي ذكرناه في موطنه وبديهي أنّ القدر المتيقّن منه إنّما هو العقد الذي يكون فيه الرادّ ممّن يكون العقد منتسباً إليه على تقدير الاجازة ومشمولاً لـ «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مثلاً ، وأمّا في المقام الذي لم يكن الرادّ هو أحد المتعاملين ومن يكون العقد منتسباً إليه بل يكون له حقّ قد تعلّق بالعين فلم يتحقّق الإجماع فلا مانع من القول بعدم كون ردّ المرتهن موجباً لسقوط العقد عن التأثير على تقدير الاجازة بعده بناءً على اعتبار اجازة المرتهن في صحّة العقد .

بل لعلّه يمكن أن يقال بقيام الدليل على نفوذ الاجازة وصحّة العقد بعد الردّ وهي رواية محمّد بن قيس الواردة في من باع وليدة كما تقدّم في بيع الفضولي وإن كان الاستدلال بتلك الرواية محلّ المنع والمناقشة كما ذكرناه هناك فراجع ^(٢) .

(١) المكاسب ٤ : ١٦١ .

(٢) راجع المجلّد الأوّل من هذا الكتاب الصفحة ٣٨٠ - ٣٨٢ .

ثمَّ إنَّه قد وقع الكلام في كون فكَّ الرهن بل مطلق السقوط الحاصل بالاسقاط أو الإبراء أو غيرها من أسباب السقوط بعد البيع بمنزلة الإجازة بحيث يقع عقد الرهن صحيحاً أو أنَّه ليس كذلك ، وقد ذهب بعض إلى الفرق بين الإجازة وبين فكَّ الرهن بل مطلق السقوط ، وحكم بالصحة في الإجازة دون غيرها ، لأنَّ الإجازة إمضاء وإنفاذ للعقد السابق في زمان ثبوت حقه . وبعبارة واضحة أنَّ الإجازة متعرضة لإنفاذ عقد الرهن وإمضائه وتصرف من المرتهن في حال ثبوت حقه بخلاف الاسقاط أو السقوط ضرورة أنَّه ليس متعرضاً لمعنى العقد وإنفاذه فالعقد باقٍ على حاله ، وحيث كان العقد عند وقوعه من الرهن متعلقاً لحقِّ الغير ولم يعقَّب بإجازة من له حقٌّ فهو باقٍ كما وقع ، والمفروض عدم وقوع عقد آخر من الرهن فعليه لا يكون صحيحاً وهو أشبه شيء بمسألة من باع شيئاً ثمَّ ملك .

وقد أجاب عنه الشيخ^(١) وتبعه الميرزا^(٢) (قدس سرهما) بأنَّ عدم صحة البيع عند وقوع عقد الرهن ليس لأجل قصور المقتضي في العقد كما هو الحال في من باع شيئاً ثمَّ ملك ، بل كان لأجل المانع والمفروض ارتفاع المانع بالاسقاط أو السقوط فالمقتضي بعد ارتفاع المانع يؤثر أثره .

وفيه : أنَّه قد ذكرنا مراراً أنَّ مقالة المقتضي والمانع لا تجري في الأحكام الشرعية والأموال الاعتبارية بل القيود والشروط فيها ترجع إلى قيود الموضوع فعدم كون المبيع متعلقاً لحقِّ الغير قيد في الموضوع كسائر الشروط المأخوذة في موضوع البيع ، هذا بناءً على مسلك المشهور من أنَّ الرهن والمرتهن ممنوعان من التصرف .

(١) المكاسب ٤ : ١٦٤ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٣٣٥ .

وأما بناءً على ما سلكتناه من صحة بيع الراهن بلا حاجة إلى إجازة المرتهن فالأمر واضح . وكيف كان فعلى مسلك المشهور هذا الشرط مثل الشرائط الأخر مأخوذ في الموضوع فلا بدّ من أن يكون ما يقع عليه العقد طلقاً إمّا من حين وقوعه أو بالاجازة المتأخّرة الكاشفة عن وقوعه طلقاً .

ولا يقاس سقوط حقّ الرهانة بعد البيع بالاجازة لأنّ الحكم بصحة البيع مع الاجازة كان من جهة أنّ غاية ما يستفاد من قوله (صلى الله عليه وآله) « الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف »^(١) عدم نفوذ تصرفاتهما بالاستقلال ، وبعد الاجازة لا يصدق الاستقلال فلا يعمّه دليل المنع بل تعمّه عموماً صحة البيع وهذا الوجه غير جارٍ في المقام ، كما أنّه لا يجري في المقام أيضاً التعليل المذكور في ذيل رواية العبد « فإنّه لم يعص الله وإمّا عصي سيّده فإذا أجاز جاز »^(٢) حيث ذكر (سلام الله عليه) نفوذ العقد بالاجازة المتأخّرة ، والمفروض في المقام عدم الاجازة فعليه لا مانع من شمول إطلاق قوله (صلى الله عليه وآله) « الراهن ... » لما نحن فيه بدهاءة أنّ إسقاط حقّ الرهانة أو سقوطها لا يكون موجباً لخروج العقد الواقع من الراهن في ظرفه عن كونه عقد الراهن فقط من دون رضا المرتهن .

ومن هنا يظهر أنّه لا مجال لما ذكره الشيخ (قدّس سرّه)^(٣) من أنّ المقام من باب وجوب العمل بالعامّ لا من باب استصحاب حكم الخاصّ الخ ، وذلك لأنّ قوله (صلى الله عليه وآله) « الراهن والمرتهن » الخ بإطلاقه يشمل موارد فكّ الرهن والاستقاط ، وقد تقدّم أنّ هذا الكلام مخصّص لأدلة عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وليس

(١) المستدرک ١٣ : ٤٢٦ / كتاب الرهن ب ١٧ ح ٦ .

(٢) الوسائل ٢١ : ١١٤ / أبواب نكاح العبيد والاماء ب ٢٤ ح ١ . ٢ .

(٣) المكاسب ٤ : ١٦٤ .

المقام إلا مثل البيع الفرري إذا زال الغرر بعد البيع وهل توهم فاضل صحة العقد الواقع غررياً بعد زوال الغرر كلاً ثم كلاً ، وإن كان ما ذكره (قدّس سرّه) من عدم صحة التمسك بالاستصحاب حقاً خصوصاً على مسلكتنا من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام التكليفية الإلهية .

ثم إنّه لو تنزّلنا وقلنا بصحة بيع الراهن مع لحوق فكّ الرهن وسقوط حقّ الرهانة فلا بدّ من القول بالنقل دون الكشف ، وذلك أنّه لو قلنا إنّ الكشف على خلاف القاعدة والقول به كان لأجل الروايات الدالة على الكشف فالأمر واضح بداهة عدم وجود رواية في المقام بل الروايات كانت في الاجازة ، وكذا إذا قلنا إنّ الكشف على مقتضى القاعدة لأنّه كان في الاجازة من حيث إنّ الاجازة من الأمور التعلّقية التي يمكن تعلّقها بالأمر السابق ، والفكّ ومطلق السقوط بالأداء والإبراء ليس من هذا القبيل كما هو واضح ، فلا بدّ من القول بالنقل وأنّ عقد الراهن يكون صحيحاً من حين الفكّ والاسقاط والسقوط .

ثمّ إنّّه على القول بالكشف هل يكون للراهن فسخ العقد قبل الفكّ ونحوه أم لا ، ذهب شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)^(١) في بيع الفضولي إلى عدم جواز فسخ العقد بالنسبة إلى المشتري الأصيل ، لأنّه (قدّس سرّه) ادّعى شمول أدلّة الوفاء بالعقد له ، وفي المقام أيضاً قال (قدّس سرّه) بعدم جواز الفسخ للراهن ولا إبطاله ، ولكنّه قد عرفت فيما تقدّم أنّه لا يمكن المساعدة عليه لما ذكرناه من أنّ العقد قائم بالطرفين ولا يشمل عموم الأدلّة إلا بعد تماميته ، وتفصيل الكلام في بيع الفضولي فراجع^(٢) .

وعلى فرض تسليم اللزوم وعدم جواز الفسخ هل يجب على الراهن فكّه

(١) المكاسب ٣ : ٤١١ - ٤٢٠ .

(٢) راجع المجلّد الأوّل من هذا الكتاب الصفحة ٤٦٦ فما بعدها .

وتسليمه إلى المشتري أم لا ؟ ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام وجهين
 إلّا أنّ الحقّ عدم الوجوب لأنّ الواجب على الراهن عدم نقض العقد ووجوب
 الوفاء به وأمّا دفع حقوق الغير عن العين المبيعة وإحياء مقدمات تملّك الغير
 والمشتري مثلاً فلا . وغير خفي أيضاً أنّه لا يمكن أن يكون دليل واحد إرشادياً
 وتكليفياً معاً وقد ذكرنا مراراً أنّ وجوب الوفاء بالعقد في أدلّة البيع إرشادي محض
 وإرشاد إلى عدم نفوذ فسخه العقد ومع ذلك كيف يمكن أن يتكفّل وجوب الفكّ
 الذي هو من الأحكام التكليفية ، وتوهم أنّ الفكّ مقدّمة لتسليم ملك الغير إلى مالكة
 فيجب لذلك ، يدفعه أنّ المبيع لم يدخل بعد في ملك المشتري ليجب تسليمه بل هو
 بعد مراعى .

وعلى فرض تسليم وجوب الفكّ تكليفاً هل يجبر الحاكم ومن بيده الأمر
 الراهن في صورة امتناعه عن أداء حقّ الرهانة في صورة انحصار ماله في العين
 المرهونة وعدم انحصاره أم لا ، الظاهر إجباره لأنّه ولي الممتنع غاية الأمر يقدّم حقّ
 المرتهن في صورة انحصار المال في العين المرهونة ويترتّب عليه بطلان العقد من باب
 السالبة بانتفاء الموضوع .

الشرط الثالث من شروط العوضين

القدرة على التسليم ، وكونها شرطاً في العوضين بحيث لو لم يكن هذا الشرط
 موجوداً يبطل البيع ، ممّا تسالم عليه الفقهاء من الخاصّة والعامة في الجملة وسيأتي
 الكلام في مخالفة الفاضل القطيفي في ذلك ، نعم قد استثنى الخاصّة عن ذلك بيع العبد
 الآبق مع الضميمة وقالوا بصحّته .

ثمّ إنّ المراد من القدرة على التسليم المعتبرة في صحّة البيع ليس قدرة
 خصوص البائع على تسليم المبيع ، بل المراد نتيجة ذلك أي إمكان وصول المبيع في

يد المشتري حين البيع ولذا نحكم بصحة البيع فيما إذا كان المشتري قادراً على التسلم ولو لم يكن البائع قادراً على التسليم كما إذا كان المال في يد غاصب وكان المشتري قادراً على أخذه من يده ، ولكن يثبت للمشتري الخيار إذا كان جاهلاً بالحال لتخلف الشرط الضمني ، إذ ليس عليه التسلم بل يجب على البائع التسليم والمشتري أخذ الأجرة على تسلم المبيع وتحصيله . وأيضاً نقول بصحة البيع مع الخيار فيما إذا طرأ عليها العجز بعد ما كانا قادرين على التسلم والتسليم لوجود الشرط حين البيع إلا أنه إذا كان بمنزلة التلف يدخل تحت قاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائنه » فينفسخ البيع بعد ما وقع صحيحاً .

وكيف كان ، قد استند الفقهاء لكون هذا شرطاً في العوضين على ما هو المشهور بين الفريقين من نهي النبي (صلى الله عليه وآله) عن بيع الغرر^(١) ويقع الكلام في هذا النبوي تارة من حيث السند وأخرى من حيث الدلالة .
أما الأول فهو مبني على ما ذهب إليه المشهور من انجبار الخبر الضعيف بعمل المشهور ، ولكنه لا يتم صغرى وكبرى .

ولو سلمنا هذه المقالة منهم فالرواية بحسب الدلالة عقيمة ، وذلك أن الغرر في اصطلاح الفقهاء وأهل اللغة على معنيين أحدهما الخديعة والثاني الخطر ، والغرر في الأول متعدي ويقال غره أي خدعه وفي الثاني لازم .

ويؤيد الأول ما عن النهاية^(٢) وما عن الشهيد (قدس سره)^(٣) من تفسير الغرر بما يكون محبوب الظاهر ومجهول الباطن أو مكروه الباطن . وأيضاً يؤيده ما

(١) الوسائل ١٧ : ٤٤٨ / أبواب آداب التجارة ب ٤٠ ح ٣ .

(٢) النهاية لابن الأثير ٣ : ٣٥٥ - ٣٥٦ .

(٣) القواعد والفوائد ٢ : ١٣٧ - ١٣٨ .

ذكره بعض أهل اللغة^(١).

وكيف كان ، أنه مع هذين المعنيين لا يمكن الاستدلال به ، بداهة أنه بناءً على أن يكون معنى الفرر الخديعة فنهى النبي (صلى الله عليه وآله) عن بيع الفرر يكون حكماً تكليفاً محضاً لا وضعياً وإرشاداً إلى بطلان البيع ولذا نقول بالخيار في التدليس وارتكاب المدّلس للحرام دون بطلان العقد ، لأن من حق المؤمن على أخيه المؤمن أن لا يخدعه ولا يدّلسه ، نعم لو ثبت المعنى الثاني فدلالته تامة ولكن إثباته على عهدة قائله ، لأنه مع هذا المعنى أي المعنى الأول في كلمات الفقهاء وأهل اللغة كيف يمكن إثبات المعنى الثاني ، وأما القول بأنه يستكشف من استدلال الفقهاء بالنبوي المذكور واستناد الخاصة والعامة إليه في اشتراط هذا في العوضين أنه أريد منه المعنى الثاني فهو كما ترى ، لعدم كون استدلالهم موجباً لانعقاد الظهور في المعنى الثاني .

ولو فرضنا وسلمنا أن الرواية دالة على بطلان البيع الفرري فالحق ما ذهب إليه شيخنا الأنصاري (قدس سرّه)^(٢) من بطلان البيع سواء تعلّق الجهل بأصل وجود المبيع أو بحصوله في يد المشتري وبصفاته من حيث الكيفية أو الكمية ، وأما تخصيص الشهيد (قدس سرّه)^(٣) الفرر بموارد الجهل بالحصول وتخصيص بعضهم^(٤) بموارد الجهل بصفات المبيع مثلاً من حيث الكمية والكيفية ونقضه على الشهيد (رحمه الله) بأنه لو كان الجهل بالحصول غريباً وموجباً لبطلان البيع يلزم أن يكون بيع الغائب باطلاً

(١) الصحاح ٢ : ٧٦٨ ، مجمع البحرين ٣ : ٤٢٣ .

(٢) المكاسب ٤ : ١٧٨ - ١٧٩ .

(٣) تقدّم مصدره في الصفحة السابقة .

(٤) الجواهر ٢٢ : ٣٨٨ .

وهذا مقطوع الفساد ، فلا يمكن المساعدة عليه ، وذلك لأن احتمال الخطر موجود في جميع ما ذكره الشيخ (قدس سره) كما هو واضح .

وأما عدم صحة نقض ذلك البعض فلأن بيع الغائب على قسمين : قسم محتمل الخطر كما إذا لم يوثق بمصوله فيكون داخلاً فيما نحن فيه ونحكم بطلان مثل هذا البيع ، وقسم لا يحتمل فيه الخطر أصلاً كما إذا كان موثوق الحصول فيقع صحيحاً . وأيضاً ما ذكره الشهيد (قدس سره) من أن الفرر شرعاً هو جهل الحصول ، في غاية الخفاء بداهة عدم ثبوت حقيقة شرعية للفرر بل هو على المعنيين اللذين ذكرهما أهل اللغة والفقهاء كما لا يخفى .

ثم إنّه هل تكون موارد العلم بالخطر أيضاً مثل موارد الجهل واحتمال الخطر أم لا ؟ يمكن أن يقال بالتالي وأنه لا يبطل البيع لأنه قد أخذ في مفهوم الفرر الجهل وموارد العلم بالخطر خارجة عن مورد النبوي ، ولكن الحق بطلان البيع في صورة العلم بطريق أولى بفهم العرف ، بداهة عدم الموضوعية للجهل بالخطر حتى يقال بالمقالة المذكورة بل المناط في البطلان هو الخطر وإنما حكموا بطلان البيع في صورة احتمال الخطر لأجل أن لا يقع المتبايعان في الخطر .

وأما الاستدلال على بطلان هذا البيع بلزوم السفاهة أو بآئه أكل المال بالباطل ففي غير محله ، لما ذكرناه مراراً من عدم الدليل على بطلان البيع السفهي والدليل إنما هو على بطلان بيع السفهي ، وأيضاً لا ربط لمقالة أكل المال بالباطل بالمقام لما ذكرناه مراراً من أن الظاهر من الآية الشريفة حرمة أكل المال لسبب باطل مثل القمار ونحوه ، فتكون ناظرة إلى الأسباب وأجنبية عن شرائط العوضين .

وقد استدلل الميرزا (قدس سره) ^(١) على كون القدرة على التسليم شرطاً في

العوضين وبطلان البيع عند عدمها : بأنَّ العقلاء لا يرون المالية في المال الذي لا يمكن التسليم والتسليم فيه ولا يكون مالكة قادراً وتمكناً على قلبه وانقلابه بأي نحو من أنحاء التصرف كالطير في الهواء والسمكة في الماء والبحر . وهذا الوجه لا بأس فيه في الجملة بناءً على اعتبار المالية في المبيع ، وإنما الكلام في اعتبار مالية المبيع في صحة البيع وقد ذكرنا في المباحث السابقة أنه لا يعتبر في البيع أن يكون المبيع مالاً ، مضافاً إلى أنه كيف تكون مالية المال معدومة عند عدم القدرة على التسليم والتسليم ما لم يعدّ في العرف تالفاً ، وما ذكره الميرزا (قدّس سرّه) لا بأس فيه في مثل الطير في الهواء والسمكة في الماء ممّا يعدّ تالفاً عند العرف ، وأمّا في مثل الدار المغصوبة ونحوها فلا يعدّ تعالفاً بل يعدّ مالاً عند العقلاء (١) .

وقد استدللّ شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) (٢) أيضاً على المقام بالنبوي المستفيض من قوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع ما ليس عندك » (٣) بناءً على عدم إرادة الحضور من قوله (صلّى الله عليه وآله) عندك لجواز بيع الغائب والسلف إجماعاً . ولا يخفى أن قوله (قدّس سرّه) والسلف لعلّه سهو من القلم ، لأنّ بيع السلف بيع الكلّي وبيع ما لا يملكه فهو صحيح وخارج عن محلّ الكلام بأي معنى فسّرنا قوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع » الخ ، وأيضاً ليس المراد من كلمة عندك مجرد الملك وإلا كان المناسب أن يقول (صلّى الله عليه وآله) ما ليس لك ، وأيضاً ليس معناه مجرد السلطنة عليه والقدرة على تسليمه لمنافاته مع تمسك العلماء طراً بالنبوي المذكور على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير ولو كان المبيع تحت قدرته وكان قادراً على

(١) [سيأتي في الصفحة ٣٢٧ مزيد التوضيح لذلك] .

(٢) المكاسب ٤ : ١٨٣ .

(٣) الوسائل ١٨ : ٤٧ / أبواب أحكام العقود ب ٧ ح ٢ (مع اختلاف يسير) .

تسليمه خصوصاً إذا كان وكيلاً عن مالكة في بيعه ولو من نفسه ، مضافاً إلى ما ذكره العلامة (قدّس سرّه) في التذكرة كما نقل عنه الشيخ (قدّس سرّه) في باب الفضولي (١) من أنّ مورد الرواية بيع ما لا يملك ثمّ شراؤه من صاحبه والردّ إلى المشتري ، فالحقّ في معناه أن يقال إنّ المراد منه السلطنة التامة الفعلية المتوقّفة على الملك والقدرة على التسليم .

ثمّ قال : ودعوى أنّ المراد به الإشارة إلى ما هو المتعارف في تلك الأزمنة من بيع الشيء غير المملوك ثمّ تحصيله بشرائه ودفعه إلى المشتري فدفوع بعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد ، ثمّ استدرك وقال إنّهُ يمكن أن يقال إنّ غاية ما يدلّ عليه هذا النبوي بل النبوي المتقدّم فساد البيع بمعنى عدم كونه علّة تامّة فلا مانع من وقوعه مراعى بانتفاء صفة الفرر وتبدّل عدم القدرة بالقدرة ، ولو سلّمنا أنّ الظاهر من النبويين فساد العقد رأساً يعني كونه لغواً بالمرّة فلا بدّ إمّا من ارتكاب خلاف الظاهر إمّا من إخراج بيع الراهن العين المرهونة لما ذكرناه من صحّة عقده بعد إجازة المرتهن مع أنّه كان غير قادر على تسليمها ، وكذا بيع العبد المجاني عمداً والمحجور عليه لسفه بعد إجازة وليّه أو رقّ بعد إجازة سيّده أو فلس بعد ارتفاع حجره .

وللمناقشة فيما ذكره (قدّس سرّه) مجال واسع ، أمّا ما ذكره (قدّس سرّه) أولاً في معنى النبوي من قوله فيتعيّن أن يكون كناية عن السلطنة التامة الفعلية الخ فغير سديد ، وذلك لأنّ هذا التعبير أي « عندك » تعبير متعارف في زماننا هذا أيضاً كما يقال : عندي من الأملاك كذا ومن التقدين كذا ، ويراد منه كون هذه الأشياء ملكاً له ، ويُعبّر عند عدم كونه مالكاً لشيء ما عندي شيء . وبعبارة واضحة أنّه تارة

نلاحظ في كلمة عندك معناه الابتدائي وفي بدو النظر فعلية يكون معناه عدم كونه حاضراً عنده كما يقال ما عندي ساعة في جواب من يسأل عن مقدار الساعة من النهار مع كونه مالكا لساعات وهي غائبة عنه ، وأخرى نلاحظ معناه غير الابتدائي فهو عبارة عما ذكرناه من أن هذا التعبير إنما يكون في موارد عدم كونه مالكا كما يقال ليس عندي شيء يعني لست بمالك وليس الشيء مملوكاً لي ، فعليه يكون المراد من النبوي النهي عن بيع ما ليس ملكاً للبائع .

وأما ما ذكره (قدس سره) بقوله : وأما الإيراد عليه بدعوى أن المراد به الإشارة إلى ما هو المتعارف في تلك الأزمنة الخ ، فناف لما ذكره هو (قدس سره) في بيع الفضولي ونقله عن العلامة (قدس سره) في التذكرة من أن مورد الرواية بيع الشيء غير المملوك ثم تحصيله من صاحبه ودفعه إلى المشتري .

وأما ما ذكره (قدس سره) من عدم الرجحان لهذه التخصيصات وعدم المانع من الالتزام بوقوع البيع مراعى في كل مورد يعجز عن تسليمه الخ فلا يمكن المساعدة عليه ، وذلك .

أولاً : أن الالتزام بهذه التخصيصات لا محذور فيه لعدم الاستهجان بخروج ثلاثة موارد من تحت الرواية .

وثانياً : أنه لو دار الأمر بين ارتكاب خلاف الظاهر والالتزام بهذه التخصيصات فالثاني أولى ، بداهة أن الظهور حجة ولا يرفع اليد عنه إلا بالمقدار المتيقن منه ولذا لم يتوهم أحد في دلالة قولنا أكرم العلماء على الوجوب بعد ورود التخصيصات عليه بقولنا ولا تكرم زيداً ولا عمراً ولا بكراً ولم يحمله على الاستحباب مع الاعتذار عن هذا الحمل بأنه لو لم يحمل على الاستحباب يلزم التخصيصات .

وثالثاً : أن ما ذكره من الموارد إنما يكون تخصيصاً بالنسبة إلى قوله (صلّى الله

عليه وآله) « لا تبع » الخ دون قوله (صلى الله عليه وآله) « نهى النبي (صلى الله عليه وآله) عن بيع الغرر » لعدم تحقق الغرر في تلك الموارد المذكورة ، بداهة أنّ المرتهن والولي إنّما أن يميزا العقد أو لا ، فعند الاجازة يكون المبيع للمشتري وعند عدم الاجازة يبقى الثمن في ملكه فلا يتحقق الخطر كما هو الظاهر ، ولذا لم يتمسك أحد لبطلان الفضولي بقوله (صلى الله عليه وآله) « نهى النبي (صلى الله عليه وآله) عن بيع الغرر » .

ورابعاً : أنّ خروج هذه الموارد من باب التخصّص دون التخصيص ، وذلك لأنّ عقد المحجور لرقّ وصغر ونحوهما ليس إلّا مثل العقد الفضولي في عدم كونه مشمولاً لعمومات أدلة البيع إلّا بعد اجازة الولي ، والمنسب إليه العقد إنّما هو الولي وبديهي أنّ الولي قادر على تسليمه عند كونه مشمولاً لأدلة البيع ، والمناط هو عقد الولي مثل المالك في الفضولي ، فكما أنّ العقد بالنسبة إلى الفضولي ملغى كذا بالنسبة إلى المحجور . وأمّا مسألة العبد الجاني فخروجه بالتخصّص من الواضحات بداهة أنّ مالكة يبيع العبد بهذه الصفة أي كونه في معرض الاسترقاق والقتل ويسلّمه إلى المشتري ، فالعقد من الأول صحيح ومشمول لعمومات أدلة الامضاء . وأمّا مسألة بيع الراهن فخروجه بالتخصيص موقوف على دلالة قوله (صلى الله عليه وآله) « لا تبع » على عدم القدرة الشرعية أيضاً ، وأمّا إذا قلنا إنّ لا يدلّ إلّا على اشتراط قدرة التسليم خارجاً فهو أيضاً خارج بالتخصّص ، لأنّ الراهن قادر على تسليمه خارجاً مع قطع النظر عن عدم القدرة شرعاً .

ومن الأمور التي استدللّ بها على اشتراط قدرة التسليم في العوضين دعوى الملازمة بين صحّة العقد ووجوب التسليم وبالقيااس الاستثنائي يثبت عدم صحّة العقد عند عدم القدرة على تسليمه حيث إنّ يقال لو صحّ العقد لوجب التسليم لكن التسليم لا يجب في صورة العجز عنه فالعقد لا يصحّ .

وقد أجاب عنه شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) ^(١) بأنّه إن أُريد منه الوجوب المطلق فالملازمة ممنوعة لأنّه لا مانع من أن يكون العقد صحيحاً ولا يكون التسليم واجباً لعذر، وإن أُريد منه مطلق الوجوب ولو بنحو الوجوب المشروط بالتمكّن فنسلّم الملازمة فنقول إنّ يجب التسليم عند القدرة عليه، وفي تعبير الشيخ (قدس سرّه) بالوجوب المطلق مسامحة ظاهرة، بداهة عدم تعقّل الوجوب المطلق في نفسه لكون التكليف مشروطاً بالقدرة من دون أن يشكّ فيه أحد لاستحالة التكليف بما لا يطاق، فلا معنى لجعل الوجوب المطلق طرف الاحتمال، وكان له (قدس سرّه) أن يعبر بهذا التعبير بأن يقول إن أُريد منه الوجوب الفعلي منعنا الملازمة الخ.

ثمّ ذكر (قدس سرّه) أنّه قد يعترض بأصالة عدم تقيّد الوجوب ثمّ يدفع بمعارضته بأصالة عدم تقيّد البيع بهذا الشرط، ثمّ قال وفي الاعتراض والمعارضة نظر واضح، ولكنّه كان الأولى أن لا يذكر الاعتراض ولا المعارضة لأنّه لا يرجع إلى محصل، لأنّ مقتضى الأصل في ناحية الوجوب عند الشكّ في تقيّده التقييد بداهة أنّه لو كان في المقام إطلاق نتمسك به ولا تصل النوبة إلى الأصل، وإلّا فالمرجع هو أصل البراءة عن التكليف لرجوعه إلى الشكّ في التكليف الزائد عند فقد القيد، مع أنّه لا شكّ لنا في كون التكليف مشروطاً بالقدرة لما هو الواضح عند الكلّ من استحالة التكليف بما لا يطاق، وكذا لا محصّل لمقالة المعارضة أيضاً بداهة أنّه عند عدم وجود الإطلاق في باب المعاملات فالأصل هو الفساد كما ذكرناه في موطنه دون الصحة وهو نتيجة التقييد.

ومن الأمور المستدلّ بها في المقام أنّ الغرض من البيع انتفاع كلّ من المتبايعين بما يصير إليه ولا يتمّ هذا إلّا بالتسليم.

وقد أجاب عنه الشيخ (قدّس سرّه) بوجهين ونعم ما أجاب : أحدهما منع توقّف مطلق الانتفاع على التسليم لجواز عتق العبد الآبق في الكفّارة . وثانيهما : أنّ الغرض منه الانتفاع بعد التسليم وهو حاصل . ويضاف إلى ما ذكره (قدّس سرّه) أنّ تخلف الغرض لا يكون موجباً لعدم صحّة العقد كما هو الواضح .

ومما استدلّ به أيضاً في المقام : أنّ بذل الثمن على غير المقدور سفهي فيصير ممنوعاً . وقد أجاب عنه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بأنّ بذل المال القليل في مقابل المال الكثير المحتمل حصوله لا يكون سفهياً بل ربما يعدّ تركه اعتذاراً بعدم العلم بحصول العوض سفهياً . ويضاف إلى ما ذكره (قدّس سرّه) ما ذكرناه مراراً وحققناه مفصلاً من أنّه لا دليل على بطلان البيع السفهاني وإنما الدليل على بطلان بيع السفه فيه فافهم وتأمل جيّداً ، وقد ذكرنا في أوّل البحث أنّ الميرزا (قدّس سرّه) (١) قد استدلّ على اعتبار القدرة على التسليم والتسلّم في صحّة العقد بوجه آخر وحاصله : أنّ المبيع الذي لا يكون البائع قادراً على تسليمه ولا المشتري على تسلّمه لا يعدّ في العرف مالاً ويسقط عن المالية ، ثمّ أورد على نفسه أنّ لازم ذلك أن يقال بانفساخ البيع في صورة طرؤ عدم القدرة على التسليم والتسلّم لأنّه يكون من قبيل التلف قبل القبض فيدخل تحت قاعدة « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه » مع أنّ الفقهاء لا يلتزمون بذلك بل يقولون بالخيار لتعذر التسليم ، ثمّ أجاب عنه بأنّ تلك القاعدة تختصّ بالتلف الحقيقي ولا تعمّ التلف الحكمي وذكر أنّه فرق بين المقام وبين هذا المورد بداهة أنّه لو لم يكن التسليم ولا التسلم من الأوّل مقدوراً فهذا المال لا يعدّ في العرف مالاً ، بخلافه ما لو طرأ عليه العجز أو كان المنتقل إليه قادراً على تسلّمه دون المنتقل عنه فالمالية موجودة ويتدارك نقصها بالخيار .

وبعبارة أخرى : أننا نقول بالتلف بل نقول بعدم المالية عند عدم القدرة على التسليم والتسلّم ، فهذا المناط أي مناط المالية موجود في الصورة الثانية أي في صورة طرؤ عدم القدرة .

ولكن الذي ينبغي أن يقال في المقام : إنه لا ملازمة بين عدم القدرة على التسليم والتسلّم وبين خروج الشيء عن المالية وعدم إمكان الانتفاع به ، لأن الشيء قد لا يمكن فيه التسلّم من المشتري ولا التسليم من البائع ومع ذلك يمكن الانتفاع منه بالعتق ونحوه ويعتبره العقلاء مالاً من الأوّل كالعبد الآبق والجارية الآبقة ، بداهة أنه وإن لم يتمكّن البائع ولا المشتري عن تسليمه وتسلمه إلا أنه يمكن الانتفاع به في العتق ، ولا إشكال في كونه مالاً عند العرف أيضاً ، وليس مثل العبد الآبق إلا مثل العبد المريض الذي يحتمل فيه الصحة والموت من حيث كونه معيباً فيباع بهذا الوصف .

وأخرى يكون الشيء من الأمور التي لا يمكن الانتفاع بها إلا مع التسليم والتسلّم ولا يقدر البائع ولا المشتري على تسليمه وتسلمه ولا شخص آخر من الناس ، فإن لم يحتمل رجوعه أيضاً كما إذا شرد الغزال الوحشي أو طار الطير الوحشي بعد اصطيادهما فإذن لا يصحّ بيعه لكونه في نظر العرف بمنزلة التلف ولا يرون فيه المالية ولا الملكية ، فلو لم تعتبر المالية في المبيع يكون بيعه باطلاً أيضاً لأن مثل هذا المال يعدّ في العرف تالفاً خارجاً عن الملك ، وأما إن كان مرجوً المحصول والرجوع اطمئناناً أو علماً فحينئذ لا مانع من بيعه ولا إشكال في صحّته لكونه مالاً وماليتة محفوظة عند العرف ، وإن كان ممّا يحتمل الرجوع والقدرة على تسليمه وتسلمه ويحتمل عدم ذلك فحينئذ لا يمكن الحكم بصحة بيعه ، ولا يمكن التمسك بعمومات أدلّة البيع لأنّه من الشبهة المصداقية . نعم لو وقع العقد وحصلت القدرة بعده فنحكم بصحّته بداهة أن الاطمئنان والعلم لم يكن لهما موضوعية في صحة العقد

بل كانا طريقاً محضاً ، وفي المقام أيضاً إذا حصلت القدرة نستكشف كونه مالا وماليتها محفوظة حين العقد أيضاً .

وثالثة يكون الشيء مما لا يقدر البائع والمشتري فقط على تسليمه وتسلمه ولكنه كان الثالث قادراً عليه كما إذا كانت الدار مغسوبة وقد غصبها مقتدر ولكنه يقدر على أخذها منه شخص آخر دون البائع والمشتري ، فحينئذ أيضاً لا مانع من جواز البيع وصحته لأنه مال في نظر العرف بلا إشكال .

فتحصّل من جميع ما ذكرناه : عدم صحة البيع في الصورة الأولى من القسم الثاني ولو لم نعتبر المالية في المبيع أيضاً كما لا نعتبره ، وفي هذه الصورة إذا طرأ العجز بعد البيع نحكم بانفساخ المعاملة لصدق التلف عرفاً فتشملة قاعدة « كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائنه » وأما في باقي الصور فالبيع محكوم بالصحة ، هذا كلّه بحسب القاعدة .

ولكنه قد وردت في بيع العبد الآبق والجارية الآبقة روايات على عدم صحة البيع عند عدم القدرة على تسليمه وتسلمه بلا ضمنية ، ويستفاد من العلة المذكورة في ذيل بعض تلك الروايات اشتراط القدرة على التسليم أو التسلم ولو في بعض المبيع وهي عبارة عن قوله (عليه السلام) في ذيل موثقة سماعة « فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى معه »^(١) الخبر ، ولا يخفى أنّ مفاد هذا الكلام جواز بيع غير المقدور على تسليمه وتسلمه مع الضمنية في غير العبد الآبق كالدابة الشاردة إذا ضم إليها شيء آخر مقدور ، ولكنه لم يلتزم به المشهور في غير العبد الآبق . ثم إنّه قد ذكر شيخنا الأنصاري (قدس سرّه)^(٢) أنّ الظاهر من كلمات

(١) الوسائل ١٧ : ٣٥٣ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ١١ ح ٢ وفيه « فيما اشترى منه » .

(٢) المكاسب ٤ : ١٨٦ .

الأصحاب (رضوان الله عليهم) كون القدرة شرطاً، وقد صرح بذلك في الغنية^(١) بعد ما حكم بعدم صحة بيع ما لا يمكن التسليم فيه قال فيتنفي المشروط بانتفاء شرطه، ومع ذلك قد استظهر في الجواهر^(٢) من هذه العبارة كون عدم القدرة مانعاً لا شرطاً واستشهد على ما ذهب إليه بمسألة بيع الضالّ والضالّة حيث حكم بعض منهم العلامة (قدّس سرّه)^(٣) بصحة بيعه، لأنّ الأصل عدم المانع عند العقد، ثمّ قال (قدّس سرّه) وتظهر الثمرة بينهما في موارد الشكّ بدهاة أنّه لو قلنا بكون القدرة شرطاً فلا بدّ من إحرازها عند العقد، وإن قلنا بكونها مانعاً فيصحّ التمسك بأصالة عدم المانع.

وقد أورد على هذا الشيخ (قدّس سرّه) أولاً: بأنّ القول بالمانعية يخالف ظواهر كلمات الأصحاب. وثانياً: أنّه لا معنى لأن يكون عدم القدرة والعجز مانعاً، لأنّ عدم القدرة والعجز أمر عديم فلا يصلح لأن يكون مانعاً، لأنّ المانع أمر وجودي فما معنى قولنا إنّ صحة العقد يعتبر فيه عدم القدرة أو عدم العجز، فلا وجه للدوران بين الشرطية والمانعية في المقام، نعم فرض الشرطية أو المانعية يصحّ في مثل العدالة أو الفسق بأن يقال إنّ العدالة شرط في إمام الجماعة أو الفسق مانع وأيضاً لهذا النزاع وجه في اللباس المشكوك لو شكّ في لباس هل هو مأخوذ من المأكول أو من غيره بأن يقال: إنّ المأكولية شرط أو لبس غير المأكول مانع وملخصه: أنّ هذا النزاع إنّما هو في موارد أمرين وجوديين لا فيما إذا كان أحد الشئين وجودياً والآخر عديمياً.

ونالتنا: أنّه لا ثمرة بينهما أصلاً، بدهاة أنّه لو كان الشخص مسبقاً بالحالة

(١) الغنية: ٢١١.

(٢) الجواهر ٢٢: ٣٨٥.

(٣) التذكرة ١٠: ٤٩.

السابقة من القدرة وعدمها يكون المورد من موارد جريان الاستصحاب سواء قلنا بأن القدرة شرط أو أن العجز وعدم القدرة مانع ، وأما مسألة الضالّ والضالة فلا ربط لهما بالمقام فإنّ اختلاف الأصحاب فيها من جهة اختلافهم في تحقّق الغرر وعدمه كما سيأتي الكلام فيها إن شاء الله تعالى .

وفيما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) ما لا يخفى ، أمّا ما ذكره من مقالة تسالم الفقهاء على كون القدرة شرطاً ، ففيه : أنّه مضافاً إلى عدم كون كلامهم حجة أنّهم لا يذكرون هذه الكلمات إلّا من باب التعبير من دون ملاحظة المعاني المصطلحة للشرط والمانع أصلاً وإنّما يريدون بها مجرد دخل الشيء في الحكم بل يعبرون بمثل هذه الكلمات في موارد عديدة من غير تحقيق وتفكّر في أطرافها ، فلا بدّ من النظر إلى دليل المسألة ، والمستفاد من التنبوي الذي نهى النبي فيه عن بيع الغرر على فرض تماميته كون العجز مانعاً ، فإنّ النهي فيه إرشاد إلى المانعية وقد أخرج البيع الغرري عن تحت عمومات الباب بالتخصيص .

وأما ما ذكره في جوابه الثاني فهو متين فيما إذا كان التقابل بين الشئتين تقابل الايجاب والسلب لا في مثل الموارد التي يكون التقابل بالعدم والملكية ، بدهاه أنّه لا مانع من أن يكون المانع في هذه الموارد أمراً عديماً ، وضروري أنّه لا نغني بالمانع في هذه الموارد إلّا أن يكون عدمه مأخوذاً في الموضوع ، والمقام أيضاً كذلك حيث إنّّه يعتبر في صحّة البيع أن لا يكون غررياً وغير مقدور على تسليم المبيع فيه ، وليس المقام إلّا مثل قولنا إنّ العمى مانع عن صحّة الجماعة ويعتبر أن لا يكون الإمام أعمى ، ومن هنا يظهر أنّ ما قد يترأى من كلام بعض من عدم إمكان تأثير المعدوم في الوجود ليس كما ينبغي ، لأنّ مرادنا بالمانع ليس هو معناه المصطلح بل المراد منه كما ذكرنا ما يكون عدمه مأخوذاً في موضوع الحكم .

وأما جوابه الثالث فهو تامّ لكن لا لما ذكره من الرجوع إلى الاستصحاب

على كلا الفرضين لأننا نفرض الكلام فيما إذا كان الشخص جاهلاً بالحالة السابقة أو مسبقاً بمحالتين وشك في التقدّم والتأخّر ، بل الوجه في إنكار الثمرة أنّه كما لا بدّ من إحراز الشرط لا بدّ من إحراز عدم المانع أيضاً ، فلا ثمرة بين القولين إلّا على القول بقاعدة المقتضي والمانع بأن يقال إنّ العقد مقتضي الصحة وعدم القدرة مانع فالأصل عدمه ، ولكنه قد ذكرنا في موطنه أنّه لا أصل لهذه القاعدة ، بل يمكن أن يقال إنّ لا شك لنا أصلاً بناءً على ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في معنى القرار من احتمال الخطر ، بداهة أنّا في موارد الشكّ نحتمل الخطر فالمانع محرز فلا يصحّ العقد .

وبالجملة : أنّ الثمرة المذكورة بين القولين مردودة لأنّه كما يعتبر إحراز الشرط يعتبر إحراز عدم المانع أيضاً . وبعبارة أخرى أنّ المناط في القدرة والعجز ليس وجودهما الواقعي بل وجودهما الاحرازي ، فلا بدّ من إحرازهما سواء قلنا بكون القدرة شرطاً أو العجز وعدم القدرة مانعاً ، فعليه إذا كان عدم القدرة مسبقاً بالحالة السابقة نستصحب ونحرز عدمها ونحكم ببطالان العقد ، ولكن هذا مبني على ما ذهب إليه الشيخ (قدّس سرّه) وقوّه الميرزا (قدّس سرّه) واختارناه من أنّه لا يعتبر في جريان الاستصحاب أن يكون المستصحب حكماً شرعياً أو موضوعاً لحكم شرعي ، بل المعتبر في جريانه عدم اللغوية من جريانه ، خلافاً لصاحب الكفاية حيث اعتبر في جريانه أن يكون حكماً شرعياً أو موضوعاً لحكم شرعي ، بداهة أنّه بناءً على ما ذهب إليه لا يجري الاستصحاب المذكور لعدم كون القدرة وعدمها الواقعي حكماً ولا موضوعاً لحكم شرعي ، لعدم ترتّب الأثر على وجودها الواقعي بل على وجودها الاحرازي .

وتفصيل الكلام في المقام : أنّ الشكّ في القدرة على التسليم وعدمها تارة يكون من جهة الشبهة الحكمية المفهومية وأخرى من جهة الشبهة الموضوعية ، فإن كان بالوجه الأوّل كما إذا لم نعلم أنّ المراد من القدرة على التسليم القدرة العقلية بأن

لا يكون التسليم متعذراً أو أن المراد منها العرفية بأن لا يكون متعسراً ، فحينئذ لا فرق بين القول بشرطية القدرة أو أن عدم القدرة أو العجز مانع من كون العقد صحيحاً من جهة التمسك بعمومات أدلة صحة البيع ، لما حَقَّق في موطنه من أنه لا يرفع اليد عن عموم العام وإطلاق المطلق إذا كان دليل المخصص أو المقيّد مجملًا إلا بالمقدار المتيقن .

وإن كانت الشبهة موضوعية بأن يشك في وجود القدرة وعدمها ، فحينئذ إن قلنا إنَّ الدليل على اعتبار القدرة هو نهي النبي (صلى الله عليه وآله) عن بيع الغرر فظاهره مانعية احتمال الخطر - بناء على كون المراد من الغرر احتمال الخطر - لا شرطية القدرة ولا مانعية العجز . فحينئذ أيضاً لا فرق بينهما في بطلان العقد وذلك لوجود هذا الاحتمال وجداناً وخروج المورد من موارد الشبهة رأساً . وتوهم أنه لو كانت القدرة مسبقة بالحالة السابقة نستصحب ونثبت القدرة فعلاً فيحكم بصحة العقد في غاية السقوط ، لأنَّ الموجب لبطلان العقد وعدم صحته هو احتمال الخطر فهو موجود وجداناً ، وليست القدرة موضوعاً للحكم بل الموضوع هو عدم احتمال الخطر كما هو المستفاد من النبوي (صلى الله عليه وآله) ويدهي أن استصحاب القدرة لا يثبت عدم احتمال الخطر إلا على القول بالأصل المثبت وهو كما ترى ، نعم لو قامت البيّنة على القدرة فعلاً تثبت لوازمها تعبدًا .

وأما إذا كان دليل الاعتبار قوله (صلى الله عليه وآله) « لا تبع ما ليس عندك »^(١) وفُسِّرنا « ما ليس عندك » بعدم السلطنة والقدرة لا عدم الملك ، فحينئذ إن كانت القدرة مسبقة بالحالة السابقة نستصحب فنحكم بصحة البيع ، وكذا نستصحب عدم القدرة أو العجز ونحكم ببطلان العقد إذا كان عدم القدرة أو العجز

مسبوقاً بالحالة السابقة بلا فرق بين شرطية القدرة أو مانعية العجز، وأما إذا كان كلٌّ منهما مسبوقاً بالحالة السابقة ولكنّه قد اشتبه المتقدم والمتأخر فيتعارض الاستصحابان ويرجع إلى الأصل الآخر الموجود في المقام وهو عبارة عن أصالة الفساد في المعاملة وعدم انتقال الثمن من ملك مالكة إلى البائع وأصالة عدم انتقال الثمن من ملك صاحبه إلى المشتري .

وأما إن لم يكن لها حالة سابقة أصلاً فقد ذكرنا في موطنه أنّه يترتب الأثر في موارد دوران الأمر بين شرطية أحد الضدين ومانعية الضد الآخر كالعدالة والفسق إذا شككنا في كون العدالة شرطاً أو الفسق مانعاً ولم يكن لواحد منها حالة سابقة، فحينئذ لو قلنا بكون العدالة شرطاً في الجماعة نستصحب عدمها باستصحاب العدم الأزلي فيترتب عليه عدم جواز الصلاة خلفه، وإن قلنا بكون الفسق مانعاً فنستصحب عدمه ويترتب عليه جواز الصلاة خلفه أو قبول شهادته مثلاً، إلّا أنّه لا ثمة بينهما في مثل المقام الذي يكون التقابل بينهما تقابل العدم والملكية، وذلك لجريان استصحاب عدم القدرة الأزلي على كل تقدير ويترتب عليه بطلان العقد سواء قلنا بكون القدرة شرطاً أو العجز وعدم القدرة مانعاً، نعم لو قلنا إنّ العجز أمر بسيط وجودي منترع من عدم القدرة تكون الثمرة موجودة، لأنّه بناء على كون ذلك الأمر البسيط مانعاً فنستصحب عدمه باستصحاب العدم الأزلي فنثبت عدم العجز فيصح العقد، كما لا يبعد أن يكون العمى من هذا القبيل أي أمراً بسيطاً لا من قبيل العدم والملكية، فالعمى ليس عدم البصر في مورد من شأنه البصر بل العمى عنوان بسيط منترع من عدم البصر، إلّا أنّ الأمر في المقام ليس كذلك، لعدم كون هذا العنوان أي عنوان العجز مأخوذاً في لسان دليل بل المأخوذ في الأدلة عنوان عدمي وهو عبارة عن قوله (صلّى الله عليه وآله) « ما ليس عندك » بناءً على أن يكون هو المدرك في المقام، فالمانع أمر عدمي والاستصحاب الأزلي يقتضي تحقّقه وبحكمه بفساد

العقد ، فلا فرق بين المسلكين من حيث نتيجة الأصل العملي على جميع التقادير .
ثم إنَّ هذا الشرط أي القدرة على التسليم إنما يعتبر بالنسبة إلى من ينتسب إليه العقد وبصير العقد عقدًا له ولا اعتبار لقدرة الأجنبي وعدم قدرته ، كما أنَّ نهي النبي (صلى الله عليه وآله) عن بيع الغرر موقوف على تحقُّق موضوعه خارجاً بأن يكون الغرر فعلياً لا شائياً .

وأيضاً إنَّ قوله (عليه السلام) « لا تبع ما ليس عندك » بناءً على كون المراد منه عدم جواز بيع ما لا سلطنة عليه في تسليمه خطاب لمن يكون مأموراً بالتسليم ، لأنَّ اعتبار القدرة من جهة كونها مقدّمة على التسليم والتسلّم ، وأمّا فيما لم يكن البائع مثلاً مأموراً بالتسليم فلا يكون مشمولاً لهذا الخطاب ، فإذا نترتب عليه صحّة البيع فيما لا يكون المبيع عند مالكة ، بل المال موجود في يد المشتري كما إذا كان المبيع عند المشتري ولكن البائع لم يكن متمكناً من أخذه منه فله أن يبيعه لنفس المشتري لا لغيره ، فحينئذ لا مانع ولا إشكال في صحّة البيع وإن لم يكن البائع قادراً على التسليم ، لأنَّ المفروض حصول المال عند المشتري ، وقد ذكرنا أنَّ اعتبار القدرة كانت مقدّمة لذلك ، وليس في المقام غرر أيضاً كما هو واضح .

ويتربّط عليه أيضاً صحّة بيع العبد الذي لا يكون البائع قادراً على تسليمه لمن ينعق عليه ، لأنَّ الغرر مفقود في المقام لعدم احتمال الخطر ، كما أنَّ قوله (صلى الله عليه وآله) « لا تبع » لا يكون شاملاً لهذا المورد ، لأنَّ التسليم مع قطع النظر عن الغرر لم يكن لازماً في هذا المورد ولم يكن البائع مأموراً بالتسليم ولا المشتري قابلاً للتسلّم لفرض انتعاق العبد بمجرد تحقُّق البيع .

ومن هنا ظهر فساد ما قد يتوهم من أنَّ انتعاق العبد فرع صحّة العقد وصحّته أيضاً منوط بقدرة البائع على التسليم والمفروض انتفاء الثاني فيصير المقدّم مثله .
وجه الفساد : أنّه قد ذكرنا أنَّ اشتراط القدرة لا موضوعية لها ، بل هي مقدّمة

للتسليم فيما يكون البائع مأموراً بالتسليم ، والمفروض في المقام أنه مع قطع النظر عن قوله (صلى الله عليه وآله) « لا تبع » الخ لم يكن التسليم واجباً على البائع ، لأنَّ العبد بمجرد العقد ينعقد وكان العقد الكذائي مع قطع النظر عن قوله (صلى الله عليه وآله) « لا تبع » مشمولاً لعمومات صحّة العقود ، كما لا يلزم الغرر هنا لعدم احتمال الخطر بملاحظة حكم الشارع بالانعتاق ، نعم لو لا هذا الحكم لكان البيع غريباً إلاَّ أنه غرر شأني لا يدور الحكم مداره ، وكيف كان إنَّ هذا التوهم فاسد بالمرة .

وقد ظهر من مطاوي ما ذكرناه أنَّ الاعتبار في هذا الشرط إنما هو مرحلة زمان استحقاق التسليم والتسلّم ، فإذا ن لو كان العقد من العقود التي لا يعتبر فيه التسليم إلاَّ بعد مدّة كما إذا اشترط البائع أن يكون تسليم المبيع بعد شهر يصحّ العقد فيما إذا لم يكن البائع قادراً على تسليمه إلاَّ عند حلول وقت التسليم ، وقد رتب شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(١) على هذا أي على أنَّ المناط في اشتراط القدرة على التسليم إنما هو زمان استحقاق التسليم والتسلّم صحّة بيع الفضولي من الطرفين لأنّه لا يستحقّ التسليم إلاَّ بعد إجازة المالك فلا يعتبر القدرة على التسليم قبل الإجازة ، ثم استشكل في صحّته بناءً على كون الإجازة كاشفة وكان العقد فضولياً من طرف واحد من حيث لزومه على الأصيل ، فيحصل الغرر من جهة أنّه قد انتقل إليه شيء لا يقدر على تحصيله .

ولكنّه لا يخفى ما فيه أصلاً وإشكالاً . أمّا أصلاً فلما ذكرناه من أنَّ اعتبار هذا الشرط إنما هو بالنسبة إلى من يكون العقد عقداً له ومنسوباً إليه ، وغير خفي أنَّ العقد ليس عقداً للبائع الفضولي ، وهو خارج عن دائرة هذا الشرط لكونه أجنبياً عن العقد كما هو واضح . وبعبارة واضحة أنَّ من له العقد ويتنسب إليه العقد قادر

على تسليمه في ظرفه وعند الانتساب ، هو عبارة عن وقت الاجازة ، وأما البائع فهو أجنبي عن العقد وعن ساحة هذا الشرط .

وأما عدم ورود الإشكال فظاهر ، أما عدم لزوم الفرر فمن جهة أن العقد إن كان صحيحاً باجازه المالك يصير المثلث ملكاً للمشتري والمفروض قدرة المالك أيضاً على تسليمه حين الاجازة ، وقد ذكرنا أن هذا شرط في مرحلة الاستحقاق وليست هذه المرحلة إلا عند اجازة المالك ، لأن وقت الانتساب هو هذا الحين والمالك مأمور بالتسليم من وقت الاجازة لاقبلها كما ذكرنا آنفاً ، وإن لم يجز المالك فإله يبق في ملكه فأين احتمال الخطر .

وأما عدم شمول قوله (صلى الله عليه وآله) « لا تبع ما ليس عندك » للمقام فيظهر مما ذكرناه مراراً من أن هذا خطاب لمن يكون مأموراً بالتسليم ويكون العقد منسوباً إليه وضروري أن المالك مأمور بالتسليم بعد الاجازة والعقد منسوب إليه وعقد له بعد الاجازة ، وذكرنا أيضاً أن البائع الفضولي أجنبي وخارج عن ساحة هذه الأمور كما لا يخفى .

وأيضاً يترتب على ما ذكرنا صحة بيع الراهن قبل اجازة المرتهن ولا يلزم غرر لأنه لو أجاز المرتهن تكون العين المرهونة للمشتري وإلا يبق ماله في ملكه فلا غرر في بيعه ولا يكون مشمولاً لقوله (صلى الله عليه وآله) « لا تبع ما ليس عندك » إذا قلنا إن المناط في القدرة وعدمها هي القدرة الخارجية ، والمفروض قدرته على التسليم خارجاً غاية الأمر قد منع الشارع عنه قبل إجازة المرتهن لأجل تعلّق حقه به ، نعم لو قلنا إن العجز الشرعي مثل العقلي والمفروض أن الراهن في المقام غير قادر على التسليم شرعاً يكون المقام مشمولاً لقوله (صلى الله عليه وآله) « لا تبع » ولكنه قد ذكرنا آنفاً أنه تلزم في هذا المقام بالتخصيص لأجل ما استفدناه من القاعدة الكلية من الروايات الواردة في عقد العبد من التعليل المذكور فيها من قوله

(عليه السلام) « فَإِنَّهُ لَمْ يَعْصِ اللَّهَ وَإِنَّمَا عَصَى سَيِّدَهُ فَإِذَا أُجَازَ جَازَ »^(١).

ثمَّ إِنَّهُ يَقَعُ الْكَلَامُ فِي الْعُقُودِ الَّتِي يَكُونُ الْقَبْضُ مِنْ مَقْوَمَاتِهَا مِثْلُ بَيْعِ الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ وَنَفْسِ عَقْدِ الرِّهَانَةِ ، وَقَدْ وَقَعَ الْكَلَامُ فِي أَنَّهُ لَوْ تَعَذَّرَ التَّسْلِيمُ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ يَكُونُ الْعَقْدُ بَاطِلًا أَوْ لَا ، وَاخْتَارَ الشَّيْخُ (قَدَّسَ سِرَّهُ) ^(٢) عَدَمَ اشْتِرَاطِ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ فِي هَذِهِ الْمَوَارِدِ وَعَدَمَ كَوْنَ التَّعَذُّرِ مَانِعًا عَنْ صِحَّةِ الْعَقْدِ ، لِأَنَّ تَعَذُّرَ التَّسْلِيمِ مَانِعٌ عَنْ صِحَّةِ الْعَقْدِ الَّذِي يَكُونُ التَّسْلِيمُ مِنْ أَحْكَامِهِ لَا مِنْ شُرُوطِ تَأْثِيرِهِ وَمَقْوَمَاتِهِ ، بِدَاهَةِ كَوْنِ التَّسْلِيمِ وَالْقَبْضِ فِي هَذِهِ الْمَوَارِدِ جِزْءًا نَاقِلًا ، وَالِاعْتِبَارَ بِالْقُدْرَةِ إِنَّمَا هُوَ بَعْدَ تَمَامِيَةِ الْعَقْدِ ، وَالْمَفْرُوضُ أَنَّ الْعَقْدَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ فِي هَذِهِ الْمَوَارِدِ لَمْ يَتِمَّ ، وَلَيْسَ الْمَقَامُ إِلَّا مِثْلُ مَوَارِدِ عَجْزِ الْمَوْجِبِ قَبْلَ الْقَبُولِ فَكَمَا أَنَّ عَجْزَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ لَا يَمْنَعُ عَنْ صِحَّةِ الْعَقْدِ إِذَا كَانَ قَادِرًا بَعْدَ الْقَبُولِ ، فَالْمَقَامُ أَيْضًا كَذَلِكَ يَعْنِي لَا يَمْنَعُ عَجْزَ الْمَالِكِ عَنْ التَّسْلِيمِ لَعَدَمِ تَمَامِيَةِ الْعَقْدِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ ، وَالْمَفْرُوضُ أَنَّ الْمُسَبِّعَ بَعْدَ تَحَقُّقِ الْجِزْءِ الْأَخِيرِ مِنَ النَّاقِلِ وَهُوَ فِي هَذِهِ الْمَوَارِدِ عِبَارَةٌ عَنْ الْقَبْضِ حَاصِلٍ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي ، فَالْقَبْضُ لَيْسَ إِلَّا مِثْلَ الْإِجَازَةِ بِنَاءً عَلَى النُّقْلِ ، وَأَوَّلَى مِنْهَا بِنَاءً عَلَى الْكَشْفِ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْقَبْضُ كَاشِفًا بَلْ هُوَ نَاقِلٌ مِنْ حِينِهِ ، هَذَا حَاصِلُ مَرَامِهِ (قَدَّسَ سِرَّهُ) وَرَفَعَ فِي الْخُلْدِ مَقَامَهُ .

ثمَّ أورد عليه الميرزا (قَدَّسَ سِرَّهُ) ^(٣) بما حَاصِلُهُ : أَنَّهُ فَرَقَ بَيْنَ الْإِجَازَةِ فِي الْفُضُولِيِّ وَبَيْنَ الْقَبْضِ فِي هَذِهِ الْأُمُورِ وَلَا يَقَاسُ هَذَا بِذَلِكَ ، لِأَنَّ الْعَقْدَ فِي بَابِ الْفُضُولِيِّ لَا ارْتِبَاطَ لَهُ بِالْفُضُولِيِّ لِكُونِهِ أَجْنَبِيًّا عَنْهُ وَلَا اعْتِبَارَ بِقُدْرَتِهِ وَعَدَمَ قُدْرَتِهِ

(١) الوسائل ٢١ : ١١٤ / أبواب نكاح العبد والاماء ب ٢٤ ح ٢٠١ .

(٢) المكاسب ٤ : ١٨٨ .

(٣) منية الطالب ٢ : ٣٥٢ - ٣٥٣ .

كما أنه ليس العقد عقداً للمالك لعدم كونه مستنداً إليه قبل الاجازة وإنما يستند إليه بعد الاجازة ، والعقد إنما يتم ويصير عقداً للمالك بعد الاجازة ، فإذا لا يعتبر قدرة المالك على التسليم إلا بعد الاجازة والمفروض وجودها ، بخلافه في هذه الأمور بداهة أن القبض في هذه الأمور وإن كان شرطاً إلا أنه ليس جزءاً للسبب الناقل بل هو شرط للملكية ، لأن الالتزام والعقد قد تحقق بمجرد العقد ولذا اختار المشهور وجوب التقابض ، فعليه يكون العقد فاسداً عند التعذر وعدم القدرة على التسليم ، هذا ملخص مرامه (قدس سره) .

وفيه : أن ما ذكره (قدس سره) من عدم تمامية العقد إلا بعد الاجازة في عقد الفضولي وتمايمته في المقام قبل القبض وكون القبض شرطاً للملكية ، وإن كان متيناً إلا أن ما ذهب إليه من اعتبار القدرة على التسليم وفساد العقد عند عدم القدرة عليه فاسد ، كما أن ما نقله عن المشهور من وجوب التقابض في هذه الأمور لا أصل له ، وذلك لأن الدليل على اعتبار القدرة لو كان نهى النبي (صلّى الله عليه وآله) عن بيع الغرر فهو مفقود في المقام ، لأن الأمر بين الصحة وفساد العقد ، لأنه لو حصل القبض فقد صحّ العقد وإلا يقع فاسداً ويبقى مال كلّ مالك في ملكه فأين الغرر ، كما أنه لو كان قوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع » الخ لا يتم في المقام لما ذكرناه مراراً من أن اعتبار القدرة من باب المقدّمة على التسليم فلا تكون معتبرة إلا إذا كان البائع مأموراً بالتسليم والمفروض عدم كونه كذلك قبل القبض .

وأما حكم المشهور بوجوب التقابض فكلام لا أصل له ، بداهة أن وجوبه لو كان من باب لزوم دفع الملك إلى صاحبه وعدم جواز التصرف في ملكه فغير صحيح ، لأن الملك إنما يحصل بعد صحّة العقد . وبعبارة واضحة حصول الملك فرع صحّة العقد والمفروض عدم صحّته قبل القبض . وإن كان الدليل عليه قوله تعالى :

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) فبديهي أن موضوع هذا العموم هو العقد الصحيح الخارجي ولم يتحقق هذا الموضوع قبل القبض ، مضافاً إلى ما ذكرناه من عدم دلالة هذه الآية الشريفة ومثلها من عمومات أدلة البيع على الحكم التكليفي بل هي إرشاد إلى لزوم العقد وعدم كونه منفسخاً بفسخ المتبايعين كما حققناه في مورده فراجع .

والعجب كلّ العجب من الميرزا (قدّس سرّه) حيث استدللّ على وجوب التقابض بما في قوله (عليه السلام) «فإن نزي حائطاً فأنز معه»^(٢) الوارد في من تفرّق بدون رضا صاحبه ، بداهة أنّ الإمام (عليه السلام) في مقام بيان أنّه لو تفرّق أحد المتبايعين في بيع الصرف مثلاً يكون العقد باطلاً وأنّ العقد إنّما يصحّ لو لم يتفرّق وهل يتوهم أن يكون مراده (عليه السلام) أنّه يجب على أحد المتعاملين أن يمشي مع الآخر ، كلّاً ثمّ كلّاً . وكيف كان إنّ اعتبار القدرة على فرض تسليم كونها معتبرة إنّما هي في الموارد التي تكون القدرة على التسليم من أحكامه لا من مقوماته ومن شروط الملكية هذا .

وقد ذكر الشيخ (قدّس سرّه)^(٣) أنّه لم يخالف في اعتبار هذا الشرط إلّا الفاضل القطيبي المعاصر للمحقّق الثاني حيث ذهب إلى عدم كون القدرة على التسليم شرطاً في أصل صحّة البيع ، ولا يخفى أنّه قد أجاد القطيبي فيما أفاده من عدم كون القدرة شرطاً في صحّة البيع كما ذكرناه في أوّل البحث ، إلّا أنّه قد أخطأ في خصوص العبد الآبق حيث قال : إنّ قوله أي المحقّق (قدّس سرّه) في النافع «لو باع الآبق منفرداً لم يصحّ» إنّما هو مع عدم رضا المشتري أو مع عدم علمه الخ ، بداهة ورود الرواية في

(١) المائدة ٥ : ١ .

(٢) الوسائل ١٨ : ١٦٩ / أبواب الصرف ب ٢ ح ٨ .

(٣) المكاسب ٤ : ١٩٠ .

خصوص العبد الآبق بعدم جواز بيعه منفرداً بل لابدّ في صحّة بيعه من الضميمة وقد ألحقنا غيره به خلافاً للمشهور .

بقي في المقام فروع :

الأول : أنّه لا إشكال في صحّة البيع فيما إذا لم يكن البائع قادراً على التسليم ولكنه كان المشتري قادراً على التسلم ، لعدم الغرر كما هو الظاهر وعدم كونه مشمولاً لقوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع ما ليس عندك »^(١) لما ذكرناه من أنّ اعتبار القدرة على التسليم ليس إلّا من جهة حصول الشيء عند المشتري والمفروض تحقّقه عنده .

الثاني : إذا لم يكن كلّ من البائع والمشتري قادراً على التسلم والتسليم ولكنه علما بحصول النتيجة كما إذا باع أحد طيراً وقد طار ولكنه كان من الطيور التي تعتاد العود ، فالظاهر صحّته كما عليه الشيخ وجماعة (قدّس سرّهم) والإشكال بأنّه لا قدرة على التسليم وأنّ عود الطائر غير مؤثّر فيه إذ ليس له عقل باعث في غير محله لأنّ المانع عن صحّته إمّا لزوم الغرر المفروض انتفاؤه لأنّ المفروض علمنا بالعود وليس المورد أيضاً مشمولاً لقوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع ما ليس عندك » لما ذكرناه من عدم الموضوعية للقدرة وإنّما اعتبرناها من باب المقدّمة على التسليم والتسلم ولأجل حصول الشيء عند المشتري والمفروض أنّه سيحصل كما هو مورد الكلام .

الثالث : إذا لم يكن البائع ولا المشتري قادراً على التسليم والتسلم مدّة لا يتسامح فيها عرفاً كسنة أو شهر أو شهرين ففي هذا المقام تكون المدّة تارة مضبوطة وأخرى غير مقدّرة بقدر بل كانت مجهولة ، ففي الصورة الأولى يكون المشتري تارة

عالمًا بذلك وأخرى يكون جاهلاً به ، وقد حكم الشيخ (قدّس سرّه) ^(١) بصحة العقد في صورة العلم بلا خيار وفي صورة الجهل مع الخيار لأجل فوات منفعة الملك عليه مدّة .

ولا يخفى أنّ ما ذكره (قدّس سرّه) من صحة العقد بلا خيار في صورة العلم متين لكون المقام بمنزلة اشتراط التأخير في التسليم ، يعني مرجع هذه الصورة إلى تلك الصورة أي صورة اشتراط تأخير التسليم ، إلّا أنّ ما ذكره في صورة جهل المشتري بالحال من صحة البيع مع الخيار لا وجه له ، بل البيع باطل لكونه غريباً ، بداهة أنّ الغرر ليس إلّا عبارة عن احتمال الخطر وهو موجود ، وأيضاً يكون هذا المورد مشمولاً لقوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع » الخ بداهة أنّ البائع ليس له سلطة حين العقد عليه كما هو واضح ، وأمّا فيما إذا لم تكن المدّة مضبوطة كالعبد المنفذ إلى الهند لأجل حاجة لا يعلم زمان قضائها فالظاهر بطلانه ، لوجود الغرر وصدق قوله (صلّى الله عليه وآله) « لا تبع ما ليس عندك » كما هو غير خفي . ومثل ذلك في عدم جواز البيع الدار التي تكون مطلوبة المنفعة مدّة لا يعلم أمدها .

ثم إنّ المعتبر في القدرة هي القدرة المعلومة للمتبايعين لا القدرة الواقعية فقط وقال الشيخ (قدّس سرّه) أنّه لو باع ما يعتقد التمكن منه فتيّن عجزه في زمان البيع وتجدد بعد ذلك صحّ ، ولو لم تتجدّد بطل ، ولا يخفى أنّه لم نفهم ما يريد الشيخ (قدّس سرّه) وذلك لأنّ الصور في هذا المقام أربعة :

الصورة الأولى : ما إذا كان البائع في الواقع قادراً على التسليم وكان المتبايعان أيضاً عالمين بذلك ، ففي هذه الصورة لا إشكال في صحّته ولا خلاف .

الصورة الثانية : ما إذا لم يكن البائع قادراً على التسليم وكان المتبايعان

أيضاً عالمين بذلك ، فحينئذ أيضاً لا إشكال ولا خلاف في بطلانه سواء قلنا إنَّ الدليل على اعتبار القدرة نهي النبي (صلى الله عليه وآله) عن بيع الغرر أو قوله (صلى الله عليه وآله) « لا تبع ما ليس عندك » كما لا يخفى .

الصورة الثالثة : ما إذا كان البائع في الواقع قادراً ولكن المتبايعين لم يكونا عالمين بذلك ، فحينئذ إن قلنا بأنَّ الدليل على اعتبار القدرة قوله (صلى الله عليه وآله) « لا تبع » الخ فلا مانع من القول بصحة البيع لكون البائع قادراً ومسلطاً عليه في الواقع وإن لم يكن عالماً بذلك ، وإن قلنا إنَّ الدليل عليه نهي النبي (صلى الله عليه وآله) عن بيع الغرر فالحق بطلان العقد لوجود احتمال الخطر الذي هو عبارة عن الغرر وبديهي أنَّ وجود القدرة في الواقع مع عدم علمهما به لا يكون موجباً لرفع احتمال الخطر الذي هو حالة نفسانية كما لا يخفى .

الصورة الرابعة : ما إذا لم يكن المبيع في الواقع مقدور التسليم ولكن كان المتبايعان معتقدين أنه مقدور ، فحينئذ إن قلنا بأنَّ الدليل على اعتبار ذلك هو قوله (صلى الله عليه وآله) « لا تبع » فلا بد من الحكم ببطلان العقد لعدم كون البائع مسلطاً عليه وقادراً على تسليمه واقعاً فيكون مشمولاً لقوله (صلى الله عليه وآله) « لا تبع ما ليس عندك » حال البيع ، وبديهي أنَّ تجدد القدرة بعد ذلك لا يخرج البيع عما وقع عليه من كونه من بيع ما ليس عندك ، فذكره شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) من التفصيل بين تجدد القدرة بعد البيع وعدمه لا وجه له .

وأما إذا قلنا بكون الدليل عليه نهي النبي (صلى الله عليه وآله) عن بيع الغرر فالحق صحة البيع إن قلنا إنَّ قوام الغرر بالجهل . وبعبارة أخرى أن يكون احتمال الخطر له موضوعية في ذلك لعدم صدق الغرر حينئذ لأنَّ المفروض اعتقاد المتبايعين بالقدرة ، وأما إذا قلنا إنَّه لا موضوعية للجهل واحتمال الخطر بل هو طريق محض إلى الهلاك الواقعي كما ذكرناه قبلاً فيها إذا علما بعدم القدرة ، فالظاهر بطلان البيع لأنَّ

المفروض عدم قدرة البائع على التسليم كما لا يخفى ، هذا كله فيما إذا كان البيع من المالك .

وأما إذا كان من الغير كما إذا كان البائع وكيلاً عن المالك فحينئذ يكون الغير تارة وكيلاً في إجراء الصيغة فقط بأن يكون بمنزلة الآلة وأخرى يكون وكيلاً مفوضاً ، فإن كان بالوجه الأول فالمناط في القدرة وعدمها هو الموكل لعدم كون قدرة الوكيل دخيلاً في صحة المعاملة وعدمها ، بداهة أن المفروض أنه أجنبي عنه .
وأما إذا كان بالوجه الثاني بأن يكون وكيلاً مفوضاً ، فحينئذ إن كان الوكيل قادراً على التسليم يكفي في صحة العقد سواء كان الموكل أيضاً قادراً أو لم يكن قادراً ، وسواء كان المشتري عالماً بعدم قدرة الموكل أو جاهلاً بداهة انتفاء الفرر لأن المفروض قدرة الوكيل على التسليم وعدم كونه مشمولاً لقوله (صلى الله عليه وآله) « لا تبع » الخ ، لأن المفروض كون المال تحت يده من حيث إنه وكيل مفوض وأما إذا لم يكن الوكيل قادراً عليه ولكنه كان الموكل قادراً على التسليم فلا بد في صحة العقد علم المشتري بقدرة المالك حتى يرتفع احتمال الخطر وإلا يكون العقد باطلاً لأجل كونه غريباً .

وبعبارة واضحة : أنه يعتبر علم المشتري بقدرة المالك في صورة عدم قدرة الوكيل المفوض ولا يعتبر علمه بقدرة المالك عند قدرة الوكيل المفوض على التسليم . وربما يقال في صورة عدم قدرة الوكيل إنه يعتبر في صحة البيع في هذه الصورة مضافاً إلى علم المشتري بقدرة المالك أن يكون المالك راضياً برجوع المشتري عليه وكذا المشتري راضياً برجوعه عليه ، وعلى هذا بنى فساد العقد الفضولي لعدم كون الفضولي قادراً على التسليم قبل الاجازة ، وقدرة المالك إنما يؤثر لو بني العقد عليها وكان المالك راضياً به حال العقد والمفروض عدم رضا حال العقد .

ثم أورد على نفسه بأنه لا يقال بأننا نفرض الكلام فيما إذا حصل للفضولي اطمننان ووثوق بإرضاء المالك ويطمئن أن المالك لا يخرج عن رأيه وكلامه ، فعليه يكون الفضولي حال العقد قادراً على التسليم ، ثم أجاب عنه بوجهين : أحدهما : أن هذا الفرض خارج عن بيع الفضولي لمصاحبة الإذن للبيع وكونه مقارناً معه فيخرج عن الفضولية . وثانيهما : أن المدعى أعم من هذه الصورة ، بداهة أن القائلين بصحة الفضولي لا يقصرون الحكم على هذا الفرض ، هذا ملخص كلامه .

وذكر شيخنا الأنصاري (قدس سره) ^(١) أن ما ذكره من المبني وما فرّع عليه من بطلان الفضولي والاعتراض الذي ذكره بعده ثم أجاب عنه كلها محلّ نظر وتأمل .

أقول : أمّا عدم صحة أصل المبني فبداهة أنه لم يعتبر في صحة العقد إلا القدرة على التسليم والتسلّم وأمّا رضا المشتري بالرجوع على المالك عند عدم قدرة الوكيل وكذا رضا المالك برجوع المشتري عليه فلا دليل عليه ، بل ليس للمشتري إلا التسلّم من أي شخص كان ، ويكون نظره إلى مرحلة مبادلة ماله بمال آخر وتسليم المبيع والمفروض تحقّقه ، وأمّا اعتبار رضا المالك فهو موجود بعين الوكالة بداهة أن يد المالك فهو كما ترى ، وأمّا اعتبار رضا المالك فهو موجود بعين الوكالة بداهة أن يد الوكيل يده ويبيعه بيعه ، وعلى أي حال يكون المال مطلوباً من الموكل ومحسوباً منه فريضة موجود بمحض الوكالة . وأمّا عدم صحة تفريع بطلان الفضولي عليه على فرض تسليم المبني فمن جهة ما ذكرناه مراراً أن المعتبر في باب الفضولي إنما هو قدرة المالكين عند تمامية العقد وانتساب العقد إليهما والمفروض أن العقد يكون منسوباً إلى المالك عند إجازته ، والمفروض قدرته على التسليم أيضاً في مرحلة الاجازة

والعقد الكذائي إنما يكون مشمولاً لعموم أدلة الوفاء بالعقد من حين الاجازة ، وأما الفضولي فهو أجنبي بالمرّة عن العقد كما لا يخفى ، وهذا بخلاف المقام بداهة أنّ العقد من زمان وقوعه وحدوثه ومن الأول مشمول لأدلة وجوب الوفاء بالعقد فكيف يقاس المقام بباب الفضولي .

وأما عدم صحّة الاعتراض على نفسه ، فلأنّ قدرة الفضولي على التسليم غير مؤثّرة لكونه أجنبياً كما عرفت ، وأما عدم صحّة جوابه الأول عن الاعتراض فلوجهين : أحدهما أنّه قد ذكرنا مراراً أنّ مقارنة العقد بالرضا لا يكون موجباً لخروج البيع عن الفضولية ما لم يكن في المقام إذن سابق أو إجازة مقارنة مع العقد . وثانيهما : أنّه على فرض تسليم ذلك أيضاً فالمقام ليس من هذا القبيل لأنّ المفروض أنّ الفضولي يطمئن براضائه فيما بعد لا حين العقد ، وليس رضا المالك مقارناً مع العقد بل هو متأخّر عنه .

ولا يخفى أنّه لو سلّمنا جميع ما ذكره هذا القائل فلا بدّ من تسليم ما ذكره أخيراً بقوله إنّ القائلين بصحّة الفضولي لا يقتصرون الحكم على هذا الفرض ، ولم يظهر لنا وجه التأمل في هذا لشيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ومن المحتمل أن يكون مراده (قدّس سرّه) من قوله : وفيما ذكره من مبنى مسألة الفضولي إلى آخر كلامه رفع في الجنّة مقامه التأمل والمناقشة في المجموع من حيث المجموع لا كلّ واحد واحد بالخصوص حتّى الجواب الأخير أيضاً فافهم وتأمل جيّداً .

الكلام في بيع العبد الآبق

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(١) أنّ المشهور بين علمائنا عدم جواز بيع

الآبق إلا مع الضميمة ، وقد علّل ذلك في الرواية (١) بأنّ الضميمة تقع في مقابل ما نقده في صورة عدم رجوع الآبق ، وعلّل عدم جواز بيع الآبق بأنّه مع اليأس عن الظفر بمنزلة التالف ، ومع احتماله بيع غرر مني إجماعاً نصّاً وفتوى ، ثمّ بعد ذلك تعرّض (قدّس سرّه) لجعل الآبق ثمناً إلى آخر ما أفاده في المقام ، وتوضيح ما ذكره (قدّس سرّه) في هذه المسألة يظهر في ضمن مسائل .

الأولى : أنّه صرّح في ضمن كلماته في المقام بأنّ المنّي في حديث الغرر هو ما كان غرراً في نفسه عرفاً مع قطع النظر عن الأحكام الشرعية الثابتة للبيع ، وعليه فلا يفيد اشتراط الخيار في مثل بيع الآبق أو اشتراط ضمان البائع إلى أيام معينة ، لأنّ بيع الآبق محكوم بالغرر عرفاً ، وتمكّن المشتري من فسخ العقد بالخيار أو باشتراط الضمان حكم شرعي ثبت عليه ولا اعتبار به في الحكم بالبطلان بالحديث ، هذا .

ولا يخفى أنّ نهيه (صلّى الله عليه وآله) عن بيع الغرر من قبيل القضايا الحقيقية وإنّما يتوجّه مع تحقّق موضوعه وهو الغرر ، وتطبيق الغرر على مصاديقه أمر غير راجع إلى العرف ، لأنّه إنّما يتّبع نظره في خصوص مفاهيم الأنفاظ دون باب التطبيقات ، لأنّها ثابتة على واقعها وتحقّق مواردّها ومصاديقها ، ومن المعلوم أنّ المشتري إذا اشترط الخيار على البائع أو اشترط ضمانه عليه إن لم يوجد إلى عشرة أيام مثلاً لما توجّه عليه غرر أبداً ، لأنّ المفروض أنّه على خيار وله أن يفسخ المعاملة إذا كانت ضرورية عليه فلا يشمل نهيه (صلّى الله عليه وآله) عن بيع الغرر لأنّه أمر خارج عن موضوعه ، ولا يفرق في ذلك بين أن يصدق عليه الغرر عرفاً أو لا يطلق عليه ذلك لعدم الاعتبار بنظره في التطبيقات ، وعليه فلا مانع من صحّة البيع

عند اشتراط الخيار أو الضمان كما حكى ذلك عن الاسكافي^(١) فتكون المنافع الفائتة في المدة المشتراط ضمانه بعدها نظير بيع الشيء مسلوب المنفعة في المدة المشروطة وهو لا يضرّ بالبيع .

الثانية : لا يخفى أنّ الوجه في الحكم بعدم جواز بيع الآبق ليس هو الفرر لعدم الفرر مع تمكّن المشتري من عتقه والانتفاع به بذلك ، ولا يلزم في صحة البيع أن يكون المشتري قادراً على الانتفاع بالمبيع بجميع منافعه ، وذلك نظير بيع العبد المريض فإنه يتمكن من عتقه ولذا صحّ بيعه وإن كان لا يعلم أنّه يبرأ من مرضه حتّى ينتفع بجميع منافعه أو يموت ، كما لا يعلم في المقام أنّه يرجع إليه حتّى ينتفع به بسائر منافعه أو لا يرجع إليه ، وكيف كان فلا يحكم بالبطلان في المقام مستنداً إلى الفرر وإنّما الوجه في الحكم بعدم الجواز هو النصّ الوارد في عدم جواز بيع الآبق كما في رواية رفاعة النخّاس قال « قلت لأبي الحسن (عليه السلام) أ يصلح أن أشتري من القوم الجارية الآبقة - إلى أن قال (عليه السلام) - لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها ثوباً أو متاعاً فتقول لهم : أشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً فإنّ ذلك جائز »^(٢).

وفي مؤثقة سماعة عن أبي عبدالله (عليه السلام) « في الرجل قد يشتري العبد وهو آبق عن أهله ؟ قال (عليه السلام) لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً فيقول أشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا درهماً فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى معه »^(٣).

(١) حكاه عنه في المختلف ٥ : ٢٤٠ .

(٢) الوسائل ١٧ : ٣٥٣ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ١١ ح ١ .

(٣) الوسائل ١٧ : ٣٥٣ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ١١ ح ٢ ولكن فيه « فيما اشترى

وبذلك يرتفع التنافي المتراءى في كلمات الشهيد في اللعنة^(١) والعلامة في التذكرة^(٢) وذلك لأنَّ الشهيد بعد ما جزم بعدم جواز جعل الآبق مثمناً تردّد في جواز جعله ثمناً ، قَرَّبَ الجواز أخيراً وحكم أيضاً بجواز بيع الضالّ أو المجهود مع أنّها مشتركان مع الأول أي العبد الآبق في عدم القدرة على التسليم واستلزامه الغرر ، ولكثرتك عرفت أنَّ الوجه في الحكم بعدم الجواز في بيع الآبق إنّما هو النصّ وليس مستنداً إلى الغرر لعدم الغرر في بيع الآبق ، وبما أنّه ورد في خصوص بيع الآبق فلذا لا يتعدّى عنه إلى صورة جعله ثمناً أو إلى بيع الضالّ والمجهود ، وحكم بصحّتها لانتفاء الغرر لتكثّره من الانتفاع بها بالعتق .

وأما العلامة فقد ادّعى أولاً الإجماع على اشتراط القدرة على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غرر ، ثمّ ذكر في مسألة بيع الآبق أنَّ المشهور عدم الجواز ولم يدّع الإجماع فيها على البطان ، ثمّ ذكر الضالّ ولم يحتمل فيه إلّا جواز البيع ، فلا يرد عليه أنَّ المسائل كلّها مشتركة في الحكم بالبطان للغرر ولا بدّ من دعوى الإجماع على عدم جوازها ، ولماذا فَرَّقَ بينها وادّعى الإجماع على البطان في بعضها والشبهة عليه في بعضها الآخر واختار أو احتمل الجواز في ثالثها ، والوجه في عدم ورود ذلك عليه أنَّ الوجه في الحكم بعدم الجواز في مسألة بيع الآبق هو النصّ دون الغرر فلا يشملها الإجماع القائم على بطان بيع الغرر ، ولا مانع من دعوى الشبهة فيها لتغايرها عمّا انعقد عليه الإجماع ، كما لا مانع من احتمال الجواز في الضالّ لأنّه

(١) [لا يخفى أنَّ الشهيد في اللعنة الدمشقية قَرَّبَ المنع من جعل العبد الآبق ثمناً ، اللعنة

الدمشقية ٣ : ٢٥١] .

(٢) التذكرة ١٠ : ٤٨ - ٤٩ .

غير غرري والنص مختص بالآبق .

ثم إنه ظهر مما ذكرناه في المقام أن بيع الضال والمغصوب لا يقاس بالآبق ، لأن النص مختص به ولا يمكن التعدي منه إلى الضال . ولذا تردّد الشهيد في اللمعة (١) في جعل الآبق ثمناً ، لأن النهي إنما اختص ببيعه وجعله مثنياً ولا يشمل ما إذا جعله ثمناً فكيف ببيع الضال والمغصوب . وبالجمله أن بيعها مما لا يشمل النص ، وإن أمكن التعدي منه إلى صورة جعله ثمناً لإمكان استفادة المنع عن مطلق المبادلة الواقعة عليه ولو بمجمله ثمناً أو مورداً للاجارة ونحوه ، إلا أنه لا يمكن التعدي منه إلى بيع الضال والمغصوب بوجه ، ومن الواضح أن بيعها ليس غررياً لإمكان الانتفاع بعقدها فلا محالة يقع بيعها صحيحاً .

الثالثة : هل يلحق بالبيع الصلح على ما يتعدّر تسليمه فيعتبر فيه القدرة على التسليم أو أنه لا يلحق بالبيع أو فيه تفصيل ؟ وجوه وأقوال ، بعد التسالم على أن سائر المعاملات كالاجارة والمزارعة والمساقاة بل الوكالة التي هي من غير المعاوضات كالبيع في الاشتراط بالقدرة على التسليم .

فربما يقال بأن الصلح كالبيع في الحكم بالاشتراط لأن الدائر على الألسنة هو نفي الغرر من غير اختصاص بالبيع ، بل قد أرسل في كلماتهم عن النهي (صلّى الله عليه وآله) والمرسل هو العلامة (٢) ظاهراً أنه (صلّى الله عليه وآله) نهى عن الغرر ولم يقيده بالبيع فيشمل الصلح أيضاً لا محالة .

وأخرى يقال بأن النهي يختص بالمبادلة الواقعة على المالكين ولا يشمل الصلح الذي هو أمر آخر وراء المبادلة بين المالكين .

(١) اللمعة الدمشقية ٣ : ٢٥١ .

(٢) التذكرة ١٠ : ٥١ .

وثالثة يفصل بين الصلح المبني على المغالبة والتدقيق نظير صلح الدالين الذي هو في الحقيقة بيع وقد أبرز بلفظ الصلح للتخلص عن بعض الإشكالات ولكن الغرض هو بيع هذا بذاك وغرض كل من المتصلحين هو الغلبة على الآخر فحكم بالحاقه بالبيع ، وبين الصلح المحاباتي المبني على السماح والمساعدة لا على المغالبة كالمصالحة بين المالين من دون نظر إلى أن كلاً منهما يسوى كذا مقدار فحكم بعدم إلحاقه بالبيع .

والتحقيق أن يقال : إن إلحاق الصلح بالبيع أو عدمه متوقف على ملاحظة مدرك ذلك الاشتراط في البيع ، فإن كان المدرك للاشتراط في البيع هو الإجماع المنعقد على اشتراط البيع بالقدر على التسليم فلا محالة نحكم بعدم الإلحاق لأن الإجماع دليل لبي فيكتفى فيه بالمقدار المتيقن ، والقدر المتيقن منه هو البيع فلا يشمل الصلح حيثئذ .

وإن كان مدركه في البيع هو الحديث أعني نهي النبي (صلّى الله عليه وآله) عن بيع الفرر فلا مانع من الحكم بالإلحاق ، وذلك لأنّ هذا النهي حيثئذ نظير نهيّه (صلّى الله عليه وآله) عن بيع الملامسة أو الحصة وغيرهما مما أريد منه البيع بالمعنى الأعم ويستفيد منه العرف أنّ المعاملة الفررية باطلة لأجل غررها من دون خصوصية للمعاملة ويتعدّون منه إلى جميع الموارد الفررية ، وهذا نظير ما إذا وهب أحد ماله لزيد واشترط عليه أن لا يبيعه فإنّ العرف يستفيد منه عدم جواز نقله إلى الغير من دون خصوصية للبيع بوجه ، وعليه فلا مانع من شمول الحديث للمصلح .

إلا أنّ الصلح المبني على السماح والمساعدة لا يأتي فيه الفرر أصلاً فهو خارج عن الحديث موضوعاً ، وذلك لأنّ الغرض المعاملي يعني ما ينشأ المتصلحان إنّما هو التسالم من دون نظر ولا غرض في أنّ هذا يسوى بكذا وكذا ، فهو ليس أمراً خطرياً بل هو بنفسه صالح الآخر لينتقل هذا المال إليه ، وعليه فلا مانع من التفصيل بين

الصلح المسامحي والصلح المبني على الدقة ، هذا كله فيما إذا استندنا في إثبات شرطية ذلك إلى الإجماع أو الحديث .

وأما إذا استشكلنا في كل واحد من الإجماع والحديث وقلنا إن الإجماع الموجب للقطع برأي الإمام غير ثابت لأن دون تحصيله خطر القتاد ، وأن الحديث غير تام من جهة السند ، كما أن قوله (عليه السلام) « لا تبع ما ليس عندك » غير تام من جهة الدلالة فيبقى الاشتراط في نفس البيع خالياً عن الدليل فضلاً عن الحاق الصلح به ، وبما أنه لا دليل عليه غير الأمرين المتقدمين فلا بد من ملاحظة الأدلة الواردة في خصوص بيع العبد الآبق حتى نرى أنها بحيث يمكن استفادة هذا الشرط منها لطلق البيع أو لا .

فنقول : إنه ورد في بيع الآبق روايتان إحداها رواية رفاعه وثانيتهما موثقة سماعه وقد نقلناها آنفاً ، وهما تدلان على عدم جواز بيع الآبق إلا في صورة الضميمة ، ويستفاد منها أن التملك في البيع بمجرد لا يكفي في صحته ، بل لابد في البيع من أن يصل إلى المشتري شيء يقابل ما بذله من الثمن ، فالعبد الآبق وإن أمكن الانتفاع منه بعته إلا أنه (عليه السلام) مع ذلك لم يكتف به بل اشترط في صحة بيعه ضم شيء إليه ، وهذا من دون اختصاص ببيع الآبق بل لابد في جميع البيوع من أن يكون فيها شيء يعود إلى المشتري ، فإذا لم يمزج بيع العبد من دون ضميمة مع إمكان الانتفاع منه بعته فلا يجوز بيع غيره مما لا يمكن الانتفاع منه بوجه بطريق الأولوية وهذا كما في بيع الفرس الشارد حيث إنه غير قابل للانتفاع بوجه ، فن هاتين الروايتين نستفيد اشتراط القدرة على التسليم وكون المبيع بحيث يعود إلى المشتري لا محالة في جميع البيوع بل مطلق المعاوضات من دون خصوصية لبيع الآبق .

ثم إن المذكور في ذيل موثقة سماعه قوله (عليه السلام) : « فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى معه » وهو بمنزلة التعليل للحكم بالجواز ، ولازم ذلك

التعدي من بيع الآبق مع الضميمة إلى بيع مثل الفرس الشارد مع الضميمة ، إلا أن المشهور لم يلتزموا بذلك وذهبوا إلى بطلانه ، هذا تمام الكلام في إلحاق الصلح بالبيع .

الكلام في شرائط الضميمة

ذكر شيخنا الأنصاري (قدس سره) ^(١) أن ظاهر السؤال في صحيحة رفاة والجواب في موثقة سماعة هو الاختصاص بصورة رجاء الوجدان ، وذلك لأن السائل في الصحيحة سأل (عليه السلام) عن شراء الجارية الآبقة وإعطاء الثمن إلى قومها وطلب الجارية بنفسه ، كما أن الإمام (عليه السلام) في الرواية الثانية أجاب الراوي بأن بيع الآبق وشراؤه لا يصلح بمجردة إلا أن يشتري معه شيئاً بحيث إذا لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى معه ، ومن المعلوم أن فرض السؤال في الصحيحة أعني قوله « وأطلبها » ، وظاهر الجواب في الرواية الثانية بقوله (عليه السلام) « إذا لم يقدر » يختصان بصورة رجاء الوجدان وإلّا فاع القطع بعدم الوجدان لا معنى لقول السائل وأطلبها لأنه مع القطع بعدم لغو ، كما لا مجال لقول الإمام (عليه السلام) « إن لم يقدر على العبد حينئذ » إذ المفروض أنه يقطع بعدم القدرة عليه وبأنه لا يجده يقيناً ، فهذان التعبيران يختصان بصورة رجاء الوجدان . ثم بعد ذلك علّله (قدس سره) بأن المعاملة في صورة اليأس والقطع بعدم الوجدان سفهية كما أنها أكل للمال بالباطل وهما باطلان ، وفي بعض النسخ أنها غررية فلا يمكن أن يكون جزءاً من المبيع ، نعم لا مانع من أن يكون شرطاً في البيع كما إذا اشترى الضميمة باستقلالها واشترط على البائع تملكه للآبق بنحو شرط النتيجة ، هذا ملخص ما أفاده في المقام .

وللمسألة صور ثلاث : الأولى صورة رجاء الوجدان عادة ، وهذه هي المقدار المتيقن من الرويتين ولا إشكال في صحة المعاملة حينئذ .

. الثانية : صورة عدم الوجدان عادة مع احتمال أي احتمال وجدانه عقلاً ولو احتمالاً ضعيفاً ، وهذه هي التي ادعى شيخنا الأنصاري انصراف الرويتين عنها ولكن الأمر ليس كذلك لأنها توافق التعبير بـ « أطلبها » كما توافق قوله (عليه السلام) « إن لم يقدر عليه » وذلك لأنه يطلبه للاحتمال الوجداني بالوصول إليه ، إذ المفروض أن الوصول إليه ممكن عقلاً ، ويصدق عليه قوله « إن لم يقدر عليه » لأنه ليس بمقطوع الزوال .

الصورة الثالثة : صورة القطع بعدم الوجدان ، وهذه الصورة وإن كانت خارجة عن الرويتين لعدم صحة إطلاق « أطلبها » أو « إن لم يقدر عليه » مع القطع لعدم القدرة ، إلا أن ذلك لا يضر بصحة المعاملة ، وذلك لأن الإمام (عليه السلام) إنما كان في الرويتين بصدد بيان أن ضم الضميمة شرط في صحة المعاملة وأنه على تقدير عدم الوصول إليه يكون ما نقده بازاء ما اشترى معه ، وأما أن العبد مورد للنظر بالوجدان أو القطع بعدمه فليس محطاً لنظره .

وأما ما أورده عليه بأنه معاملة سفهية ، ففيه ما أشرنا إليه في أوائل كتاب البيع بأن المعاملة السفهية لا دليل على بطلانها ، بل مقتضى العمومات صحتها وإنما الباطل معاملة السفه لا المعاملة السفهية ، هذا مضافاً إلى أن المعاملة عقلانية فيما إذا اشترى الآبق بقيمة نازلة مع أنه كان يسوى بألف دينار فإن ذلك مطمع للعقلاء والمعاملة عقلانية .

وأما قوله إنها أكل للمال بالباطل ، فهو أيضاً مندفع بما ذكرناه هناك من أن المراد بالآية حرمة أكل المال بالأسباب الباطلة كالقمار والنهب في مقابل التجارة عن تراض ، وهذا غير صادق في المقام إذ المفروض أنه معاملة وتجارة عن تراض .

وأما إيراد أنها غررية ففيه أننا لو أغمضنا النظر عن شمول الروايتين لصورة القطع بعدم الوجدان وقلنا إنها غررية فهذا لا يفرق فيه بين أن يكون الأمر الغرري جزءاً للمبيع أو شرطاً له ، فلماذا أجازها فيما إذا كان شرطاً للمبيع مع أنه صرح في البحث عن أن الشرط الفاسد مفسد بأن الشرط الغرري موجب لبطلان المشروط . فالصحيح أن المعاملة في جميع هذه الصور صحيحة ، والروايتان شاملتان لها بأجمعها ، ومعه لا يبقى لدعوى الغرر وجه .

ثم إن شيخنا الأنصاري^(١) ذكر للضميمة شرطين : أحدهما أن تكون مما يجوز بيعه ، فما لا يصح بيعه شرعاً كالخمر والخنزير أو عند العقلاء كبيع الخنفساء لعدم ماليته لدى العرف فلا يصح جعله ضمانة للآبق بوجه . وثانيهما : أن يكون بيعها منفردة صحيحاً ، فلا يصح ضم الآبق الآخر في بيع العبد الآبق لعدم صحة بيعه في حال الانفراد ، هذا .

أما الشرط الأول فاستفادته من الرواية ظاهرة حيث ذكر (عليه السلام) « إلا أن يشتري معه شيئاً » إلى آخره ، فما لا يجوز بيعه لا يمكن شراؤه معه . وأما الشرط الثاني فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) أن ذلك لا يظهر من الرواية ، وإليه مال شيخنا الأستاذ (قدس سرّه)^(٢) إلا أنه ذكر أن المناسبة بين الحكم والموضوع تقضي أن تكون الضميمة قابلة للبيع بمجرد ما ، ووافق شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) في عدم استظهاره من الرواية .

ولكننا لا ندري أنها إلى أي شيء ينظران في الرواية مع أنها بأعلى صوتها تنادي باشتراط ذلك في الضميمة ، وذلك لقوله (عليه السلام) « فإن لم يقدر عليه كان

(١) المكاسب ٤ : ٢٠٣ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٣٥٨ - ٣٥٩ .

الذي بذله (تقده) فيما اشترى معه « فإذا فرضنا أنَّ الضميمة لا تقابل بالمال بمجرد ما
كفيع يقع ما تقده في مقابلها على تقدير عدم القدرة على العبد فلا يكفي فيه ضمّ
الآبق الآخر إليه ، ولا ضمّ الطائر الذي يطير في الهواء لعدم القدرة على تسليمه
ولعلّ ذلك ظاهر .

ثم إنَّ المنفعة هل تكفي ضميتها في صحة بيع الآبق أو لا بدّ فيها أن تكون من
الأعيان الخارجية ؟ إن استفدنا من الرواية أنَّ غرض الشارع عدم ذهاب مال
المشتري بلا عوض وأن يكون هناك ما يقابل ثمنه على تقدير عدم القدرة على العبد
فلا مانع من أن تكون الضميمة منفعة الدار إلى مدّة معيّنة مثلاً ، لأنّها ممّا يقابل بالمال
ولا يذهب ماله هدرًا على تقدير عدم القدرة على العبد .

وأما إذا قصرنا النظر على الرواية وتعبّدنا بظاهرها فلا يمكن جعل المنفعة
ضميمة ، لأنّ الرواية دلّت على اشتراء شيء آخر معه فلا بدّ أن يكون ذلك الشيء ممّا
يصعّ شراؤه وبيعه والمنفعة لا تباع ولا تشتري ، إذ البيع إنّما هو لنقل الأعيان دون
المنافع والمتكفّل لنقلها أي المنافع هو الاجارة .

فالمتحصّل من جميع ما ذكرناه : أنَّ الضميمة يعتبر أن تكون قابلة للبيع
بمجرد ما وفي حدّ نفسها كما يعتبر أن يكون بيعها جائزاً عند الشرع والعقلاء .

ثم إنَّ الرواية هل تدلّ على أنَّ البيع يقع على الضميمة من الابتداء وعلى العبد
معلّقاً على القدرة عليه ، فإذا قدر عليه فينقصد البيع على المجموع من العبد والضميمة
وأما قبل القدرة عليه فلا يبيع على المجموع ، ولازم ذلك عدم دخول العبد في ملك
المشتري قبل حصول القدرة عليه فإذا أتلفه أحد حينئذ كان التلف في ملك البائع
دون المشتري ، وهذا بعيد من ظاهر الرواية جدًّا وإن نسبته شيخنا الأنصاري^(١) إلى

ظاهر كاشف الرموز حيث ذكر أنّ العبد ما دام آبقاً ليس مبيعاً في الحقيقة (ولكن في كلامه قرائن تدلّ على عدم إرادة ذلك) أو أنّ البيع يقع على المجموع من الابتداء غاية الأمر أنّ الإمام (عليه السلام) أرشد المشتري إلى حكمة اعتبار الضميمة في بيع الآبق وأنه إذا لم يقدر عليه فيقع المال في مقابل الضميمة ، لا أنّ بيع الآبق معلق على قدرته منه ، فهذا بيان لتلك الحكمة ولم يؤت به في الرواية لتعليق البيع عليه بل البيع يقع على مجموعهما من الابتداء كما هو ظاهر قوله (عليه السلام) « إلا أن يشتري معه شيئاً » فيكون العبد ملكاً للمشتري من أول الأمر ، وهذا الاحتمال هو الصحيح دون الأول نعم الرواية تدلّ على عدم جواز مراجعة المشتري إلى المالك فيما يقابل العبد من الثمن فيما إذا تلف وتعذر الوصول إليه ، وإن اقتضت القاعدة رجوعه إليه لأنّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه والتعذر كالتلف وهو لم يقبضه بعد ، فتكون هذه الرواية مخصّصة لعموم كلّ مبيع تلف قبل قبضه ، وذلك لأنّ المشتري بنفسه أقدم على شراء ذلك والبائع قد أبرأ ذمّته من ضمانه لو لم يقدر عليه والشارع أمضى ذلك بهذه الرواية ، هذا كلّّه فيما إذا كان التلف بعد عدم القدرة عليه وكان التلف مستنداً إليه أي إلى عدم القدرة عليه .

وأما إذا تلف قبل حصول اليأس منه فهل للمشتري أن يرجع إلى المالك لأنّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه ، أو أنّ هذه الصورة كسابقتها في عدم جواز الرجوع إلى المالك ؟

ذكر شيخنا الأنصاري^(١) هذين الاحتمالين في المقام ولم يرجّح شيئاً منها والظاهر عدم رجوعه إلى المالك في هذه الصورة أيضاً ، لإطلاق قوله « فإذا لم يقدر عليه كان الذي نقده فيما اشترى معه » ولم يقيّد ذلك بما إذا كان عدم القدرة واليأس

مستنداً إلى شيء آخر غير التلف ، هذا فيما إذا تلف العبد .

وأما إذا تلفت الضميمة قبل قبضها ، فإن كان تلفها بعد القدرة على العبد بوجدانه أو بعقله الذي هو في حكم الوجدان أو بإرسال طعام مهلك إليه وإتلافه به لأنه كالتلف والوجدان ، فيتقسط الثمن بالاضافة إلى الضميمة ويأخذ المشتري ما قابلهما فقط ، لبطان البيع بالنسبة إليها دون الآبق لوصوله على الفرض ، وتلف المبيع قبل قبضه إنما يوجب بطان البيع من حين التلف ولا يكشف عن بطلانه من الابتداء حتى يقال إن البيع من الابتداء باطل في المقام ليطل بذلك بيع الآبق أيضاً .

وإن كان تلفها قبل القدرة على العبد الآبق فهل يوجب انفساخ البيع في الضميمة لقاعدة كل مبيع الخ بطلانه بالاضافة إلى الآبق أيضاً من جهة أن المصحح للبيع في الآبق هو الضميمة حدوداً فإذا انفسخ البيع فيها فلا محالة يبطل في الآبق أيضاً لأنها مما تعتبر في صحة بيع الآبق حدوداً كذلك تعتبر في صحته بقاء ، أو أن انفساخ البيع في الضميمة لا يوجب بطلانه في الآبق لأنها إنما تعتبر فيه حدوداً وقاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه إنما تقتضي بطلان البيع في الضميمة من حين تلفها لا أنه يكشف عن بطلان بيعها من الابتداء حتى يتوهم بطلان البيع في الآبق لعدم انضمام الضميمة إليه ؟

فيه وجهان ذكرهما شيخنا الأنصاري ثم رجح الوجه الأول منها وذهب إلى أن انفساخ البيع في الضميمة يوجب بطلان البيع في الآبق ، ولعل هذا هو الأرجح وذلك لقوله (عليه السلام) « فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده بازاء ما اشترى معه » فإنه يقتضي أن يكون في الآبق ضميمة يقع الثمن في مقابلتها على تقدير عدم القدرة عليه ، فإذا فرضنا انفساخ البيع في الضميمة فلا شيء حينئذ ليقابل بالثمن على تقدير عدم القدرة على العبد ولعله ظاهر .

بقي في المقام فرعان أحدهما : أن الضميمة إذا كانت ملكاً لغير بائع العبد

ولكنه باعها مع الآبق فضولة ثم ردّه مالك الضميمة فهل يبطل البيع بالاضافة إلى الآبق ، أو أنّ البيع بالاضافة إليه صحيح نظير الفرع المتقدم ذكره ؟ لا ينبغي الإشكال في أنّ ردّ المالك يكشف عن عدم صحّة البيع في الضميمة من الابتداء وكأنّه باع الآبق بانفراده ، وعليه فلا يبق وجه لصحّة البيع في الآبق ، هذا كلّ في صورة الردّ.

وأما إذا أجاز المالك فهل يصحّ البيع في الآبق حيثنذ أو أنّه كالسابق في بطلان بيع الآبق ؟ لم يتعرّض إليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ولكن الظاهر بطلان البيع في كلتا صورتين . أمّا في صورة الردّ فلها مرّ ، وأمّا في صورة الاجازة فلقوله (عليه السلام) « إن لم يقدر عليه يكون ما نقده بازاء ما اشترى معه » فإنّ ظاهر ذلك أنّه على تقدير عدم القدرة على العبد يقع ما بذله المشتري في مقابل الضميمة ولا يأكله البائع هدرًا ، وهذا إنّما يتحقّق فيما إذا كانت الضميمة ملكاً للبائع ، وأمّا إذا كان ملكاً لغيره فلا محالة يتقسّط الثمن عليها وعلى العبد ، وبعد ما أخذ مالك الضميمة ما يخصّها من الثمن ووقع ما يخصّ العبد في مقابله وفرضنا أنّ المشتري لم يقدر على العبد فلا محالة يقع ثمن العبد في ملك البائع بلا عوض ولا يخرج من كيسه شيء في مقابل ثمن العبد إذ المفروض أنّ الضميمة ملك للغير ولعلّ ذلك ظاهر .

وثانيهما : ما إذا وجد المشتري في الآبق عيباً سابقاً على البيع فهل يرجع بأرشه إلى البائع كما يجوز له فسخ العقد بلا إشكال ، أو أنّه لا يمكنه أخذ الأرض من البائع ؟ الظاهر أنّ عمومات أدلّة الأرض تشمل المقام لأنّه عيب لم يعلمه المشتري فله الأرض ، ونسبه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(١) إلى القول وهو مشعر بتوقّفه في المسألة ، ولعلّ المانع تحيّل أنّ العبد لا يقع بازائه شيء قبل حصول القدرة عليه وإنّما

الثنى كله بازاء الضميمة فهو لم يشتر العبد حينئذ حتى يرجع بأرشه ، ولكنك عرفت سابقاً أنَّ العبد كالضميمة صار ملكاً للمشتري من زمان البيع وهو قد اشتراه ولا مانع من أن يرجع بأرشه ، ولم تدلّ الرواية على أنَّ العبد لم يدخل في ملك المشتري بوجه .

الكلام في اشتراط العلم بمقدار الثمن

من جملة الشرائط في صحة البيع العلم بالثنى ، وقد استدلوا على اعتباره أولاً بإجماع المسلمين واتفاقهم على أنه إذا باع شيئاً بحكم المشتري بأن علق تعيين الثمن على إرادة المشتري فالمعاملة باطلة . وثانياً بحديث النهي عن بيع الغرر^(١) وثالثاً بالرواية الخاصة^(٢) الواردة في أنَّ الإمام (عليه السلام) كره أن يشتري الثوب بدينار إلا درهم لأنّه لا يدري المشتري أنَّ الدينار أي مقدار من الدرهم ، هذا .

أما الرواية المباركة فلا دلالة فيها على بطلان البيع عند الجهل بالثنى لأنَّ الإمام (عليه السلام) إنما كرهه وهو لا يقتضي البطلان . وأما دليل نفي الغرر فقد تقدّم ما فيه سنداً ودلالة ، فلا يبقى في البين إلا الإجماع فإن تمّ فهو وإلا فلا وجه للاشتراط أبداً ، والظاهر أنَّ إجماع المسلمين لم ينعقد على بطلان البيع فيما إذا لم يعيّن ثمنه بل جعله القيمة السوقية ، بل ولا غرر فيه أيضاً كما هو ظاهر ، هذا كله بالإضافة إلى ما تقتضيه القاعدة .

وأما حكم المسألة بملاحظة الأخبار الواردة في المقام فقد وردت فيها

(١) الوسائل ١٧ : ٤٤٨ / أبواب آداب التجارة ب ٤٠ ح ٣ .

(٢) الوسائل ١٨ : ٨٠ / أبواب أحكام العقود ب ٢٣ .

صحيحة رفاة النخاس^(١) وقد سأل فيها الإمام (عليه السلام) عما اشتراه من الجارية بحكمه وبعد ما قبضها وواقعها بعث إلى بائعها بألف درهم وقال إنه حكى في ثمن الجارية فاستقلها وأبى أن يقبلها ، فقال (عليه السلام) أرى أن تقوم الجارية بقيمة عادلة فإن كان قيمتها أكثر مما بعثتها إليه ، كان عليك أن ترد ما نقص من القيمة وإن كان قيمتها أقل مما بعثت إليه فهو له ... إلى آخر الخبر ، وظاهرها أن البيع بحكم المشتري مما لا مانع منه وإن كان الثمن مجهولاً بحسب الفرض ، هذا إلا أن شيخنا الأنصاري (قدس سرّه)^(٢) وجماعة استشكلوا في الرواية بأن حكم المشتري إذا كان كافياً في صحة البيع فلماذا أوجب القيمة السوقية بعدما وقع البيع بثمن خاص ، وإذا لم يكن حكم المشتري كافياً فلماذا صحح البيع في صورة زيادة ما بعثه إليه من القيمة السوقية .

وقد حملها صاحب الحقائق^(٣) على حكم المشتري المنصرف إلى القيمة السوقية . ويدفعه : أن ذلك لا يصحح الرواية ، إذ لو كان حكم المشتري المنصرف إلى القيمة السوقية كافياً فلماذا أوجب عليه عدم أخذ الزيادة فيما إذا كان ما بعثه إليه أكثر من القيمة السوقية .

وقد أولها شيخنا الأنصاري وحملها على ما لا ينبغي حملها عليه ، بل وإسقاطها أولى من تأويلها بما ذكره (قدس سرّه) وذلك لأنه (قدس سرّه) حملها على كون رفاة وكيلاً من قبل مالك الجارية في بيعها بالقيمة السوقية ولذا وجب عليه رد ما نقص من القيمة عند كون ما بعثه إليه أقل من القيمة السوقية ، وأما وجه عدم

(١) الوسائل ١٧ : ٣٦٤ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ١٨ ح ١ .

(٢) المكاسب ٤ : ٢٠٨ .

(٣) الحقائق ١٨ : ٤٦٠ - ٤٦٣ .

أخذ الزيادة عند كون ما بعته أكثر منها فهو أنّ المالك يرى غبنه في المعاملة وهو بدفعه الزيادة يريد إرضاء المالك حتى يسقط خياره لا أنّه يسقط كما تخيّل بعض الأكابر وأورد عليه بأنّ دفع الزيادة ليس من مسقطات الخيار بل هو يسقطه بمعنى أنّه يأخذ الزيادة ويسقط خياره بنفسه ، وهذا الحمل كما ترى ليس بأقلّ من إسقاط الرواية رأساً .

والصحيح أن يقال : إنّ الرواية لا تحتاج إلى التأويل وأنها ناظرة إلى ما هو المتعارف بين أهل السوق سيّما الحمالين حيث إنّ الحمال يأخذ الحمل ليوصله إلى محله فتسأله عن أجرته وأنها أيّ مقدار فيقول كيفك وأي مقدار تريده ، والقرائن الحالية قائمة على أنّه لا يريد الأقلّ من القيمة السوقية وإنّما يخيره بين دفع أجرة المثل والزيادة ، وهو بهذا اللفظ يجعل الأجرة أو الثمن أمراً كلياً يتحقّق بكلّ واحد من الزيادة والقيمة السوقية ، وقد ذكرنا في الصحيح والأعم^(١) أنّ بعض الألفاظ يوضع للكليّ الجامع بين القليل والكثير ومثّلنا له بالكلمة لأنّها وضعت لما يشتمل حرفين فصاعداً ، وعليه فيكون الأخ كـلمة وأحمد أيضاً كلمة لا أنّ الأولى أنقص والثانية أزيد أو كلمة مع الزيادة بل كلّها كلمة بلا زيادة ولا نقص ، وكذا لفظ الدار فإنّها وضعت لساحة مشتملة على أربعة حيطان مع الثرفة فإنّها إذا اشتملت على سرداب وغرفتين أيضاً دار لا أنّها دار وزيادة .

وكيف كان فلا مانع من أن يجعل الثمن أمراً كلياً وجامعاً بين الزائد وثن المثل ، فإذا كان ما دفعه موافقاً للقيمة المتعارفة فقد أدّى الثمن وإذا كان أكثر منها فقد دفعه أيضاً ، وليس له أخذ الزيادة لأنّه بدفعه الزائد أوجد الكليّ بذلك الفرد كما أنّه إذا كان أنقص يجب عليه أن يتمّ نقصه لقيام القرائن على عدم توكيله في دفع الناقص

عن ثمن المثل ، وبذلك تندفع جميع المحاذير المتقدمة فلا يبقى وجه لتأويل الرواية أو إسقاطها مع صحة سندها ولعلّه ظاهر .

وكيف كان ، فلا ينبغي الإشكال في صحة الرواية وأنه لا مانع من جهالة مقدار الثمن ، إذ لا غرر فيها فيما إذا باعه بالقيمة السوقية وهي معروفة بين أهل السوق كما أنه إذا باعه بسعر ما باعه لغيره أيضاً لا يكون فيه غرر فيما إذا كان ما باعه لغيره بقيمة السوق ، فما ذكره الاسكافي^(١) من تجويز قول البائع بعتك بسعر ما بعت والحكم بصحته نعم ما ذكره ، ولكن قوله : يكون للمشتري الخيار بما لا تعرف له وجهاً ، وذلك لأنّ البيع بالسعر المجهول إن كان موجباً للغرر فالمعاملة باطلة من أساسها ، وإن لم يوجب الغرر فالمعاملة صحيحة فما الموجب للخيار في البين ، هذا كلّه في اشتراط العلم بمقدار الثمن .

ومن جملة الشروط العلم بمقدار المثلث

والدليل على اعتباره هو الأدلة المتقدمة في اعتبار العلم بمقدار الثمن ، ولكّلك عرفت ما فيها وأنّ الإجماع لم يعلم انعقاده ، والغرر غير آتٍ في مثله ، مضافاً إلى عدم تمامية دليله سنداً ولا دلالة ، فإذن لا دليل على اعتبار العلم بمقدار المثلث . وربما يستدلّ على اعتبار العلم بمقدار المثلث بما ورد من الأخبار في اعتبار الكيل والوزن في المكيل والموزون وأنهما لا يصحّ بيعهما من غير كيل ووزن . وفيه : أنّ الكلام في مطلق البيع لا في خصوص بيع المكيل والموزون كما هو ظاهر ، وعليه فالكلام في ذلك يقع في مقامين : أحدهما في اعتبار العلم بمقدار المثلث في مطلق المعاملات ، وقد عرفت أنّه لم يقدّم دليل على اعتباره بوجه .

نعم يمكن الاستدلال على اعتبار العلم بمقدار المثلث بتقرير الإمام المستفاد من صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله (عليه السلام) «أنه سئل عن الموز لا نستطيع أن نعدّه فيكالم بمكيال ثمّ يعدّ ما فيه ثمّ يكال ما بقي على حساب ذلك العدد ، قال لا بأس به»^(١) فإنّ ظاهرها أنّ السائل اعتقد عدم جواز البيع من غير العلم بمقدار المثلث والإمام لم يردعه عن هذا الاعتقاد ولم ينهه على أنّ العلم بمقدار المبيع غير لازم ، بل قد قرره على ذلك وأجاب عن المسألة بقوله «لا بأس به» فنه يستفاد أنّ العلم بمقدار المثلث لازم في صحّة المعاملة وإلّا لردعه الإمام (عليه السلام) ونهه على عدم الاشتراط ، وهذا وإن كان وارداً في خصوص المعداد والمثلث ولكنه يتعدّى منه إلى جميع البيوع والمثلث للقطع بعدم الفرق ، هذا كلّ في المقام الأوّل .

وثانيهما : في اعتبار العلم بمقدار المثلث في خصوص المكيل والموزون ، وهذا ممّا لا إشكال في اعتباره للأخبار المعتبرة الواردة في اعتبار العلم بمقدار المثلث ومنها صحيحة الحلبي «في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكيل معلوم ثمّ إنّ صاحبه قال للمشتري ابتع منّي هذا العدل الآخر بغير كيل فإنّ فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعته ، قال (عليه السلام) لا يصلح (لا يصحّ على نسخة الفقيه) إلّا بكيل . قال وما كان من طعام سمّيت فيه كيلاً فإنّه لا يصلح مجازفة ، هذا ممّا يكره من بيع الطعام»^(٢) وهي كما ترى تنادي باعتبار العلم بمقدار المثلث بالكيل .

وقد يناقش في هذه الصحيحة من وجوه : الأوّل أنّ الإمام (عليه السلام) ذكر أنّ بيع المكيل مجازفة ممّا يكره من المعاملات والكراهة لا تقتضي بطلان البيع كما هو واضح ، وعليه فالصحيحة لا دلالة لها على بطلان بيع المكيل بلا علم بمقداره .

(١) الوسائل ١٧ : ٣٤٨ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ٧ ح ١ .

(٢) الوسائل ١٧ : ٣٤٢ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ٤ ح ٢ .

والثاني : أنَّ الإمام قد نَوَّع وقَسَّم الطعام إلى قسمين فذكر أنَّ ما كان من طعام سَمِّيت فيه كَيْلاً ، وظاهره أنَّ الطعام منه ما هو مكيل ومنه ما لا كيل فيه وهو تنويع له إلى قسمين مع أنَّ الطعام كلُّه من المكيل ولا طعام لا يكون فيه كيل .

والثالث : أنَّ الإمام (عليه السلام) منع عن شراء العدل الآخر بإخبار البائع بوزنه مع أنَّ إخبار البائع ممَّا لا إشكال في صحَّة الاعتماد عليه في المعاملات فالصحيحة غير معمول بها عند المشهور وهي مجعلة لا يمكن الاعتماد عليها ، هذا . والظاهر أنَّ الرواية ممَّا لا إشكال في دلالتها أبدأ .

أما الوجه الأوَّل من الإبرادات ففيه : ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدس سره) ^(١) من أنَّ ظهور الكراهة في المعنى المصطلح في مقابل الحرام وغيره إنَّما هو عند الفقهاء ، وأمَّا في السنة الأخبار فهي تستعمل بمعناها اللغوي وهو المبغوض ، وهذا معنى جامع بين الحرمة والكراهة الإصطلاحية ولا يختصُّ بالثاني ، وعليه فظهور لا يصلح أو لا يصحَّ يعيِّن إرادة الحرمة منها فلا يكون لظهور لا يصلح في البطلان معارض .

وأما الثاني من الوجوه فيدفعه : أنَّ قوله (عليه السلام) « سَمِّيت فيه كَيْلاً » من قبيل الأوصاف وهو وصف للطعام ومن الواضح أنَّ الأوصاف لا مفهوم لها ، نعم إنَّما يؤقُّ بها في الكلام لأجل فائدة ولا يكون ذكر الأوصاف لغواً ، ولعلَّ الفائدة في ذكره في المقام هو الإشعار بعليَّة الوصف للحكم وأنَّ الحكم لا يختصُّ بالطعام بل كلُّ ما فيه كيل يجب كيله في مقام بيعه .

وأما الثالث من الوجوه فالجواب عنه : أنَّ تصديق البائع في إخباره واعتبار قوله في ذلك وإن كان ثابتاً بالروايات التي سيمر عليك ذكرها وقد نقلها

شيخنا الأنصاري بعد ذلك بأسطر إلا أنه يختصّ بما إذا كان إخباره عن الحسن بأن يكيّله سابقاً ويعلم بقدره ويخبر المشتري بذلك ، وأما إذا كان إخباره عن حدسه ونظره من دون أن يكيّله فاعتباره يحتاج إلى دليل مستقل ولا يمكن اتّباعه ، وفي المقام إنّما أخبره البائع بوزن العدل الآخر بحدسه من دون أن يكيّله كما يدلّ عليه قوله « اتبع منّي هذا العدل الآخر من غير كيل » وقد عرفت أنّ حجّية نظر البائع وحدسه يحتاج إلى دليل وهو مفقود في المقام ، وعليه فلا إشكال ولا إجمال في دلالة الصحيحة أبداً .

وكيف كان ، فهل يعتبر الكيل والوزن في المكيل والموزون في جميع الموارد أو يختصّ ببعضها ؟ قد عرفت أنّ المستند في اعتبار الكيل والوزن في المكيل والموزون هو أحد الأمور الثلاثة : الإجماع وأدلة نفي الغرر والروايات . أمّا الإجماع فعلى فرض تماميته فالمقدار المتيقّن منه يؤخذ به وأما فيما شكّ في اعتبار الكيل أو الوزن فيه فيرجع إلى سائر العمومات والاطلاقات وبها ندفع اشتراط الكيل والوزن فيه . وأما إذا كان المستند هو دليل نهى النبي (صلى الله عليه وآله) عن بيع الغرر فيقع الكلام حينئذ في أنّ المناط هل هو الغرر الشخصي أو أنّ المناط هو الغرر النوعي .

ذكر شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) ^(١) أنّ ذلك يبتني على أنّ الغرر هل هو حكمة للنهي عن البيع الغرري أو أنّه علّة له ، فعلى الأوّل لابدّ من أن يجعل المناط في الفساد هو الغرر النوعي ، إذ لا يلزم في الحكمة الاطراد فنحكم بفساد البيع فيما إذا باع مقدراً من الطعام بما يقابله في الميزان من غير اختلاف بينها في القيمة ، وذلك لأنّه وإن لم يكن فيه غرر بشخصه إلا أنّ الغرر حكمة للنهي عمّا يوجب الغرر بنوعه وهذا نظير جعل العدة على المطلقة لأجل عدم اختلاط المياه حتّى في الموارد التي

نعلم بعدم اختلاطها ، أو جعل الحلية والطهارة في الحديد لأجل استلزام النهي عنه العسر والحرج وإن لم يكن الاجتناب عنه موجباً للعسر في حق واحد ، وذلك لأن العسر أو عدم اختلاط المياه حكمة للجعل لا أنها علّتان للحكم حتى يدور الحكم مدارهما .

وعلى الثاني لا بدّ من أن يكون المناط في الفساد هو الغرر الشخصي وملاحظة كلّ مورد مورد ، فإن كان فيه غرر فيحكم بالفساد دون غيره وإن كان ذلك موجباً للغرر بنوعه ، وعليه فالبيع في المثال المتقدّم صحيح لعدم الغرر فيه . وكذا فيما إذا كان حدس المتبايعين قوياً جداً قباعاً واشترى بحدسها من دون كيل فإنه لا غرر حيثند لقوة حدسها كما لا يخفى . وكذا فيما إذا كان المبيع قليلاً جداً أو كثيراً لم يتعارف وزن الميزان لمثله وهذا كما إذا دفع فلساً وأراد به دهناً لحاجة أو أراد بيع زبرة الحديد فإن المعاملة في مثلها تتمّ بالتراضي والتخمين ولا غرر فيها عند العرف ، هذا .

ولا يخفى أن الحكم تارة يترتب على موضوع خاصّ مستنداً إلى عنوان من العناوين الثانوية كما إذا رُتبت الحلية على الحديد لأجل عنوان العسر والحرج وأنّ في عدم حليته حرج على العباد ، أو تجعل العدة على المطلقة بعنوان عدم اختلاط المياه ، وفي مثل ذلك يمكن الخلاف في أنّ هذا العنوان الثانوي الذي لأجله ترتب الحكم على موضوعه علّة له ليدور مداره أو أنّه حكمة لجعل الحكم على موضوعه . وأخرى تكون هذه العناوين الثانوية بأنفسها موضوعاً للحكم كقوله تعالى : ﴿ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ ^(١) أو نهى النبي عن الغرر أو قوله (صلى الله عليه وآله) : « لا ضرر ولا ضرار » ^(٢) وهكذا غيرها مما يتعلّق بالحكم فيه بنفس تلك

(١) الحج ٢٢ : ٧٨ .

(٢) الوسائل ٢٥ : ٤٢٧ / كتاب إحياء الموات ب ١٢ .

العناوين ، وفي مثل ذلك لا مجال للكلام في أن هذه العناوين علّة للحكم أو حكمة له لأنها موضوعات لأحكامها والحكم لا يتحقق إلا بتحقيق موضوعه ، فتدور تلك الأحكام المترتبة على هذه العناوين مدار تحقق موضوعاتها التي هي العناوين المتقدمة ، ففي كل مورد تحقق فيه حرج يترتب عليه حكمه ، كما أن الغرر إذا وجد في مورد يترتب عليه حكمه ، ولا معنى لجعل هذه العناوين علّة أو حكمة حينئذ بل ذلك غلط محض ، واللازم هو أن يلاحظ كل مورد تحقق فيه شيء من هذه العناوين فيحكم بالارتفاع أو البطلان فيه دون غيره ، فهل سمعت فقياً يفتي بعدم وجوب الوضوء على من لا مشقة عليه في الوضوء فيما إذا كان على أهل بلده بأجمعهم مشقة في التوضي للبرد أو الحر بدعوى أن الوضوء حرجي على النوع ، وذلك لوضوح أن الحرج إنما يرفع الوجوب فيما إذا كان هناك حرج لا مع فقدانه لأن الحكم فيه اعلالي فينحلّ إلى أفرادهِ ومصاديقه ، وكذا النهي عن الغرر ولعلّ ذلك ظاهر ، وعليه فلا مناص من ملاحظة كل معاملة معاملة فإذا كانت غررية يحكم ببطلانها وإذا لم تكن كذلك يحكم بصحتها وإن كان نوعها غررياً .

وأما إذا جعلنا الدليل في اعتبار الكيل في المكيل هو الأخبار كما هو الصحيح فلا بد من ملاحظة أنها هل علقت الحكم بالغرر حتى يلاحظ الغرر في المعاملات فيحكم ببطلان ما فيه غرر أو لا ؟ والصحيح هو الثاني لعدم أخذ الغرر في شيء من لسان الأدلة أي الروايات كما هو ظاهر ، وعليه هل يحكم بصحة المعاملة في الموارد الثلاثة المتقدمة أو ببطلانها أو يفصل بين الأمثلة ؟ الظاهر هو الثالث ، وذلك لأنّ المثال الأوّل لا بدّ من أن يحكم ببطلانه لعدم الكيل والوزن فيه وإن لم يلزم فيه غرر أيضاً ، إذ المناط في البطلان ليس هو الغرر كما مرّ بل لا بدّ من كيل ما يستمى فيه كيل والمفروض أنّه باع مقداراً من الطعام بما يقابله في الميزان من غير معرفة مقدارهما فيحكم ببطلانه .

وأما المثال الثاني فالحكم فيه هو الصحة وذلك للعلم بمقدارها وهو يكفي في البيع ، إذ لا يحتمل أن يكون للكيل موضوعية في الأخبار بل الظاهر أنه طريق إلى معرفة المقدار والمفروض أنها يعلمان المقدار بحسبها لقوة نظرها .

وأما الثالث فهو أيضاً محكوم بالصحة لأن المبيع وإن لم يُكل فيه أيضاً إلا أن الكيل إنما يجب في المكيل الذي فيه كيل في مقام المعاملة فلذا قال (عليه السلام) « كل طعام سُميت فيه كيلاً » لا أن المكيل لابد وأن يكال وإن لم تجر العادة على كياله في مقام المعاملة ، وبعض الأمور لقلته أو لكثرتة لا يتعارف كياله في مقام البيع وإن كان من المكيل ويجري فيه الربا ، وذلك لأن الربا إنما يأتي فيما هو مكيل بحسبه وإن لم يكن مكيلاً بشخصه في مقام المعاملة ، وأما الكيل فهو يختص بما تعارف كياله في مقام المعاملة ولأجل ذلك جاز التعامل بالفلوس والدرهم والدنانير من غير علم بمقدارها ولا وزنها مع أنها من الموزون ، والوجه في ذلك أنها لا توزن في مقام المعاملة ولو كانت من الموزون بحسبها بل يعامل معها معاملة المعدود فيقال هذا بفلين أو درهمين لا أنه بمقال من التحاس أو مثاقيل من الفضة ، ولكن يجري فيها الربا لأنها بحسبها من الموزون وإن لم تكن موزوناً بشخصها كما لا يخفى .

فالمحصل من الروايات : أن الكيل أو الوزن معتبر في المكيل والموزون فيما إذا كان المتعارف في معاملته في الخارج هو الكيل أو الوزن ، وأما المكيل أو الموزون الذي لم يتعارف فيه الكيل أو الوزن في الخارج فلا يعتبر فيه الكيل أو الوزن أبداً ولأجل ذلك لم يعتبر في الفلوس والدرهم والدنانير الوزن مع أنها من الموزون ومن هذا القبيل زبرة الحديد الموضوعة في الأبنية والعمارات ، وعليه فإذا ظهر في شيء من الفلوس أو الدرهم والدنانير نقصان بحسب الوزن فلا تبطل بذلك المعاملة فيما يقابل النقص ، مثلاً إذا كان الدرهم خمسة مثاقيل ونقص عنها بمقال فلا تبطل المعاملة في خمس المبيع لأجل ذلك النقصان وإنما يثبت له خيار العيب في خصوص

الدرهم والدنانير ، وأما في مثل الفلوس فلا يعدّ النقص عيباً أيضاً ولذا ورد في رواية عبدالرحمن^(١) أَنَّ إعطاء الدرهم الناقص في المعاملة غير جائز (لأنّه عيب) إلا أن يبيّنه لصاحبه ، وأما في الفلوس والدرهم الأوضاحية التي هي قسم من أقسام الدرهم فلا مانع من إعطاء الناقص ولا يلزمه الإعلام والتبيين ، وذلك لما عرفت من أنّهم يعاملون معها معاملة المعدود كما صرّح به في الرواية المتقدمة (أعني رواية عبدالرحمن) وإن كانت بحسب جنسها من المكيل والموزون ، هذا .

ثمّ إنّ اللازم في معرفة مقدار الثمن أو المثلن هو المعرفة الإجمالية ، وأما العلم التفصيلي بمقدارهما فهو إما متعذر أو متعسر ، وذلك لكفاية العلم بأنّ المثلن من أو أوقية أو حقة وهكذا ، وأما معرفة أنّ الأوقية أربعة أرباع وأنّ الربع كذا مثقال وأنّ المثقال كذا حبات من الحنطة وأنّ الحنطة أيّ مقدار وهكذا إلى أن يصل إلى الجزء الذي لا يتجزّى الذي لا وجود له خارجاً ، فهي غير معتبرة في صحّة المعاملات بل غير ممكن ، بل ذكر بعض الأفاضل في رسالة الكرّ أنّي وزنت الكرّ حقّ في الموازين الموضوعة للذهب التي هي أدقّ الموازين فرأيت أنّ مقدار المثقال مختلف ولا يتوافق وزن ميزان لما وزنه ميزان آخر ، وما ذكره هو الصحيح لاختلاف الموازين جداً ومعه كيف يمكن العلم التفصيلي بمقادير المثلن أو الثمن وهذا ظاهر . نعم لا بدّ من معرفتها بنحو الإجمال كالأوقية أو الكيلو أو غيرها مما لا نعلم مقداره حقيقة ، وأما معرفتها تماماً فهي تختصّ بعلام الغيوب ، هذا .

ولا يخفى أنّ العلم التفصيلي بمقادير هذه الأوزان وإن لم يكن معتبراً ، إلا أنّ التقدير لا بدّ وأن يكون بشيء من المكيال أو الميزان المتعارف ، وأما إذا باع طعاماً أو شيئاً آخر بحجر مجهول المقدار وقال إنّ الطعام بمقدار هذا الحجر كذا مقدار فهو

من بيع الجزاف ، وكذلك الحال في المكيال فإنه لابد وأن يكون مما يتعارف الكيل به وأما المكيال المجهول فلا يكفي في صحة البيع ، هذا .

ثم إن العلم الإجمالي بمقدار المثلث أو الثمن أيضاً إنما يكفي فيما إذا كان المقدار معيناً عنده ومعلوم أن المراد به هو ذلك المقدار كمقدار أكل ثخين أو أكثر مثلاً وأما إذا كان عالماً باسمه فقط من دون العلم بمقداره ولو إجمالاً كالمثلث مثلاً فإذا سمع اسمه وأراد أن يشتري بهذا المقدار طعاماً أو غيره من دون الالتفات إلى أنه من العطارى أو التبريزي أو النجفي الذي هو ستة أو سبعة عشر حقة فلا تكون المعاملة صحيحة ، هذا كله في المكيل والموزون .

وأما المعدود فهو أيضاً ملحق بالمكيل والموزون ولا بد فيه من العد أو الكيل أو الوزن الموصل إلى العد ولا يصح بيعه جزافاً على ما يستفاد من تقرير الإمام (عليه السلام) في رواية الحلبي^(١) حيث إن السائل فيها اعتقد عدم جواز بيع المعدود جزافاً وقرره عليه الإمام ولم يردعه عن عقيدته ، ولكنه جوز بيعه بالكيل المجهول طريقاً إلى عده ، وأما التكلم في صفريات المعدودات فهو خارج عن محط الكلام في المقام ، والظاهر أنه يختلف باختلاف الأماكن والموارد فيباع البيض في إيران بالوزن وفي العراق بالعد فلا بد من أن يعامل في كل بلدة بعادتها ، هذا كله في المعدود .

وأما المذروع فلم ترد فيه رواية ولم يمنع عن بيعه جزافاً اللهم إلا أن يستفاد من الأخبار الواردة في المكيل والموزون والمعدود أن نظر الشارع من اعتبار الكيل وأخواته إلى حفظ النظام وعدم اختلال الأوضاع ، وعليه فلا بد من اعتبار الذرع في المذروع لأجل ما ذكر أو الكيل أو الوزن الموصل إلى الذرع ولا يجوز بيعه جزافاً ، واستفادته هذه من الرواية مما يوافق الإنصاف ، وإن لم نستفد ذلك من

الأخبار وتمّ هناك دليل نهي النبي (صلى الله عليه وآله) عن الفرر فيلاحظ ذلك في المذروع أيضاً فيجوز بيعه جزافاً إلّا فيما أوجب الفرر ، فلا مانع من بيع مقدار من المذروع في مقابل مذكوع آخر بهذا المقدار في الميزان فيما إذا كانا متساويين في القيمة لعدم الفرر حينئذ ، وإن لم يتم دليل الفرر أيضاً فلا محالة يجوز بيع المذروع جزافاً حينئذ لعدم الدليل على اعتبار الذرع أو الكيل فيه .

بقي الكلام في جواز بيع المكيل بالوزن وبيع الموزون بالكيل وأنّه صحيح مطلقاً أو غير صحيح كذلك أو أنّ فيه تفصيلاً فيجوز بيع المكيل بالوزن دون العكس كما ذهب إليه شيخنا الأنصاري^(١) من جهة أنّ الوزن هو الأصل وقد جعل الكيل طريقاً إليه فلا مانع من وزن المكيل بوجه وهذا بخلاف العكس ولعلّ ذلك ظاهر . ولعلّ القائل بالجواز مطلقاً نظر إلى الروايات الواردة في المكيل والموزون واستفاد منها أنّ التقدير في الجملة لا بدّ منه في المكيل والموزون حتّى يخرج البيع بذلك عن كونه جزافاً ، وأما اشتراط تقدير المكيل بالكيل والموزون بالوزن فيما لا يدلّ شيء من الأخبار عليه ، فلا مانع من تقدير المكيل بالوزن أو الموزون بالكيل لخروج المعاملة بذلك عن الجزافية ، هذا .

وفيه : أنّ تقدير مالية المال بغير ما تعرف مالبته به لا يخرج المعاملة عن كونها جزافاً ، ومن المعلوم أنّ مقدار المالية في الموزون إنّما تعرف بالوزن كما أنّ مقدار مالية المكيل تعرف بالكيل على ما تعارف فيها عرفاً ، فتقدير أحدهما بالآخر تقدير للمالية بشيء غير معلوم من حيث المالية ، فلا تخرج المعاملة بذلك عن الجزافية قطعاً ، والمعاملة الجزافية ممّا منعت عنه الروايات ، هذا .

ولا يخفى أنّ البحث في المقام إنّما هو على تقدير الاستدلال بالروايات وأما

بناءً على أن الدليل في اعتبار الكيل والوزن هو دليل نفي الغرر فجواز بيع المكيل بالوزن أو الموزون بالكيل يتبع تحقق الغرر وجوداً وعدمًا .

وأما ما ذهب إليه شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) من التفصيل بين بيع المكيل بالوزن وبين العكس بتجوزير المعاملة في الأوّل دون الثاني ، فالوجه فيه ما أفاده من أن الأصل في التقدير هو الوزن والكيل إنما هو فرع له ، فإذا أوقعنا المعاملة على المكيل بالوزن فقد قدرناه بما هو الأصل في التقدير ، وهذا بخلاف ما إذا قدرنا الموزون بالكيل لاستلزامه الجزافية وعدم معرفة المقدار في المثلث أو الثمن .

ويدفعه : أن بيع الموزون بالكيل كما لا يكفي في خروج المعاملة عن كونها جزافية كذلك لا يوجب تقدير المكيل بالوزن صحّة المعاملة وخروجها عن الجزافية وذلك لما أشرنا إليه من أن تقدير مالية المال إذا كان بالوزن أو بالكيل فلا يكون تقدير ماليته بشيء آخر موجباً لمعلومية مقدار ماليته فتكون المعاملة بذلك جزافية نعم ما أفاده من أن الأصل في التقدير هو الوزن مما لا يمكن إنكاره ، وذلك لاختلاف المكائيل في البلدان وعدم رجوعها إلى شيء آخر غير الوزن بالأخيرة ، فالوزن هو الأصل لرجوع الأوزان على اختلافها إلى شيء واحد وهو المثقال الذي هو أربعة وعشرون حمّة ، إلا أن ذلك لا يوجب جواز بيع المكيل بالوزن لعدم معلومية مقدار المالية في المكيل إلا بالكيل ولعله ظاهر ، هذا أولاً .

وعلى تقدير الإغراض والبناء على عدم الجزافية في المكيل عند تقديره بالوزن فنقول ثانياً : إن الرواية الثانية وهي رواية ابن محبوب عن زرعة عن سماعة^(١) قد دلّت على أن المكيل والموزون لا يباع إلا بالكيل أو الوزن ، وظاهرها هو اللفظ والنشر بمعنى أن الكيل لا بدّ في المكيل والوزن في الموزون ، لأنّ المكيل والموزون

يباع بالمجموع من الكيل أو الوزن بأن يقع مجموعهما في مقابل المكيل والموزون حتى يستفاد منها أن في بيع المكيل والموزون لابد من أحدهما من دون تعيين الكيل في المكيل والوزن في الموزون وهو القول بالجواز مطلقاً ، وهذه الرواية لو لم تكن ظاهرة فيما ادّعيناه من اعتبار الكيل في المكيل بخصوصه واعتبار الوزن في الموزون كذلك فلا محالة ليست بظاهرة في كفاية أحدهما في بيع أحدهما أيضاً ، وعليه فتكون الرواية بمجملة فلا بدّ من المراجعة إلى سائر العمومات والاطلاقات ، هذا كله في عدم كفاية الوزن في المكيل .

نعم لو كان البيع واقعاً على الموزون بالوزن ولكنّا جعلنا الكيل طريقاً إلى الوزن للتسهيل بأن كلنا مقداراً من الطعام في ظرف فوزناه وعلمنا مقداره بحسب الوزن ثمّ كلناه ثانياً على حساب الوزن الأول ، فلا إشكال في صحته وكفايته ، لأنّ ذلك في الحقيقة تقدير بالوزن غاية الأمر لا بالميزان بل بالمكيال وبذلك نستكشف مقداره بحسب الوزن ، ولا يضّرّ في ذلك ظهور الاختلاف اليسير بين ذلك وبين المقدار الموزون كما إذا نقص عنه شيء يتسامح فيه عادة أو زاد عنه كذلك ، لأنّ ذلك ممّا لابدّ منه حتّى في الوزن بالميزان ولا يوجد ميزانان في العالم بحيث لا يكون بينهما اختلاف في مقدار قليل هذا ، بل لو ظهر الاختلاف بكثير أيضاً لا يضّرّ ذلك في صحّة المعاملة بل غاية الأمر أنّ المشتري له أن يرجع إلى البائع بالمقدار الناقص وهذا أشبه شيء ببيع الكليّ وتسليم الناقص في مقام التسليم .

ومما ذكرناه ظهر أنّ ما أورده شيخنا الأستاذ^(١) على شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) من أنّ بيع الموزون بالكيل لو كان صحيحاً حتّى في صورة انكشاف النقصان بمقدار لا يتسامح فيه لجاز بيع الموزون بلا كيل ووزن على أنّه كذا مقدار فإنّه أيضاً إذا

ظهر ناقصاً يرجع إلى البائع بمقدار الناقص مع أنَّ العاملة في هذه الصورة باطلة غير وارد من أساسه ، وذلك لأنَّ مفروض كلام الشيخ (رحمه الله) إنما هو صورة استكشاف وزن المبيع بالكيل بالاطمئنان ، وأنَّ لها صورتين صورة المطابقة وعدم ظهور النقص وصورة الاختلاف وظهور النقص بمقدار كثير ، وما أورده عليه من النقص لا كشف لمقدار المبيع فيه لا بالوزن ولا بالكيل ولا بإخبار البائع ، وبمع الكيل والموزون بالمشاهدة غير صحيح ولأجل ذلك لا وجه لصحَّته أبداً ، وهذا بخلاف الصورة المتقدمة فإنَّ المقدار والوزن مستكشfan بالكيل في الابتداء والكيل طريق إلى الوزن إلَّا أنَّه ظهر فيه النقص بعد انعقاد العاملة صحيحة ، هذا .

ثمَّ إنَّ شيخنا الأنصاري (قدس سره) ^(١) بعد ذلك ذكر أنَّه علم ممَّا ذكرناه أنَّ المقدار في الموزون والمكيل لا بدَّ وأنَّ يكون معلوماً لكلِّ واحد من المتبايعين ، وإذا فرضنا أنَّ العاملة وقعت على عنوان مقدار من المقادير معلوم عند أحدهما دون الآخر كالحقَّة والرطل والوزنة باصطلاح أهل العراق الذي لا يعرفه غيرهم سيَّما الأعاجم فهي محكومة بالبطلان لا بحالة ، لأنَّ مجرد ذكر أحد هذه العناوين وجعله في الميزان ووضع صخرة مجهولة المقدار معلومة الاسم في مقابله لا يوجب للجاهل معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة ، هذا .

ولا يخفى أنَّ العلم بالمقادير على نحو التفصيل إنَّ كان معتبراً في صحَّة المعاملات فاللازم بطلان أكثر المعاملات بل أجمعها لأنَّ المتعاملين غالباً لا يعرفون أوزان المقادير تفصيلاً حتَّى أنَّهم لا يدرون أنَّ الحقَّة أو الوقبة تساوي بكم مثقال وأنَّ المثقال أيُّ مقدار غالباً ، وإن قلنا بكفاية العلم بالمقادير في الجملة فهو موجود في معاملات الأعاجم مع أهل العراق لأنَّه يراه في الميزان ويعلم أنَّه بمقدار حقَّة

وهذا المقدار من العلم بالمقدار كافٍ في صحّة المعاملات ولا نظنّ أحداً يحكم بفساد تلك المعاملات الواقعة بين الأعاجم وأهل العراق مثلاً، وقد أشرنا سابقاً إلى أنّه إذا عرف من المقادير اسمها لا حقيقتها وعامل معاملة في الذمّة مثلاً كما إذا اشترى حقّة من الحنطة في ذمّة البائع والحال أنّه لم ير ولم يعلم أنّ الحنطة بمقدار الحقّة أيّ مقدار فلا محالة يحكم بطلانها لعدم العلم بالمقدار حقيقة، وهذا بخلاف ما إذا رأى المقدار في الميزان وعلم مقداره بالمشاهدة ولعلّ ذلك ظاهر، هذا كلّ في المكيل والموزون. وأما المعدود فقد يستفاد من رواية الحلبي عدم جواز بيع المعدود بغير العدّ لأجل تقرير الإمام وعدم رده السائل عن اعتقاده عدم جواز بيع المعدود بغير العدّ، وهو كذلك كما أشرنا إليه سابقاً، فهل يكفي فيه الكيل أو الوزن فيما إذا جعلنا طريقاً إلى العدّ، الظاهر أنّه لا مانع من ذلك بوجه كما صرح به في الرواية المتقدمة ولا ينافي ذلك ظهور الاختلاف في بعض الأوقات بمقدار يسير، وهذا لا يختصّ بحال الاضطراب بل يجوز في حالتي الاختيار وعدمه.

وقد يقال إنّ ظاهر الرواية أنّ السائل كان يعتقد عدم جواز بيع المعدود بغير العدّ في حال الاختيار فلذا سأله عن صورة عدم استطاعة العدّ والاضطرار إلى الكيل، والإمام (عليه السلام) قرّره على ذلك.

ولكن يمكن المناقشة في ذلك: بأنّ الوجه في عدم السؤال عن كيل المعدود في صورة التمكن من العدّ ليس هو الاعتقاد بعدم جوازه بل لعلّه من أجل عدم الحاجة إلى الكيل مع التمكن من العدّ الذي هو أسهل من الكيل فلا تقرير في الرواية بوجه وهذا ظاهر.

والكلام إنّما هو في كيل المعدود أو وزنه على نحو الاستقلال من دون أن يجمعا طريقاً إلى العدّ، فهل يجوز ذلك مطلقاً أو لا يجوز كذلك أو يفصل بين الكيل والوزن ويحكم بالجواز في الوزن وبعدمه في الكيل؟ وجوه.

اختار شيخنا الأنصاري^(١) التفصيل بينها ، ولم يذكر الوجه في صحة الوزن في المعداد بل اكتفى بنقل كلمات الأصحاب في أنه لا يجوز السلم في المعداد إلا بالوزن ، والظاهر عدم كفاية شيء من الكيل والوزن في صحة المعاملة في المعدادات ، وذلك لأن المالية في المعدادات إنما هي بالعد كما أنها في المكيل بالكيل وفي الموزون بالوزن ، إذ الميزان في مالية كل شيء بحسبه ، وهذه المالية لا تعلم في المعداد إلا بالعد لا بالكيل والوزن لأن الكيل أو الوزن لا يعينان مقداره حتى يعلم به مالته ، فتكون المعاملة في المعداد بالكيل والوزن جزافية لما مر من أن الجراف عبارة عن عدم العلم بمقدار مالية المال ، هذا كله في المكيل والموزون والمعداد .

والكلام بعد ذلك يقع في أن المناط في كون شيء من المكيل أو الموزون ماذا وقد نسب إلى المشهور في الحدائق^(٢) وغيره ، وإن استشكل فيه صاحب الجواهر^(٣) وأيد النسبة إلى المشهور شيخنا الأنصاري (قدس سره) ، أن المناط في المكيل والموزون والمعداد هو زمان النبي (صلّى الله عليه وآله) ، وكل شيء كان مكيلاً أو موزوناً في زمانه (صلّى الله عليه وآله) فهو مكيل أو موزون إلى يوم القيامة ، هذا فيما علمنا بأنه كان كذلك في زمان النبي (صلّى الله عليه وآله) ، وأمّا ما لم يكن كذلك فلا بد فيه من ملاحظة العادة في جميع البلدان ، فإن كان في جميعها مكيلاً أو موزوناً وإن كان في بعض البلدان الصغيرة على خلافها أيضاً فيعامل معه معاملة المكيل والموزون ، وإذا فرضنا البلدان الغالبة مختلفة بأن كان في هذا البلد مكيلاً وفي الآخر موزوناً وفي ثالث معدوداً ، فاللازم مراعاة المتعارف في كل بلد بخصوصه فيعامل مع

(١) المكاسب ٤ : ٢٢٤ .

(٢) الحدائق ١٨ : ٤٧١ .

(٣) الجواهر ٢٢ : ٤٢٧ .

الشيء الواحد في هذا البلد معاملة المكيل والموزون وفي البلد الآخر معاملة المعدود وهكذا هذا .

وقد ذكرنا نظير ذلك بل عينه ومطابقه في الربا ، وأن المناط أولاً هو ملاحظة زمان النبي (صلى الله عليه وآله) ثم العرف العام ثم عادة كل بلد بخصوصه ، وهذا إن قام على طبقه إجماع واتفاق أو ورد في بعض خصوصياته نص ورواية كما في الدرهم والدينار حيث ورد أنهما من المكيل والموزون ويدخل فيها الربا وإن كان معدوداً في مقام المعاملة فهو ، وإلا فاثبات ذلك لعله مستحيل فضلاً عن تعسره والوجه في ذلك أن الجمع بين القضية الحقيقية التي يترتب فيها الحكم على موضوعاته المقدرة والمفروضة الوجود ، وبين القضية الخارجية المترتب فيها الحكم على موضوعاته المعلومة والمنتحقة في الخارج غير ممكن ، فإن كان الحكم بأن المكيل والموزون لا يباع إلا بالكيل أو الوزن من قبيل القضايا الخارجية بأن يكون النظر فيه إلى المكيل والموزون الموجودين في الخارج في زمن النبي (صلى الله عليه وآله) وزمن صدور الحكم فلا محالة تختص أحكام الكيل والوزن بما هو كذلك في زمان النبي (صلى الله عليه وآله) ولا يتعدى عنه بوجه ، وعليه فما الوجه في التزام المشهور بجريان أحكامها التي منها جريان الربا فيما صار مكيلاً أو موزوناً في العرف العام وجميع البلدان بعد ما لم يكن مكيلاً أو موزوناً في زمانه (صلى الله عليه وآله) ، وإن كان الحكم فيها على نحو القضايا الحقيقية بأن يكون النظر فيه إلى كل ما وجد في الخارج وصدق عليه المكيل والموزون المعبر عنه بالأفراد المقدرة الوجود بحيث يشمل كل ما هو مكيل فعلاً وما سيوجد بعد ذلك ، فيرتفع الإشكال المتقدم إلا أنه يتوجه عليه أنهم لماذا لا يبرون أحكام المكيل والموزون فيما لم يكن من قبيلهما في زمان النبي (صلى الله عليه وآله) وصار منها بعده حيث ذكروا أنه يعامل معه معاملة غير المكيل والموزون إلى يوم القيامة مع أنه صار من أفراد الموضوع الذي

حكم عليه بأحكام المكيل والموزون في القضية الحقيقية .

وبالجملة : الجمع بين هذين الأمرين مستحيل كما ذكره شيخنا الأنصاري من أن الجمع بينهما وتطبيقهما على الروايات مشكل ، بل قد عرفت أنه متعذر لعدم الجامع بين القضيتين .

والظاهر أن هذا الحكم كتنظيره من الأحكام والقضايا المجعولة على نحو القضية الحقيقية وأن المناط فيه هو صدق عنواني المكيل والموزون على شيء من دون اختصاصه بالأفراد المتحققة منها في زمان النبي (صلى الله عليه وآله) كما لعلة يشير إلى ذلك بقوله (عليه السلام) « وما كان من طعام سميت فيه كيلاً » الخ ، فإن ظاهره أن ما كان من الطعام المتعارف كيلاً فلا يجوز بيعه مجازفة ، وهذا عنوان لا يختص بالأفراد الموجودة بل يعتمها وما يتحقق فيما بعد من الأفراد كما هو الشأن في جميع القضايا الحقيقية ، لأن الحكم فيها إنما يترتب على الأفراد المقدرة الوجود فيتوقف ترتبه على شيء على صدق ذلك العنوان في الخارج ، فإذا ورد أن العالم يجب إكرامه فيلاحظ في الحكم بالوجوب أن هذا الشخص فعلاً يصدق عليه عنوان العالم أو لا ، فإذا صار أحد متصفاً بذلك العنوان فيدخل تحت الحكم بوجوب إكرامه سواء كان متصفاً به في زمان ورود الحكم أيضاً أم اتصف بذلك بعده ، كما أنه لا يشمل من انقلب عنه وخرج عن العالمية فعلاً ولو كان متصفاً به قبل ذلك ، وعلى هذا فالميزان في الحكم بلزوم الكيل والوزن هو ملاحظة المتعارف في كل بلد بلد ، فإذا كان شيء في بلد من المكيل أو الموزون فيلحقه حكمه ولو كان في البلد الآخر معدوداً أو شيئاً آخر ، وهذا هو المناط في المكيل والموزون من حيث الحكم بالكيل والوزن وجريان أحكام الربا ، اللهم إلا أن يرد نص في خصوص شيء ويدل على أن ذلك الشيء بما أنه كان من المكيل والموزون في زمان النبي (صلى الله عليه وآله) فهو محكوم بحكمهما إلى يوم القيامة وإن انقلب منها وصار بعده من المعدود أو غيره ، وهذا نظير الدراهم

الأوضاحية وغيرها من الدراهم والدنانير فإنها من المكيل والموزون ويلحقهما حكمهما من حيث جريان الربا وإن صار في الخارج من المعداد ، أو يقوم إجماع كاشف عن رأي المعصوم (عليه السلام) على أن ما كان مكيلاً أو موزوناً في زمانه (صلى الله عليه وآله) فهو محكوم بحكمهما إلى يوم القيامة ، ففي كل مورد لم يرد فيه نص أو إجماع فحكمه ملاحظة أنه من المكيل أو الموزون في هذا البلد أم من غيرهما فعلى تقدير صدق ذلك العنوان عليه يجري فيه أحكامهما من جهة لزوم كيـله ووزنه وجريان الربا ، وإن كان في البلد الآخر محكوماً بالمعداد وغير داخل في المكيل والموزون ، هذا ملخص الكلام في مناط المكيل والموزون .

بقي هنا شيء وهو أن المبيع إذا كان في بلد المكيل والموزون ووقع عليه العقد في بلد ليس ذلك المبيع فيه من قبيل المكيل والموزون ، فهل اللازم اعتبار ما هو متداول في مكان البيع والحكم بعدم لزوم كيـله ووزنه ، أو أنه لا بد من ملاحظة مكان المبيع والحكم بكـيله ووزنه ؟ الظاهر هو الثاني لأن المفروض أن المبيع هو بادنجان كربلاء مثلاً وهو فيها مما يوزن أو يكال ، فالبيع إنما وقع على ما يصدق عليه المكيل والموزون إذ المفروض أن بادنجان كربلاء مكيل أو موزون فلا اعتبار بمكان إنشاء البيع بوجه .

ثم إن هنا فروعاً لا بد من أن يراجع فيها إلى الأصول العملية وذلك كما إذا وقعت المعاملة على شيء في صحراء متوسط بين البلدين لا يلتحق بذلك ولا بذلك لعدم كونه من ملحقاتها فهل اللازم فيه اعتبار الكيل أو الوزن ؟ الظاهر أن حكمه جواز بيعه من غير كيل ولا وزن ، إذ يكفي في عدم لزوم وزنه وكيـله عدم كونه مكيلاً وموزوناً فيرجع إلى عمومات أدلة الامضاء .

الكلام في جواز تصديق البائع في إخباره

والكلام في ذلك يقع في جهات ثلاث :

الجهة الأولى : في أصل ذلك ، ولا ينبغي الإشكال في أن البائع يعتبر قوله وإخباره عن كيل المبيع ووزنه ، لدلالة الروايات المتقدمة على تصديق البائع في إخباره وجواز تصديقه ، والاكتفاء به عن الكيل والوزن مما لا يعتريه ريب . وأما ما ربما يتوهم من ذيل صحيحة الحلبي المتقدمة من منعه (عليه السلام) عن تصديق البائع في إخباره ، فقد تقدم دفعه وأنه (عليه السلام) إنما منعه عن تصديقه من أجل أن إخباره كان مستنداً إلى حدسه ونظره لا إلى حسه وكيله ووزنه ، والروايات إنما تدلّ على أن إخباره عن حسه كما إذا كاله أو وزنه بنفسه ثم أخبر به المشتري مما يمكن الاكتفاء به لا مطلقاً ولو كان إخباره مستنداً إلى حدسه ونظره ، وهذا ظاهر .

الجهة الثانية : في أن إخبار البائع وقبول قوله هل أنه من جهة الموضوعية في إخباره بأن يعتبر الشارع في بيع المكيل والموزون أحد الأمرين الكيل والوزن أو إخبار البائع بها ولو كان البائع فاسقاً مشتهراً بالكذب في أقواله وأخباره ، أو أنه من جهة الطريقية إلى وزنه أو كيله فلا بدّ وأن يكون المخبر ثقة أو يحصل الاطمئنان بخبره وإلا فلا يصحّ إلى إخباره بل لابدّ من كيله أو وزنه ، أو أنه لا ذاك ولا هذا بل من أجل أن إخباره بمنزلة الاشتراط على أنه بذاك المقدار وبما أنه يوجب انتفاء الفرر عن المشتري إذ له أن يفسخ المعاملة على تقدير عدم كونه بهذا المقدار فلذا كان موجباً لصحة البيع من دون اعتبار شيء من الكيل أو الوزن فيه ؟

الصحيح هو الثاني من الاحتمالات ، لأنّ احتمال الموضوعية في الإخبار بعيد بل قد دلت الروايات (١) على أنه إذا ائتمنتك فلا مانع من أن يشتريه بلا كيل أو إذا

صدّفته فلا مانع ، فنه يظهر أنّ إخباره طريق إليها لا أنّ له موضوعية في جواز المعاملة ، إذ لو كان الأمر كذلك لصحّ الاكتفاء بإخباره حتّى مع عدم الاطمئنان بصدقه أو مع فسقه وكذبه ، وقد عرفت عدم صحّة الاعتماد عليه حينئذ بحسب دلالة الأخبار ، وأما احتمال أنّه من أجل رجوعه إلى الاشتراط الموجب لانتفاء الغرر فأبعد ، لأنّه لو كان موجبا لصحّته لمجازت المعاملة بالاشتراط على أنّه كذا مقدار من دون توسيط إخبار البائع مع أنّه من الجزاف بل لا بدّ من كيّله ووزنه ، والوجه فيه أنّ المستند في اعتبار الكيل والوزن ليس هو دليل نفي الغرر حتّى يتوهم صحّة المعاملة فيما اتّنى فيه الغرر ولو بغير الكيل والوزن ، بل المستند فيه هو الأخبار والروايات الواردة في الباب ، وعليه فلا يفرق في اعتبارها بين انتفاء الغرر وعدمه .

الجهة الثالثة : أنّ المبيع إذا ظهر على خلاف ما أخبر به البائع من مقداره ووزنه بأن ظهر أنّه أنقص ممّا أخبر به أو ظهر أنّه أزيد إمّا من أجل تعمد البائع أو سهوه واشتباؤه ، فهل اللازم بطلان المعاملة حينئذ لأنّ البيع إمّا وقع على ما هو معنون بعنوان كونه كذا مقدار والمدفوع غير متّصف به فتكون المعاملة الواقعة عليه بما أنّه كذا وكذا باطلة ، أو أنّ المعاملة صحيحة غاية الأمر يتخيّر المشتري بين الفسخ وإمضاؤها ، وعلى تقدير الامضاء هل يضى العقد بالثمن المسّعى على ذلك المبيع الناقص بحسب الفرض بأن يقع الثمن بأجمعه في مقابل الناقص أو أنّه يضى في المقدار الباقي بأن يخرج من الثمن بنسبة الناقص إلى الثمن لا أنّه يعطى جميعه في مقابل ذلك الناقص ، ففي المقام موارد للبحث .

المورد الأوّل : في أنّ ظهور المبيع أنقص من المقدار الذي أخبر به البائع أو قامت البيّنة عليه أو أزيد من ذلك المقدار يوجب بطلان المعاملة أو أنّه لا يضرّ بصحّتها ؟

ربما يقال يبطلان المعاملة في هذه الصورة من جهة أنّها من قبيل تخلف العنوان

عن المعنون نظير ما إذا باع شيئاً على أنه كئان فظهر أنه قطن فالمعاملة باطلة . ثم يحاب عن ذلك بأن البطلان في المثال من جهة أن المبيع غير الموجود بحسب الجنس وهذا لا يقاس بالمقام لأن المبيع والموجود كلاهما من جنس واحد بل هو هو وإنما الاختلاف بينهما في الكم وظهور أنه أنقص منه بشيء ، فهما متحدان جنساً ووصفاً إلا في خصوص الكم ، هذا .

واحتمل شيخنا الأنصاري (قدس سره) ^(١) البطلان في المقام ثم ذهب إلى صحتها مع الخيار ، وما ذهب إليه (قدس سره) هو الصحيح وتوضيح ذلك : أننا ذكرنا مراراً أن المواد المشتركة بين الموجودات والأشياء المعبر عنها بالهيولى لا تقابل بالمال أبداً ، لأن المادة المشتركة بين التراب والذهب لا يدفع بازائها المال خارجاً وإنما المال يبذل بازاء الأوصاف بمعنى أنها واسطة لثبوت المالية للمواد . وهذه الأوصاف تارة تكون من قبيل الصور النوعية وأخرى تكون من الأعراض غير المقومة ، فإذا تخلفت الصورة النوعية في معاملة سواء كان ذلك من الصور النوعية العقلية أم كان من الصور النوعية العرفية بطلت المعاملة ، مثلاً إذا باع جارية فظهر أنها فرس فإن الصورة النوعية مختلفة فيها عقلاً إذ المفروض أن أحدهما صامت والآخر ناطق فيحكم ببطلان المعاملة من جهة أن الموجود لم يقع عليه بيع وما وقع عليه البيع غير موجود بحسب الفرض . أو إذا باع جارية فظهر أنها عبد فإن الصورة النوعية فيها مختلفة عرفاً وإن لم تكونا كذلك عقلاً لآتمادهما بنظر العقل حقيقة إذ الذكورية والأنوثة ليست مقومة بنظر العقل بوجه وإنما هما من الأعراض فلذا يمكن أن يتبدل أحدهما بالآخر بإعجاز أو بغيره كما ربما يتفق في بعض الموارد ، إلا أنها لما كانتا من الصور النوعية عرفاً فلذا يحكم ببطلان المعاملة حينئذ لأن ما وقع

عليه البيع غير موجود والموجود لم يقع عليه بيع ، فالبطلان في المعاملات عند التخلف إنما هو في هاتين صورتين .

وأما إذا ظهر الاختلاف والتخلف في بعض الأعراض دون الصور النوعية كما إذا باع الحنطة على أنه كذا مقدار ثم ظهر أنه أنقص منه أو أزيد ، فإنّ الموجود والمبيع حينئذ شيء واحد حقيقة وعرفاً ولا اختلاف بينها إلّا في خصوص المقدار والكم ففي مثل ذلك لا وجه للبطلان غاية الأمر أنّ للمشتري الخيار لتخلف شرط أنه كذا مقدار .

المورد الثاني : أنّ الخيار الثابت في المقام هل هو خيار الغبن أو أنه خيار تخلف الشرط ؟ ظاهر كلام العلامة (قدّس سرّه) ^(١) هو الأوّل حيث ذكر في قواعده عند ظهور الزيادة أو النقص أن المغبون منها يتخير بين الفسخ والإمضاء ، ولكن الصحيح أنّ الخيار في المقام خيار تخلف الشرط ، وأما تعبير العلامة (قدّس سرّه) ففيه من المسامحة ما لا يخفى ، ولعلّه بذلك أراد إثبات الخيار لكلّ من توجّه عليه الضرر منها ، فعلى تقدير الزيادة فالضرر متوجّه على البائع فهو على خيار ، كما أنّه على تقدير النقص متوجّه على المشتري فهو مختير بين الفسخ والإمضاء ، ولم يرد الغبن الاصطلاحي إذ لم تقع المعاملة على ثمن زائد عن القيمة السوقية حتّى يتوهّم أنّ المشتري مغبون في المعاملة لأنّه اشتراه بأكثر من القيمة السوقية وذلك ظاهر ، وهو نظير تعبير الشهيد في اللمعة كما نقله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(٢) بل الظاهر أنّ الخيار مستند إلى تخلف الشرط كما عرفت ، هذا .

وربما يمنع عن ذلك بأنّ هذا الخيار إنّما يثبت مع التصريح باشتراط الوصف

(١) القواعد ٢ : ٦٧ .

(٢) المكاسب ٤ : ٢٤٣ .

والمقدار في العقد وهو غير مفروض الكلام ، لأنَّ الفرض أنَّ البيع وقع عليه بما أنَّه كذا مقدار ولم يشترط فيه المقدار بالصراحة .

وأجاب عن ذلك شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) بأنَّ ذلك في الأوصاف الخارجية التي لا يشترط اعتبارها في صحة المعاملة كالكتابة والخياطة ونحوها وأمّا الوصف المأخوذ في عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ لم يصحَّ البيع كالمقدار المعيّن من الكيل أو الوزن فلا يحتاج إلى ذكره في متن العقد ، بل الأوصاف غير الدخيلة في صحة المعاملة أيضاً إذا وقعت المعاملة عليها لا يحتاج إلى ذكرها في العقد ، فإذا باعه عبداً كاتباً بقوله بعتك هذا العبد الكاتب بكذا فإنّه بمنزلة أن يقول بعتك هذا العبد بشرط أن يكون كاتباً فيوجب تخلفه الخيار ، فهذا الإشكال ممّا لا أساس له .

المورد الثالث : أنَّ المشتري إذا فسخ العقد فهو ، وأمّا إذا رضي به وأمضاه فهل يرجع إلى البائع بالثمن بنسبة الناقص إلى المبيع ، أو أنَّ الثمن بأجمعه يقع في مقابل المبيع الذي ظهر نقصه ؟ لا ينبغي الإشكال في أنَّ المشتري له أن يرجع إلى البائع بجزء من الثمن نسبته إليه كنسبة الناقص إلى المبيع ، ولا وجه لتوهم عدم جواز رجوعه ، والوجه في ذلك أنَّ الثمن يتقسّم على أجزاء المبيع في المعاملات فإذا اشترى عشرة أمنان من الخنطة بعشرة دراهم فعناه أنَّه اشترى كلّ من بدرهم وعليه فإذا ظهر أنَّه أنقص من المقدار المعيّن بمئتين فلا محالة يكون جزءان من الثمن بلا مشمن وبلا عوض ، فالمعاملة تصير بالاضافة إليهما باطلة ، إذ لا معنى للبيع بلا مشمن ، وأمّا في غيرهما من الأجزاء الباقية فالمعاملة صحيحة ولكن للمشتري خيار تبعّض الصفقة لأنّه إنّما اشترى الثانية بشرط أن تكون في ضمن العشرة ولم يشتر الثانية باستقلالها ومرجع ذلك الخيار إلى خيار تخلف الشرط كما عرفت ، وبالجملّة لا يقاس المقام بما إذا اشترى شيئاً بوصف معيّن فظهر أنَّه فاقد له فإنَّ الثمن لا يتبعّض حينئذٍ لأنّه بأجمعه إنّما وقع في مقابل الموصوف ، وأمّا الصفة فهي ممّا لا يقع بازائها

الثمن ، وهذا بخلاف المقام لأنَّ الغرض أنَّ المبيع ظهر ناقصاً وفاقدأ لبعض أجزائه وهي أي الأجزاء يتسَطَّ الثمن عليها بلا خلاف .

المورد الرابع : إذا ظهر أنَّ المبيع أزيد من المقدار المعين فهل للبائع أن يفسخ المعاملة أو لا ؟ الظاهر أنَّه لا وجه للخيار للبائع أبداً وغاية ما هناك أنَّه يرجع في مقدار الزائد إلى المشتري ، إذ لا وجه ولا موجب لتخيُّره بين الفسخ والامضاء وهذا لا يقاس بما إذا ظهرت الزيادة في الأوصاف التي لا يتمكَّن البائع من إرجاعها إلَّا بإرجاع نفس الموصوف كما إذا باع عبده بما أنَّه مريض ثمَّ ظهر أنَّه صحيح فإنَّ البائع يتخيَّر حيثنذ بين الفسخ والامضاء بلا كلام ، وأمَّا في المقام الذي له أن يأخذ الزيادة فلا موجب للخيار ، نعم يوجب ذلك اشتراك الثمن بينها وهذا أي الشركة نقص وعيب في المال فللمشتري خيار العيب وله أن يفسخ المعاملة أو يلتزم بها ولكنه لا أرش له لأنَّه ليس ممَّا يقابل بالأرش فالخيار للمشتري دون البائع ، فإفاده شيخنا الأستاذ (قدس سره) ^(١) من أنَّ الخيار للمشتري على كلا تقديرَي ظهور الزيادة والنقصان هو الصحيح .

الكلام في بيع المشاهد

قد عرفت أنَّه يعتبر الكيل والوزن في المكيل والموزون كما أنَّه يعتبر العدُّ والذرع في المعدود والمذروع للقطع بعدم الفرق بينها ، وأمَّا ما ليس من قبيل المكيل ولا الموزون ولا المعدود ولا المذروع فلا مانع من بيعه بالمشاهدة وذلك كما في الأراضي والدور لتفاوت قيمتها باختلاف الأنظار ، فإذا اشترى داراً أو أرضاً بالمشاهدة وكانت بنظره كذا مقداراً ثمَّ انكشف أنَّها أقلُّ من ذلك المقدار فلا خيار

له ، كما لا إشكال في صحّة بيعه وذلك لأنّه إنّما اشتراها بالمشاهدة ولم يشترط في عقد المعاملة أن تكون كذا مقدار ، نعم لو اشترط في ضمنها أن تكون كذا مقدار وظهرت أقلّ منه فله خيار تخلف الشرط كما هو ظاهر .

وذهب العلامة^(١) إلى جواز بيع قطيع الغنم بالمشاهدة ، لأنّ الغنم ليس من المكيل أو الموزون ولا من المعدود والمذروع بل يباع بالمشاهدة لاختلاف قيمته باختلافه من حيث السمن والهزال فلا مانع من بيع القطيع منه بالمشاهدة . واستشكل في ذلك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)^(٢) من جهة الفرر في أمثالها من المعاملات لاختلاف القطيع من حيث العدد والأفراد وهي غير معلومة للمشتري كما هو المفروض فتكون المعاملة جزافية ، وكيف كان فلا مانع في البيع بالمشاهدة إلّا فيما إذا استلزم الفرر في مورد وبيننا على تمامية أدلّة الفرر من الإجماع أو الرواية ولعلّ ذلك ظاهر .

الكلام في بيع بعض أجزاء الشيء

المبيع تارة يكون تمام الشيء من أوّله إلى آخره وهو ممّا لا إشكال في صحّته وأخرى يكون بعض أجزائه كثلثه المضاع أو ربعه كذلك ، فيكون المشتري حينئذ شريكاً مع البائع في المال بالثلث والربع أو غيرهما ، وهذا أيضاً لا إشكال في صحّته نظير الشركة الأوّلية كما إذا مات أحد وانتقل ماله إلى ورثته فإنهم يشتركون في تلك الأموال بالنسبة ، فإذا كانوا ثلاثة فالمال بينهم بالثلث وإذا كانوا اثنين فهو بينهما بالنصف ، وإذا فرضنا أحدهما بنتاً وثانيهما ابناً فثلاثه للابن وثلثه للبنت ولعلّ ذلك

(١) التذكرة ١٠ : ٨٤ المسألة ٤٧ .

(٢) المكاسب ٤ : ٢٤٥ .

واضح ، وكيف كان فبيع بعض أجزاء الشيء ، يتصور على أقسام وصور :
الصورة الأولى : أن يشتري كسراً مشاعاً كما إذا اشترى مثلاً من الحنطة الموجودة في الخارج من غير أن يعلم بأن نسبة المنّ إلى مجموع الحنطة بالعشر أو بالربع أو بغيرهما من المقدار وذلك للجهل بمقدار مجموع الحنطة ، فالبائع لا يدري أنّ المشتري يشترك معه في ثلث ماله أو في ربهه ولكنّه يعلم أنّه يشترك معه في المال بنسبة المنّ إلى مجموع الحنطة فإن كانت هي بالثلث فبالثلث وإن كانت بالربع فبالربع وهكذا ، فمقدار المبيع معلوم ولكن أنّه بأيّة نسبة من الثلث أو الربع غير معلوم .

ولا إشكال في صحة المعاملة في هذه الصورة للعلم بمقدار المبيع وتعيين النسبة في الواقع وعلم الله ، ولا يضرّ الجهل بها في صحة البيع بعد العلم بمقدار المبيع ، وهذا لا يختصّ بالحنطة بل يجري ويصحّ في بيع دار من الدارين أو عبد من العبدین بالاشاعة بأن يكون المشتري شريكاً مع البائع في الدارين والعبدین بالنصف نصف من هذه الدار ونصف آخر من الدار الأخرى ونصف من هذا العبد ونصف آخر من العبد الآخر ، هذا .

ولكن حكي عن العلامة (قدّس سرّه) ^(١) الإشكال في صحة بيع عبد من عبدین أو شاة من شاتين وإن ذهب إلى الصحة في مثل من الحنطة ، ولكن لا فرق بينهما إلّا في أنّ العبد لا يطلق على النصف من عبد والنصف من عبد آخر فلا يصحّ أن يقال عرفاً إنّ له عبداً ، وهذا أمر راجع إلى مقام الإنبات ولا يضرّ بصحة المعاملة في مقام الثبوت ، إذ لا مانع من إطلاق العبد وإرادة النصفين من عبدین مع علم المتبايعين بالمراد سيّما إذا صرح بالمراد في العقد ، وأمّا اعتبار الصراحة والحقيقة في المعاملات وأنّ المعاملات لا تصحّ بالألفاظ المجازية أو الكنائية فقد عرفت في

محلّه أنّه على تقدير اعتباره إنّما يعتبر في نفس البيع والاجارة ونحوهما بأن لا يقول بعت ويريد منه الاجارة وبالعكس ، وأمّا في متعلّقات البيع والمعاملة فلا مانع من استعمال المجاز أو الكناية بل الغلط أيضاً كما مرّ ، وفي المقام قد ذكر البيع بالصراحة وقال بعت وإنّما الإجمال أو المجاز في متعلّقه وهو العبد وقد عرفت أنّه لا يوجب البطلان سبباً مع نصب القرينة أو التصريح بالمراد .

ثمّ إنّ ما ذكرناه في المقام لا يختصّ بما إذا كانت الأجزاء متساوية القيمة بل يجري فيها إذا كانت قيمتها مختلفة أيضاً ، كما أنّه لا يختصّ بما إذا كانت أجزاؤه مجتمعة بل يصحّ فيها إذا كانت الأجزاء متفرّقة كما إذا باعه متبناً من حنطة التي مقدار منها في هذا المكان ومقدار منها في مكان آخر وذلك ظاهر .

الصورة الثانية : أن يكون المبيع من قبيل الكلّي في الخارج وهذه هي التي جعلها شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) ^(١) ثالث الأقسام في المقام ونحن قدّمناها على الثاني لنكتة تظهر عن قريب إن شاء الله تعالى .

المبيع تارة يكون كلياً في الذمّة بأن لا يضاف إلى شيء وله اعتبار عند العقلاء ويعتبرونه مالاً فلذا لا مانع من جعل مثله صداقاً في نكاح أو ثمناً في معاملة بأن يجعل الصداق مائة دينار الثابتة على ذمّة زيد ، وأخرى يكون كلياً مضافاً إلى ما في الخارج كبيع صاع من صبرة معيّنة ، ومعنى كونه كلياً أنّ الخصوصيات والتشخصات في أفراد الصيعان كلّها مملوكة للبائع ولم تنتقل منه إلى المشتري فلذا ليس له المطالبة بخصوص حصّة معيّنة ، إذ للبائع أن يجيب أنك إنّما اشتريت صاعاً من الحنطة لا بهذه الخصوصية وهذا ظاهر .

الصورة الثالثة : التي هي الصورة الثانية في كلام شيخنا الأنصاري وهي ما

إذا كان المبيع فرداً غير معيّن ونكرة مردّدة بين الأفراد لا كلياً كما في الصورة الثانية ولا معيّناً في الواقع كما في الصورة الأولى بل حصّة غير معيّنة واقعاً ولا ظاهراً وهذا هو الذي يعبر عنه بالنكرة والفرد المنتشر بين الأفراد الذي لا تعيّن له بحسب الواقع وقد وقع الكلام في صحّة المعاملة حينئذ وبطلانها ، وحكي عن المحقّق الأردبيلي (١) أنّه ذهب إلى البطلان . وربما أورد على صحّتها بالجهالة تارة والإبهام أخرى والغرر ثالثاً ، ورابعاً بأنّ الملك صفة وجودية تحتاج إلى محلّ تقوم به كسائر الصفات والفرد المردّد غير متحقّق في الخارج حتّى تقوم به صفة الملك كما هو ظاهر ، هذا .

والأولى أن يتكلّم في إمكان هذه الصورة واستحالتها حتّى لا نحتاج إلى التكلّم في الصحّة والفساد بعد وضوح استحالتها فنقول : الظاهر أنّ هذه الصورة في حدّ نفسها غير معقولة ، لأنّه إن أريد بالفرد المنتشر الفرد غير المعيّن في الواقع الذي لا خصوصية له ولا تشخّص فيه بوجه فهذا أمر لا يوجد في الخارج بوجه ، لأنّ الفرد الموجود في الخارج لا معنى لعدم تشخّصه وتعيّنه ، لأنّ الوجود عين التشخّص ولا يوجد في الخارج فرد من دون خصوصية ، فالمبيع أمر غير موجود فعلاً كما أنّه لا يوجد إلى أبد الدهر دائماً فالمعاملة باطلة حينئذ بلا إشكال .

وإن أريد منه الفرد غير المعيّن ابتداءً والمعيّن بعد ذلك واقعاً كما إذا باع صبرة أو عبداً يُعيّنه بعد ذلك ، فإنّ العبد الذي يعيّنه بعد ذلك أمر معيّن في علم الله والواقع وإن كان مجهولاً عنده ابتداءً ، فهذا أمر آخر وراء الفرد المنتشر الذي لا تعيّن له في الواقع لما عرفت من أنّه معيّن في علم الله تعالى ومجهول عنده ، فلا يرد عليه شيء من الارادات المتقدّمة إلّا الجهالة ، فإن كانت الجهالة بهذا المقدار أيضاً موجبة للبطلان فنلتزم ببطلان المعاملة وإلّا فلا .

وأما إيراد الابهام فقد عرفت أنه غير مبهم في الواقع والفرر منتف لقرض تساوي الأفراد والأجزاء بحسب القيمة، كما أن الفرد متحقق موجود في الواقع فلا مانع من أن يعرضه الملك أبداً، فلا إشكال فيه إلا الجهالة وهي إنما تضرّ فيما إذا قلنا بأن الجهالة عند المشتري توجب البطلان وإن كان معلوماً في الواقع ونفس الأمر وكيف كان فهذه الصورة خارجة عن الفرد المنتشر كما عرفت.

فالمتحصل من جميع ذلك: أن الصورة الأولى وهي بيع كسر مشاع كمنّ ونحوه ممّا تكون النسبة فيه معيّنة في الواقع وإن لم يعلم بها المتبايعان صحيحة وممّا لا إشكال فيه، لأنّ البائع إنما يعلم أنّ المشتري صار شريكاً معه في ماله بمقدار نسبته إلى المال كنسبة المنّ إليه، وأما أنّه أي مقدار من الثلث أو الربع فلا علم له به بوجه وقد عرفت أنّ المعاملة في هذه الصورة صحيحة.

وأما الصورة الثانية وهي بيع الكلّي في الخارج فهي أيضاً ممّا لا إشكال في صحته كما أنّه أمر متعارف بين العقلاء، وذلك لأنّ كثيراً من المعاملات الواقعة بين المتعاملين إنما هي من قبيل بيع الكلّي في الخارج، هذا مضافاً إلى صحيحة بريد عن أبي عبدالله (عليه السلام) «عن رجل اشترى عشرة آلاف طنّ من القصب من أنبار فيه ثلاثون ألف طنّ ثمّ بعد ذلك وقع فيه نار فاحترق منه عشرون طنّ وبقي عشرة آلاف طنّ، فقال (عليه السلام) العشرة آلاف طنّ التي بقيت هي للمشتري»^(١) وذلك لأنّها إنّما تنطبق على بيع الكلّي في الخارج دون صورة اشتراء القصب بوجه مشاع كما في الصورة الأولى وإلا فلازمه اشتراك المشتري مع البائع في المقدار الباقي لا اختصاص الباقي بالمشتري فقط وهذا ينطبق على اشتراء العشرة بنحو الكلّي في الخارج، وبما أنّها تنطبق على الباقي فلذا حكم (عليه السلام) باختصاصها به لما مرّ من

أن لازم الاشاعة الاشتراك وهو يقتضي الشراكة في الباقي ، وكيف كان فبيع الكلّي أمر لا غرابة فيه بل هو أمر متعارف وقع في زمان الشارع فلا مانع من أن تشملهُ العمومات ، هذا مع أن وجود ذلك وتحققه في زمانه (عليه السلام) غير معتبر في شمول العمومات له .

وأما الصورة الثالثة فقد عرفت أنه إن أريد من الفرد المردّد والمبهم أن المبيع أمر لا تعيين فيه في الخارج ولا في علم الله تعالى بل أمر مبهم من جميع الجهات ولا خصوصية فيه بوجه ، فالمعاملة حينئذ باطلة لأنّ مثل ذلك ممّا لم يوجد إلى الآن ولا سيوجد بعد ذلك بل هو أمر غير ممكن ، إذ الفرد الموجود لا يمكن أن يكون عارياً من جميع الخصوصيات والتشخصات ، وإن أريد منه ما هو معيّن في الواقع وغير معيّن عند المتبايعين كما إذا باع أحد عبيدين يعيّنه فيما بعد حيث إنّ ما يعيّنه بعد ذلك أمر معيّن في علم الله تعالى فصحّته تبتني على عدم اعتبار العلم بالمبيع وعدم كون الجهالة ولو عند المتبايعين موجبة للبطلان .

ثم إنّ الكلام يقع في تصوير الاشاعة وبيع الكلّي في المعين ، أمّا الاشاعة فهي على المعروف منهم عبارة عن التملك للشيء في كلّ جزء خاص من أجزائه بالثلث أو النصف أو غيرهما من النسب ، فكلّ واحد من أجزائه متعلّق للملكية له بالثلث أو بالنصف المعين في الواقع المجهول ظاهراً . وقد تفسّر الاشاعة بأنّها عبارة عن التملك للنسبة الكلّية كالنصف الكلّي مثلاً القابل للانطباق على النصف الأخير للشيء أو نصفه الأوّل ، فإذا اشترى عبداً بنحو الشركة مع البائع في نصفه فهو مالك لنصفه الكلّي الصادق على كلّ واحد من النصفين ، هذا .

ولا يخفى عليك أنّه لا يمكن الالتزام بشيء من هذين المعنيين في المقام ، وهذا من دون فرق بين أن نقول بوجود الجزء الذي لا يقبل التجزّي في الخارج الذي يعبر عنه بالجوهر الفرد أو نقول بعدم إمكان ذلك في الخارج ، لأنّ الجزء الخارجي ممّا

يتميّز شماله عن جنوبه وأنه إذا اتصل به خيط من طرف فهو يغير الخيط المتصل به من طرف آخر ، فلا يحصى من أن يكون قابلاً للقسمة وإن لم يكن لنا آلة لنقسمه إلى قسمين فعلاً إلا أنه في حدّ نفسه قابل للقسمة والتجزّي .

والوجه في عدم إمكان الالتزام بشيء من المعنيين هو أن البيع الواقع على الكلّي في الخارج وإن كان أمراً معقولاً ومتداولاً أيضاً إلا أنه في باب الشركة غير ممكن ، وذلك لأنّ الشريكين مالكان للخصوصيات الموجودة في المال فإذا فرضنا أن كلّاً منها إنّما ملك نصف المال على نحو الكلّي فعناه أنّه لم يتملك الخصوصية كما هو معنى ملك الكلّي ، فعينئذ تقع الخصوصية خارجة عن حيّز ملك الشريكين فتكون الخصوصية ملكاً بلا مالك وهو أمر محال .

كما أنّ المعنى الأوّل أيضاً ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، لأنّ كون الشريك مالكا لهذا النصف الشخصي دون النصف الشخصي الآخر ممّا يحتاج إلى مرجّح ، فأيّ شيء دلّ على أنّ هذا الشريك مالك لهذا النصف أو الثلث أو غيرها دون النصف أو الثلث الآخر ، مثلاً إذا فرضنا أنّها اشترت مالاً بالشاركة أو انتقل إليهما مال من مورّثتهما فصارا شريكين في المال ، فإن كان كلّ واحد منهما مالكاً لنصف المال على وجه الكلّي فلازمه أن تكون الخصوصية ملكاً بلا مالك ، وإن كان كلّ واحد منهما مالكاً لنصف مشخص فهو يحتاج إلى مملّك آخر حتّى يملك هذا النصف المعين لذلك دون الآخر ، والمفروض عدم المرجّح في البين وعدم دلالة دليل على أنّه مالك لهذا النصف المشخص دون النصف الآخر ، فعليه لا بدّ في المقام من تفسير الإشاعة بمعنى آخر وهو أن يقال إنّ المال من أوّله إلى آخره ملك للمالكين وهما قائمان مقام المالك الواحد ، فالوارثان كالمورّث مالكان للمال وقائمان مقامه ، فكما أنّه ملك لهذا الشريك كذلك ملك للشريك الآخر غاية الأمر أنّه ملك غير تام فهو مال للمجموع والمجموع كالواحد ، وبالجملّة أنّ الملك لما كان من الأمور الاعتبارية كان تصوير

الملك لشخصين ومالكين في غاية الوضوح فهو بأسره ملك لهذا كما هو بأسره ملك لذلك إلا أن المجموع من الشريكين منزل منزلة المالك الواحد ، وبه يندفع إشكال عدم تملك الخصوصيات أو عدم المرجح للتعيين .

ومما يؤيد ما ذكرناه : أن جزء المال تارة لا يكون مالاً عند العرف بحيث لو قسمناه إلى أجزاء لما كان شيء من تلك الأجزاء مالاً وإنما يصدق عليه المال فيما إذا اجتمعت دون صورة الافتراق وهذا كأعواد الشحاط فإن كل واحد منها ليس بمال وإن كان مجموعها مالاً ، بل ربما يخرج عن الملك أيضاً كما إذا قسمناه إلى ألف جزء إذ العقلاء لا يعتبرون الملك فيه لصغره جداً ، وحينئذ فكيف يمكن أن يقال إنه مالك لثلث هذا المال على نحو الكلّي أو على نحو التشخص مع أن ثلثه أو ربعه خارج عن المالية والملكية ، فهل هو اشترى ما ليس بمال أو ملك ما ليس بملك ، وربما يكون المال المشترك من قبيل المنافع والحقوق وهما من البسائط حيث إنها من الأعراض فكيف تقبل القسمة إلى نصفين أو الثلث ونحوهما وهذا كما إذا كان المورث مالكا لمنفعة أو كان له حق فانتقلا إلى ورثته ، والمنافع من قبيل الأعراض وهي من البسائط لا تقبل القسمة ، وهذا بخلاف ما ذكرناه من التفسير فإنها أي الشريكان يملكان المنافع بأجمعها لا بالقسمة كما عرفت ، وكيف كان فلا يمكن تصوير الاشاعة بشيء من الأمرين المتقدمين .

وتوضيح ذلك : أن تفسيرها بالتملك للنصف الكلّي أو بالثلث كذلك أو تفسيرها بالتملك للنصف المعين في الواقع وعلم الله وغير المعين عند المتعاملين والشريكين الذي عبرنا عنه بالنصف المشخص أو الثلث كذلك مما لا يمكن المساعدة عليه بوجه ، بل لا تتعلّق لها معنى غير ما أشرنا إليه آنفاً وذكرنا أن الشركة والاشاعة إنما هي عبارة عن كون الملك الواحد مملوكاً لمالكين أو أكثر غاية الأمر أنه حينئذ ملك ناقص وغير تام .

وتوضيح ذلك : أن من اشترى نصف مال أو ربه أو نحو ذلك فإنما تنتقل إليه ملكية المال لكن لا بمجموعها بل بنصفها أو ربعها فهما مالكان للمال وكلّ منهما نصف مالك لتمام المال . وبعبارة أوضح : أن المالك تارة ينقل إضافته المالكية للمال بتمامها إلى المشتري بمعنى أنه يعدم إضافته إلى نفسه ويوجد علة وإضافة أخرى للمال إلى المشتري لما ذكرناه في أوائل البيع من أنه لا معنى لتبديل الإضافة ونقلها إليه لتقومها بالمالك الأول والمال ، فلا يمكن تبديلها ونقلها إلى الغير فالبيع إعدام إضافة وإيجاد إضافة أخرى ، فتارة تكون الإضافة بتمامها منتقلة بالمعنى المتقدم إلى المشتري وأخرى ينقل المالك الملكية الناقصة للمشتري ، والملكية وإن كانت من الأمور الاعتبارية وهي كالأعراض غير قابلة للقسمة إلا أنها تقبلها من جهة محلّها نظير البياض ومعرّضه حيث إنه غير قابل للقسمة في نفسه وقابل لها من جهة محله ، فإنّ البياض العارض لجزء من القرطاس يغيّر البياض العارض للجزء الآخر ، وكذلك الملكية فإن موضوعها مجموع الشخصين وهي تنقسم بهذا الاعتبار ولا مانع من أن يعدم المالك الإضافة التي كانت بينه وبين المال ويوجد إضافة أخرى قائمة بمجموع الشخصين ، وكذلك الحال في الوارثين فإنهما يشتركان ويتملكان التركة بهذا النحو المذكور ولعلّه ظاهر لا أن أحدهما مالك لكلّي الثلث أو النصف أو للثلث والنصف المعيّنين في الواقع والمجهولين عند المتبايعين .

ثم إنه لا بأس بالتعرّض إلى بيان معنى القسمة وأن التقسيم هل هو بيع أو أنه إفراز حق ، وقد ذهب العامة^(١) إلى الأول ، وخالفهم الخاصة في ذلك وذكروا أنه عبارة عن إفراز الحق ، وهذا أحد الموردين اللذين خالفنا فيها العامة بأسرهم

وثانيهما باب الضمان حيث ذهب العامة^(١) إلى أنه عبارة عن ضمّ ذمّة إلى ذمّة وذكر أصحابنا أنه عبارة عن نقل المال من ذمّة إلى ذمّة أخرى .

فنقول : إن أراد الخاصّة ظاهر ذلك الكلام والتزموا بأنّها عبارة عن إفراز الحقّ بمعنى أن الحقّ كان غير معيّن في الواقع ومجهولاً في نفس الأمر فيتعين بالقسمة فلا يمكن المساعدة عليه أبداً ، لما ذكرناه من أن كون الحقّ غير معيّن إنّما ينطبق على بيع الكلّي في المعين ولا يأتي في الاشاعة والشركة لما مرّ من عدم صحّة تفسير الاشاعة بالملك الكلّي في النصف ونحوه بل الحقّ معيّن في الواقع لا إبهام فيه حتّى يتعين بالقسمة ، وقد مرّ أن الاشاعة والشركة عبارة عن تملك جميع المال بالربع أو النصف على الوجه المختار ، أو عبارة عن تملك الحصّة المعيّنة في الواقع وإن كانت مجهولة عندنا ، وعند القسمة إذا أعطي لأحدهما إحدى الدارين المشتركين بينهما وللآخر أخرى كيف يكون هذا إفراز حقّ بل يكون من قبيل تبديل الملك غير التام إلى التام لأنّه مالك مستقلّ في الدار المنتقلة إليه بالقسمة أو تبديل للملك في بعض أجزاء إحدى الدارين بالملك في بعض أجزاء الدار الأخرى وهذا لا يكون إفرازاً للحقّ بل تبديلاً ومعاملة ، نعم لا بأس بما ذكرناه في مثل الخمس والزكاة بناءً على أنّهما يتعلّقان بالكلّي ويفرزان بتقسيم المالك وتعيينه ، وكيف كان فلا يمكن المساعدة لما هو ظاهر هذا العنوان .

وإن أرادوا من ذلك ما هو خلاف ظاهر العنوان كما هو الظاهر بأن يريدوا بذلك ردّ مقالة العامة وأنّها ليست بيعاً ومعاملة لتجري فيها أحكام البيع من خيارى المجلس والحيوان ونحوهما بل هي معاملة أخرى مستقلة في حدّ نفسها فهو صحيح ولا مناص عن الالتزام به ، وذلك لما ذكرناه في المعاطاة من أنّه لا مانع من تصوير

(١) المغني لابن قدامة ٥ : ٧٠ ، ٨٣ ، المجموع ١٤ : ٢٤ ، المهذب ٢ : ٣٠٧ .

معاوضة لا تكون بيعاً ولا شيئاً آخر من المعاملات المتعارفة ، ولا مانع أيضاً من أن تشملها العمومات نحو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وذلك كما إذا تبادل بالين من دون ملاحظة المالية في شيء منها بأن أعطى كتاباً وأخذ كتاباً آخر من غير ملاحظة المالية بينها فإنها حينئذ خارجة عن البيع إذ لا بائع فيه ولا مشتري حينئذ ، ولا يتعين أحدهما عن الآخر حتى في علم الله تعالى ، إذ لا واقع له حتى يتعين فيه ومع ذلك تشمله عمومات أدلة العقد والتجارة ، وحينئذ نقول : إنَّ تبديل الملك الناقص بالملك التام أو تبديل الملك في بعض أجزاء أحد المالين بالملك في بعض أجزاء المال الآخر معاوضة مستقلة في قبال البيع ونحوه ولا مانع من أن تشملها عمومات أدلة العقد والتجارة وإن كانت خارجة عن البيع ولا تجري فيها أحكام البيع بوجه .

تصوير بيع الكلي في الخارج

وبعد ذلك يقع الكلام في تصوير بيع الكلي في الخارج فنقول : ربما يقال إنَّ بيع الكلي في الخارج عبارة عن بيع كلي في الذمة مشروطاً بأن يكون ذلك من الصبرة المعيّنة في الخارج ، وعليه يتعين أن يكون المبيع هو الحنطة في الصبرة المعيّنة وهو ظاهر . ويدفعه : أنَّ هذا البيع في الذمة مشروطاً بأن يكون من صبرة خارجية وإن كان صحيحاً في حدِّ نفسه إلا أنه خارج عن بيع الكلي في الخارج ، والوجه في ذلك أنَّ البائع عند بيع الحنطة في الذمة مثلاً مشروطاً بالشرط المذكور يتمكّن من أن يؤدي المبيع من غير الصبرة المشروطة في البيع لأنَّه أيضاً حنطة وليس خارجاً عن المبيع غاية الأمر أنَّ للمشتري خيار تخلف الشرط عند الالتفات إلى الحال ، ولكن البائع يكون قد أدّى ما عليه لصدق المبيع على غير الحنطة الموجودة في الصبرة أيضاً ، وهذا بخلاف بيع الكلي في الخارج فإنَّ البيع وقع على ما في الصبرة من الحنطة بحيث لو أداها من غير الصبرة المعيّنة لم يؤدَّ ما في ذمته وللمشتري أن يطالبه بالأداء

لأنَّ الذمَّة قد فرغت ولكن المشتري على خيار ، وعليه فلا يمكن أن يكون بيع الكلي في الخارج عبارة عن بيع شيء في الذمَّة مشروطاً بأن يكون من صبرة معيّنة خارجاً .

وأخرى يقال : إنَّ بيع الكلي في الخارج عبارة عن بيع كلي في الذمَّة مقيداً بأن يكون من صبرة معيّنة في الخارج ، وعليه فلا بدّ للبائع من أن يؤدّيه من الصبرة المعيّنة لتقيّد المبيع بكونه منها بحيث لو أدّاه من غيرها لم يؤدّ ما في ذمّته ، وبذلك يندفع الإيراد المتوجّه على الوجه الأول كما ذكرناه ، هذا .

ويرد عليه أنَّ دائرة الكلي في الذمَّة وإن كانت تنضيق بما أخذ فيه من القيود التي توجب انحصار الفرد في الخارج بحيث لا ينطبق إلّا عليه ولا يصدق على الكلي المتحقّق في غيره ، وبذلك يفترق هذا الوجه عن الوجه السابق حيث إنَّ الكلي كان شاملاً فيه لغير الصبرة المعيّنة لعدم تقييده بشيء ، وهذا بخلاف الوجه الثاني فإنّه مقيد بالصبرة المعيّنة ومع ذلك لا يخرج عن كونه كلياً لأنَّ الكلي لا يصير جزئياً بما أخذ فيه من القيود الموجبة لانحصار مصاديقه في فرد معيّن ، إلّا أنَّ لازم ذلك أن لا يلحقه التلف حيث إنَّ التلف ممّا يعرض على الموجود الخارجي ولا يتّصف الكلي بالتلف أبداً ، مثلاً إذا فرضنا تلف الحنطة الموجودة في الصبرة بأجمعها فلا يصحّ أن يقال إنَّ المبيع تلف فيما إذا كان البيع واقعاً على الكلي المقيّد بما ينطبق على الصبرة المعيّنة لأنَّ الكلي لا معنى لتلفه فلا يوجب تلف الصبرة انفساخ المعاملة ، نعم يكون تلفها موجباً لتعذّر وجود ذلك الكلي في الخارج ، والبيع لا يفسخ بالتعذّر بل للمشتري أن يرجع إلى البائع بمثله أو قيمته ، لأنَّ المعاملة تفسخ بتلف الصبرة كما هو ظاهر ، وهذا بخلاف بيع الكلي في الخارج فإنَّ تلف الصبرة حينئذ يوجب تلف المبيع ويلحقه حكمه من الانفساخ ، وكيف كان فلا يمكن أن يقال إنَّ بيع الكلي في الخارج عبارة عن بيع الكلي في الذمَّة بالاشتراط أو بالتقيّد كما في الوجهين

المتقدمين .

وثالثة يقال كما عن شيخنا المحقق (قدس سرّه) ^(١) أن بيع الكلّي في الخارج عبارة عن بيع الكلّي من دون تقييده بالذمة ولا بالوجود الخارجي بل المبيع هو نفس الكلّي وطبيعي الوجود من دون إضافته إلى الذمة ولا إلى الوجود الخارجي .

ويرد عليه : مضافاً إلى ما أوردناه على الوجهين المتقدمين ، أن المبيع حينئذ لا خصوصية له بشيء ولا تعين له في صقع من الأصقاع وقد ذكرنا سابقاً أن مثل ذلك لم يخلق ولا يخلق أبداً ، لأنّ الموجود الخارجي لا يخلو عن شيء من الخصوصيات والتشخصات ، هذا .

ويرد عليه إيراد ثالث : وهو أن بيع الكلّي من دون إضافته إلى شيء من الذمة أو الخارج لا يقبل البيع عند العقلاء ، إذ لا بدّ فيه من أن يضاف إمّا إلى الذمة أو إلى الخارج ومع قطع النظر عنهما لا يكون عند العقلاء مورداً لشيء من الاعتبارات ، هذا .

والظاهر أن بيع الكلّي في الخارج عبارة عن بيع الكلّي الخارجي المحدود بحدود معيّنة وتوضيح ذلك : أننا كما تصوّر الجامع بين جميع الأفراد الموجودة في الخارج ونعبر عنه بمفهوم الوجود في مقام التعبير عن ذلك الجامع وتنقل حقيقته ونعبر عنه بحقيقة الوجود وواقعه ، كذلك لنا أن تصوّر الجامع بين أفراد معيّنة من الوجود دون جميع الأفراد كما إذا تصوّرنا الجامع بين عشرة أفراد وعبرنا عنه بالحنطة الموجودة في الصبرة المشخصة لأنّ هذا هو الجامع بين الأفراد والطبيعي المتصوّر في ضمن جميع الأفراد ، غاية الأمر على نحو التضييق لا التوسعة على نحو يشمل جميع الأفراد ، وهذا الجامع بين أفراد الوجود المضيق بالقيود أمر له تعين

بحسب الواقع وهو الحنطة والكلّي الموجود في ضمن كلّ واحد من هذه الأفراد العشرة وقد باعه البائع على سبيل البدلية دون الاستغراق ، وبما أنّ المعاملة وقعت على الكلّي الجامع بين الأفراد لا يكون المشتري مالكاُ لشيء من الخصوصيات الفردية بل كلّها مملوكة للمالك والتعيين بيده ، وهذا أمر يعتبره القلاء فيما بينهم من المعاملات بل قد وقع نظيره في الشرعيات أيضاً كما في صحيحة الأطنان المتقدّمة مضافاً إلى معهوديته في الاجارة ونحوها كما إذا استأجر أحداً للخياطة في مكان خاص بين مبدأ ومنتهى فإنّ معناه أنّ المستأجر قد ملك الخياطة الكلّية من الأجير ولكن لا على سريانها وإطلاقها بل الخياطة الواقعة بين هذا المبدأ والمنتهى على سبيل البدلية ، فله أن يخطه في هذه النقطة أو النقطة الثانية الموجودة بين المبدأ والمنتهى ، ولا يمكنه المطالبة بالخياطة في نقطة خاصّة منها لأنّ المؤجر إنّما ملكه كلّّي الخياطة لا شيئاً من الخصوصيات ، وبالمجملّة أنّ البيع لما كان أمراً اعتبارياً لم يكن مانع من اعتباره في مثل الجامع بين أفراد مخصوصة كالحنطة الموجودة في صبرة معيّنة . فتحصل أنّ الكلّي في الخارج عبارة عن الكلّي بنحو صرف الوجود المحدود بحدّ خاص فلا فرق بينه وبين الكلّي في الذمّة إلّا من حيث الاضافة والتحديد كما عرفت .

الكلام فيما لو باع صاعاً من صبرة

لا إشكال ولا خلاف في أنّ بيع الصاع من الصبرة يحمل على الكلّي في الخارج فيما إذا علمنا بأنّ المتبايعين قد قصدا منه البيع على نحو الكلّي في الخارج ، لأنّ العقود تابعة للقصد ولو فرضنا ظهور الكلام في غير الكلّي في الخارج أيضاً ، وذلك لما أشرنا إليه سابقاً من أنّ اشتراط الصراحة أو الظهور في المعاملات إنّما هو في نفس العقود والمعاملات دون المتعلّقات ، وعليه فلا مانع من أن يقصد بيع الكلّي في

الخارج في مثل بيع صاع من صبرة ولو كان ذلك ظاهراً في بيع الكسر المشاع .
 كما أنه لا ينبغي الإشكال في حمله على الكسر المشاع فيما إذا أحرزنا أنها قد
 قصدا الاشاعة منه ولو فرضنا ظهوره في بيع الكلي في الخارج ، وأما إذا علمنا أن
 أحدهما قصد الاشاعة وثانيهما الكلي في الخارج فلا إشكال في فساد المعاملة حيث
 عدم تطابق الإيجاب والقبول ، وهذا كله مما لا إشكال فيه .

وإنما الكلام فيما إذا شككنا في المراد ولم نحرز أنها قصدا الكلي في الخارج أو
 بيع الكسر المشاع ، فهل هذا الكلام بنفسه ظاهر في بيع الكلي أو في بيع الكسر المشاع
 حتى يحمل عليه فيما إذا وقع الخلاف والنزاع بين المتبايعين فادعى أحدهما أنه باعه
 على نحو بيع الكلي في الخارج وثانيهما أنه باعه بنحو الكسر المشاع ، أو إذا نسيا ما
 قصدها حين المعاملة مع العلم بأنها أنشأ البيع ببيع صاع من صبرة ، أو وقع الخلاف
 بين وارثيهما بعد موتها ، وذلك لوجود الثمرة بين الأمرين والبيعين ، إذ لو فرضنا أن
 الصبرة تلف نصفها فعلى الاشاعة يحمل التالف عليها كما أن الموجود لها على نحو
 الاشتراك ، وأما على بيع الكلي في الخارج فالتالف محسوب على البائع دون المشتري
 كما هو واضح .

وكيف كان ، الظاهر أن المعاملة صحيحة ومحمولة على بيع الكلي في الخارج
 وذلك أما أولاً : فلأجل صحة الأطنان^(١) حيث حكم فيها الإمام (عليه السلام)
 بأن الموجود مال المشتري بتمامه مع أن المفروض فيها أنه قد باع عشرة آلاف طن
 من أنبار فيه ثلاثون ألف طن نظير بيع صاع من صبرة فيها كذا مقدار من الصيعان
 فنها يستفاد أن أمثال تلك البيوع محمولة على بيع الكلي في الخارج لعدم موافقة

(١) وهي صحيحة برید المروبة في الوسائل ١٧ : ٣٦٥ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ١٩

الجواب فيها مع فرض الاشاعة بوجه ، وذلك لأنه (عليه السلام) حكم بكون الباقي للمشتري كما لا يخفى .

وأما ثانياً : فلأنّ الأمر يدور بين أن يكون الصاع بعنوانه موضوعاً للبيع والحكم كما في بيع الكلّي ، وبين أن يكون طريقاً ومشيراً إلى كسر مشاع كالثلاث والربع ونحوهما على حسب نسبة الصاع إلى الصبرة ، ولا ينبغي الإشكال في أنّ الظاهر أنّه بعنوانه واستقلاله مأخوذ في الموضوع لا بما أنّه طريق إلى الكسور ، ومما يؤيد ذلك ملاحظة ما إذا حكم على عنوان الصاع بحكم من الأحكام الشرعية كالحرمة ونحوها أفلا تحمل الحرمة حينئذ على نفس عنوان الصاع من دون أن تكون محمولة على الكسر المشاع وكذلك الحال في المقام ، هذا .

وربما يقال : إنّ ظاهر الكلام في مثل بعتك صاعاً من صبرة هو الفرد المنتشر لأنّ الصاع متونّ والتنوين للتذكير والنكرة عبارة عن الفرد المنتشر دون الكلّي في الخارج .

وفيه : أنّ حمل التنوين فيه على التذكير ممّا لا دليل عليه ولا وجه لحمله عليه ولعلّه تنوين التمكن حيث إنّ العرب تنون الاسم فيما إذا لم يكن هناك مانع عن تنوينه وتعبّر عنه بتنوين التمكن ، هذا أولاً .

وثانياً : هب أنّ التنوين فيه للتذكير ولكّلك عرفت سابقاً أنّ الفرد المنتشر غير معقول في باب البيع فلا وجه لحمله على النكرة .

وثالثاً : أنّ الصاع لا يلزم أن يكون في جميع الموارد متوناً فلنفرض الكلام فيما إذا ذكر بنحو الاضافة إلى الصبرة كما إذا قال : بعتك صاع الصبرة المبيّنة بكذا أو بنحو المحلّي باللام كقوله بعتك الصاع من هذه الصبرة وذلك ظاهر .

ثمّ إنّّه إذا بنينا على أنّ البيع فيه من قبيل الكلّي في الخارج أو من قبيل بيع الكسر المشاع ترتّب عليه فروع ولا يختصّ ترتّبها على ما إذا بنينا على المختار من

تصوير الكلّي في الخارج بل تترتب وتفرّع على الوجه غير المختار أيضاً .

فمنها : أنّ تعيين الخصوصية بيد البائع فيما إذا حملناه على بيع الكلّي في الخارج ولا حقّ للمشتري في مطالبة شيء من الخصوصية أبداً لأنّه إنّما ملك الجامع بنحو صرف الوجود في الأفراد المعيّنة دون شيء من الخصوصية وهذا نظير ما إذا أمر المولى عبده بكلّي وطبيعي مثلاً فإنّه لا يتمكّن من عقاب العبد أو مطالبة بشيء من الخصوصية والأفراد ولا يمكنه إلزامه بشيء منها إلا بأمر آخر وكذلك الحال في المقام فليس للمشتري مطالبة خصوصية من الخصوصية كما هو ظاهر ، وهذا بخلاف ما إذا حملناه على بيع الكسر المشاع لأنّ تعيين الخصوصية حينئذ ليس بيد البائع ولا المشتري بل لا بدّ حينئذ من التراضي بينهما كما هو ظاهر هذا .

وقد حكى عن المحقّق القميّ (قدّس سرّه) ^(١) في غير مورد من كتاب جامع الشتات أنّ الاختيار في تعيين الخصوصية في بيع الكلّي بيد المشتري إلاّ أنّه لم يعلم له وجه .

ومنها : أنّه إذا تلف من الصبرة شيء كنصفها أو ثلثها ونحوها فعلى بيع الكلّي لا يحسب التالف على المشتري بل هو محسوب على البائع ولا بدّ من إخراج المبيع من المقدار الباقي حينئذ لأنّه إنّما اشترى صاعاً وهو موجود في الصبرة بعد تلف بعضها ولكن الاختيار بيد البائع أيضاً في المقدار الباقي كما عرفت ، نعم إذا تلفت الصبرة بأجمعها ولم يبق منها إلاّ صاع واحد يجب على البائع دفعه إلى المشتري لا انحصار حقّه فيه ، لا من باب أنّ الخصوصية أيضاً مملوكة للمشتري ، وهذا بخلاف القول بالكسر المشاع فإنّ التالف يحسب عليهما كما أنّ الوجود لهما لأنّهما

حينئذ شريكان في مجموع المال فيشتركان في التالف والباقي لا محالة ، هذا .
 ثم إن شيخنا الأنصاري (قدس سره) ^(١) ذكر فرعاً آخر في المقام : وهو أنه إذا
 باع صاعاً من صبرة ثم باع صاعاً كلياً آخر من شخص آخر ثم تلفت الصبرة ولم
 يبق منها إلا صاع واحد فالظاهر أن الصاع الباقي للمشتري الأول ، لأن الصاع
 الكلّي الذي باعه ثانياً سار في ما عدا الصاع من الصبرة ، والمفروض أن ما عدا
 الصاع تلف قبل قبضه ، واللازم حينئذ الحكم بانفساخ البيع الثاني ، والوجه في ذلك
 أن الصاع الأول خرج من ملك البائع وصار للمشتري ، وعليه فيكون سريان
 الصاع الثاني الذي باعه ثانياً مختصاً في مال البائع الذي هو ما عدا الصاع من
 الصبرة وحيث إن ما عدا الصاع من الصبرة تلف قبل قبضه فلا محالة يحكم ببطان
 المعاملة الثانية حينئذ ، هذا .

ولا يخفى عليك أننا ذكرنا في تصوير بيع الكلّي في المعين أن المملوك للمشتري
 والذي وقع عليه البيع إنما هو صرف الوجود في الأفراد المخصوصة وهو أمر لا تعين
 له بوجه حتى في علم الله تعالى ، ومن الواضح أن تطبيق ذلك على فرد من الأفراد
 المخصوصة لا يكشف عن أن البيع وقع على ذلك الفرد وأن المملوك هو ذاك بل
 المملوك هو الجامع بين الأفراد المخصوصة على نحو صرف الوجود غاية ما هناك أن
 الفرد الخارجي مطابق للمملوك لا أنه عينه ، وهذا الذي ذكرناه لا يختص بالأمر
 الاعتبارية بل هو جار في الأوصاف الحقيقية والأمر الواقعية أيضاً ، فلذا ذكرنا في
 تصوير العلم الاجمالي أن متعلّقه إنما هو عنوان أحد الانساءين كالعالم بنجاسة
 أحدهما وهذا ربما لا يكون له تعين في صقع من الأصقاع حتى في علم الله تعالى كما
 إذا فرضنا كليهما متنجساً حيث إنّه لا تعين للمعلوم بالاجمال في الواقع أيضاً ، فإذا

قامت البيّنة بعد ذلك على أنّ أحد الاتّاءين نجس وبذلك انحلّ علمنا الاجمالي فلا يكون هذا كاشفاً عن أنّ المعلوم بالاجمال كان هو ذلك الفرد الذي حكّمنا بنجاسته بالبيّنة ، بأن يقال إنّ هذا الفرد بجميع خصوصياته ومشخصاته كان متعلّقاً للعلم وكان معلوماً لنا بالاجمال لأنّه خلاف الوجدان بالبدهة ، نعم ذاك الفرد المحكوم بالنجاسة حينئذ مطابق لذلك العنوان الذي تعلّق به العلم الاجمالي .

وكذا الحال في القدرة فإذا فرضنا أحداً يقدر على أكل أحد الرغيفين فقط لا على أكل كليهما وتلف أحدهما بعد ذلك أو اختار أحدهما فهل يمكن الحكم بأنّ ذلك يكشف عن أنّ مقدور الأكل لهذا الرجل هو هذا الفرد دون الآخر مع أنّها بالاضافة إلى قدرته على حدّ سواء وهو كما كان قادراً على أكل هذا الرغيف كان قادراً على أكل الرغيف الآخر أيضاً ، فلذا لو قايستنا حاله بالاضافة إلى كلّ واحد واحد منها لقلنا بقدرته على هذا وحده وذاك وحده .

وكيف كان ، فلا يمكننا الحكم بأنّ اختيار هذا الفرد كاشف عن أنّ متعلّق قدرته هو هذا الفرد بل متعلّق القدرة هو عنوان أحدهما وهذا الفرد مطابق لذلك العنوان لأنّه متعلّق لقدرته ، هذا في الأمور الحقيقية والأوصاف الواقعية ، وكذلك الحال في الأمور الاعتبارية كالملكية ونحوها ، فالملكية القائمة في صقع النفس متعلّقها عنوان جامع بين الأفراد المخصوصة وهو ممّا لا تعيّن له في شيء من الأوعية ، فإذا اختار أحد تلك الأفراد خارجاً فهو لا يكشف عن أنّ المملوك هو هذا الفرد وأنّ البيع وقع عليه ، بل المملوك وما وقع عليه المعاملة هو العنوان الجامع بين الأفراد وهذا الفرد الخارجي مطابقة لأنّه عينه بل هو بنفسه ممّا لا تعيّن له بوجه ، وعليه فإذا باع صاعاً كلياً بعد المعاملة الأولى فقد باع صاعاً جامعاً بين هذه الأفراد المخصوصة ، ومتعلّق البيع حينئذ هو متعلّق البيع الأوّل لأنّ المبيع في كلّ واحد من البيعين هو الجامع بين الأفراد المعبر عنه بالصاع وليس الكلّي كالفرد الخارجي غير

قابل للمبيع مرتين أو أكثر، إذ الكلّي يقبل البيع مرتين أو أكثر نظير بيع الكلّي في الذمة إذا باع متاً من الحنطة في ذمته ثمّ باع متاً منها من آخر وهكذا فإنّ المبيع في جميع ذلك شيء واحد وهو المنة الكلّي من الحنطة، وهذا لا يختصّ بالمبيع والأُمور الاعتبارية بل يجري في الأمور الواقعية أيضاً كما أشرنا إليه، مثلاً إذا علمنا بأنّ أحد هذه المائعات بول ثمّ علمنا بأنّ أحدها خمر فإنّ متعلّق العلم في كليهما عنوان أحدها، وكيف كان فتعلّق البيع الأول والثاني هو الكلّي ولا تميّز لأحد المبيعين عن الآخر.

وعليه فلا يمكننا المساعدة لما أفاده شيخنا الأنصاري في المقام من أنّ الصاع الباقي يتعيّن للمشتري الأول دون الثاني، وذلك لأنّ المبيع في كل واحد من البيعين هو الكلّي والأفراد لم يقع عليها البيع حتّى يقال إنّ الفرد الباقي للمشتري الأول ولا تميّز للمبيع في البيع الأول حتّى يختصّ للمشتري الأول دون الثاني، وليس في المقام فرق بينها إلّا من حيث الزمان، والتقدّم والتأخّر في الزمان لا يوجب تعيين المشتري الأول كما هو ظاهر، إذ لو فرضنا أنّه باع صاعين منها معاً مع تلف الصبرة إلّا بمقدار صاع واحد يأتي فيه ما ذكره (قدّس سرّه) حرفاً بحرف، وما أفاده (قدّس سرّه) مبني على التعيّن في المبيع بالمبيع الأول وقد عرفت خلافه.

وبعد ذلك يقع الكلام في أنّ البائع يجب عليه أن يدفع الصاع الباقي للمشتري الأول حتّى يكون ذلك موجباً للتلف في البيع الثاني وانفساخ المعاملة أو أنّه يتخيّر بين دفعه إلى الأول أو الثاني أو أنّه لا هذا ولا ذاك بل لا بدّ من تصيفه وإعطاء نصفه لأحدهما ونصفه الآخر للآخر وبطلان البيع في كليهما في نصفي المبيع.

ربما يقال: إنّ البائع قبل تلف الصبرة كان مخيراً في أن يدفع الفرد الباقي إلى المشتري الأول وأن لا يدفعه إليه وهذا التخيير لم يحدث ما يزيله. ويدفعه: أنّ ذلك إنّما هو قبل التلف من جهة وجود الأفراد والصيعان وكان الاختيار في التعيين بيده

وكان متمكناً من أن يدفع هذا الفرد الباقي إليه أو أن يدفع إليه فرداً آخر ، وبعد عروض التلف يرتفع هذا التمكن إذ لم يبق في البين إلا صاع واحد فلا موضوع للتخير ، ونسبة البيعين إليه على حد سواء فلا موجب لترجيح أحدهما على الآخر فيدور الأمر حينئذ بين الحكم بالانقاسخ في كلا البيعين والالتزام به مشكلاً ، وبين أن يدفع نصفه إلى أحدهما ونصفه الآخر للآخر ، وهذا هو الصحيح والسرى في ذلك ما ذكرناه مراراً من أن البيع الواحد ينحلّ إلى بيعين متعدّدة حسب تعدّد أفراد المبيع وأجزائه ، وهو وإن باع صاعاً واحداً بدينار إلا أنّه ينحلّ إلى بيع نصف الصاع بنصف دينار ونصفه الآخر بنصف الآخر منه في كلا البيعين ، فيدفع نصفه إلى أحدهما ونصفه الآخر إلى الآخر ويبطل البيع لكل واحد منهما في نصف المبيع وحينئذ إذا كان المبيع ممّا يتعلّق فيه الغرض العقلائي بالهيئة الاجتماعية فيثبت للمشتري خيار تبعض الصفة ، لأنّ الاجتماع حينئذ كوصف الصحة من الأمور المشروطة في البيع بحسب الارتكاز العقلائي ، وأمّا إذا كان ممّا لا يتعلّق فيه الغرض العقلائي بالهيئة الاجتماعية كما في مثل الحبوب والأدهان فلا يثبت للمشتري الخيار .

وكيف كان ، فما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وقوّاه شيخنا الأستاذ (قدّس سرّه)^(١) من اختصاص الصاع للمشتري الأول وبطلان البيع في الثاني ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، والوجه في ذلك ما مرّ آنفاً من أنّ المبيع في البيع الأول غير متميّز لأنّه ليس إلا صاعاً كلياً وأمّا الخصوصيات فهي بأجمعها للمالك ، كما أنّ المبيع في البيع الثاني أيضاً لا يميّز له ، والاختيار في التعيين بيد البائع فإذا تلفت الصبرة وبقي منها صاع واحد فلا وجه لتخصيصه بالمشتري الأول لأنّه ترجيح بلا مرجع

كما لا وجه لتخير البائع في دفعه إلى الأول أو الثاني لأنّ تخيّرهُ قبل تلف الأجزاء إنّما هو من جهة إمكان تطبيق مملوك المشتري على كلّ واحد من الأفراد ، وبعد ما فرضنا أنّ الأفراد تلفت ولم يبق منها إلّا فرد واحد فما معنى تخيّرهُ في تطبيق المملوك على الأفراد ، إذ لا منطبق عليه غير ذلك الصاع ، وعليه فيدور الأمر بين الالتزام بانقاسخ كلا البيعين كما التزمنا به في غيره من الموارد مثلاً إذا باع مال نفسه في زمان وباعه وكيله من شخص آخر في ذلك الزمان ، أو أنّها عقدت على نفسها من أحد وعقد وكيلها من شخص آخر فإنّ المعاملة والزواج محكومان بالبطلان لعدم الترجيح بلا مرجح ، وبين الالتزام بالتصنيف وأنّ النصف منها للمشتري الأول والنصف الآخر للآخر .

والأخير هو الصحيح ، وتوضيحه أنّ الوجه في الالتزام بالبطلان في كل واحد من البيعين في غير المقام إنّما هو وجود المزاحم في كلّ كسر يمكن أن يتصوّر في المال مثلاً إذا عقد على ماله بنفسه من مشتر وعقد عليه وكيله من مشتر آخر فكلّ واحد من نصف المال أو ثلثه أو رבעه أو خمسة مملوك لشخصين ، لأنّ المفروض أنّها باعاه بأجمعه لشخصين ففي كل كسر يمكن أن يتصوّر في المال ، فرض كونه من أحدهما معارض ومزاحم بفرض كونه من الآخر ولأجل ذلك التزمنا فيه بالبطلان .

وأما في المقام فحيث إنّ المبيع في كلّ واحد من البيعين أمر كلي ولا ربط له بالخصوصيات والتشخصات وأنّ بيع شيء ينحلّ إلى بيعين أو أكثر بحسب نصفه وغيرهما من الأجزاء ، فلا مانع من أن يكون كلّ واحد من النصفين مملوكاً لكلّ واحد من المشتريين ، ولا يكون فرض كون هذا النصف مملوكاً لأحدهما مزاحماً لفرض كونه مملوكاً للآخر وذلك لتمكّن البائع من تطبيق الكليّ في نصف الصاع في كلّ واحد من البيعين ، ولم يتلف من المبيعين إلّا نصفها وأما نصفها الآخران فهما باقيان ، ومع عدم التلف في النصفين لا وجه للالتزام بالبطلان فيهما ، نعم لما كان

تصفاهما الآخران تالفين بحسب الفرض فلتزوم بالبطلان في نصفي الصاعين المبيعين فالنصف من كل واحد منها مملوك لهما ولم يحدث في المقام شيء يزيل ملكية المشتري الأول أو الثاني في نصفي الصاعين ، فلا وجه لرفع اليد عن الملكية في النصفين أبداً ، نعم النصفان الآخران خارجان عن ملكهما بالتلف ، وأما النصفان الباقيان فما أن البائع يمكنه تطبيق الكلي عليهما لأنهما نصف المبيعين لم يكن وجه لخروجهما عن ملكهما كما هو ظاهر . ثم إن الاختيار في التعيين في النصفين بيد البائع أيضاً وهو أمر واضح لا ستره عليه ، هذا ما عندنا في هذا المقام .

ثم إنه تعرض شيخنا الأنصاري (قدس سره) في المقام : إلى أن الكلي إنما يبقى على وصف الكلية ما دام لم يقبضه المشتري وأما إذا قبضه فإن أقبضه البائع إليه منفرداً عما عداه فهو يختص بالمشتري لا عمالة ، وأما إذا أقبضه البائع بمجموع الصبرة فإن كان ذلك من جهة توكيل المشتري في تعيين حقه وقبضه منها وإبقاء الأصواع الأخر عنده أمانة ، أو كان من جهة إبقاء الصبرة بأجمعها أمانة عند المشتري ، فهذا القبض كلا قبض ولا يترتب عليه أثر ، فإذا تلفت الصبرة مثلاً فهو من باب تلف المبيع قبل قبضه .

وأما إذا كان إقباض الصبرة بأجمعها للمشتري من جهة إبقاء حقه في صاع منها وإبقاء الباقي عنده أمانة ، بأن كان دفعها إليه بعنوان إقباض مملوكه وتعيينه له في ضمن المجموع ، فيكتفي ذلك في حصول القبض لا عمالة ، وعليه فإذا فرضنا أن الصبرة تلفت بأجمعها أو تلف نصفها فهو بحسب على كل واحد من البائع والمشتري ، وذلك لأنه بقبضه المملوك في ضمن الصبرة قد اشترك مع البائع في الصبرة على نحو الاشاعة ، وحينئذ فلا يمكن حساب التالف على البائع دون المشتري لأنه ترجيح بلا مرجح ، هذا .

ولا يخفى أن في المقام أمرين : أحدهما كفاية إقباض الصبرة في قبض المشتري

للمبيع بحيث لو تلف بعد ذلك لما انطبقت عليه قاعدة : كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه ، لأنّ ذلك يكفي في حصول القبض وهذا ظاهر . وثانيها : أنّ المبيع الكلّي هل ينقلب من الكلّيّة إلى التشخّص والجزئية باقباض الكلّي إلى المشتري بأن أقبضه الصبرة بأجمعها فهل يكفي ذلك في تعيين المبيع وتشخّصه أو لا ؟ والظاهر أنّ المبيع لا يتشخّص باقباض الكلّي وجميع الصبرة إلى المشتري ، لأنّ البائع الذي بيده التعيين والتشخيص لم يشخّصه ، ولم يحدث التعيين والتشخّص من شخص آخر فهاذا يصير المبيع الكلّي متشخّصاً ومتعيّناً ، وعليه فإذا تلفت الصبرة بأجمعها فقد تلف الكلّي الذي أقبضه البائع للمشتري ، وبما أنّه تلف بعد القبض فيتلف المبيع على المشتري ، وأما إذا تلف نصفها وبقي نصفها الآخر فلا وجه لاشتراك التالف والباقي بينهما بل لما كان المبيع كلياً وقابلاً للصدق على الباقي فله أن يقول إنّ المملوك لم يتلف بعد ويأخذه من المقدار الباقي والتالف محسوب على البائع فقط ، ولا يمكنه دعوى أنّ المبيع تلف بتلف نصف الصبرة ، لأنّ الفرض أنّ المبيع لم يتشخّص بعد وهو باقٍ على كليّته كما كان وهو ينطبق على الباقي ويصدق عليه ، فلا محالة يتمكّن المشتري من إخراج مملوكه من الباقي .

وأما دعوى حصول الشركة بين البائع والمشتري فتندفع بأنّ انقلاب المملوك الكلّي وتبدّله إلى الكسر المشاع يحتاج إلى معاملة جديدة ومراضاة منها ولا يكفي فيه مجرد إقباض الصبرة إلى المشتري ، اللهمّ إلّا أن يكونا بذلك قاصدين لتبديل الكلّيّة إلى الاشاعة وهو أمر آخر يحتاج إلى قرينة ، وكيف كان فلا وجه لما أفاده شيخنا الأنصاري في المقام ، هذا .

ثمّ إنّّه قد عرفت أنّ الصاع في بيع صاع من صبرة محمول على الكلّي في المعين دون الاشاعة ، ولكن يظهر من المشهور خلاف ذلك فيما إذا باع ثمرة أشجار واستثنى منها أوطالاً حيث ذكروا أنّه إذا خاست الثمرة وتلفت من عند نفسها فيسقط من

الأرطال المستثناة بحسابها ، وهذا إنما ينطبق على الاشاعة دون الكلي في المعين لأن لازمه حينئذ عدم حساب التالف على المالك ، وعليه فيقع الإشكال في الفارق بينه وبين بيع الصاع من صبرة ، لأن حال الأرطال المستثناة في المثال بعينها حال الصاع في بيع الصاع من صبرة فلماذا التزموا في الاستثناء بالاشاعة وفي البيع بالكلي في المعين ، وقد ذكروا في وجه الفرق وجوهاً :

منها : أن الفارق بين البيع والاستثناء النص وهو صحيحة الأطنان^(١) الواردة في خصوص القصب ، ولولاه لما التزمنا بالكلي في البيع أيضاً ، لأن ظاهر لفظ الصاع ونحوه كالرطل هو الاشاعة دون الكلي .
وقد أورد عليه شيخنا الأنصاري (قدس سره) بأمور :

الأول : أن النص إن جاز التعدي من مورده وهو بيع القصب إلى غيره كبيع الحنطة مثلاً فلا مانع من أن تعدى منه إلى الاستثناء أيضاً ، وإن لم يجز التعدي من مورده فلا بد من الاقتصار على خصوص بيع القصب وحمل الصاع على الكلي فيه دون بيع سائر الأشياء كبيع صاع من الحنطة والمشهور لا يلتزم بذلك ، هذا .
ويمكن المناقشة في ذلك بأن التعدي من مورده إلى بيع غير القصب إنما هو للقطع بعدم الفرق بين بيع طن من القصب وبيع صاع من الحنطة مثلاً ، وهذا بخلاف التعدي منه إلى الاستثناء لعدم القطع بالتسوية .

الثاني : ما أفاده في آخر كلامه من أن ظاهر لفظ الصاع مثلاً إذا كان الاشاعة والكسر فلماذا جاز للمشتري التصرف في الأثمار بما شاء من دون الاستحالة والاستئذان من البائع مع أنها شريكه في الثمرة حينئذ ولا يجوز التصرف لأحد

(١) وهي صحيحة بريد المروية في الوسائل ١٧ : ٣٦٥ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ١٩

الشريكين في المال المشترك إلا برضاها .

الثالث : أن اللازم من الاشاعة أن يحسب التالف عليها مطلقاً سواء كان التلف مستنداً إلى المشتري أم كان مستنداً إلى آفة سماوية غايته أن المشتري ضامن لخصّة البائع من التالف في صورة الاستناد فلماذا لم يحسبوا التالف عليها عند استناد التلف إلى المشتري حيث أوجبوا إخراج تمام الأبطال حينئذ من الباقي وخصّوا ذلك بما إذا كان التلف مستنداً إلى الآفات السماوية وغير الاختيارية ، هذا .

ويرد على الفرق بالنص إيراد رابع : وهو أن اللازم حينئذ عدم تبعية العقود للقصد ، لأنّ ظاهر لفظ الصاع والطنّ حينئذ هو الكسر المشاع وهو المقصود للمتبايعين عند التلفّظ بلفظ الصاع والطنّ فلا وجه لحمله على الكلّي في البيع بالنص لأنّ مرجعه إلى أن العقد غير تابع للقصد في هذا المورد بالنص وهو كما ترى .

ومنها : أن الفارق بين المسألتين هو الإجماع ولولا الإجماع على حمل الأبطال على الاشاعة في الاستثناء لحملناها على الكلّي حتّى في الاستثناء أيضاً .

وفيه : كما ذكره شيخنا الأنصاري أنّ الإجماع لا يمكن الاعتماد عليه في المقام لعدم كشفه عن قول المعصوم (عليه السلام) لاحتمال أن استنادهم إلى النصّ أو غيره من الأدلّة ومعه لا يبقى للاعتماد عليه مجال ، هذا مضافاً إلى الإيرادين الآخرين اللذين أوردناهما على الوجه الأول وهما أن لازم الفرق بالإجماع والحمل على الاشاعة أن لا يجوز للمشتري التصرف في الأثمار إلا بإذن شريكه وهو ممّا لم يلتزم به المشهور ، كما أنّ لازم ذلك أن يحسب التالف عليها والباقي لهما من دون اختصاص ذلك بصورة تلف الثمرة بنفسها ، بل يعمّ ما إذا أتلّفها المشتري أيضاً مع أنّهم التزموا في صورة الاتلاف بلزوم إعطاء الأبطال من الباقي وعدم احتساب التالف من البائع .

ومنها: أنَّ الوجه في الفرق بين المسألتين لزوم القبض في البيع، إذ لولاه لا يكون البيع لازماً بل ينفسخ حينئذ (فاللزوم في مقابل الانفساخ لا في مقابل الخيار) وعليه فإذا فرضنا أنَّ الصبرة تلفت ولم يبق منها إلا بمقدار صاع فيجب على البائع بمقتضى لزوم القبض إقباض الصاع الباقي إلى المشتري، إذ لو لم يقبضه إليه لا يكون البيع ثابتاً بنحو الاستمرار، لأنَّ المبيع لم يصل إليه فلا يمكنه حساب التالف عليه وإلا لا يصدق عليه الإقباض فتتفسخ المعاملة، وهذا بخلاف مسألة الاستثناء إذ لا يجب على المشتري إقباض الأبطال للمالك، فإذا تلفت الأثمار وبقي منها بمقدار الأبطال فلا يتعين عليه دفعها للمالك كما في البيع إذ لا يبطل بيع الأثمار بذلك حينئذ دون بيع الصاع من صبرة، وهذا هو الفارق بين المسألتين بعد اشتراكهما في أنَّ الصاع ونظائره ظاهر في الكلِّي دون الحصَّة المشاعة، هذا.

ولا يخفى أنَّ مسألة لزوم القبض وعدم ثبوت البيع بدونه وإن كانت صحيحة إلا أنَّها أجنبية عن المقام ولا ربط لها بما هو محل الكلام، إذ الكلام في أنَّ الأبطال المستثناة لماذا حملت على الاشاعة في المسألة مع أنَّ حالها حال الصاع في البيع وقد حملوه على الكلِّي هناك، وهذا أي ربط له بمسألة لزوم القبض وعدم ثبوت البيع بدونه، هذا.

مضافاً إلى أنَّ إيجاب القبض في المقدار الباقي متفرِّع على حمل الصاع على الكلِّي وكيف يمكن إثبات حمله على الكلِّي بلزوم القبض في الباقي، هذا مع أنَّ القبض كما يجب في البيع يجب في الأبطال أيضاً لأنَّها حينئذ أمانة عند المشتري وقد أمرنا برَد الأمانات إلى أهلها، فيأتي فيه ما ذكره المستدلُّ في القبض في البيع، وكيف كان فلم نفهم محصل هذا البيان كما لم يفهمه شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) أيضاً.

ومنها: أنَّ الأثمار لما كانت تحت يد البائع وهي ملك للمشتري وقد استثنى منها أطلائاً لنفسه فهي ملك له، فبأنَّها في قبضه وتحت يده صار شريكاً مع

المشتري ، وهذا نظير ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) فيما إذا كانت الصبرة بأجمعها تحت يد المشتري من أنّه يصير بذلك شريكاً مع البائع وبعد ما حصلت الشركة بينهما فالتألف عليها لا محالة وإن كان لفظ الصاع ظاهراً في الكلّي أيضاً في كلتا المسألتين ، هذا .

ولا يخفى أنّ حصول الشركة بقبض الجميع غير مسلّم كما عرفت ، ومع الإغماض عن ذلك والبناء على حصول الشركة بقبض المجموع أيضاً لا يمكننا المساعدة عليه في المقام ، لأنّ ذلك إنّما هو فيما إذا أقبضه المشتري فيقال حينئذ إنّ المشتري قد أقبضه بمجموع الأثمار التي فرضنا بعضها ملكاً للبائع فيحصل بذلك الشركة بينهما ، وأما إذا لم يقبضها المشتري بل كانت في يده من الابتداء فهذا كيف يوجب الاشتراك مع فرض أنّ الرطل كلّ في حدّ نفسه ، هذا مضافاً إلى أنّ ذلك أخصّ من المدعى فلنفرض الكلام فيما إذا كانت الأثمار بيد المشتري برضا البائع أو بالنصب ، أو فرضناها في يد ثالث وتلفت الأثمار حينئذ فإنّهم يلتزمون بالإشاعة في الأبطال مع أنّ الأثمار ليست تحت يد البائع حتّى يقال إنّ الشركة حصلت بقبضه ولعلّه ظاهر .

ومنها : أنّ مقايضة الأبطال في المقام بالصاع في بيع صاع من الصبرة في غير محلّها ، بل الذي ينبغي أن يقاس إلى الصاع إنّما هو المستثنى منه أعني المبيع الذي هو ما عدى الأبطال ، وذلك لأنّ ما يملكه المشتري في مسألة الاستثناء هو ما عدا الأبطال ، كما أنّ ما يملكه في بيع صاع من الصبرة هو الصاع ، فالمقايضة في المقام لا بدّ وأن تكون بين الصاع وما عدى الأبطال ، وعليه فيرتفع الإشكال عن المسألة لأنّ ما عدى الأبطال أمر كلّ في المعين وليس أمراً خاصّاً ، والبيع إنّما وقع على هذا العنوان الكلّي وبما أنّ المالك أقبضه إلى المشتري في ضمن المجموع منه ومن الأبطال المستثناء فصار ملك المشتري أعني ما عدى الأبطال أمراً خارجياً ، وبه تحصل

الشركة والاشاعة بين ملكه وملك البائع فإذا تلف منها شيء فيحسب عليها لا محالة ، هذا .

وفيه أولاً : أن إقباض الكلي في ضمن المجموع منه ومن مال البائع لا يوجب انقلاب استحقاق الكلية إلى استحقاق الاشاعة كما مر تفصيله في الرد على شيخنا الأنصاري (قدس سره) في مسألة قبض الكلي .

وثانياً : أن المبيع أعني ما عدى الأبطال ليس كلياً في المعين بل هو عبارة عن مجموع الأثمار الخارجية ، فدعوى أنه كلي خلاف المتبادر والمتعارف العرفي .

وثالثاً : أن ذلك لا يدفع الإشكال ، إذ لنا أن نسأله عن أنه لماذا جاز للمشتري أن يتصرف في الأثمار بلا استئذان من المالك مع أنها مال مشترك حينئذ والقاعدة تقتضي عدم جواز تصرف الشريك في مال الشركة إلا بإذن شريكه ولماذا لا يحسب التالف عليهما فيما إذا كان إلتاف بعض الأثمار مستنداً إلى المشتري حيث ذكر المشهور أن حصّة المالك حينئذ لا بدّ من أن تخرج من الباقي مع أن الشركة تقتضي الشراكة في التالف والباقي على حسابها وإن ضمن المتلف قيمة ما أتلّفه وكيف كان فهذا الوجه أيضاً لا يدفع الإيراد .

ومنها : ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدس سره) في مقام الفرق بين المسألتين على تقديري الحمل على الكلي والاشاعة في الأبطال فله في المقام جوابان :

أحدهما : ما ذكره على تقدير الكلية في الأبطال قبل التلف وملخصه : أن المتبادر من الكلي المستثنى هو الكلي والأبطال غير المعيّنة فيما يسلم للمشتري من الثمرة لا الأبطال الكلية في مطلق الثمرة الموجودة حال البيع ، هذا .

ولا يخفى أن هذا الاستدلال بظاهره غير تام بل ينتج خلاف مقصود المستدل ، وذلك لأننا إذا فرضنا أن ما سلم للمشتري من الأثمار هو نصف الأثمار الموجودة حال البيع فالمالك يستحقّ منه تسعة أبطال مثلاً كما كان يستحقّها فيما إذا

سَلِّمَ للمشتري جميع الأثمار الموجودة حال البيع ، فلم ينقص من المستثنى شيء وإنما
النقص ورد على المشتري فقط ، وهذا خلاف المقصود لأنَّ الفقهاء ذكروا أنَّ التالف
يحسب عليها ، ولعلَّ في البين سقط شيء من الكلمات ، وكيف كان فهذا لا يدفع
الإيراد .

وثانيهما : ما أجاب به على تقدير الاشاعة في الأبطال قبل التلف وملخصه
أنَّ المستثنى كما يكون ظاهراً في الكلِّي كذلك المستثنى منه أيضاً ظاهر في كونه كلياً
وعليه فكل واحد منها مالك لعنوان كلي ، والموجود بينهما لا يمكن احتسابه بأجمعه
من أحدهما لأنَّه ترجيح بلا مرجع ، فلا محالة يكون بينهما بالنسبة ويشتركان فيه
وفي التالف لا محالة ، هذا .

وفيه : أنَّه مضافاً إلى أنَّ الكلية في المستثنى لا تستلزم الكلية في المستثنى منه
أبداً وإلاَّ لزم في المقام أن لا ينتقل إلى المشتري شيء من الخصوصيات ، كما أنَّها
خارجة عن ملك البائع فتبقى بلا مالك ، وعلى تقدير احتسابها من المشتري يكون
نقلها بلا ناقل ولا سبب ، وكيف كان فلا مانع من أن يكون المستثنى أمراً كلياً منترعاً
من الخصوصيات الواقعة في المستثنى منه كما إذا قال بع جميع كتبي إلاَّ واحداً منها
فإنَّه كلي مع أنَّ المستثنى منه أمر معيَّن خارجي لا كلية فيه بوجه .

يرد عليه : أنَّ هذين الوجهين لا يدفعان الإيرادين الأخيرين ، إذ يبقى لنا
سؤال الوجه في جواز تصرف المشتري في الأثمار من دون استئذان من المالك وأنَّه
لماذا لا يحسب التالف عليها فيما إذا استند التلف إلى المشتري حيث التزموا بأنَّ
التالف إنما يحسب منها فيما إذا كان التلف غير مستند إلى المشتري ، وكيف كان فلم
نرفقاً ذكره من الأجوبة في المقام ما يدفع الإيرادات بأجمعها ويجمع بين كون
الأبطال على نحو الكسر ، وجواز تصرف المشتري في الأثمار من دون الاستئذان
من المالك ، وعدم احتساب التالف من المالك على تقدير إتلاف المشتري وإخراج

حقّه من الباقي ، وهذه الأمور الثلاثة هي التي لابدّ من تصحيحها وقد عرفت أنّها بحالها ولم يذكر في المقام وجه صالح للجواب عن الأمور الثلاثة .

فالذي يمكننا أن نقول ولعلّه المراد من كلام شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أيضاً على تقدير إضافة كلمة أو كلمتين على ما أفاده في المقام : هو أنّ الأبطال كسر كلّي على نحو القضية الخارجية دون الحقيقية ، وبذلك ترتفع الإشكالات عن المسألة وتوضيحه : أنّ الكسر كالنصف والثلث والرابع ونحوها من الكسور الواقعة في شيء من المعاملات كالبيع والوصية ونحوها يمكن أن يستعمل على نحوين : أحدهما الكسر المشاع كما هو الظاهر المتبادر منه وهذا مثل ما إذا قال بعثك ثلث هذا المال بكذا أو نصفه أو رבעه وأراد منه الاشاعة فإنّ المشتري حينئذ يصير شريكاً مع المالك في المال ، فالتلف منه يحسب عليهما كما أنّ الموجود لهما ، وثانيهما الكسر الكلّي دون المشاع ولو بواسطة نصب القرينة على إرادة الكلّيّة منه بناءً على أنّ ظهوره في نفسه في الاشاعة وهذا كما إذا أوصى لزيد بثلث ماله وأراد منه الكلّي دون الاشاعة والاشتراك فإنّ الموصى له حينئذ يملك ثلث المال بنحو الكلّي في المعين ، واختيار التعيين بيد الوارث حينئذ فله أن يعين له ما شاء ، ولا يكون الموصى له شريكاً مع الورثة في المال حتّى أنّه إذا تلفت التركة ولم يبق منها إلّا مقدار ثلثها فيجب عليهم أن يعطوه إلى الموصى له لأنّه ملكه .

ثمّ إنّ الكسر الكلّي تارة يلاحظ على نحو القضية الحقيقية وأخرى على نحو القضية الخارجية ، والأول كما إذا أوصى له بثلث ماله أي ما يوجد في الخارج ويصدق عليه أنّه ماله فنلته للموصى له فالكلّي في ذلك على نحو القضية الحقيقية فإذا فرضنا أنّ نصف مال الموصى قد أخذه الحكومة أو تلف فللموصى له ثلث جميع المال ممّا بقي في أيديهم لا ثلث ما وصل إليهم حتّى أنّ الباقي إذا كان بمقدار ثلث جميع أمواله فهو للموصى له حينئذ ، والثاني كما إذا أوصى له بثلث ماله على نحو

الكلي والقضية الخارجية بأن أراد من المال الأموال المعينة خارجاً فأوصى بثلاث تلك الأموال الخارجية لزيد ، ومن ذلك ما إذا أوصى له بثلاث ما سلم للوارث وحينئذ فالثلاث وإن كان كلياً لا محالة إلا أنه كلي في الأموال المعينة أو فيما يسلم للورثة ، وعليه فإذا فرضنا أن نصف أموال الموصي تلف أو أخذته الحكومة ولم يسلم للورثة إلا نصفها فالموصى له إنما يستحق ثلث هذا الذي سلم لا ثلث جميع الأموال ، نعم لو سلم لهم جميع أموال الموصي فالموصى له يستحق ثلث جميع ما سلم ، هذا .

ثم إنه ربما يراد الكسر من الشيء ولكن لا يستعمل فيه شيء من ألفاظ الكسور كالنصف والثلث بل يستعمل فيه لفظ آخر ويجعل ذلك مرآة إلى الكسر ومشيراً إليه كما إذا أوصى أو باع متناً من الحنطة وأراد به ثلثها لأن نسبة المن إليها نسبة الواحد إلى الثلاث مثلاً ، وعلى هذا الفرض فالكسر المستعمل في الوصية أو البيع ونحوهما لا يوجب الشركة مع الورثة أو المالك ، ولكن ينقص بنقص المال الذي يسلم للورثة ويتمكن الورثة من التصرف في التركة من دون حاجة إلى الاستئذان من الموصى له ، كما أنهم إذا أتلفوا مقدراً من التركة فلا يحسب على الموصى له بل يتعين حقه في الباقي .

أما الدعوى الأولى فلأن المفروض أن الكسر كلي لا على نحو الاشاعة . وأما الثانية فلأنه كسر كلي فيما يسلم للوارث لا فيما يصدق عليه أنه مال الموصي فيختلف باختلاف ما سلم للوارث ، فإذا أخذ نصف ماله فهو في الواقع يخرج من الوارث الموصى له . وأما الثالثة فلأن التركة مالههم وليسوا شركاء مع الموصى له حتى يحتاجوا إلى إذنه ، وأما الرابعة فلأنهم إذا أتلفوا منها مقدراً فإنما أتلفوا ملكهم وهو لا يضرب بملك الموصى له ، فإذا أكل الوارث شيئاً مما تركه الميت من الطعام فلا محالة مال الموصى له يتعين في الباقي لأن التعيين بيد الوارث فإذا أتلف مقدراً منها فعناه

أنه لا يعين ذلك للموصى له وإنما يعين ماله فيما بقى منها ، إذا عرفت ذلك في الوصية فنذعي مثله في استثناء الأبطال في المقام .

فقول : إنها أخذت على نحو الإشارة إلى الكسر الواقعي كالثمر ونحوه والكسر كلي حسب المفاهيم العرفي في نظائره التي جرت عليها عادتهم ، وهذا الكسر الكلي أخذ على نحو القضية الخارجية فيما يسلم للمشتري حسب السيرة العقلانية المتحققة في البيع واستثناء شيء منه ، وعليه فتندفع جميع الإيرادات المتقدمة .

أما أن البائع لا يصير شريكاً مع المشتري فلغرض أن المبيع كسر كلي لا مشاع . وأما أن التالف يحسب عليها فلائ الأثمار إذا سلّمت بتأملها فللبائع منها ستة أبطال مثلاً ونفرض أن نسبتهما إليها نسبة العشر فيستحقّ البائع من المشتري عشر الأثمار الواقعة في البستان ، فإذا فرضنا أن ما سلّم للمشتري نصف الأثمار لا تمامها فعشر ذلك النصف للبائع فالتالف عليها لا محالة ، وأما أنه يجوز للمشتري أن يتصرف فيها بلا حاجة إلى إذن البائع فلائ ليس شريكاً معه وإنما يستحقّ أبطالاً كلية أي كسراً كلياً على الفرض ، وأما أنه إذا أ تلف مقداراً منها فتعين حصّة البائع في المقدار الباقي فلائ التعيين بيد المشتري حينئذ وله أن يعين العشر من هذا الطرف أو من الطرف الآخر ، فإذا أكل ما في أحد الطرفين أو أ تلفها بغير الأكل فعناه أنه لا يعين ذلك للبائع ولا بدّ من أن يعينه في المقدار الباقي ، وهذا الذي ذكرناه هو المفاهيم بين الناس من مثل الوصية بالثلث والاستثناء من المبيع بل عليه المدار عند العقلاء فإذا لم يسلم جميع التركة للورثة أو جميع الأثمار للمشتري فلا يلزمون الورثة أو المشتري بدفع ثلث جميع التركة أو ثلث جميع الثمرة الذي ربما يستغرق ما سلّم للمشتري أو الورثة كما إذا لم يسلم لها أزيد من ثلث التركة أو الثمرة ، فاجباره على إعطائه للموصى له أو البائع كما ترى ، فما ذكرناه في الوصية قطعي وفي البيع

والاستثناء أيضاً كذلك حسب المتعارف بينهم .

ولعل ما ذكرناه في المقام هو المراد من عبارة شيخنا الأنصاري (قدس سره) حيث قال : المتبادر من الكلّي المستثنى هو الكلّي الشائع فيما يسلم للمشتري لا مطلق الموجود وقت البيع^(١) . فلو كانت العبارة : الكسر الكلّي فيما يسلم للمشتري لكان عين ما أشرنا إليه آنفاً . فالتحصّل من جميع ذلك : أن المستثنى إنّما هو كسر غير مشاع لا أنّه هو الأبطال بنفسها بل هي بما أنّها مرآة إلى الكسر الكلّي . ثم لا يغني أن الكسر إنّما يضاف إلى مجموع الأثمار فيقال إنّ عشر الأثمار للمالك ، هذا كلّهُ فيما ذكرناه آنفاً من تصوير المستثنى في المقام .

ويمكن تصوير المطلب بنحو آخر وهو أن يقال : إنّ المستثنى هو الكسر الكلّي ولكن لا بالإضافة إلى مجموع الثمرة بل بالإضافة إلى كل حصّة حصّة ، فتلاً إنّ العشر المستثنى لا يضاف إلى مجموع الثمرة بأن يكون المالك مالكاً لعشر مجموعها بل المستثنى هو العشر في كلّ عشرة عشرة بأن يكون البائع مالكاً في كلّ عشرة لواحد منها وهذا وإن كان في النتيجة مشتركاً مع الوجه السابق كما هو ظاهر إلّا أنّ بينها فرقاً آخر كما سيظهر عن قريب إن شاء الله تعالى ، وبهذا أيضاً يتدفع محذور أنّ التالف كيف يحسب عليها ، والوجه في الإندفاع أنّ الثمرة حينئذ إنّ كانت عشرين رطلاً مثلاً فللبائع من كلّ عشرة أرطال رطل فإذا تلفت عشرة أرطال فقد تلف من البائع رطل ومن المشتري تسعة أرطال ، ومعنى هذا ورود النقص على كليهما ويبقى للبائع رطل من الأبطال العشرة الموجودة ، هذا .

ولكن الفرق بينه وبين الوجه السابق يظهر في أنّ هذا الوجه الأخير وإن أوجب اندفاع الإشكال في احتساب التلف عليها إلّا أنّه مورد للإشكال من

الجهتين المتقدمتين : إحداهما أن البائع إذا ملك عُشراً في كل عشرة فكيف يسوع للمشتري أن يتصرف في مجموع العشرة مع العلم بأن أحدها لغيره ، وثانيتهما : أن مقتضى كون المالك مستحقاً للواحد في كل عشرة وفرضاً أن بعض العشرات ألتفه المشتري بأكله ونحوه فلماذا يحتسب حق المالك في الباقي ، مثلاً إذا ألتف نصفها فلماذا يوجبون إخراج حق المالك من الباقي لأنه يستلزم حينئذ أن يكون مالكاً للآخرين في كل عشرة من العشرات الباقية ، إذ الفرض أن نصف تلك العشرات تلف من جهة المشتري فيصير حقه الثابت في التالف محسوباً من العشرات الباقية .

وهذان الإشكالات لا يردان على الوجه الأول ويمكن الجواب عنها بأن ذلك من جهة الاشتراط في العقد بحسب الارتكاز العقلائي حيث إنهم يرون التولية في تبديل حق المالك وتعويضه بشيء آخر بيد المشتري ، فله أن يتصرف في حصة المالك في هذه العشرة ويعوض عنها من العشرة الثانية كما ثبت ذلك في الخمس والزكاة بالنص^(١) حيث ورد أن المالك له تبديل الخمس والزكاة بالدرهم أو الدينار ، بل ذهب بعضهم إلى جواز تبديلها بكل شيء أراد المالك ، وعليه فيندفع الإيرادان عن الوجه الثاني ، هذا ما تحصل لنا في هذه المسألة .

بقي في المقام أمران : أحدهما أن الشهيد (قدس سره)^(٢) ذكر أن أقسام بيع الصبرة خمسة وبحسب تعلق العلم والجهل يصير المجموع عشرة ، ونفرض الكلام أولاً في أقسام العلم بمقدار الصبرة أحدها : أن يبيع الصبرة بأجمعها ، ولا إشكال في صحة المعاملة حينئذ لأن المفروض أن مقدار المبيع معلوم فلا إشكال في صحتها . ثانيها : أن يبيع بعضها أي بعض هذه الصبرة المعلومة المقدار كما إذا باع نصفها أو

(١) الوسائل ٩ : ١٦٧ / أبواب زكاة الذهب والفضة ب ١٤ .

(٢) الروضة البهية ٣ : ٢٦٨ .

ثلثها أو ربعها . وهذه المعاملة أيضاً صحيحة للعلم بمقدار المثمن حسب الفرض وهو بيع كسر مشاع . ثالثها : أن يبيع صاعاً منها على نحو بيع الكلي في المعين ، وقد مر أن بيع الكلي في المعين صحيح ولا إشكال في صحته بوجه . رابعها : أن يبيع جميع ما في الصبرة من الحنطة على حساب كل صاع منها بدرهم . ولا ينبغي الإشكال في صحة المعاملة للعلم بمقدار الصبرة حسب الفرض فالمبيع معلوم والفرض بيعه بالكيل فكل صاع من المبيع كذا مقدار ، وهذا لا إشكال فيه بوجه . وخامسها : أن يبيع كل صاع أراد المشتري من الصبرة بدرهم ، فالصبرة وإن كانت معلومة المقدار حسب الفرض إلا أن المبيع ليس هو الصبرة في هذه الصورة بل المبيع هو كل صاع أراد المشتري ، فيها أن المبيع غير معلوم فقد وقع فيه الإشكال ، فذهب بعضهم إلى بطلان المعاملة برأسها وذهب آخر إلى الصحة في الصاع الأول والبطلان في الأصوع المتأخرة ، وقد تعرضنا لهذه المسألة في الاجارة في بحث الأصول^(١) عند التعرض لما ذكره العلامة (قدس سره) من أن أصالة الصحة في موارد لا تثبت اللوازم وذكرنا هناك أن معنى أجرتك الدار كل شهر بدرهم معناه أجرتك هذا الشهر بدرهم والأشهر الآتية بعدد ما أردته بهذه الأجرة ، وعليه فالاجارة في الشهر الأول صحيحة للعلم بمقدار المدة وبالإضافة إلى الأشهر الآتية باطلة ، ونظير ذلك نلتزم في المقام لأن معنى بتك كل صاع بدرهم بتك هذا الصاع بدرهم والباقي على حساب ذلك ، فالمعاملة في الصاع الأول صحيحة وفي الأصوع المتأخرة باطلة ، هذه هي الأقسام الخمسة في صورة العلم بمقدار الصبرة وهي بعينها تجري في صورة الجهل بمقدارها .

أما الصورة الأولى أعني بيع جميع الصبرة مع الجهل بمقدارها فلا إشكال في

(١) مصباح الأصول ٣ (الموسوعة ٤٨) : ٤٠٣ .

بطلانها للجهل بمقدار الصبرة ، فالمبيع مجهول وغير معلوم المقدار ويكون البيع
غررياً وجزافاً . ثانيها : بيع بعض منها كنصفها أو ثلثها وهي أيضاً باطلة للجهل
بمقدار الصبرة الموجب للجهل بنصفها أو ثلثها وأنه أي مقدار . وثالثها : بيع صاع
من الصبرة المجهولة المقدار على نحو بيع الكلي في المعين ، وهذا لا إشكال في صحته
للعلم بمقدار المبيع وهو الصاع وإن لم يعلم أن نسبة الصاع إلى مجموع الصبرة هي
النصف أو الثلث أو غيرهما إلا أن ذلك لا يضر بصحة المعاملة إذ لا يشترط فيها
العلم بمقدار نسبة المبيع إلى المجموع وأنه صار شريكاً مع البائع في أي مقدار ، نعم
هناك كلام في أنه يشترط في صحة البيع العلم باشتغال الصبرة على المقدار المبيع أو لا
يشترط ذلك بل مع الجهل باشتغالها عليه أيضاً تصح المعاملة وسيأتي الكلام في
ذلك^(١) عن قريب . ورابعها : أن يبيع كل صاع من الصبرة المجهولة بكذا بأن يكون
المبيع كل صاع يريد المشتري ، فقد وقع الإشكال في صحة هذه المعاملة وفسادها
إلا أن الظاهر صحة المعاملة في هذه الصورة أيضاً بالاضافة إلى الصاع الأول دون
الأصوع الأخرى لعدم شيء من الموانع في البين ، أما الغرر فلا لأنه لا غرر حينئذ في
المعاملة لأن المفروض أن كل صاع إنما يقع في مقابل درهم فلا يذهب ماله هدرأ
نعم لا يعلم بعدد الأصوع وأن ما ينتقل إليه أي مقدار ولكنه يعلمه بعد التقدير
والكيل ، وهذا المقدار من الجهالة لا يمنع عن صحة البيع لعدم استلزامه الغرر ، وأما
الكيل والوزن المفروض أن الصاع الأول معلوم الكيل وإنما الجهالة في الأصوع
الأخرى للجهل بمقدار ما يريد المشتري .

وخامستها : بيع الصبرة المجهولة على أن كل صاع منها بدرهم ، بأن يكون
المبيع هو نفس الصبرة بأجمعها لا كل صاع منها كما مر في سابقتها ، فالظاهر صحة

المعاملة لعدم لزوم الغرر ، فإنَّ كلاً منها يعلم أنَّ كلَّ صاع هو في مقابل درهم غاية الأمر أنَّها لا يعلمان بعدد الدراهم والأصوع وهذا ليس خطرياً . وأمّا اشتراط معرفة المقدار بحسب الكيل والوزن والعدد فالروايات الدالة عليه إنما تدلُّ على بطلان بيع الجزاف ، فالمناط هو صدق هذا العنوان ومن الواضح أنَّ بيع الصبرة المجهولة على أنَّ كلَّ صاع منها بدرهم ليس جزافاً للعلم بمقدار ما يحصل عليه المشتري في مقابل كل درهم وما يحصل عليه البائع في مقابل كل صاع . فالمتحصِّل من ذلك أنَّ بعض صور العلم والمجهل مشترك في الصلَّة والفساد وبعضها الآخر مفترقان .

ومن صور الاختراق ما إذا باع الصبرة بأجمعها لأنَّه صحيح عند العلم بالصبرة وباطل عند المجهل بها . ومنها : ما إذا باع كسراً مشاعاً منها كما إذا باع نصفها أو ثلثها وهكذا فإنَّه صحيح أيضاً عند العلم بمقدار الصبرة وباطل في صورة المجهل بمقدارها .

ومن صور الاشتراك ما إذا باع الصبرة بأجمعها على أنَّ كلَّ صاع منها بدرهم فإنَّه صحيح على تقديري العلم والمجهل . ومنها : ما إذا باع كلَّ صاع منها بدرهم فإنَّ البيع في الصاع الأول منها صحيح على كلا تقديري العلم والمجهل وفي غيره من الأصوع باطل على كلا التقديرين أيضاً . ومنها أيضاً : ما إذا باع صاعاً منها بكذا فإنَّه بيع كليٍّ في المعين وصحيح على كلا التقديرين ، نعم هناك كلام في أنَّا إذا جهلنا باشتال الصبرة على الصاع فهل يحكم بصلَّة المعاملة أو يحكم ببطلانها ؟ فربما يقال بالبطلان حينئذٍ للمجهل بوجود المبيع والمجهل بوجوده من أوضح أنواع الغرر ، وقد مال إليه شيخنا الأستاذ (قدس سرّه) ^(١) بدعوى أنَّ المعاملة غررية .

والظاهر أنَّ المعاملة صحيحة أمَّا أولاً : فلأنَّ الفرر إنما يتوجَّه فيما إذا باع الصاع على كلِّ تقدير وأمَّا إذا باعه على تقدير وجوده فلا يتحقَّق فيه غرر بوجه والتعليق على وجود الموضوع لا يوجب البطلان .

وأما ثانياً : فلأنَّ البيع كما ذكرناه سابقاً ينحلُّ إلى بيعين أو أكثر حسب تعدُّد المبيع ، وعليه فإذا باع صاعاً مثلاً بدرهم فقد باع كل نصف منه بنصف درهم فإذا فرضنا أنَّ الموجود في الصبرة نصف الصاع لا تمامه فالبيع في الموجود صحيح وفي النصف غير الموجود باطل ، فهو لا يوجب البطلان في النصف الموجود أيضاً لأنَّه من قبيل ضمِّ بيع باطل إلى صحيح وهو لا يوجب البطلان ، وأمَّا أنَّ المشتري يتخيَّر حيثنَّذ أو لا يتخيَّر فسيأتي الكلام فيه في بحث الخيار تفصيلاً وأشارنا إليه سابقاً وذكرنا أنَّ الخيار المعاملي (دون التعبدي كخيار المجلس ونحوه) إنما يثبت بأمرين :

الأول : الاشتراط من المتعاملين فإنَّه يوجب الخيار عند التخلف لا محالة والثاني اشتراطه ببناء العقلاء وإن لم يشترطه المتعاملان ، والأول غير متحقَّق في المقام فلا بدَّ من ملاحظة أنَّ الاجتماع في نصفي المبيع هل يتعلَّق به غرض العقلاء وأنَّ العقلاء يعتبرونه في المعاملات كما في مصراعي الباب أو النعال أو جلدي كتاب واحد وهكذا فيثبت له الخيار لا محالة ببناء العقلاء ، أو أنَّ الاجتماع ليس متعلِّقاً للغرض العقلائي كما في الأرز والمنطة وغيرهما من الحبوب فإنَّ العقلاء لا يتعلَّق غرضهم باجتماع نصفي الأوقية في الأرز مثلاً بل لا يفرِّق بين اجتماعها وافتراقها فلا يثبت له الخيار ، نعم ربما يكون الاجتماع في مثل الأرز أيضاً متعلِّقاً للغرض الشخصي كما إذا كان نصفه الآخر من أرز آخر لأوجب الفساد في الطبخ ، إلَّا أنَّ الأغراض الشخصية لا بدَّ من أن تشترط في ضمن العقد لا محالة .

الأمر الثاني : إذا شاهد عيناً في زمان سابق ثم عقد عليها بتلك الرؤية المتقدمة فهل المعاملة صحيحة أو فاسدة ؟ والكلام في ذلك يقع في مقامين : أحدهما في حكم نفس البيع بلحاظ الرؤية السابقة من الصحة والفساد . وثانيها : في حكمه بلحاظ اشتراط وجود الأوصاف وأن حكمه عند التخلف ماذا .

أما المقام الأول : أعني ما إذا باع شيئاً بملاحظة الرؤية السابقة من دون أن يشترط فيه وجود الأوصاف المرئية سابقاً بل بما هو هو كما إذا تبرأ البائع عن الأوصاف ، وإنما باع الموجود الذي رآه سابقاً وإلا فبملاحظة اشتراط الأوصاف فلا ينبغي الإشكال في صحته ولو لم يره أصلاً بوجه ، فنقول : إن العادة تارة تقتضي عدم تغير العين عما شاهدتها عليه من الأوصاف كما إذا شاهد جارية قبل شهر أو شهرين أو شاهد داراً قبل أشهر فإن العادة تقتضي في أمثال ذلك عدم تغير الجارية من قوة باصرتها أو صحة مزاجها وجمالها في مدة شهر واحد ، وكذلك الحال في الدار ولعلّه ظاهر . وأخرى تقتضي تغيرها وعدم بقائها على تلك الأوصاف كما إذا شاهد الجارية قبل أربعين سنة أو الدار قبل ثلاثين سنة فإن العادة تقتضي ذهاب جمال الجارية وضعف قوة باصرتها للخيطة ونحوها كما أنها تقتضي خراب الدار واضمحلال أوضاعها في المدة المزبورة .

فإن كانت المشاهدة قبل مدة تقتضي العادة عدم بقاء العين على أوصافها السابقة فلا ينبغي الإشكال في فساد المعاملة لجهالة المبيع وعدم مشاهدته حسب الفرض حين المعاملة ، وأما إذا كان قبل مدة تقتضي العادة بعدم تغير العين وزوالها عما شاهدتها عليه من الأوصاف فلا محالة يحكم بالصحة للاطمئنان حينئذ بالبقاء وإذا فرضنا أن العادة لا تقتضي البقاء ولا تقتضي الزوال في مورد كما إذا شاهد الجارية قبل عشر سنين فإن العادة في مثل ذلك غير مقتضية للبقاء أو الزوال فهل يمكن إحراز بقاء الأوصاف في مثله بالاستصحاب ويحكم بصحة المعاملة بذلك

أولاً .

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(١) أنّ الاستصحاب من الطرق العقلية للإحراز وهو نظير إخبار البائع بالكيل والوزن فلا مانع من استصحاب بقائها على حالها والحكم بصحّة المعاملة الواقعة عليها ، هذا .

وقد استشكل في ذلك شيخنا الأستاذ ^(٢) بأنّ الأثر في المقام أعني الحكم بصحّة المعاملة غير مترتب على وجود تلك الأوصاف واقعاً وبقاء العين بحالها في نفس الأمر ، بل إنّما يترتب على إحرازها والعلم بها وإن لم تكن موجودة في الواقع وذلك لأنّ الغرر إنّما ينتفي بالإحراز والعلم ببقاء العين على أوصافها السابقة لا بوجود تلك الأوصاف في الواقع وإن لم تحرز في المعاملة ، والاستصحاب إنّما يجري فيما إذا كان الأثر مترتباً على الواقع فإنّه يوجب الحكم بترتبه في مقام الشكّ أيضاً دون ما إذا كان الأثر مترتباً على نفس الإحراز والعلم .

وهذا الذي أفاده (قدّس سرّه) يتنافى مسلكه حيث إنّ (قدّس سرّه) ^(٣) بنى على أنّ الأصول تقوم مقام القطع الموضوعي الطريقي فلا وجه لمنعه عن صحّة المعاملة في المقام بالاستصحاب ، نعم بناءً على ما ذهب إليه صاحب الكفاية (قدّس سرّه) ^(٤) من عدم قيام الأصول والأمارات مقام القطع المأخوذ في الموضوع على وجه الطريقة لا مانع من منع جريان الاستصحاب في المقام ، هذا .

ويمكن أن يقال إنّ الاستصحاب إنّما يجري في المقام فيما إذا كان الأثر مترتباً

(١) المكاسب ٤ : ٢٧٠ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٣٩٦ .

(٣) أجود التقريرات ٣ ، ١٩٠ .

(٤) كفاية الأصول : ٢٦٣ .

على نفس الواقع أو على العلم به وإحرازه بناءً على أن الاستصحاب يقوم مقام القطع المأخوذ في الموضوع على وجه الطريقة ، إلا أن الأثر أعني صحة المعاملة ليست مترتبة على شيء من الواقع والعلم به بل إنما يترتب على عدم الغرر وانتفائه كما هو مقتضى قوله (صلى الله عليه وآله) « نهى النبي عن بيع الغرر »^(١) فالموضوع للصحة هو عدم الغرر أي عدم احتمال الضرر ، وأما العلم فلم يترتب الصحة عليه في شيء من الروايات وغيرها ، نعم عدم احتمال الضرر وانتفاء الغرر ملازم عقلاً للعلم بوجود الأوصاف ، فعليه فاستصحاب بقاء الأوصاف على القول بقيامه مقام العلم لا يثبت انتفاء الغرر وعدم احتمال الخطر حتى يترتب عليه الصحة إلا بناء على القول بالأصول المثبتة ، لأن عدم احتمال الخطر الذي هو الموضوع للحكم بالصحة ملازم للعلم بوجود الأوصاف عقلاً ، وهذا هو الوجه في عدم جريان الاستصحاب في المقام .

وأما المقام الثاني : إذا اشترى العين المرئية سابقاً من جهة اقتضاء العادة ببقائها على ما كانت عليه وظهر المبيع كما كان فلا إشكال في صحة البيع ، وأما إذا ظهر التخلف وعدم اشتائها على الأوصاف السابقة فهل يحكم ببطلان المعاملة أو بصحتها ؟ فيه وجوه ، الأول : الحكم بالبطلان كما نسب إلى العلامة (قدس سره)^(٢) والثاني : الحكم بالصحة من دون خيار . والثالث : الحكم بالصحة مع الخيار ، وهو المعروف .

أما الوجه الأول فالوجه فيه أمران : أحدهما دعوى أن الأوصاف يتقسط عليها الثمن فإذا تخلفت فالمبيع غير متحقق في الخارج لأن الثمن إنما بذل على الذات

(١) الوسائل ١٧ : ٤٤٨ / أبواب آداب التجارة ب ٤٠ ح ٣ .

(٢) نهاية الأحكام ٢ : ٥٠٦ .

وأوصافها والمفروض أن الأوصاف متخلفة ، وهذا أنسب بما حكى عن العلامة (قدس سره) من الاستدلال على البطлан بأن ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع .
 ويدفعه : ما ذكرناه غير مرة من أن الأوصاف لا يتقسط عليها الثمن وإنما يبذل المال في مقابل الذوات ، نعم الصفات دخيلة في زيادة قيمة الموصوف أو المشروط لا أنها مما يقع الثمن بازائها ، والمفروض أن المبيع موجود فلا وجه للبطلان حينئذ .

وثانيهما : دعوى أن البيع إنما وقع على الموصوف أو المشروط وانتفاء الشرط والوصف يوجب انتفاء الموصوف والمشروط لا محالة فالمبيع غير موجود .
 وفيه : من المغالطة ما لا يخفى ، وذلك لأن انتفاء الشرط أو الوصف إنما يوجب انتفاء المشروط فيما إذا كان من أجزاء العلة كما إذا وقع العقد على المشروط مقتيداً ومعلقاً على وجود الشرط والوصف بحيث لو لم يكن المشروط متصفاً به لم يلتزم بالبيع ، فنفس البيع دون المبيع معلق على الشرط والوصف فانتفاؤه حينئذ وإن كان يوجب انتفاء المشروط أيضاً إلا أن البيع في مثله باطل ولو مع وجود الأوصاف أيضاً فضلاً عما إذا تخلف عن المشروط ، وذلك لأنه من التعليق المبطل للمعاملة وأما إذا لم يكن الشرط والوصف من أجزاء العلة بل إنما وقع البيع على شيء واشترط فيه أمر خارج عن المبيع فتخلفه لا يوجب انتفاء المشروط لأنه حينئذ من قبيل الالتزام في التزام فتحلفها يوجب الخيار فقط كما سيأتي تفصيل ذلك في بحث الشروط إن شاء الله تعالى .

وأما الوجه الثاني ، أعني الحكم بالصحة من دون خيار فالوجه فيه أن البيع والمعاملة صحيحة لما عرفت من أن الثمن لا يتقسط على الأوصاف ، وأما وجه عدم الخيار فهو أن الوصف والشرط لم يذكر في ضمن العقد حتى يوجب تخلفه الخيار بل إنما تباينا عليه خارجاً وتخلفه حينئذ لا يوجب الخيار .

وأجاب عن ذلك شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(١) بأنّ الشروط والأوصاف التي لا تصحّ المعاملة إلّا إذا وقعت مبنية عليها لا يحتاج إلى ذكرها في ضمن العقد بل دخولها فيه أولى من دخول الشرط المذكور على وجه الشرطية .

وقد أوضحه شيخنا الأستاذ (قدّس سرّه) ^(٢) بأنّ الأوصاف والشروط على أقسام أربعة : الأوّل الشرط أو الوصف المذكور في العقد ، فلا ينبغي الإشكال في أنّ تخلفه يوجب الخيار . الثاني : الشرط أو الوصف الذي بنى العقلاء على اشتراطه في المعاملات ولأجل هذا البناء تدلّ المعاملة على الاشتراط به بالدلالة الالتزامية وتخلّف ذلك أيضاً يوجب الخيار ، وهذا كاشتراط تسليم المبيع في بلد المعاملة أو اشتراط كونه بالقيمة السوقية فإنّهما وإن لم يذكر في المعاملات ، إلّا أنّ العقلاء بنوا على اشتراطها بهما فلو أراد تسليم المبيع في بلد آخر يكثر فيه المبيع فلا أظنّ فقيهاً التزم بلزوم هذه المعاملة بل هو من قبيل تخلف الشرط يوجب الخيار ، وهكذا الأمر فيما إذا ظهرت قيمته أكثر من القيمة السوقية فإنّ المشتري على الخيار وإن لم يشترط ذلك في ضمن المعاملة . الثالث : الشرط أو الوصف الذي لم يبن العقلاء على اشتراط المعاملة به ولم يذكر في العقد أيضاً بل كان شرطاً شخصياً إلّا أنّ صحّة المعاملة في المورد كانت متوقّفة عليه ، وهذا نظير المقام فإنّ وصف الكتابة ليس ممّا بنى العقلاء على اشتراط المعاملة بوجوده ولم يذكر في العقد أيضاً إلّا أنّ صحّة بيع العين الغائبة تتوقّف على وجوده دفْعاً للغرر وهو شرط شخصي ويوجب تخلفه الخيار أيضاً . الرابع : الشرط أو الوصف الخارجي غير المذكور في العقد ولا بنى العقلاء على اشتراط المعاملة به ولم يكن ممّا يتوقّف عليه صحّة العقد أيضاً كوصف الكتابة في بيع

(١) المكاسب ٤ : ٢٧٣ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٣٩٧ .

العبد الحاضر ، فتخلف مثله لا يوجب الخيار ، هذا ملخص ما أفاده (قدس سرّه) في توضيح كلام شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) .

وللمناقشة فيما أفاده كبري وصغري مجال واسع ، أمّا بحسب الصغرى فلأنّ صحّة العقد في بيع العين المرئية لا يتوقّف على وجود الأوصاف وبناء العقد عليها دائماً ، وذلك لبدها أنّ المشتري إذا كان مطمئناً بوجود الأوصاف السابقة من جهة اقتضاء العادة بقاءها أو من جهة إخبار البائع بوجودها فيما إذا كان البائع ممّن يوثق به وتبرأ البائع من الأوصاف وقال إنّما أبيع الموجود المشاهد سابقاً بأيّ نحو كان وأسقط الخيار ، فلا ينبغي الإشكال في أنّ المعاملة صحيحة حينئذ وإن تخلف عنها الأوصاف أيضاً ، وذلك للإطمئنان بوجودها حين البيع وعدم كون البيع حينئذ غريباً ، نعم لو لم يكن مطمئناً بوجود الأوصاف كما إذا لم تكن العادة مقتضية لبقائها أو لم يخبر البائع بوجودها أو أخبر ولكن لم يكن موثقاً به فحينئذ لا بدّ في صحّة المعاملة من إيقاعها مبتنية على وجودها ، وتتوقّف صحّتها على بناء العقد على وجود الأوصاف لا محالة ، ولكنّ المورد لا ينحصر بذلك وقد عرفت أنّ في بعض الموارد والمصاديق لا تتوقّف صحّة العقد على البناء على وجودها ولعلّ ذلك ظاهر .

وأما بحسب الكبرى : فلأنّ الوجه في صحّة العقد عند البناء على الأوصاف السابقة إنّما هو صيرورة المشتري بذلك ذا خيار عند ظهور تخلف الأوصاف وهذا الخيار ينفي احتمال الخطر ويدفع الغرر ولذا يوجب صحّة المعاملة حينئذ ، فتصير النتيجة أنّ اشتراط تلك الأوصاف في البيع ينفي الغرر ، وعليه فنسأل الفارق بين الأوصاف والشروط التي اشتراطها ينفي الغرر ويستلزم صحّة العقد ، وبين الأوصاف والشروط التي لا ربط لها بنفي الغرر ولا يلزم من عدمها الغرر أيضاً وأنّه لماذا يستلزم تخلف القسم الأول الخيار ولو لم يذكر في العقد بخلاف التخلف في القسم الثاني المعبر عنه بالأوصاف الخارجية فإنّ التخلف فيها لا يستلزم الخيار إلّا

فما إذا ذكرت في ضمن العقد والمعاملة ، ولم يظهر مما أفاده (قدّس سرّه) وجه الفرق بينهما .

فالمُتَحَصِّل : أنّه لا دليل على الفرق بين القسمين ولا وجه له أيضاً ، بل لا بدّ إمّا من أن نلتزم بالخيار عند التخلف في كلا القسمين ولو لم يذكر في العقد ، وإمّا أن نلتزم بعدم الخيار عند تخلفها فيما إذا لم يذكر في ضمن المعاملة ، وبناءً على عدم الخيار في القسم الأول إمّا أن نلتزم بفساد المعاملة للغرر وإمّا أن نلتزم بصحّتها من جهة وجود المبيع وعدم تقييده بالأوصاف ، فما أفاده (قدّس سرّه) في المقام مورد للمناقشة كبرى وصغرى .

والتحقيق أن يقال : إنّ ما اشتهر من أنّ الشرط إذا لم يذكر في ضمن العقد فلا يوجب تخلفه الخيار كلام عارٍ عن الدليل ولم ترد بذلك رواية ولا آية فلا يمكن الالتزام به بوجه ، نعم نلتزم بأنّ العهود القلبية والبناء القلبيّ مما لا اعتبار به في باب المعاملات بل لا بدّ من إبرازها في الخارج بمرز لا محالة ، بل لا يصحّ إطلاق الشرط على البناء القلبيّ أيضاً كما سيأتي تفصيله في بحث الشروط لأنّ الشرط كما حكاه شيخنا الأنصاري^(١) عن القاموس عبارة عن الرابط بين شيئين ومنه الشريط المعروف لأنّه يربط أحد الشيئين بالآخر ، والأمر القلبيّ ما لم يبرز في الخارج ولم يتحقّق في عالم الوجود الخارجيّ لا معنى لكونه ربطاً بين الشيئين ، إذ لا وجود له في الخارج حتّى يوجب الارتباط ، إلّا أنّ الإبراز لا وجه لتقييده بما يكون مذكوراً في ضمن العقد والمعاملة بل يكفي في الإبراز القرائن الحالية والمقالية ومنها الارتكاز العقلائي كما ذكرناه في مثل تسليم المال في بلد العقد والغبن والعيب فإنّها توجب الخيار وإن لم تذكر في ضمن المعاملة والعقد .

وعليه فنقول : إنَّ اشتراء العين المشاهدة سابقاً قرينة على أنَّ العقد إنَّما يبتني على وجود تلك العين على ما كانت عليه حين المشاهدة ، وكذا تحاورهما وتبانيهما قبل العقد على وصف أو شرط كافٍ في الابرار وإيجاد المعاملة عليه ، فيكون تخلُّفه موجباً لثبوت الخيار من دون فرق بين الأوصاف الموجبة للغرر بعدم اشتراطها وبين غيرها كما لا يخفى ، هذا تمام الكلام في أصل المسألة .

فرعان : الأول أنَّ البائع والمشتري إذا اختلفا فادَّعى أحدهما أنَّ العين المشاهدة أو الموصوفة إنَّما هي العين المهزولة وأنَّ المشاهدة وقعت على العين على ما هي عليه من الأوصاف فعلاً وادَّعى الآخر أنَّ المشاهدة إنَّما وقعت على العين وهي سميئة وقد تغيَّرت أوصافها عمَّا كانت عليه ولم تقع المشاهدة عليها في حالة الهزال فالمنسوب إلى المشهور أنَّ المشتري هو المنكر في المقام والقول قوله والمدَّعي وهو البائع عليه أن يثبت أنَّ المشاهدة وقعت على المهزول ، وعليه فيقع الكلام فعلاً في وجه تقديم قول المشتري على البائع وأنَّه لما ذا يكون البائع مدَّعياً والمشتري منكراً في المقام وقد ذكروا في وجه ذلك وجوهاً لا يمكن المساعدة على شيء منها :

الأول : أنَّ المشتري يده على الثمن وأصالة الصحَّة في اليد مع المشتري والبائع يريد انتزاعه منه فعليه إثبات أنَّ الثمن ملكه فيكون المدَّعي هو البائع هذا . وقد أورد عليه شيخنا الأنصاري (قدس سره) ^(١) أنَّ اليد لا فائدة مترتبة عليها في المقام ، لأنَّ المشتري يعترف بأنَّ الثمن ملك البائع لإقراره بصحَّة البيع غاية ما هناك أنَّه يدَّعي ثبوت الخيار لنفسه من جهة دعوى تغيُّر العين عمَّا كانت عليه حين المشاهدة ، ومع الإقرار والاعتراف بأنَّ الثمن ملك للبائع فلا يبقى لليد أثر على تقدير صحَّتها لأنَّها عليه يد أمانة كما هو ظاهر ، نعم يمكن أن يقال إنَّ المشتري لا

يجب عليه دفع الثمن إلى البائع لأنه يدّعي الخيار ، وقد ذكر العلامة (قدّس سرّه) ^(١) أنّ تسليم الثمن والمثمن في مدّة الخيار غير واجب على المتعاملين ولم ينسب خلاف ذلك إلى أحد إلّا بعض الشافعية والسّر في ذلك أن المشتري بدعواه الخيار يدّعي سلطنته على عدم تسليم الثمن إلى البائع لتزلزل العقد بالخيار وتسّطّه على حلّه ورفع جميع آثاره ومنها وجوب تسليم الثمن إلى البائع .

وذكر شيخنا الأستاذ (قدّس سرّه) ^(٢) أنّ ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) من أنّ الخيار يمنع عن وجوب دفع الثمن إلى البائع إنّما يتمّ في الخيارات الزمانية كخيارى المجلس والحيوان دون الخيارات غير الزمانية ، والخيار في المقام من جهة تخلف الشرط أو الوصف أمر آخر غير الخيارات الزمانية فلا يتمّ ما أفاده في المقام . وبالجملّة : أنّه (قدّس سرّه) سلّم ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بحسب كبراه وإنّما ناقش فيه من جهة الصغرى كما عرفت ، والحقّ أنّ المطلب ممّا لا يمكن المساعدة عليه بحسب الأصل والكبرى أيضاً ، وذلك لأنّ الثمن بعد الاعتراف بصحّة المعاملة ملك للبائع ، وعموم « الناس مسلّطون على أموالهم » ^(٣) غير مخصّص في المقام ، فلا يجوز للمشتري منع البائع عن الثمن ويجب عليه دفعه إليه ، إذ لم يرد على العموم المذكور شيء من التخصّصات ، ومن العجب أنّ شيخنا الأستاذ (قدّس سرّه) ^(٤) نسب إلى شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في بحث الخيار تسلّم ما حكى عن العلامة من عدم وجوب دفع الثمن أو المثمن في مدّة الخيار واستظهره من عبارة شيخنا

(١) التذكرة ١١ : ١٨١ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٣٩٩ - ٤٠٠ .

(٣) عوالي اللآلي ٣ : ٢٠٨ ح ٤٩ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ .

(٤) منية الطالب ٢ : ٣٩٩ .

الأنصاري (قدّس سرّه) في بحث الخيار « لو قلنا بوجوب التقابض في عقد الصرف والسلم فثمرة الخيار واضحة وهي عدم وجوب التقابض » حيث عبّر بـ « لو » الظاهر في أنّ خيار المجلس يمنع عن وجوب دفع الثمن والمثمن وتقابضهما ، هذا . ولكن ذلك ممّا ينبغي أن يعدّ من غرائب كلام شيخنا الأستاذ (قدّس سرّه) (على تقدير صحّة ما في التقارير كما هو المظنون ، لأنّ المقرّر كان كثير الاهتمام بضبط كلام شيخنا الأستاذ (قدّس سرّه)) وذلك لأنّ الوجه في عدم وجوب التقابض في بيع الصرف والسلم هو عدم حصول الملك منها إلّا بالتقابض ، فقبله لا ملك للبائع حتّى يجب على المشتري تسليمه إلى ماله ، وهذا بخلاف غيرهما من البيوع فإنّ الملك في غيرهما يحصل بالعقد والمعاملة وبعده لا معنى للتصرف في مال الغير وعدم تسليمه إلى ماله ، فما أفاده شيخنا الأنصاري إنّما هو في الصرف والسلم لا في مطلق البيع فتعبيره بكلمة « لو » في محله ، لما عرفت من أنّه لا ملك قبل التقابض فيها .

فالمتحصّل أنّ شيخنا الأنصاري لم يظهر منه تسلّم هذا المطلب بوجه ، وقد عرفت أنّ أصل الكلام ممّا لا يمكن الالتزام به وهذا ظاهر هذا كلّّه ، مضافاً إلى أنّ هذا الدليل أخصّ من المدّعى ، إذ ربما يكون الثمن بيد البائع دون المشتري وهذا كما إذا كان الثمن داراً يسكنها البائع سابقاً وقد وقع ثمناً في بيع شيء اشتراه منه أو نفرض الثمن ديناً للمشتري كان في ذمّة البائع فباشرائه منه سقط من ذمّته قهراً ، فلا يد في أمثال ذلك حتّى يدعى أنّ المشتري هو المنكر لمطابقة قوله للأصل .

الثاني : أنّ البائع يدّعي علم المشتري بالمبيع على وصف الهزال والمشتري ينكر علمه به بهذا الوصف والأصل عدم علمه به بهذا الوصف ، فالمشتري منكر ويقدم قوله والبائع مدّع وعليه أن يثبت مدّعه بالبيّنة أو بغيرها ، هذا . وقد أورد عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بالمعارضة بأصالة عدم علم

المشتري بالمبيع بوصف السمن فلا حقَّ له في الخيار ، ثمَّ ذكر أنَّ الشكَّ في علم المشتري بوصف الهزال وعدمه إمَّا نشأ وتسبَّب عن الشكَّ في وجود غير وصف الهزال عند المشاهدة ، فإذا نفينا وجود غير الهزال حين المشاهدة فيه يرتفع الشكَّ عن علم المشتري ، لأنَّ الشكَّين سببي ومسببي .

وشيخنا الأستاذ (قدَّس سرَّه) ^(١) سلَّم المعارضة بين الأصلين أعني أصالة عدم علمه به بهذا الوصف وأصالة عدم علمه به بغير هذا الوصف . والصحيح أنَّ ذلك كلُّه منافي لمسلك شيخنا الأنصاري (قدَّس سرَّه) لأنَّ الأصلين لا أثر لهما إلَّا باعتبار لوازمهما والمثبت ليس بحجَّة عنده ، مضافاً إلى أنَّ التسبَّب غير شرعي فلا حكومة في مثلها ، والسرَّ فيما ذكرناه أنَّ الأثر وهو الخيار لم يترتَّب على وجود وصف السمن واقعاً ولا على العلم بالمبيع بهذا الوصف بل إمَّا هو مترتَّب على وجود الاشتراط بوصف السمن وعدمه ، إذ من الممكن أن يكون السمن موجوداً بحسب الواقع وقد علم به المشتري أيضاً إلَّا أنَّه لم يشترط هذا الوصف في المعاملة فوجوده والعلم به لا أثر له في حدِّ نفسه بل الأثر للاشتراط وعدمه ، نعم من لوازم العلم بوصف السمن حين المعاملة اشتراطه كما أنَّه من لوازم عدم العلم به عدم اشتراطه فاستصحاب عدم العلم لأجل إثبات أثر ذلك اللازم من المثبت ، نعم لو كان الأثر وهو الخيار مترتِّباً على العلم بالوصف كما في خيار العيب لارتفاعه مع العلم بالحال وثبوته عند عدم العلم لم يكن لجريان الأصلين مانع حينئذ .

الثالث : أنَّ وصول حقَّ المشتري بيده بدفع العين المهزولة مشكوك والأصل عدم وصول حقِّه إليه فيكون المشتري هو المنكر وعلى البائع أن يثبت وصول حقِّه بالبيِّنة أو بشيء آخر .

وفيه : ما أورده عليه شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) ^(١) من أنّ المراد بالحقّ إن كان هو ذات العين فهو قد وصل إلى المشتري قطعاً ، وإن أريد بالحقّ العين بوصف السمن فثبت ذلك أول الكلام ، ومع عدم ثبوته لا معنى لاستصحاب عدم وصول حقّه ، إذ لم يثبت له حقّ حتّى يستصحب عدمه ، وإن أريد به حقّ الخيار فهو لا معنى لوصوله إليه بل هو تابع للاشتراط كما مرّ ، وعليه فلا يمكن الاعتماد بشيء من الوجوه المذكورة في المقام .

ولأجل ذلك ذكر شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) في المقام معنى آخر ووافقه عليه شيخنا الأستاذ وملخصه : أنّه لا بدّ في المقام من ملاحظة أنّ الأوصاف المتخلّفة هل كانت أخذت في المعاملة قيّداً للمبيع كما إذا اشترى مقدّراً من الأرض المحاصل من مكان كذا كالعبر مثلاً فإنّ الوصف حيثنّد قيد في المبيع فإنّه لم يشتر الأرض المجرد حيثنّد بل الأرض المقيّد بقيد العنبر ، وفي مثله القول قول المشتري لأنّه يدّعي عدم انعقاد المعاملة على الفاقد للوصف حيثنّد والمفروض أنّ العقد وقع على المقيّد بذلك الوصف لا على ذاته كما عرفت ، فعليه فلا معاملة على الفاقد فالقول قول المشتري وعلى البائع إثبات أنّ البيع وقع على الفاقد أيضاً ، أو أنّ هذه الأوصاف إنّما هي شروط خارجية والعقد إنّما وقع على ذات الموصوف غاية الأمر باشتراط ذاك الوصف بخصوصه ، وعليه فالقول قول البائع لأنّها متفقان على وقوع المعاملة على الفاقد للشرط والمشتري يدّعي حقّاً زائداً على الذات فعليه الإثبات ، ويتّضح هذا بملاحظة ما ذكرناه سابقاً من أنّ الثمن إنّما يبذل بازاء ذات المشروط والموصوف ولا يقع في مقابل هذه الأوصاف الكمالية شيء من الثمن فإنّ المعاملة حيثنّد وقعت على الذات والمشتري يدّعي أمراً زائداً عليه وعليه الإثبات .

وحينئذ فيقع الكلام في تشخيص أن الأوصاف هل هي مأخوذة على وجه القيدية أو على وجه الشرطية ، وملخص ما ذكره (قدس سره) أنه لا بد من ملاحظة أن الرؤية السابقة هل هي بمنزلة تقييد المبيع كما إذا فرضنا أن المبيع كلي كالأرز والحنطة ونحوهما إلا أن المشتري قيده في المعاملة بكونه كذا كتقييد الحنطة بالمكان المخصوص والأرز بكونه من العنبر على نحو يكون نتيجة التقييد هو الخيار عند عدم حصول القيد دون البطلان ، فيكون التقييد مشتركاً مع الاشتراط في النتيجة ، وعليه فيكون قول المشتري مقدماً حينئذ ، لأن الأصل عدم وقوع العقد على الموجود الحالي عن الوصف وأثره عدم إلزام المشتري بأخذه من البائع ، ولا يعارض ذلك بأصالة عدم وقوع العقد على المقيّد الذي يدّعيه المشتري لأنه لا أثر له في المقام إلا إثبات أن العقد وقع على هذا الموجود الفاقد للوصف والأصل المثبت لا اعتبار به بوجه ، فيكون القول قول المشتري ، هذا كله فيما إذا أريد بالأصل أصالة عدم وقوع العقد على المقيّد على نحو مفاد ليس التامة وقد عرفت أنها مما لا يترتب عليه أثر شرعي .

وأما إذا أريد بالأصل أصالة عدم الوقوع على الأمر المقيّد على نحو مفاد ليس الناقصة فهو وإن كان يترتب عليه الأثر وهو لزوم أخذه على المشتري وعدم ثبوت الخيار له إلا أنه لا حالة سابقة له ، إذ لم يسبق زمان وقع عقد على الفاقد للوصف ولم يقع عليه مقيّد حتى نستصحبه ونقول الأصل إن العقد الواقع وقع على ما لم يكن مقيّد بوصف ، وقد نظر ذلك شيخنا الأنصاري (قدس سره) باستصحاب عدم الكرية في الماء المخلوق الساعة أو الماء غير المعلوم حاله سابقاً حيث إن استصحاب عدم الكرية على نحو مفاد ليس التامة يجري ولا يترتب عليه أن الماء الموجود في الحوض غير كز ، وأما استصحاب عدم اتصافه بالكرية على نحو مفاد ليس الناقصة فهو وإن ترتّب عليه عدم كرية الماء الموجود في الحوض إلا أنه لا حالة سابقة له ليجري

استصحاب اتصافه بعدم الكرية سابقاً ، وكيف كان فالأصل في هذه الصورة مع المشتري لأنّ البائع يدّعي حينئذ أنّ البيع وقع على الفاقد والمشتري ينكره والأصل عدم وقوع البيع على الفاقد ، وأما إذا كانت الرؤية السابقة بمنزلة الاشتراط دون التقييد بأن يكون العقد واقعاً على ذات العين المشاهدة واشترط في ضمنه أن تكون كذا وكذا فالقول قول البائع حينئذ ، لأنّ المشتري يدّعي أمراً زائداً عن العين على البائع والأصل عدم التزام آخر سوى الالتزام بالعين ، هذا ملخص ما أفاده في المقام .

ولابدّ في تحقيق الكلام من التكلّم في مقامين : أحدهما في أنّ المشتري إذا ادّعى الاشتراط أو التقييد فهل يقدّم قوله أو قول البائع . وثانيهما : في أنّ الرؤية السابقة هل توجب الاشتراط أو توجب التقييد .

أما البحث عن المقام الأول فنقول : إن ادّعى المشتري الاشتراط وأنكره البائع فلا ينبغي الشكّ في أنّ الأصل مع البائع حينئذ ، لأنّ المشتري يطالب أمراً زائداً عن المبيع والأصل عدم التزام آخر على غير العين ، فلا بدّ للمشتري من إثبات مدّعه ببيّنة ونحوها ، وإذا ادّعى كلّ منهما الاشتراط فال مورد من موارد التداعي .

وأما إذا ادّعى المشتري أنّ المبيع كان مقيداً بقيد غير مستحقّ فعلاً فتارة يدّعي البائع عدم التقييد ويقول إنّ المعاملة مطلقة وأخرى يدّعي البائع أيضاً التقييد بقيد آخر كما أنّ المشتري يدّعي التقييد بقيد ، فإن ادّعى كلّ واحد منهما تقييد المبيع بقيد كما إذا اشترى أرزاً أو حنطة على وجه كلّ واحد وقد قيده بكونه من مكان مخصوص أو من العنبر مثلاً وادّعى البائع أنّك اشتريت أرزاً أو حنطة من مكان آخر أو من غير العنبر مثلاً فهما حينئذ متداعيان لأنّ كلّ واحد منهما يدّعي أمراً ينكره الآخر وأصالة عدم وقوع العقد على المقيد الذي يدّعيه المشتري معارضة بأصالة عدم

وقوعه على المقيّد الذي يدّعيه البائع ، فالأصلان متسايطان وبعده لا بدّ من أن يثبتنا مدّعاها بيّنة ونحوها وإلّا فيتحالفان ويحكم بانفساخ المعاملة كما هو الحال في موارد التداعي .

وأما إذا ادّعى المشتري التقييد وادّعى البائع عدم التقييد وقال إنّ البيع مطلق والاختيار بيدي وأعيّن شيئاً آخر غير المقيّد الذي يدّعيه المشتري ، فالظاهر أنّ الأصلين متعارضان أيضاً من دون فرق بين جريان الأصل في عدم الأزلي أو جريانه في عدم على نحو مفاد ليس التامة ، وذلك لما ذكرناه سابقاً وحققناه في مباحث الأقل والأكثر والتعدي والتوصلي من أنّ الإهمال في الواقع غير معقول وأنه لا بدّ وأن يكون الشيء ملحوظاً مقيّداً أو على نحو السعة والاطلاق ، وعليه فكلّ واحد من التقييد والإطلاق أمر وجودي مسبوق بالعدم غاية الأمر أنّ الاطلاق عبارة عن ملاحظة الشيء موسّعاً والتقييد ملاحظته على نحو التضيق ، نعم الاطلاق في مقام الاثبات أمر عدمي لأنّه في مقام الابرار عبارة عن عدم التقييد وعليه فإذا ادّعى أحدهما التقييد وادّعى الآخر إطلاقه فكلاهما يدّعيان أمراً وجودياً مسبقاً بالعدم ، فأصالة عدم التقييد أي عدم كون المبيع مضيقاً بحسب الالتزام معارض بأصالة عدم كون المبيع ملحوظاً على نحو السعة فتكون المسألة من التداعي فإذا أثبت أحدهما مدّعه بشيء فهو وإلّا يتحالفان ويحكم بانفساخ المعاملة كما في الصورة المتقدّمة ، وهذا من دون فرق بين استصحاب عدم وقوع العقد على المضيق على نحو مفاد ليس التامة وبين استصحاب عدم الاتّصاف بالتضيّق على نحو مفاد ليس الناقصة بناءً على جريان الأصل في عدم الأزلي بأن يقال الأصل عدم تحقّق التضيق مع البيع على هذا الموجود لما عرفت من أنّ كلّ واحد منهما معارض بالمثل في الطرف الآخر فالأصل عدم ملاحظة التوسعة وعدم تحقّقها معه ، هذا كلّ في كبرى المسألة .

وأما البحث عن المقام الثاني وأنّ المشاهدة والرؤية السابقة هل هي تفيد الاشتراط أو التقييد فلخص الكلام في ذلك : أنّ التقييد غير ممكن في المقام لأنّ العين المشاهدة الخارجية أمر غير قابل للتوسّع والتضيّق ، لأنّ الجزئي لا يتضيّق ولا يتوسّع وأنّما القابل لهما هو الكلّي ، وأما المبيع الخاص فلا معنى للتقييد والاطلاق فيه بوجه ، نعم يمكن أن يتصوّر فيه ذلك لا من جهة نفسه بل بلحاظ الحكم عليه معلقاً على شيء كما هو الحال في الواجب المشروط بأن يقال أكرم هذا الجاني إن كان زيداً أو يقال أكرم هذا الجاني سواء كان زيداً أو غير زيد ، وعليه فيمكن أن يقال في المقام قد وقع البيع على هذه العين الخارجية مقيداً ومعلقاً على وجود الوصف الفلاني أو وقع عليه من دون تقييد بوجود الوصف إلّا أنّ تعليق البيع على شيء من الأوصاف مبطل للمعاملة ولو مع وجود الوصف أيضاً فضلاً عما إذا لم يتحقّق الوصف معه .

فالمتحصّل : أنّ تقييد المبيع غير ممكن لجزئيته وتقييد البيع غير صحيح لأنّه من التعليق في العقود ، وعليه فيتعيّن أن تكون الرؤية مفيدة للاشتراط وقد تقدّم أنّ القول حينئذ قول البائع دون المشتري ، وبه يحكم بتقدّم قول البائع في المقام لأنّ النزاع في الاشتراط والمشتري يدّعي أمراً زائداً عن المبيع والأصل عدمه ولا يعتنى بقول المشتري ، اللهمّ إلّا أن يقيم البينة على مدّعاه وهو أمر آخر ، وأمّا بدونها فالقول قول البائع خلافاً للأعظم بأجمعهم .

وملخص ما ذكرناه في المقام : أنّ المبيع لما كان جزئياً خارجياً فلا يمكن تقييده وتوسّعه ، وعليه أي بناءً على عدم إمكان التقييد في المبيع وأنّه لا بدّ وأن يرجع إلى الالتزام بالأوصاف والاشتراط ، لا معنى للالتزام بوصف السمن أو الكتابة ونحوها من الأمور الخارجة عن اختيار البائع في المبيع ، فما معنى الالتزام بتلك الأوصاف فيه ، فلا محالة إمّا أن يرجع ذلك إلى تعليق البيع على وجود تلك

الأوصاف في المبيع ، وإما أن يرجع إلى تعليق الخيار على هذه الأوصاف بمعنى أن المشتري على اختيار من الالتزام بالفاقد عند تحلّف الأوصاف ومن فسخ المعاملة حينئذ ، والتعليق في البيع على تلك الأوصاف الكمالية التي لا يبذل بازائها الثمن يوجب البطلان في البيع ولو مع تحقّقها ووجودها في المبيع ، نعم التعليق على الأوصاف النوعية المقوّمه للمبيع التي يبذل المال بازائها لا يوجب البطلان كما مرّ في محله ، ولكن السمن والكتابة ونحوهما ليست من الأوصاف النوعية كما هو ظاهر فلا محالة يكون تعليق الخيار متعيّناً ، وعليه فيرجع دعوى تغيّر المبيع في المقام إلى أن المشتري يدّعي الخيار بعد وصول حقّه وهو العين إليه والبائع ينكره وقد عرفت أن الأصل حينئذ مع البائع وعلى المشتري إثبات مدّعاءه ، وبما ذكرناه في المقام يتّضح الحال في محلّ الكلام ولا يبيح حاجة إلى ما ذكره الشيخ (قدّس سرّه) في المسألة ، هذا كلّه في صورة النقص في العين .

وأما إذا فرضنا الزيادة فيها كما إذا كانت العين عند المشاهدة مهزولة وادّعى البائع أنها صارت سمينة بعد ذلك فلي الخيار لأقنّى إنما بعت العين المهزولة ، وأنكره المشتري وقال إنّ المبيع هو العين السمينة فلا خيار لك ، فقد ظهر الحال في ذلك ممّا ذكرناه في صورة دعوى النقص وأنّ هذه المسألة على عكس المسألة المتقدّمة حيث إنّ المشتري يدّعي اللزوم والبائع يدّعي الخيار والأصل مع المنكر للخيار ، لأنّ الأصل عدم الالتزام بشيء غير الالتزام بالعين ، فعلى البائع إثبات مدّعاءه على خلاف ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام ، هذا كلّه في الفرع الأول من الفرعين .

الفرع الثاني : إذا اتفق كلّ واحد من البائع والمشتري على وقوع التغيّر في العين بعد المشاهدة وأنها وقعت على السمين مثلاً إلّا أنّهما اختلفا في زمان حصول ذلك التغيّر كالهزال فادّعى المشتري أنّه حدث قبل المعاملة عليها فلي الخيار ، وقال

البائع إنَّه حدث بعد المعاملة فلا خيار لك ، فهل القول قول البائع أو قول المشتري وعنوان الاختلاف بذلك أي بما إذا ادَّعى المشتري وقوعه قبل البيع والبائع حدوثه بعده مبني على أنَّ تلف الأوصاف قبل قبض العين ليس راجعاً إلى البائع لأنَّ الدليل إنَّما ورد في تلف نفس المبيع وأنَّه إذا تلف قبل قبضه فهو من مال بائعته وبما أنَّه على خلاف القاعدة فيقتصر فيه على مورد الدليل ، وأمَّا إذا بيننا على أنَّ الأوصاف كالعين في أنَّ تلفها قبل قبضها من مال بائعها ، فيمكن عنوان الاختلاف في المقام بعد البيع أيضاً بأن اتَّفقا على أنَّ العقد والبيع وقعا على العين بوصف السمن واتَّفقا أيضاً على تغييرها فعلاً إلَّا أنَّ البائع يدَّعي حدوث التغيّر بعد قبض المشتري أو وكيله العين وأنكره المشتري وقال إنَّه حدث قبل قبض المبيع فهي من مال بائعها .

وكيف كان ، فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدَّس سرَّه) ^(١) أنَّ هناك حادثين البيع والتغيّر والخلاف في تقدّم أحدهما على الآخر وتأخُّره ، واستصحاب عدم حدوث البيع إلى زمان حدوث التغيّر معارض باستصحاب عدم حدوث التغيّر إلى زمان حدوث البيع فهما متساقطان ، أو غير جاريين في نفسها على خلاف في ذلك بيننا وبين صاحب الكفاية (قدَّس سرَّه) ^(٢) وكيف كان فالأثر في المقام وهو الخيار غير مترتب على عدم حدوث البيع إلى زمان حدوث التغيّر كما أنَّ نفيه غير مترتب على عدم حدوث التغيّر إلى زمان حدوث الحادث الآخر بل إنَّما هو مترتب على عدم وصول حقِّ المشتري إليه بعد الاعتراف بحقِّه والبيع ، ومن الظاهر أنَّ شيئاً من الاستصحابين لا يثبت وصول حقِّه إليه أو عدم وصوله إلَّا على نحو المثبت وهو لا اعتبار به ، وعليه فهذه المسألة نظير المسألة المتقدِّمة في جريان الأصل في عدم

(١) المكاسب ٤ : ٢٨٣ .

(٢) الكفاية : ٤٢٠ و ٤٢١ .

وصول حقه إليه فيثبت الخيار للمشتري بهذا الأصل فيقدم قوله على قول البائع كما ذكرناه في المسألة المتقدمة ، بل المقام أولى بجريان استصحاب عدم وصول حقه من المسألة المتقدمة ، لأنّ النزاع في المسألة المتقدمة إنّما كان في ثبوت الحقّ وعدمه وفي المقام يتفقان على ثبوت الحقّ للمشتري بالبيع وإنّما الخلاف في وصوله وعدمه والأصل عدمه ، هذا ما أفاده شيخنا الأنصاري في المقام .

ولكن ذلك ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، لما ظهر من مطاوي ما ذكرناه أنّه لا حقّ للمشتري سوى العين وهي قد وصلت إليه بالقطع ولم يثبت له حقّ آخر غيرها لما مرّ من أنّ مرجع اختلافها إلى الخلاف في ثبوت الخيار للمشتري وعدمه والأصل عدمه ، فلا حقّ له حينئذ حتّى يجري فيه الاستصحاب . وأمّا ما أفاده من أنّ الخيار إنّما يترتب على عدم وصول حقه إليه ، ففيه : أنّه لم يرد بهذا العنوان دليل وعليه فنقول إنّ الخيار في المقام إنّما يترتب على عدم بقاء وصف السمن في زمان البيع إذ مع بقائه فلا وجه للخيار .

وعليه فلا نرى مانعاً من استصحاب بقاء السمن والوصف الموجود حين المشاهدة إلى زمان البيع فيترتب عليه عدم الخيار للمشتري فيقدم قول البائع إلّا أن يثبت المشتري مدّعه^(١) ولا يعارض هذا باستصحاب عدم وقوع العقد على العين في زمان السمن لأنّه لا أثر لهذا الاستصحاب ، لعدم إثباته أنّ العقد وقع على العين في زمان عدم السمن حتّى يثبت له الخيار ، هذا فيما إذا اتّفقا على حصول النقيصة في العين كما إذا كانا عالين بالسمن في العين حين المشاهدة وبعده عرضها الهزال .

وأمّا إذا انعكس الأمر واتّفقا على الهزال حين المشاهدة والسمن بعدها

(١) ولا يعني أنّ هذا الاستصحاب لا يثبت وقوع العقد على السمن حتّى يرتفع به خيار المشتري .

واختلفا في تقدّمه على البيع حتّى يكون البائع مخيراً وتأخّره عنه حتّى لا يثبت له الخيار فلا مانع فيها أيضاً من استصحاب الهزال إلى زمان البيع ويترتب عليه عدم الخيار للبائع .

مسألة : إذا عقدا على العين بعد المشاهدة ثمّ ظهرت تالفه واختلفا في أنّ التلف كان مقدّماً على البيع حتّى يكون البيع باطلاً ، إذ لا معنى لبيع المعدم ، أو أنّ التلف كان متأخراً عن البيع فالبيع صحيح ، أو اختلفا في أنّ التلف كان قبل القبض حتّى يحسب من البائع أو أنّه حدث بعد القبض حتّى يحسب من المشتري فيما إذا كان المبيع ممّا يكفي في قبضه التخلية بينه وبين المشتري كاعطاء المفتاح له ، فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) أنّ الأصل في ذلك مع المشتري ، لأنّ الأصل عدم زوال ملك المشتري عن الثمن وبقاء ملكه عليه وهو أصل حكيم ، ولم يتعرّض إلى الأصول الموضوعية نفيّاً ولا إثباتاً .

وشيخنا الأستاذ (قدّس سرّه) ^(١) تعرّض إلى الأصول الموضوعية وذكر أنّها مثبتة بأجمعها ولا بدّ من أن يرجع إلى الأصل الحكيم وهو بقاء ملك المشتري على الثمن ، هذا ولا بدّ في تنقيح المقام من التكلّم في موردين :

أحدهما : ما إذا كانت العين تحت يد المشتري قبل وقوع المعاملة عليها كما إذا كانت العين عنده عارية ثمّ اشتراها من مالكةا وغير ذلك ممّا لا يحتاج فيه إلى القبض بعد البيع . وثانيهما : فيما إذا كانت العين تحت يد البائع واستيلانه ولكّنها ممّا يكفي في قبضها وإقباضها التخلية بينها وبين المشتري كاعطاء مفتاح الدار ونحوه .
فأمّا المورد الأول فلخصّ الكلام فيه أنّ هناك حادثين : أحدهما البيع وثانيهما التلف ، ولا مانع من استصحاب عدم التلف إلى زمان البيع لأنّ الموضوع

مركب من البيع وبقاء المبيع وقد أحرزنا أحد جزأيه وهو البيع بالوجدان . وفيه : أن البيع مشكوك لأن معناه وهو المبادلة بين المالكين غير متحقق لأجل الشك في تلف المبيع ، ومع كونه تالفاً في الواقع لا معنى للمبادلة ، والعلم بمجرد الانشاء لا أثر له فلا مانع من إحراز جزئه الآخر بالاستصحاب ، فالبيع وعدم التلف موضوع للحكم بالصحة كما هو الحال في غير هذا المقام كما إذا باع العبد الآبق مع الشك في موته وحياته فإنه لا مانع من استصحاب البقاء وضمه إلى البيع المستحقق بالوجدان والحكم بصحة المعاملة فيه ، هذا .

إلا أن هذا الاستصحاب في المقام معارض باستصحاب عدم تحقق البيع إلى زمان التلف ، وذلك لأن هذا الأصل وإن لم يثبت وقوع البيع بعد التلف إلا أننا لا نحتاج في الحكم بالبطلان إلى إحراز أن البيع وقع بعد التلف بل نفس عدم تحقق البيع مع بقاء العين وإلى زمان تلفها كافٍ في الحكم بالبطلان ، وبما أنهما متعارضان فيتساقطان فيرجع إلى الأصل الحكمي في البين ، هذا بناءً على ما سلكتناه في استصحاب الحادثين من عدم جريانه في شيء منها مطلقاً سواء كان كلاهما مجهولي التاريخ أو كان تاريخ أحدهما معلوماً وتاريخ الآخر مجهولاً على خلاف في أن الاستصحابين لا يجريان فيها أصلاً أو أنهما يجريان ويتساقطان بالمعارضة على كلام في ذلك بيننا وبين صاحب الكفاية (قدس سره) ^(١) ، وأما بناءً على التفصيل في الحادثين وتجوز جريان الأصل فيما جهل تاريخه عند العلم بتاريخ أحدهما كما عليه شيخنا الأنصاري (قدس سره) ^(٢) ووافقه على ذلك شيخنا الأستاذ (قدس سره) ^(٣)

(١) تقدم مصدره في الصفحة ٤٤٣ .

(٢) فرائد الأصول : ٢ : ٦٦٧ .

(٣) أجود التقريرات : ٤ : ١٤٦ - ١٤٨ .

فلا بدّ من التفصيل في المقام بين ما إذا كان تاريخ كلّ واحد من البيع والتلف مجهولاً فلا يجري الاستصحاب في شيء منها كما عرفت ، وبين ما إذا كان تاريخ أحدهما معلوماً وتاريخ الآخر مجهولاً فيحكم حينئذ بجريان الاستصحاب في مجهول التاريخ ويترتب عليه أثره ، فإن كان المجهول هو البيع فالاستصحاب يقتضي الحكم بطلان المعاملة حينئذ كما أنّ المجهول إذا كان هو التلف فمقتضاه الحكم بصحة المعاملة فراجع .

وأما المورد الثاني : أعني ما إذا ظهرت العين تالفة بعد التخلية بينها وبين المشتري باعطاء مفتاحها ونحوه ولم يعلم أنّ التلف متقدّم أو المتقدّم هو التخلية فالظاهر أنّ الاستصحاب يجري في إحراز عدم القبض من دون معارض ، وذلك لعدم العلم بحدوث القبض أصلاً ، لأنّ التخلية بين العين والمشتري لا يكون تخلية وقبضاً فيما إذا كانت العين تالفة واقعاً ، إذ لا معنى للتخلية بين المعلوم والموجود ، إذ التخلية إنّما هي بين شيئين موجودين فحدوث القبض غير معلوم والأصل عدمه وبذلك نحكم بأنّ العين تلفت من مال بائعها ، هذا .

وربما يتمسك في المقام بأصالة الصحة في البيع لأجل الشكّ في صحته وفساده ، إذ البيع لو كان واقعاً عليه بعد التلف فهو غير صحيح ، كما أنّه إذا وقع عليه قبله فهو صحيح ، وأصالة الصحة فيه تقتضي الحكم بالصحة لا بحالة ، هذا .

ويرد عليه أمور منها : ما ذكرناه في بحث أصالة الصحة من أنّها نظير قاعدة الفراغ بل هي بعينها غاية الأمر أنّ قاعدة الفراغ تجري في فعل نفسه وأصالة الصحة تجري في فعل الغير ، وعليه فكما أنّ قاعدة الفراغ لا تجري عند الشكّ في احتمال المصادقة الواقعية من دون أن يكون المشكوك أمراً اختياريّاً للفاعل فكذلك الحال في أصالة الصحة فإنّها تجري فيما إذا شككنا في فعل اختياري للمتبايعين وأنّهما مثلاً هل أوقعا الصيغة عربية أو ماضوية ونحوها ، وأمّا إذا شككنا

فيما لا يرجع إلى اختيار الفاعل أصلاً بل لو تحقق فإنما يتحقق من باب المصادفة الواقعية فلا تجري أصالة الصحة فيه ، لأن مدرَكها السيرة وجريانها في مثله غير متحقق وهذا ظاهر ، وبما أن التلف وعدمه خارجان عن اختيار المتبايعين فلا يجري أصالة الصحة فيه ، وهذا هو الذي كنّا نعبّر عنه في قاعدة الفراغ بما إذا كانت صورة العمل محفوظة كما إذا اعتقد أن مانعاً ماء فتوضّأ منه ثم شكّ في أنّه ماء أو غير ماء وقلنا إن القاعدة لا تجري في مثله ، نعم لو كان مرجع الشكّ إلى الشكّ في وجود أمر اختياري للمكلّف فلا مانع من جريان قاعدتي الفراغ والصحة وهذا كما إذا كان عنده ما يعان فتوضّأ بأحدهما ثم شكّ في أنّه توضّأ بالماء الذي هو الماء أو بالماء الثاني الذي هو الخلّ فلا مانع من جريان قاعدة الفراغ في مثله لأنّ مرجعه إلى الشكّ في أنّه هل اختار التوضّؤ بالماء أو اختار التوضّؤ بالخلّ واختيار هذا أو ذاك فعل اختياري له ، وعليه فإذا شككنا في المقام في أن العقد هل وقع يوم السبت حتّى يقع باطلاً للعلم بتلف المبيع يوم الجمعة أو أنّه وقع يوم الخميس فلا مانع من جريان أصالة الصحة فيه ، لأنّه يرجع إلى أنّه هل اختار إيقاع البيع يوم الخميس حتّى يصحّ أو أنّه اختار إيقاعه يوم السبت حتّى يقع باطلاً وهو أمر اختياري للعاقد والبائع .

ومنها : ما أشرنا إليه في بحث أصالة الصحة أيضاً من أنّها إنّما تجري بعد إحراز قدرة المكلّف عليه ومع الشكّ في القدرة لا مجال لأصالة الصحة بوجه ، فلذا قلنا إن القاعدة لا تجري فيما إذا باع أحد داراً أو غيرها من الأملاك من دون أن نحرز أنّها ملكه أو أنّه وكيل من قبل مالكها إذ لم نحرز حينئذ قدرته على بيعها حينئذ ، ولذا لا يسلم العقلاء الثمن إلى البائع في أمثال هذه الموارد أصلاً ، وكذا فيما إذا طلق أحد زوجة شخص آخر من دون أن نعلم بوكالته من قبل زوجها فإنّه لا تجري القاعدة في مثله لعدم إحراز قدرة الفاعل على الفعل ، وبما أن قدرة الفاعل على البيع غير محرزة في المقام ، لأنّ التلف إذا كان متقدماً على البيع لا يمكنه بيعه إذ لا قدرة

على بيع المردوم شرعاً فلا يجري أصالة الصحة في حقّه (وقد كان يعبر عن ذلك في الأصول باشتراط إحراز القابلية في المورد أو الفاعل في جريان أصالة الصحة) وكيف كان فع الشك في قدرة الفاعل على الفعل لا تجري أصالة الصحة ، ومن هنا اشترطنا إحراز القابلية في المورد والفاعل في جريان أصالة الصحة على خلاف في ذلك بين المحقّق الثاني^(١) وشيخنا الأنصاري (قدّس سرّه)^(٢) نعم فيما إذا أحرزنا القابلية وشككنا في صحّته وفساده من جهة أخرى لا مانع من التمسك بأصالة الصحة كما هو ظاهر .

ومنها : أنّه إذا قلنا بعدم اعتبار إحراز القابلية في المورد أو الفاعل في جريان أصالة الصحة وفاقاً لشيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في رسائله حيث التزم بجريانها مع الشك في القابلية أيضاً فلا تجري أصالة الصحة في المقام أيضاً ، وذلك لأنّ أصالة الصحة إنّما تجري فيما إذا أحرزنا الجامع بين الصحيح والفاقد وشككنا في صحّته وفساده كما إذا علمنا أنّ أحداً يصلي على الميت قطعاً وشككنا في صحّة صلاته وفسادها فتجري أصالة الصحة في حمل صلاته على الصحيح ، وأمّا إذا لم نحرز العنوان والجامع بين الصحيح والفاقد كما إذا رأينا أنّ أحداً قائم على جنازة ولا ندري أنّه يصلي على الميت أو أنّه يدعو ويستغفر للميت مثلاً فلا معنى حينئذ لحمل فعله على الصحيح والحكم بصحّة صلاته إذ لم نحرز أنّه يصلي حتّى نحكم بصحّتها وفي المقام أيضاً لم نحرز عنوان البيع أصلاً حتّى نشك في صحّته وفساده ، لأنّ وجود المبيع مقوّم لحقيقة البيع والمعاملة وبما أنّنا نشك في وجوده فنشك في تحقّق مفهوم البيع فأصل الجامع بين الصحيح والفاقد غير محرز حتّى تجري أصالة الصحة ونحكم بها

(١) جامع المقاصد ٧ : ٣٠٧ .

(٢) فرائد الأصول ٢ : ٧٢٤ .

بصحة البيع ، وهذا الوجه هو الذي ذكره شيخنا الأنصاري في المقام دون الوجه المتقدم عليه ، لأنه (قدس سرّه) ينكر اعتبار إحراز القابلية في جريان أصالة الصحة في رسائله (١).

عدول

قد ذكرنا في صورة الشكّ في تقدّم التلف على البيع وتأخّره مع عدم الحاجة إلى القبض أنّه لا مانع من جريان الاستصحاب في التلف وإثبات عدمه إلى زمان البيع ، وبما أنّ البيع محرز بالوجدان قبضه الوجدان إلى الأصل يتم كلا جزأي الموضوع للحكم بالصحة ، وقلنا إنّ هذا لا يختصّ بالمقام بل الحال كذلك عند الشكّ في حياة الآبق عند بيعه فإنّ استصحاب حياته ينضمّ إلى وجود البيع المستحقّ بالوجدان وبها تحكم بصحة البيع .

ولكن الصحيح أنّ الاستصحاب لا يجري في التلف والموت ولا يمكن إثبات عدمهما بالاستصحاب لعدم إحراز البيع بوجه ، لأنّ مفهوم البيع الحقيقي الذي هو المقوم له في الحقيقة عرفاً عبارة عن التبديل بعوض ، ومع تلف المبيع لا معنى لتبديله في مقابل العوض ، فوجود المبيع مقوم للمبادلة والبيع عرفاً مع قطع النظر عن حكم الشارع كما هو واضح ، وعليه فلا يبقى مجال لاستصحاب عدم التلف إلى زمان البيع وينتهي الأمر إلى استصحاب بقاء ملك المشتري على الثمن كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) وكذا الحال في استصحاب الحياة في بيع العبد الآبق فلا مجال لاستصحابها لعدم إحراز البيع لتقوّمه بوجود المبيع ، نعم لنا علم بمجرد إنشاء البيع صدور صيغة بيعت ، ولكن الانشاء لا أثر له إلّا على نحو التعليق بأن يقال إنّ لو كان

متحققاً في زمان وجود المبيع أو اليوم السابق لكان مؤثراً وصحيحاً والأصل أنه كذلك فعلاً، إلا أنك عرفت أن الاستصحاب التعليق لا أساس له في الأحكام فضلاً عن الموضوعات ولعلّ هذا ظاهر.

الكلام في بيع ما يفسده الاختبار وما لا يفسده الاختبار

مسألتان تعرّض لهما الأصحاب في المقام وهما بيع ما لا يفسده الاختبار كالعطور والعنب ونحوهما وبيع ما يفسده الاختبار كالبطيخ والجوز وغيرهما مما لا يبقى بعد قصّه أو كسره إلا ساعات أو أكثر ويوجب ذلك فساد.

فأما ما يفسده الاختبار فلا ينبغي الإشكال في عدم اعتبار الاختبار فيه لأنّ الفرض أن الاختبار يوجب فساداً وينع عن الانتفاع به، والبيع إنما هو لأجل الانتفاع بالمبيع فيما يريد المالك الانتفاع به فيه، نعم ربما يكون الفرض من الابتاع استهلاكه بالأكل ونحوه وفي مثله لا مانع عن الاختبار لأنّه لا يوجب سقوطه عن الانتفاع به في الأكل، وأما في غيره من الموارد التي يمنع اختبار المبيع فيها عن أن ينتفع به ماله فلا وجه لاعتبار الاختبار فيه أبداً بل لابدّ في صحّة بيعه من الأمور التي ستأتي الإشارة إليها عن قريب إن شاء الله تعالى.

وأما ما لا يفسده الاختبار فقد اختلفوا في صحّة بيعه على أقوال، فذهب بعضهم إلى صحّة بيعه مع الاختبار، وذكر بعض آخر أن بيعه مشروط باشتراط الصحة عند عدم اختباره، وحكي عن ثالث اعتبار أحد الأمرين في صحّة بيعه إما اشتراط الصحة فيه وإما البراءة عن العيوب، وهذا ولا يمتنّ التعرّض إلى كلماتهم في المقام ولا بدّ من التكلّم في أصل المسألة وما تقتضيه القاعدة فيها إذ لم يرد في ذلك رواية أو شيء آخر من الأدلّة النقليّة.

فنقول: أما ما يفسده الاختبار فقد مرّ عدم اعتبار الاختبار فيه لمنافاته

الغرض من الابتاع كما عرفت .

وأما ما لا يفسده الاختبار فلا ينبغي الإشكال في اعتبار الاختبار فيه ، إذ المفروض اختلاف قيمته باختلاف طعمه وريحه أو غيرها من الأوصاف التي لها مدخلية في زيادة قيمة المبيع وفي اتصافه بالصحة والفساد ، والوجه في ذلك أنه عند عدم اختباره لا يؤمن من صحة المبيع وفساده وهو أمر خطري يستلزم الغرر ، لأنَّ الجهل بالكيفية قد يوجب الغرر بأكثر مما يوجب الجهل بالكمية من الكيل والوزن ولعلَّه ظاهر ، كما لا إشكال في كفاية اشتراط الصحة في صحة المعاملة فيه لأنَّه يتمكن من فسخها عند ظهور الفساد وعدم صحة المبيع وبهذا يرتفع الغرر لا محالة ولكن اشتراط الصحة ممَّا لا حاجة إليه في المعاملة لما أشرنا إليه سابقاً من أنَّ الصحة ممَّا يعتبره العقلاء في المعاملات ويشترطونها في جميع الأشياء والأمور من دون حاجة إلى اشتراطها في ضمن المعاملة ، وعليه فإذا باع أو اشترى شيئاً على وجه الاطلاق من دون أن يشترط فيه الصحة في المعاملة فلزوم المعاملة أيضاً متوقَّف على صحة المبيع وعدم عيبه ، لأنَّ المطلق ينصرف إلى الصحيح فكأنَّه قد اشتراه من البائع بهذا الشرط في المعاملة فيرتفع الغرر بذلك لا محالة .

وممَّا ذكرناه يظهر أنَّ ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدَّس سرّه) ^(١) من التفصيل ممَّا لا يمكن المساعدة عليه حيث فصل (قدَّس سرّه) بين الموارد التي يتوقَّف معظم المالية والانتفاعات بالمبيع على وصف الصحة فلا بدَّ من إحرازها بالاختبار ونحوه وبين الموارد التي لا يتوقَّف معظم المالية على وصف الصحة فلا يجب إحرازها ومثَّل للأوَّل بما إذا ظهرت الجارية المباعة حتى حيث إنَّ الانتفاع من الجارية في الطبخ والكس وغيرهما من وظائف النساء والاستمتاع ونحوه يتوقَّف على عدم كونها

خثنى وإلا فتفوت عنه تلك الانتفاعات كما لا يخفى ، ومثل للثاني بما إذا ظهرت الجارية بمن لا تحيض وهي في سنٍّ من تحيض فإنَّ ذلك عيب إلاَّ أنه لا يوجب انتفاء أكثر المالية عن الجارية لتمكُّنه من الاستمتاع والانتفاع بها في الكس والطبخ ، نعم لا يحصل منها الولد فقط ، والتزم ببطلان المعاملة في الصورة الأولى دون الثانية واستشكل فيما ذكر من أنَّ أصالة السلامة من الطرق التي يعتمد عليها العقلاء في مقام إحراز الصحة والسلامة في المبيع بأنَّ أصالة السلامة إنما يعتمد عليها العقلاء فيما إذا كانت الصحة والسلامة في المبيع محرزة سابقاً وحينئذ يعتمد على صحته السابقة وسلامته في المعاملة ، دون ما إذا لم تحرز الصحة في المبيع سابقاً .

والوجه في عدم إمكان المساعدة عليه : أنَّ أصالة الصحة والسلامة ليست من طرق الإحراز عند العقلاء مطلقاً من دون فرق في ذلك بين إحراز الصحة في المبيع سابقاً وبين عدم إحرازها فيه كذلك ، إذ لم يثبت بناء من العقلاء على اعتبار بقاء وصف الصحة فيما إذا كانت موجودة سابقاً ، والاستصحاب أمر تعبدى يثبت من الأخبار لا ببناء العقلاء كما ذكرناه في محلّه ، فأصالة الصحة في مقام إحراز السلامة ممّا لم يثبت بناء العقلاء عليها بوجه ، نعم لو أريد من ذلك أنَّ العقلاء بنوا على اشتراط الصحة والسلامة في المبيع بحيث إذا ظهر المبيع معيباً يتمكَّن المشتري من الفسخ لأجل هذا البناء من دون حاجة إلى بيان ذلك وذكره في المعاملة ، فقد عرفت أنَّه كذلك إلاَّ أنَّ ذلك لا يفرق فيه بين كون الصحة موجودة في السابق أو غير موجودة ، وكون معظم المالية متوقّفة على وصف الصحة أو غير متوقّفة ، لأنَّ العقلاء في جميع ذلك بنوا على اشتراط الصحة من العيب في المعاملات .

وكيف كان فما أفاده (قدّس سرّه) في المقام ممّا لا يمكن المساعدة عليه ، وقد عرفت أنَّ اشتراط الصحة فيما لا يفسده الاختبار وإن كان ممّا لا بأس به إلاَّ أنَّه لا حاجة إليه بعد بناء العقلاء على اشتراط الصحة في المبيع من غير أن يحتاج فيه إلى

ذكرها في العقد والمعاملة .

وأما ما اعتبره بعضهم من البراءة عن العيوب ، فإن أراد منه براءة المبيع عن العيوب بأن يبيع ويتبرأ عن أن يكون المبيع معيباً فهو عبارة أخرى عن اشتراط الصحة في المبيع وتغيير لفظ فقط ، لأنّ معناه اشتراط عدم العيب في المبيع ، وعدم العيب ليس إلا عبارة عن الصحة إذ لا واسطة بين الصحة وعدم العيب .

وإن أراد منه تبرّي البائع عن العيوب بأن يبيع ويتبرأ عن عيوب المبيع وكأنّه يقول بعثك هذا الموجود أعمّ من المعيب والصحيح ، فيدفعه أنّ ذلك من أوضح أنحاء الفرر حينئذ وهو نظير البيع كيف ما كان كما إذا باع خنطة موجودة أعمّ من أن تكون حقّة أو أزيد منها أو أنقص وهو أمر غرري .

وبعبارة أخرى : أنّ هذه الاشتراطات إنّما هي لأجل دفع الفرر لا محالة وحينئذ إن كان المشتري عالماً ومحرزاً للصحة في المبيع فتبري البائع لا يمنع عن صحة المعاملة لعدم الفرر حينئذ ، وأما إذا كان المشتري جاهلاً بالحال فتبري البائع يؤكّد الفرر ، إذ لو لا تبري البائع له أن يرجع إليه عند ظهور العيب لاشتراط الصحة ببناء العقل ، فإذا تبرأ البائع من العيوب فعناه أنّ المشتري لا يجوز له الرجوع إلى البائع على أي تقدير فهو يؤكّد الفرر حينئذ .

فالمتحصّل من جميع ذلك : أنّ ما لا يفسده الاختبار يصحّ بيعه بالاختبار واشتراط الصحة وبدونه لأجل بناء العقل على اشتراط الصحة في المبيع ، وأما ما يفسده الاختبار فصحة بيعه بأحد الأمرين الآخرين أعني الاشتراط في متن العقد أي اشتراط الصحة وعدمه لأجل بناء العقل على اشتراط البيع بالصحة ولا يشترط فيه الاختبار بوجه ، فهما متحذان في الأخيرين وإنّما يفترقان في أنّ الأول يجوز بيعه بالاختبار دون الثاني كما مرّ ، وقد عرفت عدم الحاجة في شيء منها إلى اشتراط الصحة في المعاملة لكفاية بناء العقل على الصحة كما مرّ .

وأما ما في رواية محمد بن العيص « عن الرجل يشتري ما يذاق أيدوقه قبل أن يشتري ؟ قال : نعم فليذقه ولا يذوق ما لا يشتري »^(١) فلا دلالة فيها على اعتبار الاختبار فيما لا يفسده الاختبار ، لأن السؤال فيها كما ذكره شيخنا الأنصاري (قدس سره)^(٢) إنما هو عن جواز الذوق لا عن وجوبه وتعيينه وأجابه الإمام (عليه السلام) بجواز ذوق ما أراد أن يشتريه دون ما لا يشتريه كما إذا أخذ بالذوق من الأغراب الموجودة في السوق من أوله إلى آخره من هذا الدكان وذاك إلى أن يصل إلى آخره ولا يشتري شيئاً من العنب مع أنه أكل منها بمقدار كثير .

فالمستحصل : أن ما يفسده الاختبار وما لا يفسده الاختبار يجوز بيعه بلا اختبار وبلا اشتراط الصحة لكفاية بناء العقلاء على اشتراطها في البيع دائماً ، فما ذكره الحلّي^(٣) ووقع في عبارة كثيرين من عدم جواز بيعه بلا اختبار اعتماداً على أصالة الصحة بالمعنى المتقدم مما لم نفهم له وجهاً ، وكيف كان فما لا يفسده الاختبار يجوز بيعه بالاختبار وباشتراط الصحة وبالاكتفاء على أصالة السلامة بالمعنى الذي ذكرناه من دون فرق في ذلك بين ما يتوقف معظم المالية على وصف الصحة وما لا يتوقف معظمها عليه ، لما مر من أن أصالة السلامة تكفي في اشتراط الصحة من دون حاجة إلى ذكره في العقد ، نعم أصالة السلامة بالمعنى الذي ذكره شيخنا الأنصاري (قدس سره) أعني كونها طريقاً لإحراز وصف الصحة مما لا أساس له .

وأما ما يفسده الاختبار فهو كما لا يفسده الاختبار في جواز بيعه باشتراط الصحة أو بالاكتفاء على أصالة السلامة بالمعنى الذي ذكرناه ، نعم لا يمكن بيعه

(١) الوسائل ١٧ : ٢٧٥ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ٢٥ ح ١ .

(٢) المكاسب ٤ : ٢٨٩ .

(٣) السرائر ٢ : ٣٣١ .

بالاختبار لأنّ المفروض أنّ الاختبار يفسده ، وهذا هو الفارق بينه وبين ما لا يفسده الاختبار ، هذا كلّ في وصف الصّحّة فيما لا يفسده الاختبار وما يفسده الاختبار .

وأما سائر الأوصاف الكمالية التي لها دخل في زيادة القيمة من دون مدخلة لها في صحّة الشيء وفساده وذلك كالحلاوة والحموضة في البطيخ والحلّ والرقيّ ونحوهما فلا يمكن فيها الاعتماد على أصالة السلامة ، لأنّ الفرض أنّ المبيع سالم عن العيب وإنّما يشكّ في أوصافه الكمالية الموجبة لزيادة قيمته ، فإن كان ذلك الوصف الكمال ممّا يمكن وصفه وبيانه كما في أصل الحلاوة في البطيخ والرقيّ فلا بدّ في صحّة البيع حينئذ إمّا من اختبار ذلك الوصف أو البيع باخبار البائع بالوصف الذي هو بمنزلة الاشتراط وبهما يرتفع الغرر في المعاملة ، هذا فيما لا يفسده الاختبار .

وأما ما يفسده الاختبار فصحّة البيع فيه منحصر بالبيع باخبار البائع بالوصف الكمال ، إذ بدونه يحتمل فيه الخطر والغرر والمفروض عدم إمكان اختباره لأجل الفساد بالاختبار .

وأما إذا كان الوصف ممّا لا يمكن توصيفه وبيانه كما في مراتب الحلاوة في البطيخ أو مراتب الحموضة في الحلّ فإنّها ممّا يدرك ولا يوصف ، فإن كان المبيع ممّا لا يفسده الاختبار تعيّن في صحّة البيع فيه الاختبار ، إذ المفروض عدم إمكان إخبار البائع بالوصف ، وبيعه بلا اختبار الوصف غرري فيتوقّف صحّة البيع فيه على الاختبار ، وأما إذا كان المبيع ممّا يفسده الاختبار وفرضنا الشكّ في الأوصاف الكمالية وكان الوصف ممّا لا يمكن بيانه وتوصيفه والمفروض عدم إمكان الاختبار لأنّه ممّا يفسده الاختبار ، فالظاهر أنّ مثل ذلك الوصف ممّا لا ماله له بحسب العرف حينئذ ، لأنّ القيمة والمالية في أمثال ذلك إنّما هي على المبيع على ما هو عليه من دون فرق بين المتّصف بذلك الوصف وبين غير المتّصف به ، وهذا نظير البطيخ والبرتقال

فإنَّ القيمة إنما هي على مقدار خاص من البطيخ كالأوقية والحقة فإنَّ خمسين فلساً إنما هو في مقابل الحقة من البطيخ بما هو عليه سواء كان حلوّاً أو غير حلو فالحلاوة فيه ملغاة عن المالية ، وكذا الحال في البرتقال فإنَّ عشر فلوس إنما هي في مقابل الواحد من البرتقال سواء كان رياناً أو غير ريان كان حلوّاً أو غير حلو ، فالوصف ملغى عن القيمة والمالية ولا يوجب الاختلاف في القيمة عندهم ، وعليه فلا مانع من البيع في مثله بلا إخبار ولا اختبار لعدم احتمال الخطر أو الغرر فيه ، إذ الفرض عدم اختلاف القيمة السوقية باختلافها ، ولا مانع في مثله من تبرّي البائع عنه لعدم اختلاف القيمة باختلافها وجوداً وعدماً كما لا يخفى ، هذا تمام الكلام في بيع ما يفسده الاختبار وما لا يفسده الاختبار وقد ظهر حكم كل واحد منها ممّا أسلفناه آنفاً .

ولكن شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(١) مع ذلك أعاد التكلّم فيما يفسده الاختبار وأوقع الكلام فيه لأجل بعض الخصوصيات التي ستمرّ عليك إن شاء الله تعالى وعليه فلا مانع من التعرّض إليه فنقول : قد عرفت أنّ ما يفسده الاختبار يصحّ بيعه باشتراط الصحة وبالاتماد على أصالة السلامة بالمعنى المتقدّم فيما إذا كان التردّد والشكّ في وصف الصحة والفساد وهذا ممّا لا إشكال فيه ، وإنّما الكلام فيما إذا ظهر المبيع فاسداً بعد الابتاع باشتراط الصحة أو بالاتماد على أصالة السلامة أو بغيرهما من الطرق المصحّحة للبيع فقد قسّم شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ذلك إلى أقسام وذكر أنّ المبيع فيما إذا ظهر فاسداً فأمّا أن يكون فاسده ممّا يقابل بالمال ولو بمقدار قليل وهذا كما في البطيخ الفاسد والمدوّد وفي الجوز فإنَّ البطيخ يمكن الانتفاع به بغير مواضع الدود منه والجوز يتنفع بفاسده في استخراج زيتة فيقابلان بالمال

وإما أن لا يكون لفاسده قيمة ، وعلى التقدير الأول إما أن يكون الفاسد ممّا لا يعدّ عرفاً من جنس ذلك الشيء ، وهذا نظير الجوز المجوّف الذي لا لبّ فيه بل هو قشر محض فإنّ له قيمة للانتفاع به في الاحراق إلاّ أنّه أمر آخر وراء الجوز فإنّ الجوز عبارة عمّا ما في بطن القشر من اللبّ وأما القشر فهو ليس بجوز بل هو قشره ، وإما أن لا يعدّ الفاسد شيئاً آخر غير جنسه .

فأما القسم الثاني ، أعني ما إذا كان لفاسده قيمة ولم يعدّ أيضاً أمراً آخر وراء جنسه فالمشتري يتخيّر بين الالتزام بالفاسد ومطالبة الأرض والردّ ، هذا فيما إذا ظهر العيب قبل أن يتصرّف فيه المشتري بكسره كما إذا ظهر له العيب بملاحظة البطيخ ومشاهدة آثار الدود فيه من خارجه ، وأما إذا ظهر له الفساد بعد التصرّف فيه بالكسر فحينئذ يسقط عنه الردّ لدلالة الأخبار والروايات على عدم جواز الردّ مع التصرّف في الميب ويتخيّر بين إمضاء الفاسد والمطالبة بالأرض .

وأما القسم الأوّل ، أعني ما إذا ظهر الفساد وكان لفاسده قيمة إلاّ أنّه يعدّ عرفاً جنساً آخر وشيئاً مغايراً للمبيع لا فاسداً له فالظاهر أنّ المعاملة فيها باطلة لأنّ ما وقع عليه العقد فهو غير موجود والموجود لم يقع عليه البيع فيبطل لا محالة وذلك لفرض أنّ الفاسد مغاير للمبيع عرفاً وقد أشرنا سابقاً إلى أنّ البيع يبطل بتغيّر الأوصاف النوعية ولعلّه ظاهر ، هذا .

ثمّ إنّّه يمكن تقريب الأقسام ببيان آخر أوضح من الأوّل : وهو أنّه إذا باع ما يفسده الاختبار ثمّ ظهر فاسداً فهناك ستّة صور ، وذلك لأنّ الفاسد تارة يساوي الصحيح بحسب القيمة ولا تختلف قيمته بحسب الصلّة والفساد وذلك كما في أواني الصفر قبل سنين حيث إنّ فاسده كان بقيمة الصحيح في النجف من أجل أنّ الغرض إنّما كان في المادّة دون الهيئات . وأخرى تكون قيمة الفاسد أقلّ وأنقص من قيمة الصحيح كما هو المتعارف غالباً ، وثالثة لا يكون للفاسد قيمة أصلاً كما مثلاً بالبطيخ

المدوّد على نحو غير قابل للأكل ولا لشيء آخر .

وعلى جميع التقادير الثلاث ربما يظهر الفساد بعد الكسر والتصرّف في المبيع وأخرى قبل الكسر والتصرف وهذه ستّة صور ، فإذا فرضنا أنّ الفساد مساوٍ بحسب القيمة مع الصحيح ولم يتصرف المشتري فيه بالكسر فللمشتري الردّ خاصّة دون الأرض ومطالبة التفاوت بين قيمة الصحيح والفساد ، لأنّ الفرض عدم اختلاف القيمة بحسب الصلّح والفساد فلا تفاوت بين القيمتين حتّى يطالبه المشتري ، نعم له الردّ لظهور الفساد والعيب في المبيع ، وأمّا إذا ظهر الفساد في هذه الصورة بعد الكسر والتصرف فليس للمشتري أن يرجع إلى البائع بشيء ، أمّا أنّه لا يرجع بالأرض والتفاوت بين القيمتين فلما عرفت من أنّه لا تفاوت بين القيمتين حتّى يرجع به إلى البائع ، وأمّا أنّه لا يرجع إليه بالردّ فلاجل التصرف فيه بالكسر والتصرف مسقط للخيار كما هو ظاهر .

وإذا فرضنا أنّ الفاسد أنقص بحسب القيمة من الصحيح ولم يتصرّف المشتري فيه بالكسر وبعد البيع ظهر الفساد ، فللمشتري الردّ ومطالبة البائع بالأرض لتفاوت قيمتي الصحيح والفساد ، نعم إذا تصرّف فيه بالكسر أو غيره فلا محالة يسقط الردّ ويبقى له الأرض فقط ، وهذا من دون فرق في صورتين بين أن يكون لمكسوره أيضاً قيمة أم لم يكن له قيمة ، لأنّ الكسر إنّما وقع بتصرّفه وفي ملكه ولا ربط له بالبائع ، ففي الصورة الأولى يرجع إلى البائع برده فيما إذا لم يتصرف فيه بالكسر ولا أرض فيها ليرجع إليه بذلك أيضاً ، وفيما إذا تصرّف فيه بالكسر فلا يمكنه الردّ أيضاً كما عرفت ، وفي الصورة الثانية يرجع إليه بالردّ أو الأرض ولكن الأرض هو ما به التفاوت بين قيمة الصحيح والفساد قبل الكسر ، وأمّا إذا لم يكن للفساد قيمة أصلاً فالبيع باطل لانكشاف أنّ العقد وقع على ما لا ماله له بحسب الفرض وهذا من دون فرق بين القول باعتبار الماله في المبيع وبين القول بعدم

اعتبارها ، وذلك لأنَّ الشيء بوصف أنَّه من المتموّل وما له مالـية يغيـر الشيء المسلوب عنه المالـية عند العرف ويعدّان شيئين متغيـرين ، فصورتـه النوعية مباينة له بعد سلب المالـية عنه وإن كانا متعديـن في نظر العقل وقد مرَّ أنَّ الصور النوعية مقوِّمة للمبيع وتبدّلها ينعدم المبيع قهراً ولو لم نعتبر المالـية فيه أيضاً ، فإنَّه إذا اشترى عصفوراً فبان أنَّه حشرة فلا يمكن في مثله الالتزام بصحّة البيع لتغيـر العصفور والحشرة ولو مع القول بعدم اعتبار المالـية في المبيع ولعلَّ ذلك ظاهر ، وكيف كان فإذا ظهر الفساد في أمثال ذلك فهو يكشف عن عدم انعقاد المعاملة من الابتداء وأنَّ البيع وقع على ما لا مالـية له ، هذا .

ولكن الشهيد (قدّس سرّه) ^(١) ذهب إلى أنَّ المعاملة تبطل في هذه الصورة من حين ظهور الفساد لأنَّه يكشف عن بطلانها من الابتداء ، وأورد عليه شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(٢) بأنَّ ذلك أمر غير معقول ، لأنَّ المبيع إن كان ممّا له مالـية بحسب الواقع فلا وجه للبطلان من حين ظهور الفساد ، بل له أن يرجع بالأرّش إن كان قيمة الفاسد فيه أنقص من قيمة الصحيح لأنَّه يرجع إليه بالثمن ، ولا يمكن الرجوع بالأرّش أيضاً فيما إذا كانت قيمة الفاسد فيه متساوية للصحيح ، وإن لم يكن المبيع ممّا له مالـية بحسب الواقع فالبيع باطل من الابتداء لأنَّه وقع على ما لا مالـية له وهو أمر متغيـر للمبيع عرفاً ، فلا وجه للبطلان من حين ظهور الفساد .

ثمَّ إنَّه (قدّس سرّه) وجّه البطلان من حين ظهور الفساد بقوله اللهمَّ إلّا أن يقال ، وملخص ما أفاده في توجيه كلام الشهيد : هو أنَّ الفاسد قبل ظهور الفساد مال واقعي فلذا يبذل بازائه المال فإذا ظهر الفساد فله أن يرجع إلى البائع بالثمن

(١) الدروس ٣ : ١٩٨ .

(٢) المكاسب ٤ : ٢٩٧ .

لأن سقوط المبيع عن المالية مستند إلى أمر سابق على العقد وهو فساد واقعه وليس مستنداً إلى أمر آخر حصل عنده حتى لا يرجع إلى البائع بالثمن ، بل لا وجه لانقاسخ البيع أيضاً إذ المعاملة صحيحة وله إمضاؤها أيضاً وغاية الأمر أن المبيع معيوب وله خيار العيب بالرد والأخذ بالأرث وهو يختار الثاني دون الأول ، إلا أن العيب لما كان مستنداً إلى أمر سابق على العقد وكان موجباً لفوات المالية عنه فهو لا يتدارك إلا بدفع تمام الثمن ، هذا .

ثم أورد على التوجيه بأن العلم بالفساد إما أن يؤخذ طريقاً في المقام وإما أن يؤخذ على نحو الموضوعية دون الطريقية ، وعلى الأول فالعلم طريق إلى عدم المالية للمبيع من الابتداء وإما يبذل المال بازائه قبل العلم بالفساد من جهة الجهل والحكم الظاهري من باب أصالة السلامة لا أنه مال واقعي ، فلا محالة يحكم بالبطان من الابتداء لا من حين العلم بالفساد ، وأما على الثاني فالمعاملة صحيحة والعلم بالفساد الذي جعلناه موضوعاً في فوات مالية المال إنما حدث في ملك المشتري فلهاذا يرجع إلى البائع بتمام الثمن لأن المالية إنما فاتت في ملك المشتري ، وهذا لا ربط له بالبائع حتى يقال إنه عيب مجهول وله خيار العيب .

ولو سلّمنا وقلنا إن العلم وإن كان موضوعاً في الحكم بفوات المالية إلا أنه جزء للموضوع في الحكم وجزؤه الآخر هو فساد المبيع بحسب الواقع ، وهو أمر سابق على العقد وكان مجهولاً للمشتري ، فإذا بان أنه فاسد فيثبت له خيار العيب على نحو قد عرفت ، إلا أنه لا وجه للرجوع بتمام الثمن حينئذ ، لأن حاله حينئذ كحال المريض أو الأرمد قبل الشراء فإنه إذا مات أو عمي بعده مستنداً إلى المرض السابق على العقد فلا يصح للمشتري أن يرجع إلى البائع بتمام الثمن بل له الرجوع بتفاوت قيمة المريض والصحيح وتفاوت قيمة الأرمد وغير الأرمد لا أنه يرجع بتمام الثمن حينئذ ، هذا ما أورده شيخنا الأنصاري (قدس سره) على الشهيد وهو في غاية المتانة

كما عرفت .

وأما الثمرة بين الحكم بالبطلان من أول الأمر والحكم بالبطلان من حين انكشاف الفساد ، فقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدس سره) أن الثمرة تظهر في تصرفات البائع في الثمن فإنه إذا اشترى بهذا الثمن داراً أو عيناً غيرها فإنه على القول بالبطلان من الابتداء الثمن ملك للمشتري وقد تصرف فيه البائع ، فصحة تصرفاته تتوقف على إجازته ، فلو أجاز شراء الدار بثمنه فستنتقل الدار إلى ملكه ، وإن لم يجزه فيفسخ البيع ويرجع كل من الدار والثمن إلى ملك مالكهما سابقاً ومالك الثمن هو المشتري ، وهذا بخلاف القول بالبطلان من حين العلم بالفساد فإن تصرفات البائع في الثمن حينئذ وقعت في ملكه ، وحين الانفساخ لو كان الثمن باقياً يردّه إلى المشتري ، وأما إذا باعه أو اشترى به شيئاً فينتقل الأمر إلى بدله من المثل أو القيمة . وكذا تظهر الثمرة في مؤونة نقل المبيع من محله إلى محل الاختبار فإنها على البائع بناءً على أن المعاملة فاسدة من الابتداء وعلى المشتري بناءً على أن فسادها من حين العلم والانكشاف ، لأن المبيع على الأول في ملك البائع وعلى الثاني في ملك المشتري ، فتكون مؤونة الملك على مالكة لا محالة ، كذا نقله شيخنا الأنصاري عن الدروس وظاهره الارتضاء به .

ثم حكى عن المحقق الثاني في جامع المقاصد^(١) أن المؤونة على المشتري على كلّ تقدير ، إذ لا مقتضي لكونها على البائع لأنه لم يأمره بنقله فلا يضمن المؤونة ولو كان ملكه . وعن بعض الأساطين وهو كاشف الغطاء (قدس سره)^(٢) أن المؤونة على البائع على كلا التقديرين ، أما في صورة كون المبيع ملكه فلاّنه ملكه ومؤونة الملك

(١) جامع المقاصد ٤ : ٩٦ .

(٢) شرح القواعد (مخطوط) : ٧٨ .

على مالكه ، وأما في صورة كونه ملكاً للمشتري فلاجل أن النقل إنما كان مستنداً إلى البائع فهو الموجب للنقل فعليه مؤونته وخسارته .

وكيف كان ، فالمتحصّل في المقام أقوال ثلاثة : التفصيل بين كونه ملكاً للبائع فالمؤونة عليه وبين كونه ملكاً للمشتري فمؤونة النقل عليه لأنّه ملكه ، والقول برجوعها إلى المشتري مطلقاً ، والقول برجوعها إلى البائع على نحو الاطلاق .

والصحيح هو الوجه الرابع ، إذ لا يمكن المساعدة على شيء من الأقوال المتقدّمة ، أمّا القول الأول أعني التفصيل بين كون المبيع ملكاً للبائع كما على القول ببطان المعاملة من الابتداء وكونه ملكاً للمشتري كما على القول ببطانها من حين الانكشاف والعلم بالفساد ، فلأنّه لا ملازمة بين كون المبيع ملكاً لأحد وكون مؤونة النقل عليه ، ولم يرد نصّ على أن المالك يضمن الخسارة والمؤونة في النقل لامكان أن تكون المؤونة على غير مالك المال ولم تفهم لارتضاء شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) بذلك وجهاً .

وأما القولان الآخريان فهما أيضاً لا يمكن المساعدة عليهما ، لأنّ المباشر للنقل هو المشتري فبحسب القاعدة لا بدّ من ضمانه لمؤونة النقل وغيره ممّا يباشره ، اللهم إلا أن يكون فعله ذلك مستنداً إلى البائع وتغريه فإنّ المؤونة والخسارة ترجع إلى الغارّ والمغرور يرجع إلى من غرّه في الخسارات .

وعليه فالحقّ في المسألة أن يقال : إن كان نقل المشتري مستنداً إلى تغير البائع إياه كما إذا كان البائع عالماً بالفساد وكان المشتري جاهلاً به فلا محالة تكون الخسارة في النقل على الغارّ دون المشتري المباشر للنقل ، وهذا من دون فرق بين كون المبيع ملكاً للبائع وكونه ملكاً للمشتري ، وإن لم يكن المشتري مغروراً من قبل البائع كما إذا كان البائع أيضاً جاهلاً بالحال كالمشتري أو فرضنا المشتري عالماً بالفساد وقد أقدم عليه مع علمه بالحال فالمؤونة على المشتري لا محالة لأنّ النقل

فعله ولا سبب آخر له ، وهذا أيضاً من دون فرق بين كون المبيع ملكاً للبائع وكونه ملكاً للمشتري ، والوجه في ذلك ما ذكرناه في محله من أن الغرور يتقوم بعلم الغارّ وجهل المغرور ومع انتفاء أحدهما ينتفي الغرور فلا يكون البائع ضامناً للخسارة وهذا هو الوجه الرابع الذي ذكرنا أنه الصحيح في المقام ، هذا كله في مؤونة نقل المبيع من محلّ البيع إلى محلّ الاختبار .

وأما مؤونة نقل المتاع من محل الاختبار إلى البائع عند ظهور الفساد فقد فصل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(١) بين كون المبيع المكسور ملكاً مع عدم تّمّله نظير حبة الحنطة فالمؤونة على البائع ، وبين عدم كونه قابلاً للتمكّك فلا يستبعد أن تكون المؤونة على المشتري ، هذا .

ولكنّك عرفت أن كون شيء ملكاً للمالك لا يستلزم ضمان المالك للمؤونة في نقله ، فالصحيح أن مقتضى قانون المبادلة هو ردّ المبيع إلى البائع في المكان الذي تسلّم فيه المبيع من مالكة فهل يمكن أن يقول المشتري للبائع أعطني ثمني فيطالبه البائع بالمبيع فيجيبه بأنّ مالك في بلد كذا ، بل لابدّ من دفع مال المالك إليه وأخذ عوضه وبدله ، لأنّ المالك إنّما سلّمه إليه في ذلك المكان فلا بدّ من إرجاعه إلى ذلك المكان ، والارجاع إليه أمر راجع إلى المشتري فعليه المؤونة والخسارة في إرجاعه إليه ، اللهمّ إلّا أن يكون المشتري مغروراً من البائع في المعاملة والنقل كما إذا كان المالك عالماً بالفساد وكان المشتري جاهلاً بالحال لأنّه عليه يرجع إلى البائع بالخسارة لأنّه الذي أوقعه فيها .

فالصحيح في هذه الصورة أيضاً هو التفصيل بين كون المشتري مغروراً من قبل البائع فالمؤونة على البائع ، وبين عدم الغرور كما إذا كان البائع أيضاً جاهلاً

بالحال أو كان المشتري عالماً بالحال فالمؤونة على المشتري ، لأنه بمقتضى قانون المبادلة لا بدّ من أن يدفع المبيع إلى البائع عند انفساخ المعاملة والمؤونة في إرجاعه وتسليمه إلى البائع عليه ، ولا يختصّ ذلك بالمقام بل الأمر كذلك في كلّ مقبوض بالعقود الفاسدة ، هذا كلّه فيما إذا طالبه المالك بالمبيع .

وأما إذا فرضنا أنّ المالك ردّ الثمن إلى المشتري ولم يطالبه بالمبيع ، إمّا لذهاب ماليته وملكيته وإن كان متعلّقاً لحقه ، وإمّا لأجل أمر آخر وفرضنا المبيع في مثل المسجد أو المشاهد أو في ملك شخص وقد ألزّمتنا المالك بتفريغ مكانه من المبيع الفاسد كالبطيخ المدوّد الموجب للرائحة الكريهة أو كنّا مأمورين من قبل الشارع بتنظيف المساجد والمشاهد من القذارات سيّما إذا كانت نجسة ، فهل المؤونة في تفريغ المكان منها على البائع أو أنّها على المشتري ؟

الظاهر أنّ تفريغ المكان من القذارة حكم متوجّه إلى من أشغله بها وهو المشتري ببناء العقلاء ولو كان المشتري مغروراً في المعاملة من البائع ، ولا يصحّ أن يرجع بمؤونة التفريغ إلى البائع ، لأنّ المغرور إمّا يرجع إلى الغار فيما غرّه أو كان لازماً للعمل المغرور فيه ، ومن الواضح أنّ كسره في المسجد وتلوّيته ليس من لوازم البيع بالمغرور إذ لم يلزمه أحد بوضعه في المسجد ، وبما أنّه غير لازم للغرور فلا يصحّ أن يرجع إلى البائع بهذه المؤونة بل هي ببناء العقلاء متوجّهة إلى المشتري ولعلّه ظاهر .

نعم لو كان ذلك الاشغال مستنداً إلى غير اختبار المشتري فلا يتوجّه إليه الحكم بالتفريغ بل الحكم حينئذ متوجّه إلى جميع المسلمين كما التزمنا بذلك في تنجيس المسجد وقلنا إنّ ذلك إذا صدر عن النائم بلا اختياره كما إذا بال في نومه مثلاً فالمكلّف بتطهير المسجد هو الجميع دون خصوص النائم كما هو ظاهر ، وأما إذا كان ذلك مستنداً إلى اختياره فهو المكلّف بالتفريغ كما عرفت ، هذا .

ثم إن شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) تعرّض لاشتراط صحّة البيع فيما لا يمكن اختباره بأحد أمرين : اشتراط الصحّة أو براءة البائع عن العيوب ، وقد تعرّضنا نحن لذلك سابقاً ونعيده في المقام أيضاً على نحو الإجمال فنقول : إن أريد بالبراءة عن العيوب براءة البائع عن العيوب مع قيام طريق معتبر على صحّة المبيع عند المشتري ولو كان ذلك أصالة السلامة (على تقدير صحّتها) فالبراءة عن العيوب حينئذ وإن كانت لا تضرّ بالبيع إلّا أنّها غير محتاج إليها مع قيام الطريق على صحّة المبيع لانتفاء الغرر بها ، وإن أريد منها براءة البائع عن العيوب مع جهل المشتري بالحال وعدم قيام طريق على إحراز صحّة المبيع فاشتراطها لا يعقل أن يكون مصحّحاً للبيع لأنّه يؤكّد الغرر حينئذ فالمعاملة معه غررية باطلة ، وإن أريد بها اشتراط براءة المبيع عن العيوب (الذي مرجعه إلى اشتراط صحّته) فهو لا بأس به إلّا أنّه خلاف ظاهر القائلين بالاشتراط والبراءة ، لأنّ ظاهرهم اشتراط براءة البائع لا المبيع ، ولكن الأمر إذا دار بين الحمل على الغلط أو على خلاف الظاهر فالثاني متعيّن ويقال حينئذ إنّ قولهم يشترط فيه شرط الصحّة أو البراءة الخ من قبيل عطف تفسير وأنّ المراد بها براءة المبيع عن العيوب .

الكلام في بيع المسك في الفأر

لا إشكال في صحّة بيع المسك في فأره لما ذكرناه سابقاً من اعتبار أصالة السلامة في المبيع عند العقلاء بمعنى اشتراط المبيع بالصحة والسلامة لأنّها بذلك المعنى ترفع الغرر ، إذ على تقدير فسادها فللمشتري خيار تخلف الشرط ، هذا .
وربما يناقش في صحّة بيع المسك من جهتين : إحداها الجهل بصحّة المسك وفساده . وثانيتهما : نجاسة المسك لأنّه دم منجمد على المشهور . فأما الجهة الأولى فقد عرفت اندفاعها بأصالة السلامة بمعنى اشتراط الصحة في المعاملة عند العقلاء

وأنتها تمنع الغرر لا محالة . وأما الجهة الثانية فهي أيضاً مندفة بأننا لا نعلم أن المسك هو الدم أو كان أصله ذلك فلعلّه شيء آخر ، هذا أولاً . وثانياً : أنه على تقدير كونه من الدم محكوم بالطهارة شرعاً فلذا يستعملونه مع العنبر ويذكرونه معه وهما طاهران بالإجماع والنص . وثالثاً : أن النجاسة بما هي غير مانعة عن البيع وقد ذكرنا ذلك في بحث المكاسب المحرمة^(١) واعترف به شيخنا الأنصاري (قدس سرّه) في بحث بيع الميتة^(٢) فراجع ، وكيف كان فلا ينبغي الإشكال في صحة بيع المسك في فأره ، هذا كله بناءً على أن الشك في المسك من جهة الشك في صحته وفساده .

وأما إذا شككنا فيه من جهة الأوصاف الكمالية الزائدة على صحته كقوة رائحته أو حسنها ونحوها فحينئذ لا يمكن الاعتماد على أصالة السلامة بالمعنى المتقدم لا اختصاصها بالصحة والفساد ، بل لابدّ من إحرازها بإخبار البائع وتوصيفه أو باختباره .

وقد ذكر شيخنا الأنصاري (قدس سرّه)^(٣) أن طريق اختبارها هو أن يدخل فيها خيط بآبرة ثم إخراجها وشمّه حتّى يعلم ميزان رائحته فلا يحتاج إلى فتح الفأرة حينئذ ، ثم ذكر أن الأولى أن يتصدّى البائع باختبارها إذ لو تصدّى له المشتري فللبائع أن يطالبه بالنقص الوارد على المسك بإدخال الخيط مع الآبرة فيه على تقدير عدم شرائه منه ، وذلك لأن المشتري يضمن النقص الوارد عليه ، وهذا من جهة ضمان المقبوض بالسوم حيث ذكروا أن المقبوض بالسوم تلفه على المشتري ، وهذا لا يختص بتلف العين بل يشمل تلف الوصف أيضاً كما في المقام ، هذا .

(١) مصباح الفقاهة ١ (موسوعة الإمام الخوئي ٣٥) : ١٠٥ ، ٥١ .

(٢) المكاسب ١ : ٣٣ .

(٣) المكاسب ٤ : ٣٠٦ .

ويمكن المناقشة فيما أفاده بوجهين أحدهما : أنَّ المشتري لو كان ضامناً للنقص الوارد على المسك فضمانه ليس مبنياً على الضمان في المقبوض بالسوم ، وذلك لأنَّ الضمان في المقبوض بالسوم يختصُّ بصورة التلف ولذا ذكروا أنَّه إذا تلف بنفسه فيضمنه المشتري والمفروض في المقام إتلاف المشتري للوصف لا أنَّه تلف بنفسه فضمانه النقص حينئذ من باب عموم من أتلف مال الغير فهو له ضامن لا من جهة الضمان في المقبوض بالسوم . وثانيهما : أنَّ المشتري لا يضمن النقص الوارد على المسك في المقام من جهة أنَّ النقص إنما كان برضا البائع وإجازته لا أنَّ المشتري نقَّصه من عند نفسه ، فسواء قلنا إنَّ ضمانه من باب الضمان في المقبوض بالسوم أو من جهة عموم من أتلف الخ فلا يحكم بضمانه في المقام بل يمكنه أن يتصدَّى للاختبار برضا البائع وإجازته ، هذا .

ثمَّ إنَّه (قدَّس سرّه) تعرَّض لبيع اللؤلؤ في الصدف والليبيض في بطن الدجاج وذكر أنَّ يبيعها باطل للجهالة ، فأما اللؤلؤ في الصدف فلوضوح اختلاف قيمته بحسب اختلاف لونه شدَّة وضعفاً صفاءً وكدرًا ، فربَّ لؤلؤ يسوى بألف درهم لصفاته ولا يسوى فرد آخر منه بدرهم لكدره كسائر المجوهرات فإنَّ بعضها يسوى بقيمة عالية لشدَّة لونه دون بعضها الآخر لضعفه كما في الفيروزج ، وجهالة أوصافها من أوضح أنحاء الغرر ، وأما بيع البيض في بطن الدجاج فإن كان ذلك الدجاج معتاداً على بيض معيَّن من حيث الكبر والصغر فلا مانع من بيعه في بطنه للعلم بمقداره بحسب عاداته فلا غرر حينئذ لاطمئنانه أو علمه بمقداره وقيمه ، وأما إذا لم تكن له عادة معيَّنة فالبيع غرري للجهل بكبره وصغره وقيمه وزيادة ونقيصة .

الكلام في بيع المجهول فيما إذا ضمَّ إليه معلوم
لا إشكال في بطلان بيع المجهول ولو انضمَّ إليه شيء آخر معلوم أيضاً بحسب

القاعدة الأولى ، للجهل بمقدار المركب من المجهول والمعلوم ، والجهل بمقدار المبيع يوجب الغرر وهو يوجب البطلان ، ولا ينافي ذلك كون بعض أجزائه معلوماً إذ ما من شيء مجهول غرري إلا وبعض أجزائه معلوم للمتبايعين ، هذا بحسب القاعدة الأولى .

إلا أن المشهور بين المتقدمين وكذلك بين المتأخرين كالأردبيلي^(١) والسبزواري^(٢) وغيرهما إلا بعضهم جواز بيع المجهول منضماً إلى معلوم ، من دون فرق في ذلك بين كون الغرض هو ابتياع المجموع بذاتها وبين كون الغرض منه هو ابتياع المجهول وإنما ضمّ إليه المعلوم للوصول إلى غرضه وتصحيح بيعه ، وقد اعتمدوا في الحكم بالجواز الذي هو على خلاف مقتضى القاعدة الأولى على روايات^(٣) واردة في جواز بيع المجهول بالضمّ إلى معلوم ، وهذه الروايات بين ضعيفة وموثقة وصحيحة ، وقد ورد بعضها في بيع أسماك الأجمة بأن يخرج سمكاً منها بيده فيبيع ما في الأجمة من الأسماك بضمّ السمك المعلوم الذي بيده إليها ، فإذا لم يوجد في الأجمة سمك يقع الثمن في مقابل السمكة المعلوم لا محالة ، وبعضها الآخر ورد في بيع اللبن في الضرع بضمّه إلى ما في السكرجة من اللبن المحلوب ، وقد ورد بعضها الثالث في بيع ما في بطون الغنم من الحمل بضمّ أصوافها إليها إلى غير ذلك من الأخبار فراجع .

وقد أورد شيخنا الأنصاري (قدس سرّه)^(٤) على الاستدلال بالروايات المتقدمة مناقشات يرجع حاصلها إلى وجوه : الأول أن الروايات على تقدير

(١) مجمع الفائدة ٨ : ١٨٥ - ١٨٦ .

(٢) كفاية الأحكام : ٩١ .

(٣) الوسائل ١٧ : ٣٥٤ / أبواب عقد البيع وشروطه ب ١٢ .

(٤) المكاسب ٤ : ٣١١ .

دلائلها والعمل على طبقها تختص بمواردها ولا يمكن التعدي منها إلى غيرها لأنها على خلاف القاعدة الأولى كما عرفت . الثاني : أن مورد الأخبار إنما هو الشك في وجود المجهول كالشك في وجود السمك في الأجمة وعدمه ومحل الكلام إنما هو الشك في صفة الموجود فوجود المبيع معلوم ونشك في أوصافه ، وهذا غير مورد الروايات كما لا يخفى . والثالث : أن هذه الأخبار لا يمكن العمل على طبقها في موارد فكيف بالعمل بها في غيرها من الموارد ، وذلك لأنها دلت على جواز بيع المجهول بضمة إلى مجهول آخر وهذا مما لا يلتزم به أحد .

أما ما ورد في بيع السمك فلأن السمك من الموزون ولذا ذهبوا إلى جريان الربا في السمك فراجع ، وإخراج سمك بيده لا يخرج السمك عن الجهالة فكيف يكون ضم ذلك إلى المجهول موجباً لصحة بيع المجهول .

وأما ما ورد في بيع الحمل في بطون الغنم فلأن الأصواف المنضمة إليه مجهولة المقدار ولا يعلم أن أصواف النعم على ظهورها أي مقدار فالضمية مجهولة فكيف تصح البيع ، وكذا الحال فيما ورد في بيع اللبن في الضرع للجهل بمقدار ما في السكرجة من المحلوب ، ومع كون الضمية مجهولة لا يمكن الالتزام بصحة المجهول هذا ملخص ما أورده (قدس سره) على الاستدلال بالأخبار .

أما ما أورده أولاً فقد ظهر الجواب عنه مما يتناه (١) في بيع العبد الآبق مع الضمية ، لأننا ذكرنا هناك أن قوله (عليه السلام) في روايات جواز بيع الآبق مع الضمية أنه على تقدير عدم وجدانه الآبق يكون ما نقده بازاء ما اشترى معه بمنزلة التعليل للحكم بالجواز ، وهو بيان للمناط في جواز بيع المجهول مع الضمية والروايات الواردة فيما نحن فيه أيضاً مشتملة على التعليل ، وعليه فلا مانع من

التعدّي عن موارد الأخبار إلى غيرها ، هذا مع أنّ السائل في الروايات لم يكن يحتمل الخصوصية في المورد قطعاً وإنّما سأله عنها من باب المثال حتّى يعرف حكم المسألة في غيره من الموارد .

وأما الجواب عن الوجه الثاني : فهو أنّ بيع المجهول بحسب الوجود إذا صحّ بالضمّ إلى معلوم فكيف لا يصحّ بيع شيء معلوم الوجود بمجهول بحسب الأوصاف عند الضمّ إلى شيء معلوم ، فما أفاده (قدّس سرّه) من أنّ مورد الأخبار هو الشكّ في وجود المجهول فلا تشمل ما إذا كان وجود المجهول ثابتاً وشككنا فيه بحسب الأوصاف ممّا يقتضي العجب ، لأنّ البيع في مثل المجهول بحسب الأوصاف يصحّ بطريق أولى .

وأما الجواب عن الوجه الثالث : فهو أنّ الغرض من الأخبار ومحطّ النظر فيها إنّما هو تصحيح بيع المجهول بالضمّ إلى معلوم ، وأمّا أنّ المعلوم لابدّ وأن يكون على أيّ نحو فليست الروايات مسوقة لذلك وإنّما هي تدلّ على جواز بيع المجهول بالضمّ إلى المعلوم المشروط جواز بيعه بما ذكر في البيع من المعلوماتية والوزن وغيرها من الشروط ، لا أنّها دلّت على جواز بيع المجهول بالضمّ إلى معلوم لا يعلم قدره أو وزنه بوجه ، لوضوح أنّها في مقام بيان الجواز في المجهول بضمّه إلى معلوم على الشروط المذكورة في صحّة بيع ذلك الضميّة المعلومّة ، هذا .

مضافاً إلى أنّ الضامّ من أين استكشفنا جهالتها في الروايات ، أمّا في ضمّ الأوصاف إلى بيع الحمل في البطون فلاحتمال انفصالها عن ظهور الغنم ومعلوماتية مقدارها ، أو احتمال معلوميتها على ظهورها لأجل تعيين أهل الخبرة على وجه لا يوجب الغرر ، وأمّا ضمّ اللبن في السكرجة فلاحتمال أنّ السكرجة كانت كيلاً معيّناً المقدار وكان اللبن الموجود فيها معلوم المقدار لا محالة ، وأمّا السمك فهو أيضاً كذلك لاحتمال العلم بوزنه ومقداره ، على أنّا نمنع من كون السمك من الموزون بل هو يباع

بالوزن تارة وبالعدد أخرى كما لا يخفى على من لاحظ موارد بيع السمك ، فإثبات جهالة الضائم في الروايات على عهدة مدّعيها . وأما جريان الربا في السمك فهو ليس مستنداً إلى كونه من الموزون بل هو من جهة قاعدة أن كل شيء كان موزوناً في زمان أو في بلد يجري فيه الربا ولو كان ذلك الشيء من المعدود في مكان آخر أو بلد آخر فلا تغفل ، وكيف كان فلا مانع من الاستدلال بالأخبار في المقام ، هذا .

على أن لنا أن نقول : إنَّ المستند في عدم جواز بيع المجهول هو الإجماع كما ذكرناه في بيع العبد الآبق دون قاعدة نفي الفرر للمناقشة في دلالتها وسندها والمتعين الثابت من الإجماع هو بيع المجهول على استقلاله وتجرده ، وأما مع الضمّ إلى شيء آخر معلوم ولو لأجل الحيلة في تصحيح المعاملة فلا إجماع منهم على البطلان كيف وقد عرفت أن المشهور بين المتقدمين والمتأخرين كالأردبيلي والسبزواري وجملة من المحققين هو الجواز ، وعليه فالظاهر أن بيع المجهول فيما إذا ضمّ إليه معلوم صحيح سواء كان المعلوم بنفسه مقصوداً في المعاملة أم كان ضمّه لأجل الوصلة إلى بيع المجهول ، هذا .

ثم إنَّ القائلين بعدم صحة ضمّ المعلوم إلى المجهول استثنوا من ذلك ما إذا كان المجهول تابعاً للمبيع وذكروا أن التابع لا يضرّ الجهل به في صحة المعاملة على المتبوع ولأجل ذلك وقع الكلام في معنى التابع وأن المراد به أي شيء .

والذي يمكن أن يقال : إنَّ التابع يحتمل فيه أمور ، لأنَّ التابع ربما يطلق على جزء الشيء الذي هو ليس أمراً آخر مغايراً للشيء والمبيع لأنه جزؤه وهو لا يقابل بالمالية على وجه الاستقلال في المعاملات ، ومثل ذلك لا يضرّ الجهل به في المعاملة وهذا نظير أسّ الحيطان والأشجار فإن من اشترى الدار والحيطان فقد اشترى أسسها وأساسها أيضاً مع الجهل بمقدار أساس الحيطان والآجر والجصّ المستعمل فيها وكذلك أسّ الشجر وأساسه إذ لا يدري أنه أي مقدار نفذ في الأرض من أساس

الشجر، والمجهول بالتابع بمعنى جزء المبيع وإن كان لا يمنع عن البيع إلاّ أنّه خارج عن محل الكلام في المقام، لأنّه ليس أمراً آخر مغايراً مع المبيع بل هو جزؤه والكلام في ضمّ شيء آخر للمبيع بأن يكون هناك شيان، هذا.

مضافاً إلى أنّ المبيع في جميع الموارد لا يخلو عن كون بعض أجزائه مجهولاً للمشتري أو للمتبايعين ولا يوجد مبيع يكون معلوماً له بتمام أجزائه وجهاته وهذا ظاهر.

وأخرى يطلق التابع على أمر خارج عن المبيع، وكون مثل ذلك الشيء تابِعاً للمبيع مع مغايرته له وعدم وقوع المعاملة عليه إنّما يتصوّر بوجهين: أحدهما أن يكون جزءاً للمبيع بالجعل كما إذا قال بعتك هذين الشئين بكذا فإنّ المبيع حينئذ مجموع شيئين ومركّبين، فكل واحد منهما جزء من المبيع، وثانيهما: أن يكون شرطاً للمبيع بالجعل كما إذا باع شيئاً واشترط عليه ضمّ شيء آخر إلى المبيع، وكيف كان فالأمر الخارج عن المبيع لا يكون تابِعاً للمبيع إلاّ بجعل المتبايعين، نعم ربما يكون الاشتراط ثابتاً بجعل العقلاء وبنائهم وهذا كما في المسامير الثابتة في الدار فإنّ البيع وإن لم يقع عليها بوجه وإنما اشترى المشتري الدار فقط، إلاّ أنّ بناء العقلاء على انتقال المسامير أيضاً إلى المشتري يكفي في اشتراط تبعية المسامير للمبيع في الملكية والانتقال، ونظيرها البيض في بطن الدجاجة المشتراة حيث إنّها إذا باضت تكون ملكاً للمشتري ببناء العقلاء مع عدم وقوع المعاملة عليها.

ومما ذكرناه يظهر أنّ ما احتمله شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في معنى التابع بقوله: يحتمل أن يراد به ما يعدّ في العرف تابِعاً، ممّا لا يرجع إلى وجه محصّل، لأنّ التابع العرفي ليس أمراً خارجاً عن المحتملات الثلاثة المتقدّمة أعني جزء المبيع الذي لا يعدّ عرفاً مغايراً مع المبيع أو الشيء المغاير له المجهول جزءاً بحسب إيقاع البيع عليها أو الاشتراط، إذ لا يخلو التابع عن ذلك قطعاً ولا معنى للتابعة في غيرها.

اللهم إلا أن يراد به التبعية بحسب بناء العقلاء وهو أمر راجع إلى اشتراط التبعية وليس معنى آخر في مقابله ، وكذا الاحتمال الأخير الذي نقله عن صاحب الجواهر (قدس سرّه) حيث احتمل أن تكون التبعية بمعنى التبعية في الجعل والتباني في مقام إنشاء البيع بأن ينشأ البيع على المعلوم مع تبعية المجهول له ولو لأجل التخلص عن محذور الغرر ، وذلك لأنّ التابع لا يخلو عن أحد الأمور الثلاثة المتقدمة ولا يكون شيء أجنبي عن المبيع تابعاً له إلا يجعله جزءاً أو شرطاً في المبيع .

وكيف كان ، فالمحتملات في المقام أربعة : الأول أن يكون التابع بمعنى ما أخذ في المعاملة شرطاً للمبيع ، وهذا هو الذي يظهر من كلمات العلامة ^(١) في موارد متعدّدة ، وعليه فإذا أخذ المجهول شرطاً في المعاملة فيصحّ ، وإذا أخذ بنحو الضميمة فيبطل . والثاني : أن يكون التابع بمعنى ما ذكر في العقد ثانياً كما أن المراد بالأصل ما ذكر فيه أولاً كما إذا قال : بعتك هذا المعلوم بضمّ هذا المجهول بكذا ، وعليه فتصحّ المعاملة في المثال وتبطل فيما إذا انعكس كما إذا قال بعتك هذا المجهول بضمّ هذا المعلوم بكذا وهذا هو الذي أورد عليه المحقق الثاني ^(٢) بأنّ التقديم والتأخير في اللفظ لا أثر له . الثالث : أن يكون التابع بمعنى ما قصد في المعاملة تبعاً بحسب الغرض النوعي وهذا كما إذا اشترى القصب مع أن فيها سمكة أو سمكتان أو أكثر ، فإنّ الجهل بمقدار السمك في القصب لا يضرب بصحة المعاملة . والرابع : أن يكون التابع بمعنى ما قصد في المعاملة تبعاً بحسب الغرض الشخصي دون النوعي كمن أراد السمك القليل إلا أن شرائه لم يتيسّر له إلا بشراء قصب الأجمة ، فها أن السمك مقصود شخصي للمشتري فالجهالة فيه توجب البطلان بخلاف الجهالة في قصب الأجمة لأنها تابعة

(١) القواعد ٢ : ٨٥ ، ٩٢ ، التذكرة ١٠ : ٦٦ تذييب .

(٢) جامع المقاصد ٤ : ٣٨٥ .

للفرض الشخصي كما عرفت ، فالجهالة فيها غير مانعة عن صحّة البيع ، هذا .
ولا يخفى أنّ المراد من صحّة المعاملة مع جهالة التابع في التبعية بحسب الغرض النوعي إن كان صحّة المعاملة فيما إذا كانت الجهالة في التابع بحيث لا يوجب الغرر كما إذا اشترى حنطة فإنّ فيها يوجد مقدار من التراب لا محالة إلّا أنّ الجهل بمقدار التراب التابع للحنطة لا يوجب البطلان لأنّه لا يوجب الغرر لقلّته ، فهو صحيح من جهة عدم الغرر في المعاملة كما يبيّن في مثل التراب القليل في الحنطة لا من جهة أنّ التراب تبع ، وإن أريد صحّة المعاملة حتّى فيما إذا كانت المعاملة غررية للبائع كما إذا كانت في قصب الأجمة أسماك كثيرة ولعلّ قيمتها تساوي قيمة القصب في مثله لا يمكن دعوى صحّة المعاملة مع الجهل بمقدار الأسماك بدعوى أنّ الأسماك تابع بحسب النوع ، وذلك لأنّه يوجب الغرر على البائع وذلك ظاهر ، وأمّا كون التابع منوطاً بالغرض الشخصي فهو واضح الفساد ، لأنّ لازم ذلك صحّة المعاملة الغررية فيما إذا كان الغرض الشخصي متعلّقاً بالأعم ، وهذا كما إذا احتاج إلى فلز من الفلزات حتّى يجعله عياراً في الميزان فاشترى الفلز مع الجهل بأنّه حديد أو ذهب فإنّ لازم كون الاعتبار بالغرض الشخصي أن تكون المعاملة في مثل ذلك صحيحة لأنّ غرضه متعلّق بالأعم من الحديد والذهب ، وهذا مما لا يمكن المساعدة عليه .

إعادة فيها توضيح

بعد الفراغ عن أنّ الجهالة تنع عن صحّة المعاملة وقع الكلام في أنّها هل هي مانعة مطلقاً أو فيما إذا لم ينضمّ إلى المجهول معلوم ، وقد تقدّم أنّ ضمّ المعلوم إلى المجهول يوجب صحّة البيع الواقع على المجهول ، ولكن بعضهم فصلّ في ذلك بين ما إذا كان المجهول تابعاً للمعلوم فالبيع صحيح وبين ما إذا لم يكن تابعاً له فالمعاملة باطلة ، ولأجل ذلك وقع الكلام في أنّ المراد بالتابع ما هو ، وقد قدّمنا أنّ التابع تارة

يطلق على جزء المبيع الذي ليس شيئاً مغايراً معه وليس هناك شيان ومثل هذا التابع لا يقابل بالمال ولا تختلف القيمة بوجوده وعدمه وزيادته ونقصته ومثال ذلك أساس الجدران فإن بعض الأراضي لأجل رخوتها لا يبنى فيها الجدران إلا مع النزول إلى الأرض بمقدار ويختلف زيادة ذلك ونقصته باختلاف الأراضي ففي بعضها يكون الأساس متراً وفي بعضها مترين وهكذا ، والفرض أنه مما يستلزم صرف المال بمقدار لا محالة إلا أنه مع ذلك لا يلاحظ بالمال ولا تختلف قيمة الجدران بوجوده وعدمه ولا بزيادته ونقصته ، ومثل ذلك تابع وداخل في المبيع ولو مع غفلة المتبايعين ولا يستلزم الجهل به غرراً ولا وجوده تفاوت قيمة أصلاً ، وأمثال ذلك خارج عن محل الكلام قطعاً إذ لا تختلف القيمة بوجوده فلا يكون الجهل به موجباً للغرر بوجه .

وأخرى يطلق التابع على شيء زائد على المبيع وأمر مغاير معه إلا أنه مع ذلك تابع للمبيع ولا تلاحظ قيمته وماليته في المعاملة على المتبوع أيضاً ، وهذا أمر لا يمكن إلا بواسطة الشرط كالاشتراط العقلائي في مثل المسامير الموجودة في الدار المبعة فإن قيمة الدار لا تختلف بوجود المسامير وعدمها ، ونحوها مما هو خارج عن المبيع ، فلذا لو شرط البائع أخذ المسامير منها لا تنتقل إلى المشتري ، إلا أنه إذا لم يشترط عدمه فأمثالها باشتراط العقلاء داخله في المبيع تبعاً من دون أن تلاحظ المالية في مقابلها ، ولا يبعد أن يكون البيض في بطن الدجاجة أيضاً من هذا القبيل بأن يكون تابعاً للدجاجة ومنتهقاً إلى المشتري بلا ملاحظة قيمته فإن أمثال ذلك أمر خارج عن المبيع إلا أنه تابع له بحسب شرط العقلاء من دون أن يكون هذا موجباً لاختلاف قيمته ، وهذا أيضاً لا إشكال في دخوله في المبيع وعدم مانعية الجهل به في صحة البيع ، إلا أنه أيضاً خارج عن محل الكلام لأنه لا يوجب الاختلاف في القيمة ولا الغرر بجهالته .

فالمتحصّل أنّ التابع إمّا أن يكون بنحو الجزئية وإمّا أن يكون بنحو الشرطية كما عرفت في القسمين المتقدمين ، وقد عرفت أنّ الجهالة في التابع بالمعنيين المتقدمين غير مانعة عن صحّة البيع في المتبوع ، وأمّا التابع في غير المعنيين المتقدمين بحيث لا يمنع الجهل به في البيع فقد ذكر فيه أمور :

الأول : التابع بمعنى الشرط بأن يقال إنّ المجهول إذا كان في البيع على نحو الشرطية دون الجزئية فلا يضرّ الجهل به في البيع على المشروط ، نعم إذا كان المجهول هو الجزء فهو يمنع عن صحّة البيع لاستلزامه الجهل بالمبيع وهذا بخلاف الجهل بالشرط فإنّه لا يستلزم الجهل بالمبيع . وهذا هو التفصيل الذي ذكره العلامة (قدس سرّه) وأورد عليه جامع المقاصد بأنّ التغيّر في اللفظ وذكر المجهول بلفظ الجزئية أو الشرطية لا يثمر في صحّة البيع وبطلانه ، وقد اختار شيخنا الأستاذ^(١) هذا التفصيل وذكر أنّ التابع بمعنى الشرط لا يوجب الجهل به بطلان المعاملة للعلم بكل واحد من الثمن والمثمن ولا يشترط في البيع أزيد من العلم بهما .

الثاني : الفرق بين التابع العرفي وغيره فلا مانع من الجهل بالتابع العرفي ولا يمنع عن صحّة البيع في المتبوع . وفيه : أنّه إن أُريد بالتابع ما ذكرناه من الاشتراط الذي هو أحد القسمين المتقدمين فهو راجع إليه وليس تفصيلاً آخر في قبالة بل إنّما هو توضيح وبيان لموارد اشتراط العقلاء وعدمه ، وأنّ اشتراط الدخول في أي مورد دون مورد آخر فلا يصحّ عدّه تفصيلاً في مقابله ، وقد عرفت أنّ التابع بهذا المعنى خارج عن محلّ الكلام لعدم الغرر فيه ، وإن أُريد بالتابع العرفي غير ذلك فلم أتحصّل له معنى صحيحاً ، لما عرفت من أنّ الشيء المغاير للمبيع لا معنى لدخوله فيه إلّا على نحو الجزئية أو الشرطية .

الثالث : أنَّ التابع بمعنى ما لا يكون متعلقاً للغرض ، ففي مثله لا تمنع الجهالة عن صحة بيع متعلق الغرض ، بمعنى أنَّ الغرض إذا كان متعلقاً بالمعلوم فالبيع صحيح وإن كان الخارج عن الغرض مجهولاً وبالعكس في العكس .

وفيه : أنَّه إن أُريد بالغرض الغرض الشخصي فهو لا مدخلية له في الغرر وعدمه ، فربما يكون متعلق الغرض أمراً غريباً كما إذا تعلّق غرضه بفلسر أعمّ من الحديد والذهب والفضّة والنحاس فإذا اشترى الفلّز مع الجهل بأنّه من أيّهما فلا محالة تكون المعاملة غريبة فهي توجب البطّان ، فكون الغرض الشخصي منوطاً في المسألة لا يدفع الغرر واحتمال اعتباره واضح الفساد .

وإن أُريد بالغرض الغرض النوعي فإن كان ذلك بمعنى أنَّ العقلاء ونوع الناس لا يعتبرون العلم بما هو خارج عن متعلق الغرض لقلّته ويتساعون فيه لعدم الاعتداد به كما في المسامير والأسماك القليلة عند ابتياع قصب الأجمة فهو وإن كان صحيحاً لأنّ الجهل في مثله لا يوجب الغرر كما عرفت إلّا أنّه راجع إلى الاشتراط المتقدّم .

وإن أُريد به أنَّ المناط إنّما هو كون المتعلق للغرض النوعي معلوماً ولو كان المجهول والخارج عن متعلق الغرض مقداراً كثيراً ولعلّه أزيد من المعلوم فهو أمر غرري ولا بدّ من العلم بمقدار المجهول حيثنّز لا احتمال أنَّ الأسماك في الأجمة المسيّعة أكثر وأزيد قيمة من نفس الأجمة وهو أمر خطري .

الرابع : هو ما ذكره صاحب الجواهر^(١) والمحقّق الأردبيلي^(٢) من أنَّ المناط هو تعلّق البيع وإيقاعه ، فإن أوقع المعاملة والبيع على المعلوم فهو صحيح وإن كانت

(١) الجواهر ٢٢ : ٤٤٥ .

(٢) مجمع الفائدة ٨ : ١٨٥ - ١٨٦ .

الضميمة مجهولة ، وإن أوقعها على المجهول فهو باطل ولو كانت الضميمة معلومة .
 وفيه : أننا لم نتحصّل له معنى محصّلاً ، وذلك لما عرفت من أن التابع إنما يتحقّق بالجزئية والشرطية ولا معنى محصّل للتابع في غيرهما ، ولا اعتبار في إيقاع البيع على المعلوم أو المجهول ، وكيف كان فشيء من الأمور المحتملة في المقام لا يصلح للتكلّم فيه إلّا الوجه الأول الذي ذكره العلامة (قدّس سرّه) واختاره شيخنا الأستاذ .
 والإنصاف أن يفصّل في ذلك أيضاً ، لأنّ مدرك اعتبار العلم بالمبيع إن كان قوله (عليه السلام) « نهى النبي (صلى الله عليه وآله) عن بيع الغرر »^(١) فلا يفرق الحال بين الجهل بالمبيع والجهل بالشرط ، لأنّ الجهل بالشرط وإن لم يستلزم الجهل بالمبيع إلّا أنّ البيع بهذا الشرط غرري لآثته التزام في التزام وهو مجهول غرري وهو باطل وإن ناقشنا في دلالة ذلك وسنده كما ناقشنا في محلّه وقلنا إنّ المدرك في مانعية الجهل هو الإجماع فلا إجماع على البطلان فيما إذا كان المجهول هو الشرط مع العلم بكلّ واحد من الثمن والمثمن وإنّما الإجماع قام على بطلان المعاملة التي يكون المبيع أو الثمن مجهولاً فيها والمفروض أنّها معلومان في المقام ، وعليه يتمّ ما أفاده العلامة (قدّس سرّه) من التفصيل في كون المجهول هو الشرط أو الجزء .

الكلام في الإنذار

لا إشكال في جواز الإنذار في الجملة ، وإنّما وقع الكلام في بعض الخصوصيات والأقوال في المسألة كما ذكرها شيخنا الأنصاري^(٢) ستّة ، فذهب بعضهم إلى جواز الأندار فيما إذا كانت العادة جارية على الإنذار فيه سواء علم الزيادة أو النقيصة أم لم

(١) الوسائل ١٧ : ٤٤٨ / أبواب آداب التجارة ب ٤٠ ح ٣ .

(٢) المكاسب ٤ : ٣٢١ - ٣٢٢ .

يعلم ، وآخر إلى جوازه بشرطين : جريان العادة على الانذار فيه وعدم العلم بالزيادة . وثالث إلى ذلك بعطف عدم العلم بالنقيصة إليه بمعنى اشتراطه بالعادة وبعد العلم بالزيادة أو النقيصة ، ورابع إلى جواز الانذار فيما يحتمل فيه الزيادة وأما مع العلم بالزيادة فاشتراط فيه التراضي ، وخامس إلى جوازه فيما يحتمل فيه الزيادة وأما مع العلم بالزيادة أو النقيصة فالتراضي وهذا هو الذي نسبته المحقق الثاني^(١) إلى كل من لم يذكر النقيصة ، والحقّ معه (قدّس سرّه) إذ لا يحتمل أن يكون للعلم بالزيادة خصوصية تميّزه عن العلم بالنقيصة ، إذ الظاهر أنّ كليهما ممّا لا بدّ فيه من تحصيل التراضي كما هو ظاهر ، والقول السادس هو ما ذهب إليه كاشف الغطاء (قدّس سرّه)^(٢) من أنّ الجواز منوط بعدم الغرر وإلا فلا يفيد التراضي على المعاملة الغررية صحّتها كما لا يخفى ، هذا .

والظاهر أنّ مورد الأقوال الستة مختلف وأنّ النفي والإثبات فيها غير واردين على مورد واحد ، وذلك لأنّ في المقام مسألتين قد اختلطت إحداها بالأخرى كما يظهر من مطاوي كلمات شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) وعليه فلا بدّ من تحريرهما على نحو يتّضح الحال في المقام فنقول : إنّ الانذار تارة يقع بعد تحقّق المعاملة صحيحة وفي مقام الوفاء بالحقّ وهذا كما إذا باع دهنًا في ظرفه على أن كلّ رطل منه بدرهم فتحقّقت المعاملة على وجه صحيح من دون حاجة إلى الانذار في صحّتها ، وذلك لما ذكرناه في بيع الصبرة من أنّ بيع كلّ رطل منها بدرهم صحيح ولا غرر فيه بوجه ، أو باعه منضمًّا إلى شيء معلوم وبنينا على صحّة بيع المجهول عند ضمّه إلى معلوم وكيف كان فقد أوتعنا المعاملة صحيحة بلا حاجة إلى الانذار ، إلّا أنّنا احتجنا إليه في

(١) جامع المقاصد ٤ : ١١٥ .

(٢) شرح القواعد (مخطوط) : ٩٧ .

مقام الوفاء بحقّ البائع وأنّ المبيع أي مقدار ليأخذ البائع في مقابل كلّ رطل منه درهماً ، ففي هذه الصورة إذا أنذر البائع مقدراً للظرف علمنا بزيادته عن وزنه فعناه أنّ البائع وهب مقدراً من المبيع إلى المشتري ، كما أنّه إذا أنذر المشتري مقدراً أقل من وزن الظرف في مقام الأداء فعناه أنّه وهب للبائع مقدراً من الثمن ، وكيف كان فإذا رضى بانذار الأقل أو بانذار الزائد لا مانع من صحّته ولا يأتي في ذلك اشتراط عدم الغرر بوجهه ، إذ المفروض أنّ البيع وقع صحيحاً والانذار في مقام الأداء والإيفاء بالحقّ ، ولا مانع من جواز انذار الزيادة أو النقص مع تراضي المالكين لأنّ مرجعه إلى هبة شيء من المبيع أو الثمن ولعلّه ظاهر . نعم يأتي في هذه الصورة اشتراط التراضي لا محالة ، ولم يظهر لنا وجه ما ذكره شيخنا الأستاذ (قدس سرّه) ^(١) من أنّ ذلك يوجب الجهل بمقدار المبيع وذلك لما عرفت من أنّ المفروض أنّ المعاملة وقعت صحيحة والانذار في مقام الأداء فإذا رضى البائع بالزيادة فهو هبة منه مقدراً من المبيع كما عرفت ، هذا فيما إذا رضى بانذار القليل أو الكثير .

وأما إذا لم يرض البائع بمقدار الانذار ولم يرض المشتري بانذار القليل ، فإن كان الظرف ممّا تعارف فيه الانذار بمقدار معلوم ، وكانت العادة تجري على إنذار هذا المقدار ، وكان البائع والمشتري عالين بالعادة والمتعارف بين المتعاملين فلا بدّ من إخراج المقدار الذي جرت عليه العادة ، لأنّ إخراج شرط ضمنى ارتكازي فلا حقّ للبائع ولا للمشتري أزيد من المقدار المتعارف حينئذ .

وإذا فرضنا اختلاف العادة في الظرف أو عدمها أو عدم علم المشتري أو البائع بما هو المتعارف ولم يرض كلّ منهما بما رضى به الآخر فلا محالة تنتهي التوبة إلى الأصل ، لأنّ الأصل أنّ المشتري لا يجب عليه الأداء في غير المقدار المتيقّن من

الثمن ، والأصل عدم استحقاق البائع أزيد من المقدار المتيقن منه ، فعلى المشتري أن يدفع المقدار المتيقن والرجوع في الزائد منه إلى الأصل وهو يقتضي عدمه ، هذا كله فيما إذا وقعت المعاملة صحيحة في حدّ نفسها وإنما احتجنا إلى الإندار في مقام الأداء والإيفاء بحقّ البائع من الثمن ، وقد عرفت أنّ اشتراط عدم الغرر أو عدم العلم بالزيادة والنقص لا يجري حينئذ .

وأخرى يحتاج إلى الإندار في تصحيح البيع والمعاملة ، وذلك كما إذا باع دهنًا في ظرفه ولم يعلم أنّ المبيع أيّ مقدار ، وفي مثله لابدّ من الإندار للظرف حتّى يعلم مقدار المبيع وتصحّ المعاملة الواقعة عليه ، ويأتي في هذه الصورة اشتراط الإندار على نحو يدفع الغرر ، ولا يفيد التراضي على إندار مقدار معيّن لا يعلم زيادته أو نقصيته لأنّه عين التراضي على الغرر وهو لا يوجب صحّة المعاملة الغررية .

والوجه في اشتراط عدم الغرر ظاهر وذلك لأنّ العلم بالمبيع شرط في صحّة البيع كما مرّ والمفروض أنّ مقداره مجهول في المقام ، وكون مقداره مع الظرف معلوماً لا يوجب العلم بمقدار المبيع لأنّه نظير ما إذا كان وزن المبيع مع الحجر الموجود في الدار معلوماً للبائع حيث إنّّه لا يوجب العلم بمقدار المبيع ولا يحتمل أن يكون للظرف وكونه فيه مدخلة في عدم اعتبار العلم بمقدار المبيع بأن يقال إنّ المبيع لو لم يكن في ذلك الظرف كان العلم بوزنه شرطاً في المعاملة إلّا أنّه لما كان في ظرفه كان العلم بمجموعها كافياً في صحّته وإن لم نعلم مقدار نفس المبيع ، وذلك لبداهة أنّ كلّ دهن له ظرف لا محالة وكيف يمكن إلغاء اعتبار العلم بالوزن في المبيع من جهة كونه في الظرف ، وقد عرفت أنّ العلم بمجموعها نظير العلم بوزن مجموع المبيع والحجر الموضوع بجنبه .

فالمحصّل : أنّه لابدّ من العلم بوزن المبيع حتّى تصحّ المعاملة فلا محالة يشترط في ذلك انتفاء الغرر ، نعم لو كانت هناك عادة جارية في الظرف وإنداره

بمقدار معين كما كان النقط من هذا القبيل سابقاً حيث كانوا يضعون من كل تنكة من النقط حقة لظرفه كانت العادة طريقاً إلى وزن المبيع وبذلك يرتفع الثمن لا محالة .

ومما ذكرناه في المقام يظهر أن الأخبار الواردة في المقام على طبق القاعدة لأن المتعارف في المعاملات هو الانذار في مقام الأداء فعمّر الزيات^(١) كان يشتري الزيت في زقاقه وكان يحسب عليه النقصان والانذار لمكان الظرف والزقاق في مقام الأداء فهنا (عليه السلام) عن الانذار فيما إذا زاد ، والوجه في نهيه (عليه السلام) أن البائع الذي هو الواسطة بين المشتري ومالك الزيت كأهل القرى والبادية ربما كان يحسب في مقام الانذار مقدراً زائداً على وزن الزقاق تخفيفاً للمشتري بلا رضا مالكة أو علمه فلذا نهاء عن ذلك ، وكذا إذا كان يحسب الناقص عن وزنه تخفيفاً ومساعدة للمالك بلا رضا المشتري ، وأما إذا كانا راضيين على الزائد أو الناقص فلا يحتمل أن يكون ذلك منهياً عنه في الرواية بوجه ، لأن هبة البائع مقدراً من المبيع أو هبة المشتري مقدراً من الثمن غير منهي عنها في الشريعة المقدسة كما عرفت ، نعم فيما إذا لم يتراضيا على الزيادة أو النقص فلا يصح كما أشرنا إليه فراجع .

وتوضيح ما ذكرناه في هذه الرواية : أن الرواية ظاهرة في الانذار في مقام الأداء والإيفاء سيما بعد ملاحظة الفاء في قوله إنا نشتر الزيت في زقاقه فيحسب لنا النقصان الخ حيث إنه كالصرح في أن الانذار والحساب بعد تحقق الشراء والبيع وأنه إنما يحسب عليه في مقام الأداء ومقتضى القاعدة عند الانذار بعد البيع واحتسابه في مقام الأداء هو الصحة مع التراضي سواء علم بالزيادة أو النقص أو احتملها ، كان غريباً أم لم يكن ، جرت عليه العادة أو لم تجر ، وعليه فلا بد من الحكم في الرواية بالصحة على تقدير التراضي وبعدمها والرجوع إلى العادة أو

الأصل على تقدير عدم التراضي .

وأما وجه حكمه (عليه السلام) بالجواز فيما احتمل الزيادة في تقدير الزق والنقصان وبعده عند العلم بالزيادة ، فهو أنه إذا احتملنا الزيادة في التقدير تارةً والنقص في أخرى الذي هو المتعارف في التخمينات والتقديرات لأنها تارةً تزيد وأخرى تنقص على وجه يتسامح فيه في العرف في مثله يكون المالك والمشتري راضيين بالتقدير لا محالة لأنه المتعارف حسب القرض ، وهذا بخلاف ما إذا كان التقدير زائداً على وزن الظرف دائماً فإنه على ضرر المالك وهو لا يرضى به عادةً وقد عرفت أن الرواية ناظرة إلى ما هو المتعارف في الخانات والأسواق من أن مالك المتاع كأهل البادية والقرى لا يباشرون البيع والشراء وإنما يباشرها الدلال وهو وكيل من قبل المالك في البيع ، ثم إن هنا شخصاً آخر غير الدلال المباشر للبيع وهو يباشر المحاسبة والاختيار بيده في الحساب فربما يحسب النقصان وأخرى الزيادة وبما أنه ليس مالكا للمتعاع ولا وكيلاً من قبله في الاحتساب فلذا لم يعتن الإمام (عليه السلام) بحسابه الزيادة دائماً ومنعه عن الارتكاب من جهة عدم رضا المالك بتلك الزيادة ، وعليه فالرواية مطابقة لما تقتضيه القاعدة في المقام .

ومما ذكرناه في المقام ظهر أن ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدس سره) ^(١) من أن الرواية ظاهرة في رضا المالك بالزيادة لأن المباشر إما هو المالك أو وكيله ورضاها يكفي في صحة المعاملة مما لا يمكن المساعدة عليه ، لما مر من أن المتعارف أن المباشر هو الدلال وهو وكيل من قبله في البيع دون الحساب والمنصدي للحساب شخص ثالث وهو غير وكيل من قبل المالك ، فالرواية إما مطلقة من حيث رضا المالك وعدمه فتقيدها الروايات المصرحة بالصحة عند التراضي وعدمها عند عدمه ، وإما

ظاهرة في عدم رضا المالك كما ذكرناه ، هذا تمام الكلام في أصل المسألة .

ثم إنّه إذا ظهر الخلاف وانكشف أنّ التقدير في الرقّ والانذار كان مخالفاً للواقع ، فحينئذ إذا كان الانذار في مقام تصحيح البيع والمعاملة لا في مقام الأداء بعد إيقاع المعاملة فهو نظير المسألة المتقدمة في بيع الصبرة على أنّها كذا مقداراً من الوزن ثمّ ظهر أنّها أقلّ أو أزيد عن المقدار الذي وقع عليه البيع بعينه لأنّه في المقام قد اشترى دهنأ على أنّ كل رطل منه بكذا وأنّه كذا أرطال ثمّ ظهرت الزيادة أو النقص فيه فراجع .

وأما إذا كان الانذار في مقام الأداء دون البيع ثمّ ظهر التخلف في المقدار المنذر ، فإن كان الانذار في المقدار بالتراضي من البائع والمشتري فلا خيار لأحدهما ولا شيء آخر ، والمعاملة صحيحة بلا رجوع أحدهما إلى الآخر ، إذ المفروض أنّ كل واحد من المتبايعين راضٍ بالمقدار الخارج ، فإن كان المقدار المنذر أزيد من المقدار الواقعي فالبائع وهب تلك الزيادة من المبيع للمشتري ، وإن كان المنذر أنقص فالمشتري وهب مقداراً من الثمن إلى البائع فلا يرجع أحدهما إلى الآخر بوجه .

وأما إذا كان المقدار المنذر غير مبنيّ على المراضاة بل من جهة جريان العادة على إنذار ذلك المقدار المنذر في مثله مع علم المتبايعين بالعادة فكذلك لا يرجع أحدهما إلى الآخر ولا خيار في البين ، لأنّ إنذار المقدار مشروط بالشرط الضمني الحاصل بيناء العرف والعقلاء والمفروض أنّهما أقدما على الانذار والمعاملة مع العلم بالحال ، فهما راضيان بالانذار المفروض لا محالة فلا رجوع في البين .

وإذا فرضنا أنّها غير راضيين بالمقدار المنذر ولا العادة جرت على إنذاره وإنما حكمنا على المشتري بوجوب دفع المقدار المتيقّن لأصالة عدم وجوب دفع الزائد على المقدار المقطوع ثمّ انكشف الخلاف وظهر أنّ وزن الظرف في الواقع أزيد

أو أنقص من ذلك المقدار المندر بالأصل فلا خيار في البين أيضاً ، بل إن كان المندر أزيد من المقدار الواقعي كان المشتري ضامناً للزيادة للبائع ، كما أنه إذا كان أنقص فالْبائع يضمن المقدار الناقص للمشتري مع أن المعاملة صحيحة ولا خيار في البين . فتحصل أن الخيار إنما يثبت بظهور التخلف فيما إذا كان الاندار في مقام البيع دون مقام الأداء كما لا يخفى ، هذا تمام الكلام في بيع المظروف من دون ظرفه .

الكلام في بيع المظروف وظرفه على نحو المجموع

نسب إلى فقهاؤنا (رضوان الله عليهم) جواز بيع المظروف في ظرفه بنحو الاجتماع وإن لم يعلم وزن كل واحد منها ، للاكتفاء بالعلم بوزن المجموع ، وإن خالف فيه بعضهم . وذكر شيخنا الأنصاري (قدس سره) ^(١) أن المظروف إن كان مما يجوز بيعه بانداز مقدار ظرفه وإن استلزم ذلك الجهل بمقدار المظروف كما في المسألة المتقدمة فلا مانع من بيعه بضمّ ظرفه إليه ، لأنّ ضمّ الظرف إلى المظروف لا يمنع عن جواز بيع المظروف حينئذٍ لأنه لا يوجب ارتفاع شرط ولا إيجاد مانع ، إذ المفروض صحة بيع المظروف بتجرّده مع الجهل بمقداره بعد الاندار ، وبضمّ ظرفه إليه لا ينقلب المظروف عن الجهالة والمفروض جواز بيعه مع الجهل بمقداره ، وكيف كان فضمّ ظرفه إليه حينئذٍ نظير ضمّ غيره من الأشياء إليه وذلك ظاهر .

وأما إذا كان المظروف مما لا يجوز بيعه مع الجهل بوزنه فلا يجوز بيعه بضمّ ظرفه إليه وبيع مجموعها فيما إذا استلزم الغرر ، وهذا كما إذا كان هناك سبيكة ذهب مردّدة بين أن تكون مائة مثقال وبين أن تكون ألف مثقال وكان هناك سبيكة أخرى من فضّة مردّدة بين أن يكون ألف مثقال أو ألف وتسعمائة مثقال ولكنا علمنا بمقدار

مجموع السبيكتين وأنها ألفا مثقال ، فإما أن الفضة ألف وتسعمائة مثقال والذهب مائة مثقال ، أو أن كل واحد منها ألف مثقال ، وفي مثل ذلك لا يكفي العلم بوزن المجموع منها وبيعهما بكذا لأنه غرر ظاهر للجهل بمقدار كل واحد من الجزأين وهذا يوجب اللوم من العقلاء واستحقاق الذمّ منهم .

وأما إذا لم يكن هناك غرر فلا مانع من بيعهما فيما إذا علمنا بوزن المجموع وإن جهلنا مقدار كل واحد منهما ، وهذا كما إذا كان هناك مقدار من الرصاص مردّد بين الألف والمائة وكان مقدار آخر من الصفر مردّد بين الألف والألف وتسعمائة وعلمنا أن مقدارهما معاً هو الألفان وفرضنا قيمة الرصاص والصفر متساويين فإن العلم بوزن المجموع يكفي في صحّة البيع حينئذ لعدم اشتراط العلم بمقدار كل واحد من أجزاء المبيع وإنما يشترط العلم بوزن مجموعها ، فلذا نرى أنهم يبيعون الأرز والماش بكذا ويكتفون بالعلم بوزن المجموع منها وإن كان وزن كل واحد منها مجهولاً وهذا متداول بين الناس كما هو ظاهر .

ثمّ تعرّض (قدّس سرّه) لما إذا كان أحد الموزونين ممّا يجوز بيعه منفرداً مع معرفة وزن المجموع لأجل الانتدار دون الموزون الآخر ومثّل له بما إذا باع الفضة مع الشمع وقلنا بجواز بيع الأواني المصوغة من الفضة أو الذهب لأنّ المحرّم هو استعمالها لا بيعها ، وحينئذ فيكفي في صحّة بيع الفضة العلم بوزن المجموع منها ومن الشمع المنصوب فيها ، لأنّهم يتسامحون في مقدار الشمع الذي هو مثقال أو أقل أو أكثر وهذا بخلاف بيع الشمع فيما إذا كان مجهولاً في حدّ نفسه ولا يكتفون فيه بالعلم بمقدار المجموع منه ومن غيره ، فأفاد أن الشمع إذا فرضناه تابعاً في المثال فلا تضرّ جهالته هذا ملخص ما أفاده في المقام .

والذي ينبغي أن يقال : إن الظرف إذا لم يكن من الموزون فلا يمكن القول بجواز البيع للاكتفاء بالعلم بوزن المجموع من المظروف الموزون وظرفه غير الموزون

كما إذا كان المظروف سماً وظرفه من الخزف والسفال ، بل لا بدّ في صحّة بيع المظروف من العلم بمقداره ولو بالانذار لظرفه بمقدار المعتاد أو المطمأن بكونه كذا مقدار ، وذلك لوضوح أنّ المكيل والموزون لا بدّ من العلم بوزنه ، ولا فائدة في العلم بوزن المجموع منه وبما هو من المعدود أو غيره بما هو خارج عن الموزون كما إذا علمنا بوزن مقدار من الأرز وكتاب الرسائل فإنّه لا يكفي في صحّة بيع المجموع بوجه ، فلا يحصى في مثله من الانذار للظرف ثمّ يبيعها معاً فيما إذا أراد بيع كلّ واحد من الظرف والمظروف .

وبيع المجموع منها كما ذكره شيخنا الأنصاري يتصوّر على وجهين : فتارة يندر للظرف كذا مقدار فبعد تعيين المظروف بذلك وأنّه خمسة أمانات مثلاً يبيع المجموع من المظروف والظرف معاً بعشرة دنانير على أن يكون كل من المظروف بدينار ونصف ، وحينئذ فيصير مجموع قيمة المظروف سبعة دنانير ونصف لأنّه خمسة أمانات ويكون قيمة الظرف دينارين ونصف دينار ، وأخرى بعد الانذار يبيع المجموع بعشرة دنانير من غير تعيين لقيمة المظروف .

وهاتان صورتان وإن كانتا مشتركتين في الحكم بالصحة مع الانذار والفساد بدونه إلّا أنّ الفرق بينهما يظهر فيما إذا ظهر الظرف مستحقاً للغير ، فإنّه على الأوّل يرجع المشتري إلى البائع بدينارين ونصف دينار لأنّه قيمة الظرف على المفروض ، وأمّا على الثاني فلا تعيين لقيمة كلّ واحد من المظروف وظرفه بل لا بدّ من أن يقوم كلّ واحد منهما بحسب القيمة المتعارفة ثمّ يجمع بين القيمتين ويعلم أنّ المجموع كذا مقداراً ثمّ يلاحظ نسبة قيمة الظرف إلى مجموع القيمتين فيؤخذ من الثمن المستحق بتلك النسبة كما هو الحال في غيره من موارد الجهل بالقيمة . فالمتحصّل أنّ بيع المجموع فيما إذا كان الظرف خارجاً عن الموزون باطل إلّا فيما أندر للظرف مقدار يطمأن به بحسب العادة .

وأما إذا كان الظرف أيضاً من الموزون كالمظروف فالظاهر أنّ العلم بمقدار المجموع منها يكفي في صحة المعاملة مطلقاً ولا تنصّور في ذلك مورداً يستلزم الفرر في المعاملة ، وذلك لأنّ المراد بالفرر على تقدير اعتبار عدمه إنّما هو الجهل بذات المبيع من أنّه موجود أو معدوم والجهل بأوصافه التي لها دخل في قيمته كالأوصاف النوعية من الإنسانية والحيوانية ، ولا بدّ في المعاملة من العلم بأنّ المبيع موجود أو معدوم وأنّه عيب أو شاة وهذا هو معنى الفرر كما ذكرناه سابقاً ، وأما العلم بأنّ قيمة المبيع مطابقة للقيمة السوقية أو أقلّ منها فلا يعتبر في صحة المعاملة بوجه ، مثلاً إذا اشترى الذهب بقيمة أنقص من قيمة الذهب في السوق فلا يحتمل أن تكون المعاملة غررية وباطلة غاية الأمر أنّ البائع له الخيار فيما إذا لم يسقطاه في المعاملة ولا نظنّ فقهاء يلتزم بالبطلان في المثال ، وعليه فإذا فرضنا سبيكة ذهب مجهولة المقدار في ظرف من فضة لا نعلم بمقدارها أيضاً ولكن نعلم أنّ مجموعها أربعون مثقالاً فبعضها على أنّ كل مثقال من المجموع بدرهم فلا يمكن التحدّث في صحة المعاملة حينئذ ولو مع كون قيمة الذهب أكثر منه في السوق ، وقد أشرنا في بيع الصبرة إلى أنّ بيع الصبرة المجهولة المقدار على أنّ كلّ صاع منها بكذا صحيح ، لأنّ المفروض أنّه يكيلها ويوزنها ، نعم لا يعلم المشتري أنّها أيّ مقدار وصاع ولكّنه سيعرّفه بعد وزنها ، ومن الظاهر أنّ الذهب إذا كان منفرداً في كيس ولم نعلم بوزنه أيضاً ولكن بعنا مجموع ما في الكيس على أنّ كل مثقال منه بدرهم لم يكن مانع عن صحّته للعلم بذات المبيع ووصفه ، وكون الثمن مطابقاً للقيمة السوقية غير لازم فالمعاملة صحيحة .

وكذا فيما إذا كانت الفضّة منفردة صحّ بيعها على أنّ كلّ مثقال منها بكذا مع الجهل بمقدار مجموع الفضّة في الكيس ، وعليه فلا يحتمل أن يكون بيع كلّ واحد من الذهب والفضّة معاً غير صحيح بعد فرض صحّة البيع في كلّ واحد منها .

فالمتحصّل : أنّه إذا باع السيكة الذهبية في ظرف من الفضة المجهول مقدار كلّ واحد من الذهب والفضة والمعلوم وزن المجموع منها على أنّ كلّ مثقال منها بكذا لا يلزم فيه غرر بوجه ، وعليه فلا وجه لتفصيل شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام بين استلزام البيع الغرر وعدمه ، إذ لا نجد مورداً يكون البيع فيه غررياً .

الكلام في التفقه في مسائل الحلال والحرام المتعلّقة بالتجارات

ذكر شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) ^(١) أنّ المعروف بين الأصحاب تبعاً لظاهر تعبير الشيخ بلفظ ينبغي استحباب التفقه في المسائل المتعلّقة بالتجارات حتّى لا يقع في الفاسد والمحرمّ منها ، ثمّ حاول (قدّس سرّه) توجيه الاستحباب الظاهر من كلام الشيخ (قدّس سرّه) .

والذي ينبغي أن يقال : إنّ تحصيل العلم بالأحكام تارة يكون واجباً من جهة حفظ الأحكام عن الاندراس ولأجله يجب تحصيل العلم بالمسائل التي لا يتلى بها ذلك العالم المحصّل لها ، مثلاً يجب عليه تحصيل العلم بمسائل الحجّ مع القطع أو الاطمئنان بعدم حصول الاستطاعة له أو تحصيل الأحكام المتعلّقة بالنساء مع أنّه لا يتلى بها ، وهكذا في غيرها من الأحكام لأجل التحقّظ عن الاندراس . والوجوب في هذا المقام كفاي فيجب معرفة الأحكام على كلّ واحد من الناس على نحو الكفاي ، فلو قام به من به الكفاية في معرفة الأحكام بل تدريسها وتعليمها فضلاً عن تعلّمها لسقط عن غيره لا محالة .

والدليل على وجوب التعليم والتعلّم في الأحكام قوله تعالى : ﴿ قُلُوا لَا تَعْلَمُونَ

كُلِّ فِرْقَةٍ الْآيَةِ^(١)، فَإِنَّمَا أَوْجِبَتِ التَّفَقُّهُ فِي الدِّينِ عَلَى بَعْضِهِمْ دُونَ جَمِيعِهِمْ، هَذَا. ثُمَّ إِنَّ الْأَمْتَالَ هَذَا الْوَاجِبَ الْكَفَايَ لَا يُمْكِنُ إِلَّا بِالْاجْتِهَادِ لِأَنَّهُ الَّذِي يَمْنَعُ عَنِ انْتِدَارِ الْأَحْكَامِ وَلَا يَكْفِي فِيهِ التَّقْلِيدُ بَوَاحٍ بَلْ يَجِبُ الْاجْتِهَادُ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ وَتَعْلِيمُهَا عَلَى نَحْوِ الْوَاجِبِ الْكَفَايَ.

وَأُخْرَى يَجِبُ مَعْرِفَةُ الْأَحْكَامِ وَوَسَائِلُ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ مِنْ جِهَةِ عَمَلِ نَفْسِهِ وَوُضُوعِهِ لَا مِنْ جِهَةِ حِفْظِهَا عَنِ الْإِنْتِدَارِ، وَعَلَيْهِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ تَحْصِيلُ الْعِلْمِ بِالْأَحْكَامِ وَالْمَسَائِلِ الَّتِي يَحْتَمِلُ ابْتِلَاءُهَا بِهَا عَادَةً، لِنَتَجَزَّ الْأَحْكَامَ بِالْعِلْمِ الْإِجْمَالِيِّ بِوُجُودِهَا، وَعَلَيْهِ فَلَوْ قَصُرَ فِي تَحْصِيلِ الْعِلْمِ بِالْأَحْكَامِ وَارْتَكَبَ وَصَادَفَ الْحَرَّمَ الْوَاقِعِي يَعَاقِبُ عَلَيْهِ لَا مَحَالَةَ وَلَوْ كَانَ حِينَ الْإِرْتِكَابِ غَافِلًا لِتَقْصِيرِهِ فِي الْمَقْدَمَاتِ. نَعَمْ، هُنَاكَ كَلَامٌ فِي أَنَّ الْعِقَابَ هَلْ هُوَ عَلَى غَافِلَةِ الْحُكْمِ الْوَاقِعِيِّ الْمَجْهُولِ أَوْ عَلَى غَافِلَةِ الْأَمْرِ بِالتَّعَلُّمِ وَتَرْكِ تَحْصِيلِ الْمَعْرِفَةِ بِالْأَحْكَامِ، وَقَدْ ذَهَبَ الْأُرْدَيْبِيلِيُّ^(٢) إِلَى الثَّانِي وَالْمَشْهُورُ إِلَى الْأَوَّلِ، وَقَدْ تَعَرَّضْنَا لِلْخِلَافِ وَبَيَّنَّا الصَّحِيحَ مِنْهَا فِي الْأُصُولِ^(٣) فَلَا نَعِيدُ.

وَكَيْفَ كَانَ، فَالْوُجُوبُ فِي هَذَا الْمَقَامِ عَيْنِي، وَلَكِنَّهُ إِنَّمَا يَجِبُ فِي الْمَسَائِلِ الَّتِي يَحْتَمِلُ ابْتِلَاءُهَا بِهَا عَادَةً لَا فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ وَلَوْ لَمْ تَكُنْ رَاجِعَةً إِلَيْهِ كَمَسَائِلِ الْحُجِّ مَعَ الْقَطْعِ بِعَدَمِ حَصُولِ الْإِسْطَاعَةِ لَهُ أَوْ مَسَائِلِ الزَّكَاةِ عَلَى الْبُقَالَيْنِ مَعَ اطْمَئِنَانِهِمْ بِعَدَمِ حَصُولِ النَّصَابِ فِي الزَّكَاةِ عِنْدَهُمْ، وَكَذَا مَسَائِلُ النِّسَاءِ لِلرِّجَالِ أَوْ الْعَكْسِ فَإِنَّ تَعْلِيمُهَا وَتَعَلُّمُهَا لَيْسَ وَاجِبًا عَلَى مَنْ يَطْمَئِنُّ بِعَدَمِ الْإِبْتِلَاءِ بِهَا.

(١) التوبة ٩ : ١٢٢.

(٢) مجمع الفائدة ٢ : ١١٠.

(٣) مصباح الأصول ٢ : (الموسوعة ٤٧) : ٥٧٣.

ثم إنّ تحصيل العلم والمعرفة بالأحكام أعمّ من معرفتها على نحو الاجتهاد والتقليد ، فالمتعيّن عليه هو المعرفة وأما الاجتهاد فلا كما هو أوضح من أن يخفى .

فالمتحصّل أنّ المقصّر في تحصيل المعرفة في الأحكام الشرعية معاقب على تقدير مصادفته الحرام واقعاً ، ويجب عليه تحصيل العلم والمعرفة قبل ذلك بمجرد احتمال الابتلاء بها بحسب العادة . ثمّ إنّ هذا الوجوب حكم عقلي من جهة دفع الضرر والعقاب المحتمل ، هذا كلّ في كبرى المسألة .

وأما في خصوص المقام فيه مزية خاصّة على غيره من المقامات فبأنّه في سائر المحرّمات إذا قصّر في تحصيل المعرفة فلا يترتب عليه إلّا العقاب على تقدير ارتكابه الحرام واقعاً ، وأما في المقام فضافاً إلى ترتّب العقاب في المحرّمات التكليفية من المعاملات يترتب عليه أي على عدم معرفة الأحكام عدم جواز التصرف في شيء من المثلث أو الثمن ، لاستصحاب عدم انتقال المثلث من ملك مالكه إلى المشتري ، وكذا الثمن بالنسبة للبائع فلا يجوز للمشتري التصرف في المثلث لاحتمال عدم الانتقال إليه ولا في الثمن لاحتمال صحّة المعاملة بحسب الواقع وانتقاله إلى البائع ولا يجري استصحاب عدم انتقاله إلى البائع لكون الشبهة حكّية قبل الفحص وإنّما كان يجري استصحاب عدم انتقال المثلث إليه لكونه موافقاً للاحتياط فيجري قبل الفحص ، وعليه فالنهي في صورة الجهل في المعاملات عقلي من جهة دفع احتمال العقاب وشرعي من جهة الاستصحاب ، وهذا بخلاف سائر المقامات فإنّ النهي فيها عقلي فقط ، هذا كلّ في هذه الصورة .

وثالثة تكون معرفة الأحكام مستحبة شرعاً لا واجباً كفاثياً ولا عينياً ، وهذا كما في الموارد التي يطمئن بعدم ابتلائه بها ولكنّه يحتمل الابتلاء بعيداً كالعراقي الذي لا شغل له بخارج العراق كبلاد أوروبا إلّا أنّه يحتمل المسافرة إليها بعيداً فيتعلم أحكام القبلة في تلك البلاد وأنّها إذا اشتبهت ماذا يصنع المكلف بالصلاة ، أو أنّ المياه

الموجودة في الأنابيب غير المعلوم اتصاها بالكثرة طاهرة أو محكومة بالنجاسة وعليه فتكون معرفة تلك الأحكام مستحبة لاطلاق روايات الاحتياط مثل «أخوك دينك فاحفظ لدينك»^(١) فالمتحصل أن معرفة الأحكام تجب بالوجوب الكفائي تارة وبالوجوب العيني أخرى وتتصف بالاستحباب ثالثة، هذا.

ثم إنهم ذكروا أن الروايات^(٢) الدالة على طلب الاكتساب والمعاملة متعارضة مع الروايات الدالة على طلب العلم وتحصيله، ومن ثمة جمع صاحب الحدائق^(٣) بينها بتخصيص أدلة الاكتساب بالأدلة الدالة على طلب العلم، وأن ما دلّ على طلب الاكتساب مخصص بغير طالب العلم، هذا.

ولا يخفى أن هذا الجمع وتخصيص أدلة الاكتساب بما دلّ على طلب العلم مما لا وجه له بحسب مقامي الثبوت والاثبات. أما بحسب مقام الثبوت، فلأن طالب علم إذا لم يزاحمه الاشتغال بالاكتساب كما إذا كان حسن الخط جداً بحيث يباع كل سطر منه بدينار في السوق من دون أن يكون كتابة سطر واحد مزاحماً لتحصيله في كل يوم فلا مانع من أن يكتسب بذلك الكسب الحلال ويكتب سطرًا في كل يوم ويتعيش به ويشغل بتحصيل العلوم والكمالات أيضاً فإنه أحسن من طلب العلم من دون اكتساب لأنه عليه يجمع بين كل واحد من الفضيلتين، فلا يحتمل في مثله أن يقال إن طلب الاكتساب غير مستحب في حقه، هذا في مقام الثبوت.

وكذلك الحال في مقام الاثبات، إذ لم يرد دليل على تخصيص أدلة الاكتساب بما دلّ على طلب العلم فلا وجه له بوجه ولا شاهد عليه أصلاً، هذا.

(١) الوسائل ٢٧ : ١٦٧ / أبواب صفات القاضي ب ١٢ ح ٤٦.

(٢) الوسائل ١٧ : ٣٨١ / أبواب آداب التجارة ب ١.

(٣) الحدائق ١٨ : ٩ - ١٠.

ثم إنه ذكر الأخبار الدالة على أن الله تكفل لطالب العلم برزقه ولا يجوز له الاتكال على الأسباب الظاهرية بل عليه أن يتوكل على الله ثم استشهد عليه بكلام الشهيد الثاني (قدس سره) في آداب تحصیل العلم وأيده بروايات أخرى وردت في عدم جواز الاتكال على غيره تبارك وتعالى .

ولكن الصحيح كما أفاده شيخنا الأنصاري (قدس سره) ^(١) أن هذه الأخبار وكلام الشهيد كلها أجنبية عن المراد ولا يكون ذلك قرينة على تخصيص أدلة الاكتساب بما دلّ على طلب العلم ، لأن التوكل على الله وعدم الاتكال على غيره لازم على جميع الناس ولا يختص به طالب العلم وإن كان مراعاته في حقه أولى من غيره ، والاكتساب لا ينافي التوكل على الله ولذا كان أمير المؤمنين (عليه السلام) والباقر (عليه السلام) وغيرهما (سلام الله عليهم) يكتسبون بالأجرة والعمل لليهودي أو بالزراعة ونحوهما مع أنهم كانوا متوكلين عليه تعالى .

فالصحيح في المقام أن يقال : إذا فرضنا كل واحد من الاكتساب وتحصيل العلم مستحباً كما إذا كان عنده مقدار الواجب من النفقة لنفسه وعياله الواجب النفقة عليه وأراد الاكتساب للتوسعة عليهم أو لأجل الصرف في الوجوه الخيرية كالزيارة والإحسان ونحوهما ، وفرضنا أيضاً أنه عالم بمسائل نفسه وهناك من يقوم بحفظ الأحكام عن الإندراس وإنما أراد تحصيل العلم ليصل إلى مرتبة الاجتهاد ويعلم الناس فإنه أمر محبوب كما أن الاكتساب للتوسعة محبوب ، فيدخلان في باب المزاحمة لعدم قدرته على الجمع بينهما نظير غيرهما من المستحبات المتزاحمة كزيارة الأمير (عليه السلام) والصلاة المبتدأة أو قضاء حوائج المؤمنين فلا يكونان متعارضين ، وبما أن كل واحد من المستحبات مرخص في تركه فلا يلزم من الأمر

بجميعها محذور ، فيكون كل واحد منها مستحباً وباقياً على محبوبيته ، فينبغي حينئذ ملاحظة الأهم منها وأن أيهما أنفع له من المستحبين فربما يكون طلب العلم راجحاً في حقه لأنه لو اشتغل بتحصيل العلم يمكن أن يخدم الدين بتأليفاته وترويجه ولكنه لو اشتغل بالكسب لا يتمكن من المبرات إلا الإحسان لفقير واحد ، فحينئذ ينبغي الأخذ بطلب العلم ، وأخرى يكون الاكتساب أرجح من طلب العلم كما إذا فرضنا أنه لا يترتب أثر مهم على طلب علمه لقلّة فهمه وعدم استعداده ، وأما لو اشتغل بالكسب يتكفل لحاجات أكثر المشتغلين ويدفع الضرورة عن المحتاجين ويروج الدين بتعمير المساجد وتأسيس المدارس ونحوها فالأولى في حقه هو الأخذ بالاكتساب ، وثالثة يتساويان فيتخير بينهما ، وكيف كان فحالها حال سائر المتزاحمين غاية الأمر أنه لا يستحق العقاب بتركها أو ترك الأهم منها وإنما يلزم ترك الأولى .

كما أنه إذا فرضنا كل واحد من الاكتساب والتحصيل واجباً كفاً لوجود من يقوم بنفقة عائلته ونفقة نفسه لو اشتغل بطلب العلم ووجود من يحفظ الأحكام عن الاندراس لو اشتغل بالكسب ، فهما من الواجبين المتزاحمين فلا بد من ملاحظة أن أيهما أهم ومع عدم الترجيح يتخير بينهما .

وكذا فيما إذا فرضناهما واجبين عينيين كما إذا لم يكن هناك من يتكفل نفقة نفسه وعائلته ولم يكن هناك مجتهد يحفظ الأحكام عن الاندراس نعوذ بالله فإن الأهم منها مقدّم على المهم ، فإذا فرضنا أنه بحيث لو لم يشتغل بالعلم لاندردست الأحكام واضمحلت الدين فنوجب عليه التحصيل ولو كان ذلك موجباً لهلاكه من تجب عليه نفقته ، وأما إذا كان اكتسابه موجباً لئلا يكون هناك مجتهد في البين ولكن لا تدرس به الأحكام لقيام آخرين بذلك عن قريب فيتعين عليه الاكتساب لئلا تموت عائلته . وبالجمله أن حالها حال سائر المتزاحمين والفرض أنها خارجان عن

التعارض ، هذا أحد المقامين اللذين ينبغي التكلّم فيهما في المقام .

المقام الثاني : أنه هل يصح الاشتغال بالعلم وترك الاكتساب مع صرف الوجوهات في تفقته أو لا ؟ وهو ممّا لا بدّ من التعرّض له حتّى يكون موعظة لطلّاب العلم والمشتغلين فنقول : إن كان الاشتغال بالعلم مستحبّاً في حقّه وفرضه مواظباً لأعماله بحيث كان الغرض من تحصيلاته خدمة الدين وترويج شريعة سيّد المرسلين (عليه وعلى أولاده صلوات الله ربّ العالمين) ولم يكن متساهلاً فيما يقول وغير مبال بما يعمل ويفعله وكان يمتنّ يرضى الإمام (صلوات الله عليه) بتصرّفه في ماله (عليه السلام) فلا مانع من أن يصرف من سهم الإمام (عليه السلام) ويشتغل بطلب العلم والتحصيل وإن كان قادراً على الاكتساب بالتجارة أو الحياطة أو الكتابة وغيرها من الأفعال والمكاسب ، لأنّ سهم الإمام (عليه السلام) لا يختصّ بالفقير العاجز عن الاكتساب بل يصرف فيما رضي به الإمام (عليه السلام) .

وأما إذا كان الغرض من تحصيلاته الخدمة لنفسه بل المقصود التعيّن والاكتساب بالاشتغال بالعلم ، أو لم يكن له نفع عائد إلى الإمام (عليه السلام) بمقدار ما يصرفه من ماله ، أو كان متساهلاً في أفعاله وغير مبال بوظائفه فلا يجوز له صرف السهم بوجه ، لأنّ ذلك نظير الدوائر الحكومية بلا تشبيه فلا بدّ من أن ينفع بمقدار ما يصرفه من مال الحكومة لا محالة ، وهذا أمر تشخيصه بيده لأنّ الإنسان أعرف بنفسه ، والإمام (عليه السلام) أعرف به منه ، فلا يمكن التصرف في ماله بأنحاء الحيلة والخدعة والمكر وهو يمتنّ نرجو شفاعته ، فلا ينبغي أن نجعل شفيعنا خصمنا ونصرف في ماله على ضرره ونصرفه بالاشتغال بما يضرّه ولا ينفعه (عصمنا الله وإياكم من مخادع الشيطان وتسويلات النفس الأمّارة بالسوء) هذا كلّ في سهم الإمام (عليه السلام) .

وكذا لا مانع من أن يصرف الأموال الموقوفة والمبدولة للبرّ والإحسان .

وأما الزكاة والخمس الذي هو سهم الفقراء من الهاشمين فلا يجوز صرف شيء منها بالاشتغال بالعلم مع التمكن والقدرة على الاكتساب لاشتراط الفقر فيها، وقد فسر الفقر في الروايات بما يرجع حاصله إلى عدم القدرة على مؤونته فعلاً أو قوة والمفروض أن المشتغل بالعلم قادر على الاكتساب فلا يجوز له صرف الخمس والزكاة، لأن الاشتغال بالعلم نظير الاشتغال بغيره من المستحبات كالاشتغال بالصلوات الابتدائية من أول الصبح إلى المغرب فإنه بذلك لا يجوز أن يصرف الزكاة أو سهم السادات لقدرته على الكسب بترك الاشتغال بالمستحب وذلك ظاهر نعم لا مانع من إعطاء الزكاة من سهم سبيل الله للمشتغل بالعلم فيما إذا كان تحصيله نافعا للدين، كما يجوز صرفها من ذلك السهم في من يروج الدين بالوعظ في القرى والبوادي ولو مع استغنائه وتمكّنه، وأما من سهم الفقراء فلا لأنه ليس بفقر، كما لا يجوز إعطاء سهم السادات للمشتغل بالعلم القادر على الاكتساب لاشتراط الفقر فيه كالزكاة، نعم لو كان الاشتغال واجباً عليه عيناً فلا مانع من أن يصرف الزكاة والخمس لعجزه عن الاكتساب شرعاً، هذا تمام الكلام في ذلك المقام ونسأل الله أن ينفعنا وإياكم بذلك ويوفقنا لمرضاته بحق محمد وآله الطاهرين.

الكلام في تلقي الركبان

والأقوال في ذلك ثلاثة: أحدها الحرمة كما حكى عن بعض الأعلام. وثانيها: الكراهة وهي المشهور بين الأصحاب. وثالثها: عدم الحرمة ولا الكراهة والمعاملة صحيحة لعمومات «أحلّ الله البيع» و«تجارة عن تراض». أما القائل بالحرمة فقد استند إلى الأخبار الواردة في النهي عن تلقي الركبان كقوله «لا تلق» وقوله «لا يتلقى أحدكم تجارة خارجاً من المصر ولا يبيع حاضر لباد والمسلمون

يرزق الله بعضهم من بعض»^(١) وظاهرها الحرمة . ويدفعه : أنه إن أريد الاستدلال بهذه الأخبار فهي ضعاف ولا يمكن الاعتماد على شيء منها ولا تثبت بها الحرمة وإن أريد الاستدلال بمجموع تلك الأخبار البالغة حد الاستفاضة بدعوى أنها توجب الاطمئنان بصدور بعضها لا محالة ، ففيه : أنه يختص حينئذ بمن حصل له الاطمئنان بصدور بعضها منها ونحن لا نطمئن بل لا نظن بصدورها ، لأن الروايات بأجمعها نبويات ولا يمكننا الاعتماد عليها مع أنه لو كان محرماً لبان وظهر .

والقول بالكراهة مبني على القول بالتساع في أدلة السنن بأخبار من بلغ والالتزام بأنها تدل على استحباب العمل الذي بلغه الثواب فيه ، وأما إذا قلنا بأن أخبار من بلغ إرشادية إلى حكم العقل بحسن العمل برجاء الثواب أو برجاء أمر المولى في حد نفسه فلا يبق للاستدلال بها على الاستحباب بحال ، إذ لا أمر طولي فيها ولو بنحو الاستحباب ، وكذا يبتني على تعميم السنن إلى المكروهات أيضاً بأن يقال إن أخبار من بلغ تشمل الخبر الدال على الحزاة والمنقصة في عمل كما تشمل الخبر الدال على الثواب ، وأما إذا قلنا بأنها على تقدير ثبوتها تختص بما إذا بلغه فيه الثواب على عمل ولا تشمل ما إذا بلغه فيه منقصة وحزاة فلا يبق للاستدلال بها بحال ، نعم بعد تمامية المقدمتين لا مانع من الاعتماد عليها في القول بالكراهة في المقام . وبعد تسليم المقدمتين لا وجه للاعتراض كما عن بعض الأعلام بأن قاعدة التسامح لو ثبتت فإنما تفيد فيما إذا دل خبر ضعيف على الاستحباب أو الكراهة ، وأما إذا دل على الوجوب أو الحرمة كما في المقام فلا معنى للاستدلال بالقاعدة ، لأننا إن صححنا الخبر وأخذنا به فلا بد من الالتزام بالحرمة لأنها مفاد الخبر على الفرض

(١) الوسائل ١٧ : ٤٤٣ / أبواب آداب التجارة ب ٣٦ ح ٥ وأورد ذيله في ص ٤٤٤ / أبواب

آداب التجارة ب ٣٧ ح ١ .

وإن لم نلتزم به فلا نلتزم بالحرمة فن أين جاءت الكراهة أو الاستحباب .
والوجه في عدم صحّة الاعتراض ما ذكرناه في قاعدة التسامح في أدلة السنن
من أنّها على تقدير صحّتها تقتضي الالتزام بالاستحباب فيما إذا ورد خبر ضعيف
ودلّ على استحبابه أو فيما إذا وردت رواية ضعيفة ودلّت على وجوبه ، وذلك لأنّها
حينئذ دلّت على الثواب في فعل ذلك الشيء وأخبرت عنه غاية الأمر أنّها أخبرت
عن ثبوت العقاب على تركه أيضاً ، وهذا الإخبار لا يثبت لضعفها ، وأمّا إخبارها
بنواب العمل فلا مانع من الأخذ به بأدلة التسامح في أدلة السنن .

وكذا الحال فيما إذا عمّنا السنن وقلنا بشمولها للمكروهات أيضاً فإنّه إذا
وردت رواية ضعيفة ودلّت على كراهة العمل لابدّ من الالتزام بها بهذه القاعدة ، أو
وردت رواية ودلّت على حرمة مع ضعف سندها فلا بدّ من الالتزام بكراهة العمل
حينئذ لأنّها قد أخبرت عن ثبوت الحزاة والمنقصة في الفعل (كالرواية الدالّة على
الكراهة) وأخبرت أيضاً عن ثبوت العقاب في فعله ، والإخبار الثاني لا يثبت
لضعفها فلا نلتزم بالحرمة ، وأمّا الإخبار بالحزاة والمنقصة فلا بدّ من الأخذ به
لقاعدة التسامح كما عرفت ، وكيف كان فلا تختصّ القاعدة بما إذا ورد خبر ضعيف
على استحباب العمل أو كراهته بل تعمّه وما إذا دلّ على وجوبه أو حرمة ولم يمكننا
الأخذ به لضعف سنده .

فالمتحصّل أنّه لا وجه للقول بالحرمة في المقام ، والقول بالكراهة يبتني على
أمرين وعلى تقدير ثبوتها لا مانع من الفتوى بالكراهة في تلقّي الركبان ، هذا كلّ في
حكم تلقّي الركبان .

وأما شروط ذلك الأمر المحرّم أو المكروه : فقد اشترطوا في الحرمة أو الكراهة
أن يكون التلقّي إلى أربعة فراسخ فما دونها ، والظاهر أنّ الحدّ خارج عن المحدود
بمعنى أنّ الكراهة أو الحرمة إنّما هي فيما لم يبلغ إلى أربعة فراسخ وأمّا إذا كان التلقّي

إلى أربعة فراسخ فتزول الكراهة أو الحرمة ، لأنه مسافرة حقيقة ولا مانع من الضرب في الأرض لأجل التجارة بل وفي بعض الأخبار^(١) أنها جلب لا تليق وذلك لأنه إذا سار أربعة فراسخ فلا بد من أن يرجع أربعة فراسخ أيضاً ، فهذه مسافة يجب فيها القصر وهو ضرب في الأرض والضرب للجلب أمر ممدوح وكيف كان فهذا أحد الشروط .

الشرط الثاني : أن يكون قصده من ذلك هو تليق الركب للتجارة وأما إذا كان قصده شيئاً آخر كما إذا خرج للسير أو لطلب غريم فصادف الركب واشترى متاعهم ، أو كان قصده استقبال قريب له في الركب يرجع من سفره فصادف التجارة فيها فاشتراها فلا وجه للكراهة ولا الحرمة لأنه لم يتيق الركب كما هو ظاهر ، وكيف كان فالغرض من هذه الأخبار على تقدير صدورهما عدم المبادرة والسبق إلى المعاملة عن سائر المسلمين كما يشير إليه قوله (عليه السلام) « والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض » والمنهي هو المبادرة إليهما دون نفس المعاملة ، لأن المتلقي أيضاً من المسلمين فلا مانع من أن ينتفع بالركب ، فلا يمنعه قوله « المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض » وإنما أريد من هذه الأخبار عدم المبادرة والسبق على سائر المسلمين ، فإذا لم تكن نفس المعاملة مكروهة أو محرمة والمفروض أنه لم يبادر إلى الركب وإنما استقبل صديقه أو ابن عمه فصادف الركب واشترى منهم فلا حرمة ولا كراهة ، فالظاهر أن ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدس سرّه)^(٢) من اعتبار القصد في الحكم بالكراهة أو الحرمة هو الصحيح .

وأما ما ذكره بعض الأعلام من أن القصد والتلقي مقدّمة والمنهي هو نفس

(١) الوسائل ١٧ : ٤٤٤ / أبواب آداب التجارة ب ٣٦ ح ٦ .

(٢) المكاسب ٤ : ٣٥٣ .

المعاملة ، فيدفعه : أنَّ المعاملة لا حرمة فيها ، لأنَّ المتلقّي أيضاً من أحد المسلمين وإثماً المبعوض المعاملة المبادر إليها لا نفسها ، فهي بهذا الوصف منهي عنها لا بنفسها فلذا لو فرضنا أنَّ دكان أحد وقع في أوّل السوق أو في الطريق فنزل الركب في دكانه من دون أن يبادر إليه لم يكن شراؤه منهم مكروهاً أو محرماً ، فالتحصّل أنَّ هذا الإبراد لا وجه له .

ثمَّ إنَّ قوله (عليه السلام) « المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض » حكمة للنهي عن تلقّي الركبان لا أنّه علّة ، ولا يدلّ على كراهة المعاملة فيما إذا لم يكن قاصداً للتلقّي ، هذا .

ثمَّ إنَّ الأخبار المتقدّمة قد اشتملت على النهي عن أن يبيع الحاضر للباد وليس المراد منه بيع الحاضر متاعه له وإلاّ فلا إشكال في صحّته ولا مانع من أن يبيع الحاضر متاعه ممّن جاء من خارج البلد ، بل المراد أن يبيع الحاضر متاع الباد لمنفعة ذلك الباد ، وقد علّله بأنَّ « المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض » ، والغرض منه أن يبيح الحاضر متاع الباد ممنوع لأنّه أعرف بقيمة السوق فيبيعه بالقيمة الزائدة بل لا بدّ من أن يكون البادي هو المباشر لبيع أمتعته وربما يبيعه بأرخص ممّا يبيعهها الحاضر فينتفع به المشتري منه وهو أيضاً يبيعه للمشتري بهذه القيمة الرخيصة فتنتفع بذلك جماعة .

ثمَّ إنَّ الكراهة أو الحرمة في تلقّي الركبان هل تختصّ بالشراء منهم ولا تعمّ البيع أو غيره من المعاوضات ، أو أنّها أعمّ وتشمل جميع المعاوضات ؟ الظاهر هو الثاني لاطلاق التجارة الواقعة في بعض الأخبار والروايات وعدم اختصاصها بشيء ، وعليه يشمل الحكم لما إذا تلقّي الركب لبيعهم شيئاً ، وكذا تشمل الصلح وغيره من المعاوضات ، والظاهر أنَّ فعل الخدمة في زماننا هذا وتلقّي الزوّار لأجل الإيجار أيضاً من هذا القليل فيحكم بكراهته أو بحرمته لو قلنا بها في تلقّي الركبان

هذا .

ثم إنَّ بعض الأخبار الواردة في المقام دلَّ على أنَّ الركب إذا اشترى منهم المتلقِّي متاعاً ثمَّ دخلوا السوق فهم بالخيار ، والظاهر أنَّ المراد بذلك ما إذا ظهر غبن الركب وعرفوا أنَّ القيمة السوقية أكثر ممَّا أخذوه من المتلقِّي وحينئذ فيثبت لهم خيار الغبن من دون حاجة إلى هذه الروايات ، وأمَّا مع عدم ظهور الغبن فلا وجه للخيار إذ لا موضوعية لدخولهم السوق ، لأنَّ ظاهر قوله (عليه السلام) « فإذا أتى السوق فهو بالخيار » أنَّه إذا أتى السوق ورأى غبنه بحسب القيمة السوقية فهو بالخيار ولا ظهور فيه في الاطلاق .

الكلام في النجش

قد تقدّم الكلام في حرمة النجش بسكون الجيم وفتحه في المكاسب المحرّمة ولعلَّ شيخنا الأنصاري ذكره في المقام سهواً ، نعم بين المقامين اختلاف يسير وكيف كان ، فقد استدلَّ على حرمة ما حكى عن رسول الله (صلى الله عليه وآله) ^(١) من أنَّ الناجش والمنجوش له ملعون ، إلّا أنَّها ضعيفة لا يمكن الاعتماد عليها في الحكم بالحرمة ، ويبقى في البين بعض الوجوه الأخر التي استدلَّ بها على حرمة النجش وقد تقدّم الكلام فيها في المكاسب المحرّمة فلا نعيد ، وقد نقل أيضاً النهي عن التدابر فراجع .

الكلام فيما إذا دفع مالاً إلى غيره ليصرفه في محله

إذا دفع إنسان مالاً إلى غيره ليصرفه في محله ، فإن كان ذلك بعنوان ولاية

المدفوع إليه على المال كما في إعطاء الوجوهات إلى الإمام أو إلى نائبه وهو المجتهد أو إلى نائب نائبه كوكلاء المراجع للتقليد، فلا ينبغي الإشكال في أنه يجوز للمدفع إليه التصرف في المال لأنه خرج عن تحت سلطة المالك بالفرض، ولذا لا يمكن الرجوع وأخذ ما دفعه إلى الإمام (عليه السلام) أو نائبه، فولاية التصرف في المال إلى المدفوع إليه وله أن يتصرف فيه أو يدفعه إلى غيره حسب الموازين المقررة عليه.

وأما إذا لم يكن إعطاء المال إليه بعنوان الولاية بل كان دفعه إلى الحاكم بعنوان الوكالة في صرفه إلى أهله كما إذا جهل الحاكم ولم يعرف أن المدفوع إليه حاكم شرعي فدفعه إليه وكالة من قبله في صرف الوجوهات في محلها، فهل يجوز للمدفع إليه أن يتصرف فيها بنفسه لأنه أيضاً من أحد المصاديق والأفراد التي يصرف المال إليهم، أو أنه لا يجوز التصرف فيها بأخذ مقدار منها لنفسه؟

فإن كانت هناك قرينة على رضا المالك في صرف المدفوع إليه من المال أيضاً كما إذا صرح بذلك أو كان كلامه ظاهراً في ذلك بوجه من الوجوه فلا إشكال في جواز أخذ مقدار منه لنفسه، كما أنه إذا كانت هناك قرينة على عدم رضا المالك بصرفه لنفسه كما إذا عين له مقداراً قبل دفع المال إليه ثم دفعه إليه وقال اصرفه في محله ولك كذا، فلا كلام في عدم جواز تصرف المدفوع إليه في المال.

وإذا فرضنا أن المالك عين أشخاصاً مختلفة المراتب في الحصة من المال كما إذا قال اصرفه في العلماء للمبتدئين منهم كذا وللمتوسطين كذا وللمجتهدين كذا، أو أن للمجرد منهم كذا وللمعيل والمتأهل كذا، وقد اعتقد المالك أن المدفوع إليه من المتوسطين ولكنه كان من المجتهدين بحسب الواقع، أو اعتقد أنه مجتهد وكان من المبتدئين، أو اعتقد أنه مجرد وكان متأهلاً، أو أن المالك عين أشخاصاً حسبهم مجتهدين وكانوا غير متصفين بذلك بحسب الواقع.

فإن كان تعيين ذلك على نحو القضايا الحقيقية المعبر عنها بالموضوعية في كلام

شيخنا الأنصاري (قدس سره) ^(١) بأن كان الحكم معلقاً على العنوان فلا محالة يتبع في ذلك اعتقاد المدفوع إليه بحسب الواقع دون اعتقاد المالك، إذ المفروض أن المال لا بد وأن يصرف في عنوان المجتهد أو المحصل، وزيد الخارجي غير متصف بعنوان الاجتهاد بحسب الواقع فلا يدفع إليه.

وإن كان على نحو القضايا الخارجية التي عبر عنها شيخنا الأنصاري بالداعي بأن أراد المالك دفعه إلى زيد وعمرو وبداعي اعتقاد الاجتهاد فيها، فحينئذ لا بد من اتباع اعتقاد المالك وصرف المال فيها وإن لم يكونا بتلك الصفة واقعاً، إذ الداعي يتبع الاعتقاد لا الواقع، وهذا كله واضح.

وإنما الكلام والإشكال فيما إذا لم تكن هناك قرينة على إرادة المدفوع إليه ولا على عدم إرادته، فهل يجوز للمدفع إليه أن يتصرف فيه أو لا؟ فذهب بعضهم إلى حرمة التصرف في المال حينئذ لعمومات حرمة التصرف في مال الغير إلا باذنه وإذن المالك غير محرز، وذهب آخرون إلى الجواز ولعله من جهة الروايات والآ فلا وجه له مع أن الأصل في الأموال حرمة التصرف حيث يثبت الإذن.

ثم نقل شيخنا الأنصاري تفصيلين في المقام: أحدهما التفصيل بين ما إذا أمره بالصرف بصيغة ضعه فيهم فيجوز للمدفع إليه أن يضعه في داره ويتصرف فيه وبين ما إذا كان بصيغة ادفعه إليهم فلا يجوز، لأن الدافع غير المدفوع إليه. وثانيهما التفصيل بين علم المالك بفقر المدفوع إليه وجهله به، وأنه إذا كان جاهلاً بفقره يجوز للمدفع إليه التصرف في المال، وأما إذا كان عالماً بفقره فلا لأنه لو أراد أيضاً لصرح به وعيته فإذا لم يعين المدفوع إليه فظاهره عدم الرضا بتصرفه فيه، هذا. والظاهر أن هذين الوجهين ليسا تفصيلين في المقام بل هما لبیان ظهور الكلام

في رضا المالك وعدمه ، وأنه في أيّ مورد ظاهر في رضاه وفي أي مورد غير ظاهر فيه ، فعليه فيدخلان فيما إذا كانت هناك قرينة على أحد الأمرين في البين ، وكلامنا في المقام فيما إذا لم يكن هناك قرينة تدلّ على أحدهما وقد عرفت أنّ بعضهم ذهب إلى الحرمة وبعض آخر إلى الجواز ، وذكرنا أنّ الأصل أيضاً يقتضي حرمة التصرفات في مال الغير إلّا بإذن مالكة ، ولذا ذكروا أنّ من وكلّته امرأة في أن يزوّجها من أحد لا يجوز أن يزوّجها من نفسه ، وكذا إذا وكلّه في شراء شيء فأعطاه من عنده .

وكيف كان ، فقد وردت في المقام رواية دلّت على حرمة التصرف أيضاً على وفق مقتضى الأصل ، وهذه الرواية صحيحة ابن الحجاج التي نقلها العلامة مسنده ، وربما تنقل على وجه الاضمار أيضاً إلّا أنّه لا يضرّ بالرواية بعد ما علم سندها ، كما ذكرناه في روايات الاستصحاب^(١) وقلنا إنّ إضمارها لا يضرّ بصحتها للعلم بأساندها حسناً نقلها السيّد بحر العلوم في فوائده^(٢) وأسندها إلى الباقر (عليه السلام) تارة وإلى الصادق (عليه السلام) أخرى وإلى أحدهما ثالثاً ، وإنّما حصل الاضمار لأجل التقطيعات الطارئة على الأخبار ، وكيف كان فقال ابن الحجاج « سألت عن رجل أعطاه رجل مالاً ليصرفه في محاييج أو في مساكين وهو محتاج يأخذ منه لنفسه ولا يعلمه هو ؟ قال : لا يأخذ شيئاً حتّى يأذن له صاحبه »^(٣) ومقتضاها حرمة تصرف المدفوع إليه في المال في مفروض الكلام ، إلّا أنّها معارضة

(١) مصباح الأصول ٣ (الموسوعة ٤٨) : ١٥ .

(٢) الفوائد الأصولية : ١١٠ / الفائدة ٣٣ .

(٣) الوسائل ١٧ : ٢٧٧ / أبواب ما يكتسب به ب ٨٤ ح ٣ .

بثلاثة روايات^(١) فيها صحاح وروى بعضها ابن الحجاج أيضاً وقد دلت هذه الروايات على الجواز . ودعوى أن الأخبار المجوزة تتقدم على المانعة لأنها أكثر مندفة بما ذكرناه في الأصول من أن تعدد الرواية غير موجب للترجيح .

وذكر شيخنا الأنصاري أن الروايات الواردة في المقام ترخيصاً ومنعاً ليست من باب التعبد بوجه ، إذ لا يحتمل أن يكون نهي الإمام في الرواية المانعة تعبدياً ولو مع شمول العموم في الاجازة للمدفع إليه وظهوره في جواز صرف المدفوع إليه منه ورضا المالك به إلا أنه (عليه السلام) منعه عن التصرف فيه تعبداً حتى يأذن له المالك خصوصاً ، وكذا الأخبار المجوزة إذ لا يحتمل أن يكون تجويزه (عليه السلام) التصرف فيه مع ظهور عدم رضا المالك به وشمول المنع له بحسب العموم إلا أنه جوزه تعبداً حتى يمنع عنه بالخصوص ، وذلك لبعد ترخيص الإمام مع منع المالك أو يمنعه (عليه السلام) مع ترخيص المالك ، هذا بل لا مورد للسؤال عن جواز التصرف مع نهي المالك أو عن عدمه مع ترخيصه ، فسؤال الراوي أيضاً قرينة على عدم ترخيص الإمام مع منع المالك تعبداً أو منعه (عليه السلام) مع ترخيص المالك كذلك أي تعبداً ، وكيف كان فلا يحتمل التعبد في شيء من روايات الترخيص والمنع ، وعليه فلا بد من حمل المجوزة على ما إذا كانت هناك قرينة على الجواز ورضا المالك ، وحمل المانعة على صورة ظهور عدم رضاه .

وعلى تقدير تسليم المعارضة بينها فيتساقطان فلا بد من المراجعة إلى ظهور الكلام وأنه ظاهر في المنع أو الترخيص ، وعلى تقدير عدم استفادة شيء من الأمرين في الكلام فيرجع إلى عمومات حرمة التصرف في مال الغير إلا بإذنه ، هذه

(١) الوسائل ١٧ : ٢٧٧ / أبواب ما يكسب به ب ٨٤ ، والمجلد ٩ : ٢٨٨ / أبواب المستحقين

خلاصة ما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في المقام .

ولا يخفى عليك أنّ حمل الروايات المجوّزة على صورة ظهور الكلام في الترخيص وحمل المانعة على صورة ظهوره في المنع أو عدم ظهوره في الاذن غير صحيح ، لما عرفت من أنّ الحكم في هاتين الصورتين لا يحتاج إلى السؤال ولا حاجة إلى ترخيص الإمام مع إذن مالك المال ولا إلى منعه مع منع المالك عن التصرف فيه ، فلا وجه لما أفاده شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) في الجمع بينهما فالظاهر أنّ مورد السؤال والجواب في كلتا الطائفتين من الأخبار هو صورة عدم ظهور الكلام في شيء من الترخيص والمنع .

والوجه في سؤال السائل مع عدم إذن المالك هو أنّ الإذن من المالك لما تعلّق بعنوان كلّ كالفقراء أو المحتاجين وكان المدفوع إليه أيضاً من مصاديقه إلّا أنّ المالك لم يصرّح به بخصوصه لجهله بحاله بحيث لو كان عالماً بفقره لصرّح باسمه فاستأذن منه (عليه السلام) في التصرف في المال مع عدم تصرّح المالك بعنوانه وإن كان داخلاً في عنواني الفقير والمحتاج لاحتمال الجواز في التصرف حيثنّذ ، فأجابه (عليه السلام) بالجواز في بعضها وبالمنع في بعضها الآخر ، فبما أنّهما متعارضان فلا بدّ من العلاج فيهما .

وقد ذكروا في الجمع بينهما وجهين : أحدهما أنّ النهي عن التصرف في المال ظاهر في الحرمة والأخبار المجوّزة ناصّة في الجواز فيرفع اليد بتلك المجوّزة عن ظهور النهي في الحرمة فنحملها على الكراهة .

وفيه : أنّ النهي وإن كان ظاهراً في الحرمة وغير نصّ فيها بخلاف الأخبار المجوّزة لنصوصيتها في الجواز كما في غير هذا المقام أيضاً إلّا أنّ في المقام خصوصية تمتنع عن رفع اليد عن الحرمة بالأخبار المجوّزة ، وهذه الخصوصية هي اشتغال المانعة على قوله « حتّى يأذن له صاحبه » لأنّه ظاهر الاشارة إلى التمسك بحرمة التصرف

في المال إلا بإذن مالكة ، فكأنه يمنعه لتلك الكبرى المسلمة فيحرم التصرف في المال حينئذ ، لأن الغاية المذكورة تجعله كالنص في الحرمة فلا يصح رفع اليد عنها بالأخبار المجوزة حينئذ .

وثانيهما : حمل الرواية المانعة على ما إذا سُمي المالك أشخاصاً معينين فلا يجوز للدافع أن يتصرف فيه بوجه ، وحمل المجوزة على ما إذا لم يسم أحدًا وإنما دفعه إليه ليعطيه إلى عنوان كلي فيجوز للمدفع إليه التصرف فيه ، والشاهد على هذا الجمع صحيحة ابن الحجاج حيث فصلت بين الصورتين ومنعت عند التسمية ورخصت عند عدمها فهي شاهد جمع بين الطائفتين المانعة والمجوزة ، هذا .

ويدفعه : أن الرواية المانعة قد اشتملت على لفظة محاييج أو مساكين وهما نكرتان لا تعيين فيها في شيء ، فهي إنما منعت مع عدم التسمية والتعيين فكيف تحمل على صورة التسمية وتعيين أشخاص .

وعليه فالصحيح حمل الرواية المانعة على الأموال الشخصية أي المملوكة لشخص المعطي والمجوزة على غيرها من الأموال النوعية كالزكاة ، وتوضيح ذلك : أن المالك إذا دفع مقداراً من ماله الخاص إلى شخص وقال له أعطه للفقراء مثلاً فلا يجوز للمدفع إليه أن يتصرف في ذلك بشيء لأن ظاهر اعطه وادفعه وغيرهما عدم شمول الترخيص له ولا يجوز التصرف في مال أحد إلا بإذنه ، وأما إذا كان المال من الأموال النوعية كالزكاة والخمس وغيرهما من الأموال التي ليست ملكاً للمالك بوجه ففي هذه الصورة لا مانع من أن يأخذ المدفع إليه من ذلك المال والشاهد على هذا الجمع قوله في الروايات المجوزة « الرجل يعطي الزكاة » وهي ليست من الأموال الشخصية وقوله « رجل أعطي مالاً يفرقه في من يحل له » وهو ظاهر في أن للمال المدفع موارد ومصارف لا بد من صرفه فيها ، وليس هذا إلا الصدقات الواجبة من الزكاة والخمس ، وقوله في صحيحة ابن الحجاج « يقسمها ويضعها في

مواضعها « فيعلم منه أنّ للمال مواضع مقرّرة وهو لا ينطبق إلّا على غير الأموال الشخصية ، وأمّا الرواية المانعة فلم تدلّ إلّا على أنّه أعطى مالاً ليصرفه في محاويع فلا اختصاص فيه بالصدقات والأموال النوعية فلا بدّ من حملها على الأموال الشخصية وحمل المجوّزة على الأموال النوعية الخارجة عن سلطان المالك .

الكلام في الاحتكار

وللبحث فيها جهات : الجهة الأولى وقع الخلاف في أنّ الاحتكار محرّم أو مكروه ، والمشهور بين الأصحاب هو الحرمة وذهب جمع إلى الكراهة إلّا إذا طرأ عنوان ثانوي كما إذا أمره الحاكم بأن يعرض الطعام للبيع لرفع استيحاءش الناس عن الغلاء فيكون تركه محرّماً من جهة مخالفة حكم الحاكم لا من جهة حرّمته في نفسه .

والصحيح هو ما ذهب إليه المشهور وأنّ الاحتكار حرام ولم يجعل الله تعالى سلطنة للمالك في حبس ملكه من الطعام ، غاية الأمر أنّ الحرمة مشروطة بعدم باذل طعام غيره ، وذلك لصحيحه سالم الحنّاط ^(١) حيث سأله (عليه السلام) عن عمله فقال قلت حنّاط ربّما قدّمْتُ على نفاق وربّما قدّمْتُ على كساد ، وعند الكساد اشتريت الطعام وحبسته ، قال (عليه السلام) فما تقول العامّة والناس من جهتك وقيلك ؟ قال قلت يقولون إنّ سالم يحتكر ، فسأله (عليه السلام) أنّه هل يبيعه أحد غيرك أم لا فأجابه بأنّ البائع كثير والطعام من الكثرة محدّد لا يكون ما أبيعه جزءاً من ألف جزء من الطعام الموجود في السوق ، قال لا بأس ، فنّها يظهر أنّ الحرمة مشروطة بصورة عدم البازل ، وأمّا مع وجود البازل فلا حرمة في الاحتكار كما يستفاد ذلك من نهي

(١) الوسائل ١٧ : ٤٢٨ / أبواب آداب التجارة ب ٢٨ ح ٣ (نقل بالمضمون) .

النبي (صلى الله عليه وآله) حكيم بن حزام^(١) بقوله إِيَّاكَ أَنْ تَحْتَكِرَ أَيَّ ابْتِعَدَ عَنِ الْاِحْتِكَارِ ، لِأَنَّهُ كَانَ يَشْتَرِي جَمِيعَ الطَّعَامِ فِي الْمَدِينَةِ .

وكذا يدلّ على ما ذكرناه صحيحة الحلبي^(٢) عن أبي عبد الله (عليه السلام) المنقولة في المكاسب وقد صرّح فيها بالتفصيل بين صورتي وجود الباذل وعدمه وكذا كتاب أمير المؤمنين (عليه السلام) إلى مالك الأشتر على ما في نهج البلاغة^(٣) من أنّ من قارف أي ارتكب حكرة بعد نهيك فنكّل به وعاقب في غير إسراف ، إذ لو كان الاحتكار مكروهاً لم يكن وجه لمعاقبة مالك وعقابه المرتكبين للمكروه فنه يظهر أنّه حرام والعقاب من غير إسراف في محله .

وأما صحيحة الحلبي^(٤) قال سألتُه عَمَّنْ يَحْتَكِرُ الطَّعَامَ وَيَتَرَبَّصُّ بِهِ إِلَى أَنْ قَالَ فَإِنَّهُ يَكْرَهُ أَنْ يَحْتَكِرَ ... الحديث ، فغاية ما هناك أنّ الكراهة غير ظاهرة في الحرمة لا أنّها ظاهرة في عدم الحرمة ليعارض بها الأخبار الدالّة على الحرمة ، وذلك لأنّ الكراهة المستعملة في لسانهم (عليهم السلام) بمعنى البغوضية لا بمعنى المكروه المصطلح عليه بين الفقهاء الذي هو في مقابل الحرام ولعلّه ظاهر ، وعليه فتكون الأخبار المحرّمة قرينة على إرادة الحرمة من الكراهة في هذه الرواية أيضاً .

وأما ما ذكره شيخنا الأنصاري (قدّس سرّه) على وجه التأييد من رواية أبي مريم الأنصاري عن أبي جعفر (عليه السلام) « قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) أَيُّمَا رَجُلٍ اشْتَرَى طَعَاماً فَحَبَسَهُ أَرْبَعِينَ صَبَاحاً يُرِيدُ بِهِ الْغَلَاءَ لِلْمُسْلِمِينَ ثُمَّ بَاعَهُ

(١) الوسائل ١٧ : ٤٢٨ / أبواب آداب التجارة ب ٢٨ ح ٣ (نقل بالمضمون) .

(٢) المصدر السابق ح ١ .

(٣) الوسائل ١٧ : ٤٢٧ / أبواب آداب التجارة ب ٢٧ ح ١٣ .

(٤) الوسائل ١٧ : ٤٢٤ / أبواب آداب التجارة ب ٢٧ ح ٢ .

وتصدّق بضمنه لم يكن كفّارة لما صنع»^(١) فالظاهر أنّه لا تأييد فيها بوجه ، لأنّ الظاهر أنّها رواية أخلاقية غير مربوطة بالكراهة أو الحرمة في الاحتكار ، لأنّ الطعام إذا لم يكن هناك باذل له فلا يفرّق في الحرمة بين الأربعين والثلاثين يوماً وإن كان له باذل فلا يفرّق في جواز حبسه بين الأربعين والسنين ، إذن الظاهر أنّ حبس الطعام بقصد الغلاء للمسلمين وازدياد قيمته يكشف عن خبث سريرة ذلك المحتكر لأنّ الاحتكار إنّما هو حبس الطعام ، لا لأجل أن تترقّ قيمته السوقية بل لأجل أن القيمة السوقية في وقت الشتاء مثلاً أزيد من قيمته في الصيف فيشتريه لأن يبيعه في ذلك الوقت لا أن يشتريه ويجمعه من السوق حتّى تغلّى قيمته فإنّه كاشف عن خباثته ، فلو رفع يده عن ذلك قبل الأربعين فيغفر الله له ذلك وإلّا فهو معاقب بحسب الأخلاق ، هذا بحسب الدلالة في الرواية . وأمّا بحسب السند فهي ضعيفة .

وأما ما ذكره شيخنا الأنصاري^(٢) من أنّ في الرواية بعض بني فضّال وقد أمر العسكري (عليه السلام)^(٣) بالأخذ برواياتهم وطرح آرائهم بعد فسقهم ، فهو دليل على اعتبار رواياتهم في كتبهم ، والظاهر أنّ هذه الرواية أيضاً مأخوذة من كتبهم فتكون معتبرة ويستغنى بذلك عن ملاحظة من قبلهم في السند ، فبنو فضّال كمحمّد بن مسلم ووزارة وابن أبي عمير الذين أجمعت العصابة على تصحيح ما يصحّ عنهم .

فيدفعه أمران : أحدهما أنّ الإجماع على تصحيح ما يصحّ عن هؤلاء الجماعة بحيث يستغنى بهم عن ملاحظة من قبلهم في السند غير تامّ ، بل لا وجه له أصلاً وتفصيل الكلام فيه موكول إلى محلّه . وثانيها : أنّ توثيق الإمام لبني فضّال والأخذ

(١) الوسائل ١٧ : ٤٢٥ / أبواب آداب التجارة ب ٢٧ ح ٦ .

(٢) المكاسب ٤ : ٣٦٦ .

(٣) الوسائل ٢٧ : ١٤٢ / أبواب صفات القاضي ب ١١ ح ١٢ .

برواياتهم ناظر إلى أن فسقهم بعد ذلك لا يمنع عن اعتبار رواياتهم ، فرواياتهم كروايات زرارة ومحمد بن مسلم وغيرهم من الثقات ، وليس ناظراً إلى أن رواياتهم معتمدة ولو كان الراوي قبله كذاباً فاسقاً .

وبالجملة أن الأمر بأخذ رواياتهم يدل على أن رواياتهم بعد صيرورتهم فساقاً كاعتبار رواياتهم عند كونهم عدولاً ، فكما أن الراوي قبلهم عند كونهم عدولاً لا بد من ملاحظته فلا يؤخذ بروايته فيما إذا كان كذاباً ، فكذلك بعد فسقهم إذ لا نحتمل أن يكون صيورتهم فاسقين موجباً لحجية رواياتهم ولو مع كذب الرواة المتقدمين عليهم ، لأنها لم تكن معتبرة عند كذب الرواة فيما إذا كانوا عادلين فكيف تكون معتبرة مع كذب الرواة بعد فسقهم ، فلا مدخلة لفسقهم بعد ذلك أبداً غاية الأمر أن توثيق العسكري (عليه السلام) روايات بني فضال يجعلها كروايات محمد بن مسلم أو زرارة ، ومن المعلوم أن رواياتها إنما تعتبر بملاحظة من تقدمها في السند فلا يؤخذ بها فيما إذا كان الراوي قبلها غير موثق ولا عادل كما إذا كان كذاباً ، هذا وقد تعرض لما أفاده في المقام في بحث الصلاة^(١) ولعل موضعه باب الوقت على ما أذكره فعلاً ، وقد عرفت حقيقة الحال وأنه لا وجه لما أفاده في المقامين من أن أمر العسكري (عليه السلام) يغني عن ملاحظة من تقدمهم في السند ، وأنه ناظر إلى اعتبار رواياتهم لا إلى حجيتها ولو مع فسق الرواة المتقدمين عليهم فلا تغفل .

الجهة الثانية : في أن الاحتكار هل يختص بالحنطة أو الشعير أو يعم غيرها من المأكولات التي يحتاج إليها الإنسان أو أن هناك تفصيلاً ؟ موضوع الحكم في الروايات المتقدمة هو الطعام وهو اسم لما يطعمه الإنسان مما به تعيشه وقوامه كالحنطة والشعير والأرز وغيرها ، وهذا يختلف باختلاف الأماكن والبلدان ففي

مثل بلادنا هذه ليس الشعير من الطعام ، إذ لا حاجة للناس إليه فليس الاحتكار فيه محرماً ، نعم الحنطة والأرز من الطعام في هذا البلد لأنّ قوامهم بهما فاحتكارهما محرّم ، وفي بعض مدن إيران كما زندان ورشت الأرز من الطعام لانحصار تميّشهم فيه غالباً ، فالحنطة خارجة عن الطعام فلا مانع من احتكارها في المدن المذكورة وكيف كان فالمدار على صدق الطعام فلا حرمة في غيره كما في الزبيب وغيره من الفواكه كالأثمار والتبن فلا يكون احتكارها محرماً .

ثم إنّ الظاهر من الطعام هو الطعام بوصف الطعمية لا بذاته وتجرده ، وعليه فيدخل في الاحتكار مقارنات الطعام من الملح والسمن أو الزيت في بعض البلاد لأنّ الطعام بدون الملح غير قابل للأكل ، وكذا الطعام بدون السمن والزيت فاحتكارهما بمنزلة احتكار نفس الحنطة أو الأرز لسقوطها عن الأكل والتميّش به ولأجل ذلك ورد الزيت في بعض الأخبار^(١) المتقدمة حيث عدّ احتكاره من الحرام ، فنه يعلم دخول الملح والسمن في الاحتكار بطريق أولى .

بل يمكن التعدي إلى مقدّمات الطعام كالنפט الذي عليه يتوقّف الطبخ عادة فحبس النفط من الاحتكار الحرام ، وقد استفدنا ذلك كلّ من صحيحة الحلبي المتقدمة^(٢) حيث أجاب فيها الإمام بأنّه يكره أن يحتكر ويترك الناس ليس لهم طعام ، فنه يظهر أنّ المناط في الاحتكار جعل الناس ليس لهم طعام فيشمل ذلك احتكار الملح والنفط وغيرهما بما يتوقّف عليه قوام الطعام من المقارنات والمقدّمات .

وأما الروايات الحاصرة الواردة في المقام فبين حاصرة للاحتكار في أربعة

(١) الوسائل ١٧ : ٤٢٦ / أبواب آداب التجارة ب ٢٧ ح ١٠ وغيره .

(٢) في الصفحة ٥١٠ .

الحنطة والشعير والتمر والزبيب ، وبين حاصرة في خمسة باضافة الزيت وبين حاصرة في ستة باضافة السمن ، ومفهومها عدم الحرمة في الاحتكار في غير الموارد الستة ولو عدّ من الطعام كما في الأرز وغيره ، إلّا أنّها ضعيفة السند فلا يمكننا رفع اليد عن الاطلاق في الروايات الصحيحة الدالة على حرمة الاحتكار في الطعام بتلك الأخبار الضعيفة التي لم يثبت اعتبارها ، فما هذا وصفه كيف يمكن أن يكون رافعاً للاطلاق في الأخبار الصحيحة .

الجهة الثالثة : روى السكوني^(١) أنّ المحكرة في الخصب وعدم الغلاء أربعون يوماً وفي الغلاء ثلاثة أيّام ، فلا يجوز الاحتكار أزيد من الأربعين في الخصب وأزيد من الثلاثة عند الغلاء ، إلّا أنّ الرواية ضعيفة فلا يمكن الاعتماد عليها إذ المدار على حاجة الناس وعدمها ، فع الحاجة لا يجوز الاحتكار ولو في أقلّ من ثلاثة أيّام ، ومع عدم الحاجة لا مانع من الاحتكار ولو في أزيد من أربعين يوماً ولا مانع من حمل رواية السكوني على صورة مظنة الحاجة بدعوى أنّ الحاجة في الخصب في أزيد من الثلاثة وفي الغلاء في أقلّ من أربعين يوماً كما حكى عن الشهيد وإن كان الحمل في حدّ نفسه بعيداً .

الجهة الرابعة : أنّ الاحتكار هل يختصّ بالشراء كما ورد في صحيحتين من الروايات المتقدمة^(٢) حيث ورد في إحداها « وكان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه » الخ وفي الصحيحة الأخرى « قال إنّما المحكرة أن تشتري طعاماً » الخ ، أو أنّ الاحتكار مطلق حبس الطعام ولا يختصّ بخصوص الاشتراء بل يعمّ ما إذا وهبه أحد أو زرع هو بنفسه وحبسه ؟ الظاهر هو الثاني لعدم اختصاص المحكرة

(١) الوسائل ١٧ : ٤٢٣ / أبواب آداب التجارة ب ٢٧ ح ١ .

(٢) في الصفحة ٥١٠ .

بالاشتراء ، وأما ما ورد في صحيحة سالم الحنطاط^(١) من أن حكيم بن حزام كان إذا دخل الطعام المدينة اشتراه كله فمر عليه النبي (صلى الله عليه وآله) فقال له يا حكيم بن حزام إياك أن تحتكر ، فهو بيان لمورد من موارد الاحتكار فلا يوجب اختصاص الحكم به .

وأما ما في صحيحة الحلبي من قوله « إنما المحكرة أن تشتري طعاماً وليس في المصر طعام غيره فتحتكر فإن كان في المصر طعام غيره فلا بأس » فالمفهوم المستفاد من كلمة إنما المصرية هو أنه لو كان في المصر طعام غيره فلا بأس كما صرح به بعده لأن مفهومها أنه إن لم يشتري الطعام فلا بأس ولا احتكار حتى يتوهم أن الاحتكار يدور مدار الاشتراء فينتفي عند انتفائه ، فهي أيضاً بيان للمورد الغالب في الاحتكار لأن الغالب في التجار هو الاشتراء دون الزرع أو الاتهاب . فالتحصّل أن الاحتكار لا يختص بالشراء .

الجهة الخامسة : أن الحاكم يجوز أن يجبر المحتكر على البيع ، وهذا ممّا لا خلاف فيه بينهم ، نعم لا يمكنه التسعير على ماله بل يجبره على أن يبيع الطعام بأيّة قيمة أراد ما لم يبلغ إلى حدّ يوجب منع الناس عن الاشتراء لأنه ممنوع لرجوعه إلى الاحتكار في السوق ، إذ الاحتكار ليس بمعنى إخفاء المال ووضعه في الدار بل المراد منع الناس عن الوصول إليه ولو مع مشاهدتهم إياه كما إذا أراد بيع ما يسوى بدرهمين بدينارين ، وقد حكى عن النبي (صلى الله عليه وآله)^(٢) أنه (صلى الله عليه وآله) لم يسّر للطعام وقال التسعير بيد الله تعالى بحسب الزيادة والنقصان أي بحسب زيادة الطعام ووفوره الموجب لنقصان قيمته أو نقصانه الموجب لزيادة قيمته ، وإنما

(١) في الصفحة ٥١٠ .

(٢) الوسائل ١٧ : ٤٣٠ / أبواب آداب التجارة ب ٣٠ ح ١ .

جوز إجبار المحتكر على البيع كما أنَّ للحاكم إجبار المالك على البيع في غير موارد الاحتكار إذا كانت في بيعه مصلحة للناس .

الجهة السادسة : أنَّ الاحتكار بما هو وفي نفسه لا ينقسم إلا إلى الحرام والحلال لأنَّه مع الحاجة حرام وبلا حاجة حلال ، وأما اتصافه بسائر الأحكام من الاستحباب والوجوب والكراهة فالظاهر أنَّه لأجل عنوان آخر طارئ على الاحتكار ، لما عرفت من أنَّ الاحتكار في حدِّ نفسه لا يتَّصف بغير الحرمة والحليَّة نعم يمكن أن يكون الاحتكار واجباً بعنوان حفظ النفوس المحترمة كما إذا توقَّف حفظها على احتكار الطعام في النصب حتَّى لا يموتون في المجاعة جوعاً ، ويمكن أن يتَّصف بالاستحباب كما إذا احتكر الطعام مع عدم الحاجة لأجل التوسعة على الزوَّار حيث إنَّ الطعام عند قدومهم يغلى وترقِّ قيمته وربما ينفد ، فلا مانع من باب التوسعة والإعانة للزوَّار أن يتَّصف بالاستحباب ، كما ربما يتحقَّق عنوان يوجب كراهة الاحتكار ، إلَّا أنَّ هذا كلُّه من جهة العناوين الطارئة لا إنقسام الاحتكار إليها في نفسه ، هذا تمام الكلام في البيع وقد انتهى الأمر إلى آخر كتاب البيع يوم الأحد ثلاثة وعشرين خلت من شهر جمادى الأولى من شهور سنة خمسة وسبعين وثلاثمائة بعد الألف في المدرسة الخليلية الكبرى في النجف على ساكنها السلام حامدين مصلِّين والحمد لله ربِّ العالمين .

فهرس الموضوعات

الموضوع الصفحة

البيع - ٢

- الكلام في المجيز ٣
- اشتراط كون المجيز جائز التصرف حين الاجازة ٣
- اشتراط وجود مجيز حين العقد ٣
- اشتراط كون المجيز جائز التصرف حين العقد ٧
- بيع العين المرهونة ٩
- من باع شيئاً لنفسه ثم ملكه ١٣
- ما يمكن أن يستدل به على بطلانه ١٤
- عذول واستدراك ١٨
- الأخبار الواردة في النهي عما ليس عنده وما لا يملكه ٢٨
- لو باع للغير ثم ملكه بعد ذلك ٣٢
- لو باع معتقداً عدم جواز التصرف ثم ظهر جوازه ٣٦
- الكلام في العقد المجاز ٤٧
- اعتبار كون العقد المجاز جامعاً لجميع الشرائط ٤٧

- ٤٩ هل يشترط الشروط إلى زمان الاجازة ؟
- ٥٠ فرع : اذا انقلب الخل بعد العقد إلى الخمر
- ٥٠ هل يشترط العلم بالعقد المجاز تفصيلاً ؟
- ٥٠ التعليق في الاجازة
- ٥٣ ترتّب العقود الفضولية
- ٦٢ الكلام في أحكام الردّ
- ٦٢ تحقّق الردّ بالفعل
- ٦٣ تصرّفات المالك قبل الاجازة
- ٧٢ أحكام قبض المال ودفعه بعد الاجازة والردّ
- ٧٢ مطالبة المالك العين بمّن توجد عنده
- ٧٢ حكم تلف العين مع ردّ المالك
- ٧٢ حكم تلف المنافع مع ردّ المالك
- ٧٣ حكم زوال صفات العين
- ٧٤ رجوع المشتري الجاهل على الفضولي بالثمن مع ردّ المالك
- ٧٥ رجوع المشتري العالم على الفضولي بالثمن مع ردّ المالك
- ٧٥ عدم تملّك الفضولي بتسليم المشتري له على الثمن
- ٧٧ حكم تصرّف الفضولي في الثمن مع ردّ المالك
- ٧٨ هل يضمن البائع الفضولي تلف الثمن ؟
- ٨٤ حكم ما يغترمه المشتري من المنافع والقيمة والأجزاء والأوصاف ...
- ٨٦ قاعدة الغرور
- ٩٨ كيفية اشتغال ذمم متعدّدة بمال واحد
- ١١٧ الكلام فيما إذا باع الفضولي ملك نفسه وملك غيره

- ١٢٢ من باع نصف الدار مع كونه مالكا لنصفها
- ١٣١ بيع ما يملك مع ما لا يملك
- ١٣٦ الكلام في ولاية الأب والجد
- ١٣٦ دليل ولاية الأب والجد
- ١٣٨ تقيد الولاية بالعدالة
- ١٤١ تقيد الولاية بالمصلحة أو عدم المفسدة
- ١٥١ عموم الولاية للجد الأعلى
- ١٥١ لو فقد الأب فهل تختص الولاية بالجد أو يشترك معه أبوه ؟
- ١٥٢ عدم اختصاص ولاية الجد بحال حياة الأب
- ١٥٦ الكلام في ولاية الفقيه
- ١٥٦ مناصب الفقيه : الفتوى ، الحكم ، التصرف في الأنفس والأموال
- ١٥٧ أقسام ولاية النبي (صلى الله عليه وآله) والأئمة (عليهم السلام)
- ١٦٤ المناقشة في الروايات المتوهم دلالتها على ولاية الفقيه
- ١٦٨ التأمل في ثبوت الولاية لأنبياء بني اسرائيل
- ١٧٠ الروايات الدالة على ولاية الفقيه بمعنى وجوب استئذانهم
- ١٧٣ الاستدلال على ولاية الفقيه بوجهين آخرين
- ١٧٤ مقتضى الأصل العملي عند الشك في ولاية الفقيه
- ١٧٦ ولاية عدول المؤمنين
- ١٧٧ اشتراط العدالة في المؤمن
- ١٨٢ حكم مزاحمة فقيه لفقيه آخر ونقضه لحكمه
- ١٨٣ هل يجوز مزاحمة من تصدى من المؤمنين ؟
- ١٨٤ اعتبار العدالة في الولي لتصحيح الشراء منه

- ١٨٧ اشتراط المصلحة في تصرف الحاكم وعدول المؤمنين
- ١٩٤ بيع المسلم من الكافر
- ١٩٤ أدلة بطلان البيع ومناقشتها
- ٢٠١ تعميم المنع للاجارة والهبة والعارية والوديعة
- ٢٠٤ معنى الكافر في المقام
- ٢٠٤ تعميم المنع لأولاد الكفار وللمجنون
- ٢٠٤ عدم اختصاص المؤمن بالشيعة في حرمة بيعه للكافر
- ٢٠٥ تعميم المنع للمنافق
- ٢٠٥ الحكم بالإسلام على أولاد المسلمين
- ٢٠٦ مستثنيات عدم جواز بيع المسلم من الكافر
- ٢٠٦ ١- كون العبد ممن ينعتق على الكافر
- ٢٠٧ ٢- إذا اعترف الكافر بأن العبد من أقربائه
- ٢٠٩ ٣- إذا أمر الكافر بعتق العبد المسلم عنه
- ٢٠٩ ٤- اشتراط البائع على المشتري الكافر عتق العبد
- ٢١٠ إرث الكافر للعبد المسلم
- ٢١٣ هل يلحق بالارث كل ملك غير اختياري؟
- ٢١٤ الكلام في من يتولى بيع العبد المسلم
- ٢١٥ عدم ثبوت الخيار للكافر في شراء العبد المسلم
- ٢٢٣ بيع المصحف من الكافر
- ٢٢٦ الكلام في شروط العوضين
- ٢٢٦ ١- اشتراط المالية في العوضين
- ٢٣٠ أقسام الأرضين وأحكامها

- ملكية الإمام (عليه السلام) لأراضي الموات بالأصالة ٢٣٠
- اختصاص جواز التصرف بالشيعة ٢٣١
- وجوب الخراج وعدمه ٢٣٢
- حصول الأحقية أو الملكية بالاحياء ٢٣٥
- بيع الأراضي المحياة ٢٣٧
- ملكية الإمام (عليه السلام) للأراضي العامرة بالأصالة ٢٣٧
- ثبوت الملكية بمجازة الأراضي العامرة ٢٣٩
- الأراضي التي عرض لها الموت بعد العمارة ٢٤٢
- أقسام الأراضي التي تكون في يد الكفار ٢٤٦
- الأراضي الصلحية أو الخراجية ٢٤٧
- تملك الأراضي المفتوحة عنوة ٢٤٧
- وجوب الخراج على الأراضي المفتوحة عنوة ٢٤٩
- الأراضي المحياة حين الفتح لو عرض لها الخراب ٢٥٠
- ٢- اشتراط كون العوضين ملكاً طلقاً ٢٥٢
- الكلام في بيع الوقف ٢٥٣
- أدلة عدم جواز بيع الوقف ٢٥٣
- الكلام في بطلان الوقف بمجرد جواز بيعه ٢٥٧
- الأقوال في جواز بيع الوقف ٢٦٢
- أقسام الوقف الذي يجوز بيعه وما لا يجوز ٢٦٣
- صور جواز بيع الوقف ٢٦٩
- الأولى : عروض الخراب للوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به ٢٦٩

التنبيه على فروع :

- الفرع الأول : جريان حكم الوقف على البذل كالمبدل ٢٧٣
- الفرع الثاني : عدم الحاجة إلى صيغة الوقف ٢٧٤
- الفرع الثالث : هل البذل كالمبدل في عدم جواز بيعه إلا لمجوز ٢٧٥
- الفرع الرابع : هل يعتبر بعد بيع الوقف شراء مماثله أم لا ٢٧٦
- الفرع الخامس : الكلام في من يباشر بيع الوقف ٢٧٧
- الفرع السادس : سقوط نظارة متولي الوقف مع بيعه ٢٧٩
- الفرع السابع : إيدال الوقف بما لا يمكن وقفه كالدراهم والدنانير ٢٧٩
- جعل ثمن الوقف عند أمين ٢٨٢
- الفرع الثامن : إذا خرب بعض الوقف ٢٨٢
- اتجار البطن الموجود بثمن الوقف ٢٨٢
- الفرع التاسع : احتياج الوقف إلى صرف المنفعة فيه ٢٨٣
- الفرع العاشر : لو خرب بعض الوقف واحتاج بعضه الآخر إلى التعمير ٢٨٤
- حكم سقوط الوقف عن الانتفاع بالنسبة للموقوف عليهم ٢٨٤
- سقوط الوقف عن الانتفاع بعد مدة قليلة ٢٨٤
- الثانية : خراب الوقف بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به ٢٨٥
- الثالثة : قلة منفعة الوقف ٢٨٩
- الرابعة : إذا كان البيع أعود وأنفع للموقوف عليهم ٢٨٩
- الخامسة : إذا أصاب الموقوف عليهم حاجة شديدة ٢٩٣
- السادسة : اشتراط الواقف بيعه عند الحاجة ٢٩٤
- السابعة : العلم أو الظن بأداء بقائه إلى الخراب ٢٩٧
- الثامنة : وقوع الاختلاف بين الموقوف عليهم ٢٩٧

- التاسعة: كون بقاء الوقف مؤدياً إلى الضرر على الموقوف عليهم ... ٢٩٧
- العاشر: لزوم فساد يستباح منه الأنفس ٢٩٧
- الكلام في الوقف المنقطع ٣٠٤
- الكلام في بيع العين المرهونة ٣٠٦
- هل يصح بيع العين المرهونة مع حقوق الاجازة ؟ ٣٠٧
- هل الاجازة كاشفة أم ناقلة ؟ ٣١٢
- الكلام في تأثير الاجازة بعد الرد ٣١٣
- فك الرهن بعد البيع بمنزلة الاجازة ؟ ٣١٥
- هل يجوز للراهن فسخ العقد قبل الفك ونحوه ؟ ٣١٧
- ٣- اشتراط القدرة على تسليم العوضين ٣١٨
- الاستدلال عليه بحيث النهي عن بيع الغرر ٣١٩
- لحوق العلم بالخطر باحتمال الخطر في بطلان البيع ٣٢١
- الاستدلال على البطلان بلزوم السفاهة ٣٢١
- الاستدلال على البطلان بعدم مالية المتعذر تسليمه ٣٢١
- الاستدلال على البطلان بقوله « لا تبع ما ليس عندك » ٣٢٢
- الاستدلال على البطلان بالملازمة بين صحة العقد ووجوب التسليم ٣٢٥
- الاستدلال على البطلان بلزوم نقض الغرض من البيع ٣٢٦
- هل القدرة على التسليم شرط أو العجز مانع ؟ ٣٣٠
- اختصاص اعتبار القدرة على التسليم بمن ينتسب إليه العقد ٣٣٥
- صحة بيع العبد مع عدم القدرة على تسليمه لمن ينعتق عليه ٣٣٥
- اعتبار القدرة على التسليم في زمانه لا مطلقاً ٣٣٦
- ذكر فروع في المقام ٣٤١

- كون الشرط هو القدرة المعلومة لا القدرة الواقعية ٣٤٢
- الكلام في بيع العبد الآبق ٣٤٦
- لحوق الضالّ والمغضوب بالآبق ٣٥٠
- الصلح على ما يتعذر تسليمه ٣٥٠
- شروط الضميمة في بيع الآبق ٣٥٣
- اختصاص جواز بيع الآبق بصورة رجاء الوجدان ٣٥٤
- اشتراط كون الضميمة ممّا يملك ويباع منفرداً ٣٥٥
- ضمّ المنفعة إلى بيع الآبق ٣٥٦
- وقوع البيع في مقابل المجموع من العبد والضميمة ٣٥٦
- تلف العبد قبل حصول اليأس منه ٣٥٧
- تلف الضميمة قبل قبضها ٣٥٧
- العقد على الضميمة فضولاً ٣٥٨
- ٤- اشتراط العلم بمقدار الثمن ٣٦٠
- ٥- اشتراط العلم بمقدار المثلث ٣٦٣
- اعتبار العلم بالكيل والوزن في المكيل والموزون ٣٦٣
- عدم اعتبار الكيل والوزن في الدراهم والدنانير ٣٦٩
- كفاية العلم الاجمالي بمقدار الثمن والمثلث ٣٧٠
- عدم جواز بيع المعدود جزافاً ٣٧١
- بيع المذروع جزافاً ٣٧١
- بيع المكيل بالوزن وبيع الموزون بالكيل ٣٧٢
- هل يلزم علم المتبايعين بالمقادير تفصيلاً ؟ ٣٧٥
- الكلام في جواز كيل المعدود أو وزنه ٣٧٦

- المناطق في كون شيء من المكيل أو الموزون ٣٧٧
- تصديق البائع في إخباره بمقدار المبيع ٣٨١
- إذا ظهر المبيع على خلاف ما أخبر به البائع ٣٨٢
- البيع بالمشاهدة فيما لا يكال ولا يوزن ٣٨٦
- الكلام في بيع بعض أجزاء الشيء ٣٨٧
- تصوير الاشاعة وبيع الكلّي في المعين ٣٩٢
- معنى القسمة وأنها بيع أو إفراز حق ٣٩٥
- تصوير بيع الكلّي في الخارج ٣٩٧
- بيع صاع من صبرة ٤٠٠
- الشك في قصد المتبايعين الكسر المشاع أو الكلّي في الخارج ٤٠١
- تعيين البائع خصوصيات المبيع في بيع الكلّي في الخارج ٤٠٣
- عدم حساب التلف على المشتري في بيع الكلّي في الخارج ٤٠٣
- حكم ما لو باع من شخص آخر صاعاً كلياً آخر وقد تلف المبيع ٤٠٤
- صور إقباض الكلّي ٤٠٩
- لو باع ثمرة أشجار واستثنى منها ثمرات ٤١٠
- أقسام بيع الصبرة ٤٢١
- بيع العين بمشاهدة سابقة ٤٢٦
- إحراز بقاء أو صاف المبيع بالاستصحاب ٤٢٧
- إذا اشترى المبيع برؤية سابقة وقد ظهر التخلف ٤٢٨
- الاختلاف في تغير المبيع ٤٣٣
- الاختلاف في تقدّم تغير المبيع وتأخّره ٤٤٢
- الاختلاف في تقدّم التلف على البيع أو تأخّره عنه ٤٤٥

- ٤٥١ بيع ما يفسده الاختبار وما لا يفسده
- ٤٥١ عدم اعتبار الاختبار فيما يفسده الاختبار
- ٤٥٢ اعتبار الاختبار فيما لا يفسده الاختبار
- ٤٥٢ جواز ترك الاختبار باسئراط الصحة
- ٤٥٤ اعتبار البعض البراءة من العيوب
- ٤٥٧ حكم تبين فساد المبيع
- ٤٦٢ الكلام في من يتحمل مؤونة النقل
- ٤٦٦ بيع المسك في الفأر
- ٤٦٨ بيع اللؤلؤ في الصدف والبيض في الدجاج
- ٤٦٨ بيع المجهول فيما إذا ضم إليه معلوم
- ٤٧٢ الكلام في معنى التابع الذي استثنى من ضم المجهول إلى معلوم
- ٤٧٩ الكلام في الانذار للظرف
- ٤٨٦ بيع المظروف وظرفه
- ٤٩٠ الكلام في التفقه في مسائل التجارات
- ٤٩٣ الجمع بين روايات طلب الكسب وطلب العلم
- هل يجوز ترك الاشتغال وطلب العلم مع الصرف من الوجوه
- ٤٩٦ الشرعية ؟
- ٤٩٧ الكلام في تلقي الركبان
- ٥٠٢ الكلام في النجش
- ٥٠٢ دفع المال إلى الغير للصرف في جهة خاصة
- ٥٠٩ احتكار الطعام
- ٥١٧ فهرس الموضوعات