



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عيد ميلاد
عمر الکرمان

www. **Ghaemiyeh** .com
www. **Ghaemiyeh** .org
www. **Ghaemiyeh** .net
www. **Ghaemiyeh** .ir

أَعْلَانُ الْمَقَامِ

فِي كِتَابِ الْعَرَبِيَّةِ الْفَارِسِيَّةِ

كِتَابُ الْبَحْثِ

لِلْمُؤَلَّفِ

مُتَمَمَّةٌ لِأَيُّوْبَ الْقَطَّانِ
الَّتِي فِي تَأْوِيلِهَا مَسْئَلَةٌ فِي الْفَرَاقِ

مُعَرَّبَةٌ لِلْإِمَامِ عَلِيِّ بْنِ أَبِي تَالِبٍ (ع)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

انوار الفقاهة - كتاب البيع

كاتب:

ناصر مكارم شيرازي

نشرت في الطباعة:

اطلاعات

رقم الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٢٠	انوار الفقاهة - كتاب البيع
٢٠	اشارة
٢٠	[المدخل]
٢٠	[مقدمة المؤلف]
٢٢	كتاب البيع
٢٢	تعريف البيع لغة و عرفا تعريفه فى كلمات الفقهاء
٢٢	اشارة
٢٣	هذا و تحقيق ما ذكره يحتاج إلى بسط الكلام فى امور
٢٣	اشارة
٢٣	١- كيف نشأت البيوع و المعاملات؟
٢٤	٢- هل اللازم كون المبيع من الاعيان؟
٢٤	٣- ما المراد من العين؟
٢٧	٤- حكم ما إذا كان كل من العوضين من الأثمان أو العروض
٢٧	٥- هل يصح جعل المنفعة ثمنا؟
٢٧	٦- هل يكون عمل الحر ثمنا فى البيع؟
٢٨	٧- الحقوق و دورها فى البيع و الشراء
٣١	عود إلى تعريف البيع:
٣١	اشارة
٣٥	بقى هنا امور:
٣٦	١- فى معانى البيع:
٣٧	٢- هل البيع و شبهه موضوع للصحيح أو الأعم؟
٣٨	٣- ما هى حقيقة الإنشاء؟

- ٣٩ بيع المعاطاة و أحكامها
- ٣٩ اشارة
- ٣٩ المقام الأول: فى الأقوال فى المسألة
- ٣٩ اشارة
- ٤٢ ما يلزم القول بالاباحة من الإشكالات:
- ٤٥ [المقام الثانى فى الأدلة]
- ٤٥ أدلة صحة المعاطاة:
- ٤٧ أدلة القائلين ببطلان المعاطاة:
- ٥٠ [المقام الثالث فى] تنبيهات
- ٥٠ التنبيه الأول: هل يعتبر فى المعاطاة جميع شروط البيع؟
- ٥٣ التنبيه الثانى: هل المعاطاة مشروطة بالتعاطى من الطرفين، أم لا؟
- ٥٤ التنبيه الثالث: طريق تمييز البائع من المشتري فى المعاطاة
- ٥٦ التنبيه الرابع: أقسام المعاطاة
- ٥٨ التنبيه الخامس: جريان المعاطاة فى سائر العقود
- ٥٨ اشارة
- ٥٩ بقى هنا امور:
- ٥٩ الأول: المعروف بين الأصحاب بل حكى الاتفاق و الإجماع على اعتبار- اللفظ فى [النكاح]
- ٥٩ الثانى: قد يقال بعدم جريان المعاطاة فى «الرهن» و «الوقف»
- ٦٠ الثالث: قد يقال بعدم جريانها أيضا فى «القرض» و شبهه
- ٦٠ الرابع: الظاهر جريان المعاطاة فى الايقاعات أيضا
- ٦٠ التنبيه السادس: فى ملزمات المعاطاة (و اصالة اللزوم فى جميع المعاملات)
- ٦٠ اشارة
- ٦١ ١- الاستصحاب
- ٦٢ ٢- التمسك بآية الوفاء بالعقود

- ٦٢ اشارة
- ٦٣ بقى هنا شىء:
- ٦٣ ٣ و ٤- التمسك بأية حرمه أكل المال بالباطل:
- ٦٤ ٥- التمسك بأية حليه البيع:
- ٦٥ ٦- حديث التسلط:
- ٦٥ ٧- التمسك بلزوم الوفاء بالشروط
- ٦٦ ٨- الاستدلال بعدم حل مال الغير إلّا برضاه
- ٦٦ اشارة
- ٦٧ و قد أورد على الاستدلال بها بأمر:
- ٦٨ ٩- رواية «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»
- ٦٨ ١٠- بناء العقلاء على اللزوم:
- ٦٩ عود إلى ملزمات المعاطاة:
- ٧٠ التنبيه السابع: جريان أحكام الخيار فى المعاطاة
- ٧١ التنبيه الثامن: هل البيع الفاسد بحكم المعاطاة؟
- ٧١ اشارة
- ٧١ فيه أقوال:
- ٧٢ التنبيه التاسع: هل الكتابة ملحقه بالمعاطاة أم لا؟
- ٧٣ التنبيه العاشر: حكم النماء
- ٧٣ عقد البيع و ألفاظه
- ٧٣ اشارة
- ٧٥ المقام الأول: فى مواد الصيغه
- ٧٧ المقام الثانى: الألفاظ الخاصه لإنشاء البيع
- ٧٧ اشارة
- ٧٧ ١- الإيجاب

- ٧٨ ٢- الشراء
- ٧٩ ٣- ملكت
- ٨٠ المقام الثالث: اعتبار العربية في العقد و عدمها
- ٨٠ اشارة
- ٨٢ بقى هنا امور:
- ٨٣ المقام الرابع: هل يشترط الماضوية؟
- ٨٥ المقام الخامس: تقديم الإيجاب على القبول
- ٨٥ اشارة
- ٨٨ بقى هنا أمران:
- ٩٠ المقام السادس: اعتبار الموالاة في العقد
- ٩٢ المقام السابع: اعتبار التنجيز في العقد
- ٩٢ اشارة
- ٩٣ أدلة بطلان التعليق في الإنشاء:
- ٩٧ المقام الثامن: التطابق بين الإيجاب و القبول
- ٩٧ المقام التاسع: بقاء أهلية المتعاقدين إلى آخر العقد
- ٩٨ المقام العاشر: اختلاف المتعاقدين اجتهادا أو تقليدا
- ٩٨ اشارة
- ١٠١ بقى هنا امور:
- ١٠٢ أحكام العقد الفاسد
- ١٠٢ اشارة
- ١٠٢ المسألة الاولى: الضمان
- ١٠٢ اشارة
- ١٠٢ الأول: من تعرض للمسألة
- ١٠٣ الثاني: مفاد القاعدة

- الثالث: مدارك القاعدة ١٠٣
- وجوه البيع الفاسد و صورته: ١٠٨
- عكس القاعدة: ١٠٨
- المسألة الثانية: وجوب الرد ١٠٩
- المسألة الثالثة: حكم المنافع المستوفاة و غير المستوفاة ١١١
- اشارة ١١١
- اشارة إلى قاعدة «الخراج بالضمان»: ١١٢
- حكم المنافع غير المستوفاة: ١١٥
- و قد يستدل على عدم الضمان هنا بامور: ١١٦
- المسألة الرابعة: ضمان المثلى و القيمي بالقيمة ١١٧
- اشارة ١١٧
- ما هو المثلى و القيمي؟ ١١٩
- بقي هنا امور تتعلق بالمثلى و القيمي: ١٢٠
- الأمر الأول: اختلاف المثلى و القيمي باختلاف الأزمان ١٢٠
- الأمر الثاني: هل يجوز للمالك أن يطلب من الضمان القيمة بدل المثل؟ ١٢١
- الأمر الثالث: بعض الاشياء فى بعض البلاد مثليا و فى بلد آخر قيميا ١٢١
- الأمر الرابع: قد يكون شىء مثليا فى بعض فصول السنة ١٢١
- الأمر الخامس: إذا شك فى شىء أنه مثلى أو قيمي ١٢٢
- الأمر السادس: إذا لم يوجد المثل إلا بأكثر من قيمته ١٢٣
- الأمر السابع: حكم تعذر المثل فى المثلى ١٢٤
- اشارة ١٢٤
- تنبيهات: ١٢٥
- «الأول»: إذا تعذر المثل من أول الأمر ١٢٥
- «الثانى»: ما المراد بالاعواز فى أمثال المقام؟ ١٢٦

- ١٢٦ «الثالث» كيف يمكن معرفة القيمة مع عدم وجود المثل
- ١٢٦ الأمر الثامن: حكم القيمي و مدار القيمة.
- ١٢٦ اشارة
- ١٢٩ إشكالات ترد على صحيحة أبي ولاد:
- ١٣٠ القول بضمن أعلى القيم:
- ١٣٠ اشارة
- ١٣٢ و هنا فرعان:
- ١٣٢ الأول: كل ما مرّ في ارتفاع القيمة و انخفاضها كان بحسب الأزمنة و الأيام المختلفة
- ١٣٣ الثاني: إذا زادت قيمة العين لا لارتفاع القيمة السوقية بل لزيادة نفس العين، فهل يضمنها أم لا؟
- ١٣٣ الأمر التاسع: أحكام بدل الحيلولة:
- ١٣٣ اشارة
- ١٣٦ بقي هنا امور:
- ١٣٦ ١- مورد بدل الحيلولة:
- ١٣٧ ٢- هل يملك البديل الذي يعطى للحيلولة؟
- ١٣٧ ٣- ما هو حكم النماءات هنا؟
- ١٣٨ ٤- هل يضمن ارتفاع القيمة بعد أداء البديل؟
- ١٣٨ ٥- إذا تمكن من ردّ العين و جب ردّها فوراً.
- ١٣٨ ٦- هل يدخل العين في ملك الغاصب
- ١٣٨ ٧- إذا تصرف المالك في البديل تصرفاً يخرج عنه الملكية.
- ١٣٩ ٨- إن كان المالك قادراً على أخذ العين و الغاصب عاجزاً
- ١٣٩ شرائط المتعاقدين
- ١٣٩ اشارة
- ١٣٩ الشرط الأول: «البلوغ»
- ١٣٩ اشارة

- ١٤٠ المقام الأول: استقلال الصبي بالتصرف فى أمواله
- ١٤٣ المقام الثانى: تصرف الصبى فى أمواله بأذن الولى و أجازته
- ١٤٣ المقام الثالث: فى تصرفه فى مال غيره بإذنه
- ١٤٣ اشارة
- ١٤٤ بقى هنا شىء:
- ١٤٤ و أجب عنه بأمر:
- ١٤٥ المقام الرابع: فى حكم قبول الصبى للهدايا و الهبات و شبهها
- ١٤٦ المقام الخامس: وكالته عن غيره فى اجراء صيغ العقود
- ١٤٦ المقام السادس: من أحكام الصبى «فى حكم إسلامه»
- ١٤٨ المقام السابع: فى شرعية عبادات الصبى
- ١٥١ بقى هنا امور:
- ١٥٢ الشرط الثانى: «العقل و الرشده»:
- ١٥٢ الشرط الثالث: «القصد»
- ١٥٣ الشرط الرابع: «فى اعتبار تعيين المالك و من له العقد»
- ١٥٤ الشرط الخامس: «اعتبار الرضا من المتعاقدين»
- ١٥٤ اشارة
- ١٥٧ و هاهنا مسألتان:
- ١٥٧ الاولى: هل المكروه فاقد للقصد؟
- ١٥٨ الثانية: فى حقيقة الإكراه
- ١٦١ بقى هنا امور:
- ١٦٢ [الشرط السادس أن يكونا مالكين أو مأذونين من قبل المالك]
- ١٦٢ بيع الفضولى
- ١٦٢ [فى صحة بيع الفضولى و بطلانه]
- ١٦٢ المسألة الاولى: عدم صحة عقد الفضولى و وقوفه على الإجازة

- ١٦٢ اشارة
- ١٦٦ بقى هنا امران:
- ١٦٦ ١- ذكر فى المكاسب أن الاذن قد يكون صريحا، و اخرى فحوى
- ٤ ٢- ذكر الشيخ قدس سره فى ذيل كلامه فى المكاسب أنه لو سلم كون هذا الفرض فضوليا، و لكن ليس كل فضولى يتوقف لزومه
- ١٦٩ الأدلة الخاصة على صحة الفضولى:
- ١٦٩ الاولى: رواية عروة البارقى
- ١٧٢ الثانية: ما ورد فى باب النكاح
- ١٧٤ الثالثة: فى أبواب المضاربة
- ١٧٥ الرابعة: فى الاتجار بمال اليتيم
- ١٧٦ الخامسة: ما روى فى العبد المأذون
- ١٧٦ السادسة: صحيحة الحلبي
- ١٧٧ السابعة: ما ورد حول السمسار
- ١٧٧ الثامنة: ما ورد من التعليل فى الباب نكاح العبد بغير إذن مولاه
- ١٧٨ التاسعة: النصوص الواردة فى الباب الخمس
- ١٧٨ العاشرة: ما دلّ على أن من خان فى الوديعه و أنكرها
- ١٧٨ الحادية عشرة: ما ورد فى امضاء الورثة الوصية الزائدة على الثلث بعد وفات الميت
- ١٧٩ الثانية عشرة: ما ورد فى جواز التصدق بمجهول المالك
- ١٨٠ أدلة القائلين ببطلان الفضولى
- ١٨٣ المسألة الثانية: إذا سبق المنع من المالك
- ١٨٥ المسألة الثالثة: بيع الفضولى لنفسه
- ١٨٥ اشارة
- ١٨٥ و ما استدل به للبطلان امور:
- ١٨٨ بقى هنا امور:
- ١٨٨ الأول: قد ظهر ما ذكرنا أنه لا فرق بين كون الغاصب الفضولى بايعا لمال غيره أو مشتريا بمال غيره شيئا

- ١٨٨ الثاني: و قد حكى عن بعض الأصحاب طريق آخر لحل مشكل عدم تطابق الإجازة
- ١٨٨ الثالث: هل يصح إجازة عقد الفضولى، البائع لنفسه أو المشتري لنفسه
- ١٨٩ الرابع: و قد يورد إشكال آخر هنا على صحة بيع الفضولى لنفسه
- ١٨٩ الخامس: و هاهنا تفصيل آخر عكس التفصيل السابق فى مسألة الفضولى الغاصب البائع لنفسه
- ١٩٠ السادس: لا إشكال فى جريان الفضولى فى العين الخارجى، و أما الكلى فى الذمة
- ١٩١ السابع: هل تجرى المعاطاة فى الفضولى أو يختص بالبيع العقدى؟
- ١٩٢ الكلام فى الإجازة
- ١٩٢ إشارة
- ١٩٥ معنى الكشف و اقسامه:
- ١٩٧ القول بكون الإجازة نافلة:
- ١٩٨ ثمره القول بالكشف و النقل:
- ٢٠٣ تنبيهات
- ٢٠٣ التنبيه الأول: «الفاظ الإجازة»
- ٢٠٤ التنبيه الثانى: جواز العقد مطلقا
- ٢٠٥ التنبيه الثالث: هل يعتبر فى الإجازة أن لا يسبقها رد؟
- ٢٠٦ التنبيه الرابع: هل الإجازة تورث أم لا؟
- ٢٠٧ التنبيه الخامس: هل القبض شرطا فى صحة العقد؟
- ٢٠٧ التنبيه السادس: هل الإجازة على الفور أو لا؟
- ٢٠٨ التنبيه السابع: هل يجب مطابقة الإجازة مع العقد؟
- ٢٠٩ شرائط المجيز
- ٢٠٩ إشارة
- ٢١٣ كلام المحقق الأنصارى فى هذه الأخبار:
- ٢١٤ تحقيق فى معنى «ما دل على النهى عن بيع ما ليس عنده»:
- ٢١٥ الجواب عن الإشكالات الستة:

- ٢١٧ بقى هنا امور:
- ٢١٧ ١- إذا قلنا بصحة هذه المعاملة، فهل تحتاج إلى الإجازة اللاحقة بعد ملكيته للمبيع
- ٢١٨ ٢- قد ورد فى الروايات الباب الإشارة إلى «العينة»
- ٢١٩ ٣- لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف، ثم بان كونه جائز التصرف، فهل تصح المعاملة
- ٢٢٠ الكلام فى أحكام «العقد المجاز»
- ٢٢٠ اشارة
- ٢٢٣ فى ترتيب العقود
- ٢٢٥ فى أحكام الرد
- ٢٢٥ اشارة
- ٢٢٥ المسألة الأولى: بما ذا يتحقق الرد؟
- ٢٢٥ اشارة
- ٢٢٧ بقى هنا فروع:
- ٢٢٨ المسألة الثانية: من أحكام الرد
- ٢٣٠ المسألة الثالثة: ما استدل به لعدم ضمان الغاصب:
- ٢٣٠ اشارة
- ٢٣٣ فذلكه الكلام فى ضمان الغاصب:
- ٢٣٣ بقى هنا امور:
- ٢٣٤ المسألة الرابعة: فى الغرامات:
- ٢٣٤ اشارة
- ٢٣٨ بقى هنا امور:
- ٢٣٨ الأول: انحاء ما يغرمه المشتري فى مقابل العين
- ٢٣٨ الثانى: لو كان البيع فاسدا من جهة اخرى:
- ٢٣٨ الثالث: رجوع المشتري على البائع فى الغرامات قبل أدائها
- ٢٣٩ الرابع: بعض أحكام تعاقب الايدى

- ٢٤٤ الكلام فى بيع ما يملك و ما لا يملك
- ٢٤٤ اشارة
- ٢٤٤ بقى هنا امور:
- ٢٤٤ احدها: فى حكم الخيار هنا
- ٢٤٤ الثانى: فى طريق التقسيط
- ٢٤٨ الثالث: إن الحكم بصحة بيع ما يملك و ما لا يملك فيما إذا كان المتاعان كالخفين
- ٢٤٨ الرابع: ما ذكرناه من الأحكام جارية فى ملك المشاع
- الخامس: إن انضمام الشئتين كما أنه قد يوجب زياد القيمتين أو نقصهاتهما، و قد يكون بحيث يوجب زياده فى أحدهما فقط دون الاخر
- ٢٤٨ السادس: صحة البيع فيما يملك إنما فى ذاتها، و مع قطع النظر عن الطوارى
- ٢٥٠ بقى هنا شىء
- ٢٥٠ بقى هنا أمران:
- ٢٥٠ أولهما: إذا علم المشتري بالحال و بأن البيع لا يصح فى ما لا يملك شرعا
- ٢٥١ ثانيهما: فى كيفية تقويم الخمر و الخنزير و غيرهما، ممّا لا مالیه لها
- ٢٥٢ الكلام فى أولياء العقد
- ٢٥٢ اشارة
- ٢٥٢ «الأول» «و الثانى» ولاية الأب و الجد:
- ٢٥٢ اشارة
- ٢٥٤ بقى هنا امور:
- ٢٥٤ ١- هل يعتبر فى تصرفاتهما رعاية الغبطة و المصلحة؟
- ٢٥٧ ٢- هل تعتبر العدالة فى الولى؟
- ٢٥٨ ٣- هل أن ولاية الأب و الجد فى عرض واحد؟
- ٢٥٨ [الثالث] ولاية الفقيه و وظائفه
- ٢٥٨ اشارة
- ٢٥٨ المقام الاول: مناصب الفقيه

- ٢٥٨ اشارة
- ٢٥٩ المنصب الأول: منصب الافتاء
- ٢٥٩ اشارة
- ٢٦٠ ١- الموضوعات المستنبطة:
- ٢٦٠ ٢- الموضوعات العرفية غير المستنبطة:
- ٢٦١ بقى هنا شىء:
- ٢٦١ المنصب الثانى: القضاء و الحكم بين الناس
- ٢٦١ اشارة
- ٢٦٢ بقى هنا شىء:
- ٢٦٣ المنصب الثالث: الولاية
- ٢٦٣ اشارة
- ٢٦٣ المراتب السبعة فى ولاية الفقيه:
- ٢٦٤ نظرة إجمالية إلى كلمات القوم فى مسألة ولاية الفقيه:
- ٢٦٤ و المتحصل من كلامه امور:
- ٢٦٨ حكم المقامات السبعة فى الولاية:
- ٢٧٠ المقام الثانى: ولاية الفقيه على أخذ الاخماس و الزكوات و شبهها
- ٢٧٠ اشارة
- ٢٧٤ بقى هنا امور:
- ٢٧٧ المقام الثالث: اجراء الحدود الشرعية
- ٢٧٧ اشارة
- ٢٧٨ بقى هنا امور:
- ٢٧٩ المقام الرابع: الولاية على الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر
- ٢٨٥ المقام الخامس: الولاية على الحكومة
- ٢٨٥ اشارة

- ٢٨٥ [هنا أمور أربعة لا بد من البحث عنها]
- ٢٨٥ الاول: ضرورة الحكومة للناس:
- ٢٨٨ الثاني: أولوية الفقيه
- ٢٨٨ اشارة
- ٢٨٩ روايات الولاية:
- ٢٨٩ اشارة
- ٢٨٩ ١- مقبوله عمر بن حنظله
- ٢٩٢ ٢- مشهوره أبي خديجه
- ٢٩٣ ٣- التوقيع المبارك المعروف
- ٢٩٥ ٥- حديث «العلماء حكام الناس»
- ٢٩٦ ٦- حديث «الفقيه امناء الرسل»
- ٢٩٦ ٧- حديث «الفقيهاء حصون الإسلام»
- ٢٩٦ ٨- حديث «العلماء ورثة الأنبياء»
- ٢٩٧ ٩- حديث «اللهم ارحم خلفائي»
- ٢٩٨ ١٠- حديث «السلطان ولي من لا ولي له»
- ٢٩٩ حاصل ما يمكن الاعتماد عليه في إثبات ولاية الفقيه:
- ٣٠٠ بقى هنا امور مهمة:
- ٣٠٠ الأول: هل يكون تعيين الفقيه لمنصب الولاية بالنصب أو بالانتخاب؟
- ٣٠٢ [الثاني] موقف البيعة من أمر الولاية:
- ٣٠٨ الثالث و الرابع: حدود نفوذ ولاية الفقيه و شرائطه
- ٣٠٨ اشارة
- ٣٠٨ ١- مراعاة مصالح الامه
- ٣١٠ ٢- الاستشارة في امور
- ٣١٢ ٣- الرجوع إلى الخبراء

- ٣١٣----- ٤- لزوم الأخذ بأحكام الشرع فى جميع اموره
- ٣١٥----- بحث حول العناوين الثانوية
- ٣١٥----- اشارة
- ٣١٦----- ١- تعريف العناوين الثانوية و حدودها
- ٣١٦----- ٢- كثرة العناوين الثانوية و تنوعها
- ٣١٩----- ٣- دور العناوين الثانوية فى حياة الفقه الإسلامى و إزدهاره
- ٣٢٠----- ٤- النسبة بين العناوين الثانوية و الأولية
- ٣٢١----- ٥- ولاية الفقيه بنفسها من الأحكام و العناوين الأولية
- ٣٢١----- كشف النقاب عن الولاية المطلقة
- ٣٢٢----- المقام السادس: معضلة الولاية على التشريع
- ٣٢٢----- اشارة
- ٣٢٣----- ١- آيات من كتاب الله:
- ٣٢٧----- و قد تحصل ممّا ذكرنا امور هامة:
- ٣٢٨----- حل معضلة اخبار التفويض:
- ٣٣٣----- فذلكة الكلام فى مسألة التفويض:
- ٣٣٥----- بقى هنا امور:
- ٣٣٦----- إشكالات صاحب المعالم على الحديث:
- ٣٣٨----- حديث التفويض إلى الائمة عليهم السلام
- ٣٤٠----- الجواب عن مغالطة فى المقام
- ٣٤٠----- التفويض فى أمر الخلق
- ٣٤١----- المقام السابع: الولاية على الأموال و النفس و حدودها
- ٣٤١----- اشارة
- ٣٤٤----- كيف تكون الأرض كلها للإمام عليه السلام:
- ٣٤٧----- بقى هنا شىء:

- نتيجة البحث في مسألة ولاية الفقيه: ٣٤٨
- [الرابع] ولاية عدول المؤمنين ٣٤٩
- اشارة ٣٤٩
- حاصل الكلام في ولاية عدول المؤمنين: ٣٥٢
- اشارة ٣٥٢
- بقى هنا امور: ٣٥٣
- الأمر الأول: في اعتبار العدالة في المؤمن الذي يتولى هذه الامور ٣٥٣
- الأمر الثاني: في اشتراط ملاحظة الغبطة في عدول المؤمنين ٣٥٦
- تنبيهات: ٣٥٧
- حكم بيع المصحف إلى الكافر ٣٥٨
- اشارة ٣٥٨
- بقى هنا امور: ٣٦٠
- ١- لو قلنا بالحرمة فالظاهر أنها توجب الفساد أيضا ٣٦٠
- ٢- إذا قلنا بالحرمة فالظاهر أنها لا تختص بالبيع ٣٦٠
- ٣- قال في المسالك و الروضة بجريان الحكم في أبعاض القرآن أيضا ٣٦٠
- ٤- قال في الجواهر: «رّما حكى عن ثانی المحققين أن الكتب الحديث و الفقه في حكم المصحف ٣٦٠
- ٥- قد يستثنى منه ما لو اشترط الوقف على المسلم ٣٦١
- ٦- و قد يستشكل في جواز بيع ما يختص بالمؤمنين من كتب الحديث و شبهه ٣٦١
- تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية ٣٦٢

انوار الفقاهة - كتاب البيع

إشارة

شماره كتابشناسى ملى : ايران ٧٦-١٠٣٥٨
 عنوان و نام پديد آور : انوار الفقاهه
 منشا مقاله : ، اطلاعات، (٢٦ مرداد ١٣٧٦): ص ٦.
 توصيفگر : انوار الفقاهه - كتاب البيع
 توصيفگر : فقه
 توصيفگر : مكارم شيرازى، ناصر

[المدخل]

أنوار الفقاهة كتاب البيع الجزء الأول آية الله العظمى ناصر مكارم الشيرازي (مدّ ظلّه)

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢

هوية الكتاب اسم الكتاب: انوار الفقاهة (كتاب البيع) مؤلف: آية الله العظمى مكارم الشيرازي الطبعة: الاولى (المنقحة) تاريخ النشر: ١٤٢٥ هـ عدد النسخ: ١٠٠٠ نسخة رقم الصفحات و القطع: ٥٨٤ صفحة / وزيرى المطبعة: أمير المؤمنين عليه السلام - قم الناشر: مدرسة الإمام على بن ابى طالب عليه السّلام عنوان الناشر: ايران - قم - شارع شهداء - فرع ٢٢ - تلفكس: ٧٧٣٢٤٧٨ - ٧٧٣٢٤٧٨ - ٢٥١ - ٩٨ ردمك: ٤-١٦ - ٨١٣٩ - ٩٦٤ السّعر: ٢٠٠٠ تومان

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كلمة المؤلف في المقدمة يحسن التنبيه على امور:

١- الفقه الإسلامى يتكفل بيان جميع الأحكام التى تمسّ علاقات الإنسان فى حركة الحياة بنحو من الانحاء، علاقته مع الله، علاقته مع الناس، علاقته مع عالم الخلق و الطبيعة، علاقته مع نفسه، فعلى هذا لا يخلو شىء من أعمال الإنسان صغيرها و كبيرها، حتى نواياه الباطنية، عن حكم فقهى.

و هذه الدائرة الواسعة جدّا للفقه الإسلامى تكشف عن عظمتة من جانب، و عن معضلات الفقهاء و المجتهدين و جهودهم فى حلّ مشاكله من جانب آخر، و إليه يشير ما ذكره شيخنا الأعظم قدّس سرّه فى بعض كلماته: «الاجتهاد هو أشدّ من طول الجهاد»!...

فعلى جميع من يقصد ورد هذا الميدان التهيؤ للجهاد الشديد و ذلك بوقف العمر و جميع القوى الجسمانية و الروحانية فى هذا السبيل، مع تحمل مرارة العيش و المشاق الكثيرة، و من الواضح أنّ النتائج المترتبة عليه أيضا عظيمة، و مقترنة بالعنايات الإلهية و التأييدات الربانية.

٢- إنما تدوم عظمة الفقه الإسلامى و يتقدم و ينمو فى ضوء فتح باب الاجتهاد فى جميع الأعصار، و عدم حصره بزمن معين و جمع خاص من المتقدمين، كما تدلّ عليه جميع الأدلة الواردة فى الكتاب و السنة الناظرة إلى هذا المعنى، فليس فيها أى أثر من مزعمة حصر الاجتهاد و استنباط الأحكام عن أدلتها فى قوم أو أفراد معينين.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٦

و معه يتمكن العلماء الكبار المتصلعون فى الفقه على الغور فى مسائله، و كشف النقاب عن حقائقه، و الوصول إلى دقائق لم يصل إليها المتقدمون منهم (جزاهم الله عن الإسلام خير الجزاء) و يتقدم هذا العلم بمرور الزمان كتقدم سائر العلوم الإسلاميه و غيرها. و لذا نرى الذين أغلقوا باب الاجتهاد فى الفقه على أنفسهم، و حصروه فى أئمتهم الأربعة، و منعوا الآخرين أن يحوموا حول هذا الحمى، إنهم لم يتقدموا فى هذا العلم إن لم نقل أنه مال عندهم إلى الغروب و الافول، بينما نرى الفقهاء الذين اقتدوا بأنوار أهل بيت النبى صلى الله عليه و آله قد ازدهر الفقه عندهم قرنا بعد قرن و عصرا بعد عصر، حتى بلغ إلى كثير من غياته و أثمرت أغصانه، و طلعت أنواره، هذا و فى الآونة الأخيرة شوهدت- و الحمد لله- معالم حركة من قبل فقهاء الطائفة الاولى نحو التجاوب مع فقهاء أهل البيت عليه السلام لفتح باب الاجتهاد على مصراعيه، و لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا!

و من الجدير بالذكر أن فقهاء أهل البيت عليه السلام لم يقنعوا بفتح باب الاجتهاد فحسب، بل أتفقوا فى ضوء إرشادات الأئمة المعصومين عليه السلام على عدم جواز تقليد الفقهاء الماضين ابتداء، و فرضوا على الناس تقليد العلماء الأحياء فقط، فصار هذا عندهم رمز حياة الفقه و حركته المطردة، مع ظهور آفاق جديدة فى جميع شؤنه و مسائله.

٣- لا شكّ فى أنا نواجه اليوم مسائل كثيرة مستحدثة فى أبواب المعاملات و العبادات لا بدّ من الجواب عنها، لأنّ الإسلام دين خالد و أحكامه خالدة إلى الأبد و قد أكمل الله لنا دينه و أتمّ علينا نعمته، و من المعلوم عندنا أنّ شيئا من هذه الأسئلة لا يبقى بلا جواب، بل وردت أحكامها فى الاصول الكلية و القواعد العامة فى الكتاب و السنة و الإجماع و دليل العقل، و فى ضوء الاهتداء بهذه الأنوار الإلهية (لا سيما الكتاب و السنة) يتمّ كشف النقاب عنها، أ لم تسمع ما ورد فى خطبة حجة الوداع عن النبى صلى الله عليه و آله: «أيها الناس ما من شىء يقربكم إلى الجنة و يباعدكم عن النار إلّا و قد أمرتكم به، و ما من شىء يقربكم إلى النار و يباعدكم عن الجنة إلّا و قد نهيتكم عنه» بل قد وردت روايات كثيرة عن أئمة أهل البيت عليه السلام أنه: ما من شىء تحتاجه إليه الامّة إلى يوم القيامة إلّا و قد ورد فيه نصّ حتى أرس الخدش!

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٧

و لذلك فإنّ مهمّة المجتهدين و الفقهاء لا تدخل فى دائرة تشريع الأحكام، و وضع القوانين، و إنما وظيفتهم هى استنباط أحكام المسائل المستحدثة عن مداركها الدينيه و استخراجها من منابعها الشرعية، فلا ترى موضوعا من الموضوعات ممّا لا نصّ فيه حتى تصل النوبة إلى الاجتهاد بمعناه الخاص (أى تشريع حكم فيه بالقياس أو الاستحسان أو غيرهما) بل كلّها واردة فى النصوص الخاصة أو الأدلة العامة و القوانين الكلية.

٤- ممّا يلفت النظر فى الفقه فى بدء الأمر أنّ المجتمعات البشرية تتبدل و تتحول كلّ يوم، إلّا أنّ اصول الأحكام الإسلاميه ثابتة و لا تتغير، و حلال محمّد صلى الله عليه و آله حلال إلى يوم القيامة و حرامه حرام إلى يوم القيامة، و مع ذلك تنطبق هذه الاصول الثابتة الخالدة على تلك الحاجات المتغيرة دائما!

و ليس ذلك إلّا من جهة عموم تلك الاصول و شمولها و جامعيتها، كيف و قد صدرت من ناحية الخالق الحكيم العالم بعواقب الامور، الخبير بحاجات نوع الإنسان على الأيام و الدهور، كما هو الحال فى القوانين الطبيعية الإلهية الثابتة طيلة آلاف، بل ملايين سنة و لكن الإنسان مع ذلك يوافق نفسه فى حياته المتغيرة فى كل عصر و زمان مع تلك القوانين الثابتة.

٥- إنّ فقهاءنا الأعلام (قدّس الله أسرارهم) و إن ألفوا مئات بل آلاف الكتب فى جميع أبواب الفقه، من الطهارة إلى الديات، و من

العبادات إلى المعاملات إلبا أن ذلك لا يعنى بلوغ الفقه إلى غايته، و وصوله إلى نهايته، و عدم الحاجة إلى تأليف جديد فى هذا العلم، فكم ترك الأول لآخر، و كم بلغ المتأخر إلى ما لم يصل إليه المتقدم، و لكل إنسان حظ من العلم و الحكمة، فإن العلم ليس مقصورا على قوم خاص، فلا يغرنك و سوسه بعض القاصرين فى ترك الجد و الاجتهاد فى كل مسألة من مسائله، حتى ما يعد من الواضحات المشهورات، فقد يستخرج بالغوص فى هذه البحار من الجواهر الثمينه و الدرر القيمه ما لم يستخرجه الأوائل!

و على هذه الفكرة و بهذه الامنيه بدأنا فى هذا الكتاب - أعنى كتاب البيع من أنوار

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٨

الفقاهة- و إن كتبت فى هذا الباب كتب كثيرة عسى الله أن يجرى على قلمى ما ينفع به هذه الائمة، و يفتح لها بعض الأبواب المغلقة، فإنه ليس هذا على الله بعزیز، و ترى فيها بحمد الله أبحاثا جديدة فى مسائل مهمة من مسائل المعاملات. اللهم اجعله لنا ذخرا و كرامة و مزيدا، و الحمد لله رب العالمين.

قم المشرفة- الحوزة العلمیه ناصر مكارم الشيرازى رمضان المبارك ١٤١١ هـ.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٩

كتاب البيع

تعريف البيع لغه و عرفا تعريفه فى كلمات الفقهاء

إشارة

و لنذكر أولا ما ذكره شيخنا الأعظم قدس سره فى بدء كلامه فى المقام تيمنا به، و استمدادا من نفسه القدسيه، و مقدمة لما يبني عليه من الأبحاث الآتية.

فنقول: و منه سبحانه و تعالى نستمد التوفيق و الهداية: قال فى صدر البحث عند بيان معناه اللغوى و العرفى ما حاصله:

إن البيع فى الأصل - كما عن المصباح المنير - مبادلة مال بمال.

ثم قال: الظاهر اختصاص المعوض بالأعيان، فلا يطلق البيع على أبدال المنافع إلّا مجازا و مسامحة، كالتعبير ببيع خدمة العبد المدبر، و بيع سكنى الدار، و بيع الأراضى الخراجية، ثم قال: هذا بالنسبة إلى المعوض، أما العوض فلا يخلو عن أمور أربعة:

١- العين. ٢- المنافع. ٣- عمل الحر. ٤- الحقوق.

أمّا الأوّل فلا شك فى صحته، و أمّا المنافع فكذلك، كما صرح به غير واحد منهم، و ما يقال من أنّ البيع لنقل الأعيان يراد به بيان المبيع، و أمّا عمل الحر فهو يبني على كونه مالا قبل المعاوضة عليه، و فيه إشكال.

و أمّا الحقوق فهي على أقسام:

١- ما لا يقبل النقل و الاسقاط (كحق الولاية)، فلا إشكال فى عدم وقوعه ثمنا، و دليله ظاهر.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٠

٢- ما يقبل الاسقاط فقط (كحق الخيار و حق الشفعة) فهو أيضا كذلك، للزوم كون الثمن ممّا يقبل النقل إلى البائع.

٣- ما يقبل الانتقال (كحق التحجير) ففيه إشكال، لأخذ المال فى عوضى البيع لغه و عرفا، و ظهور كلمات الفقهاء فى ذلك.

و ذكر فى الجواهر عدم الخلاف و الإشكال فى اعتبار كون المبيع عينا، و لكن جوّز وقوع الثمن عينا أو منفعة أو حقا قابلا للنقل أو الاسقاط بعد ما حكى عن استاذه منع وقوع حقا «١».

و للمحقق اليزدى و الخراسانى قدس سرهما كلام فى المقام ستأتى الإشارة إليه.

هذا و تحقيق ما ذكره يحتاج إلى بسط الكلام في امور

إشارة

- ١- كيف نشأ البيع و المعاملات بين أبناء البشر؟ و ما هو مصدر الثمن و القيمة؟
- ٢- هل اللازم كون المثلث من الأعيان دائما؟ و عليه كيف يجوز بيع السرقة و بيع ما يسمى بامتياز مشروع الماء و الكهرباء و أمثال ذلك مما هو متداول اليوم بين العقلاء و العرف؟
- ٣- ما المراد بالعين؟ هل هو العين الخارجية، أو أعم مما في الذمة، و الكلّي المشاع، و الكلّي في المعين و غير ذلك؟
- ٤- إذا كان كل من العوضين من العروض أو من الأثمان، فهل تكون المعاملة بيعا أو معاوضة اخرى؟
- ٥- هل يصح جعل المنفعة ثمنا؟
- ٦- هل يكون عمل الحرّ مالا؟
- ٧- الحقوق و دورها في البيع و الشراء.

(١). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١١

١- كيف نشأت البيوع و المعاملات؟

الذى يظهر من مراجعة المجتمعات البدوية و الموجودة في زماننا أيضا، أنّ البيع عندهم يكون بمبادلة الأعيان بالأعيان، مثلا من كانت عنده كمية كبيرة من الحنطة زائدة عن حاجته، فإنّه يعطى بعضها لغيره، ليأخذ ما عنده من الثياب أو غيرها، فالبيع يكون بهدف الحصول على ما يحتاج الإنسان إليه من خلال بذل ما يحتاج إلى غيره و أخذ ما يحتاجه منه. و لكن هذه العملية تستبطن مشاكل جمّة على مستوى التبادل التجارى بين الناس: «منها» مشكلة عدم توفرّ العوض الذى يحتاج إليه صاحب الحنطة مثلا أحيانا لعدم حاجة صاحب الثياب إليها، لأنّ المعاملات على هذا الفرض تدور مدار حاجة الطرفين فقط، فلا تجرى في غير هذه الموارد. و «منها» مشكلة ادخار كميات كبيرة من أجناس مختلفة للتوصل إلى ما يحتاج إليه في عملية المبادلة بواحد منها، و غير ذلك من المشاكل.

نعم لما كانت مبادلة العين بالعين تتضمن هذه المشاكل العظيمة، مسّت الحاجة إلى ما يكون قليل الحجم، كثير القيمة، لا يندرس بسرعة و يمكن حمله بسهولة ليجعل عوضا في جميع المعاملات، فوجدوا الذهب و الفضة جامعتين لهذه الصفات، فجعلوا الأول للمبادلات الخطيرة، و الثانى للسيرة، و أيسر منهما النقود المتخذة من سائر المعادن.

و لما كثر حجم المعاملات، و اتسع نطاقها، و زادت عددها، رأوا أنّ الدراهم و الدينانير أيضا لا تقومان بما يحتاج إليه الإنسان في هذا المجال، لما فيهما من كثرة الحجم في المعاملات الخطيرة، مثلا- إذا كان ثمن معاملة مليون درهما، فإنّها قد تربو على ألفين كيلو بحسب الوزن قريبا.

هذا مع ما فى نقلهما من أنواع المشقّة و الخطر فى السفر و فى ادخارهما فى الحضر، بل قد لا يكون فى بعض الاصقاع الكمية اللازمة

من الذهب و الفضة للمعاملات الخطيرة

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٢

جدًا، و غير ذلك، فأوجب ذلك الفحص عن طريقة للخلاص من هذه المشاكل، فأوا ادخارهما في حرز منيع، ثم يكتبوا الحوالة إليها، و دارت المعاملات مدار الحوالة، و من هنا ظهرت النقود الورقية!

فهى فى الحقيقة لم تكن مالا فى بدء الأمر، بل معرفا لما يحال عليه من الأموال ممّا سمّوه «غطاء و رصيدا» (١).

هذا و كانت هذه النقود الورقية قابلة للتبديل بما يحاذيها من الدرهم و الدينار فى أوائل ظهورها، لكن لم يقف الأمر إلى هنا، حتى احتاجت السلطات الحاكمة إلى نقود و رقية أكثر من الرصد المدّخر، فطبعوا أوراقا و فرضوا على ذمتهم ما يحاذيها من الذهب و الفضة، و سمّوه الاستقراض من البنك المركزى (أى مركز ادخار الرصيد).

و صار هذا سببا لانحياز هذه الأوراق عن الرصيد انحيازا تدريجيا.

أضف إلى ذلك أن أحدا من الناس لم يكن يرجع إلى البنك ليأخذ ما يعادل النقود الورقية من الذهب و الفضة، و على فرض الرجوع لم يقبل هذا الأمر منه.

مضافا إلى أن نفس هذا الاستقراض - الذى لا يتمّ تسديده إلى سنين بل قد لا يسدّد أبدا- أوجب كون الرصيد أمرا صوريا لا واقع بإزائه، و من هنا أصبحت هذه النقود نقدا رائجا بذاتها لا بشيء آخر ورائها!

و لا عجب فى ذلك بعد كون الملكية بذاتها أمرا اعتباريا، بل إنّ مالىة كثير من الأشياء ليست إلّا اعتبارية، فهل الجواهر الثمينة التى لا نفع فيها لحياة الإنسان، أو الأشياء الأثرية التى هى كذلك، أو أسوأ حالا منها، و كذلك الطوابع التى مرّ عليها زمان كثير، هل تكون مالىتها بغير الاعتبار العقلانى؟ بل كثير ما تكون منافعها و هيمية خيالية لا يقبلها بعض العقلاء، فكيف بالنقود الورقية التى لها إمكانية حل مشاكل البيوع و المعاملات؟

و من أوضح ما يدل على استقلال هذه الأوراق فعلا أنّه إذا استدان شخص مبلغا منها من غيره، كألف تومان مثلا، ثم مرّ عليه عدّة أعوام و ارتفعت قيمة الذهب و الفضة كثيرا فى

(١). و يسمى فى الفارسية ب «پشتوانه».

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٣

هذه المدّة، فأنه لا يرى نفسه ملزما بأداء أكثر من ألف تومان، و لا يفتى فقيه بغير ذلك، و كذلك فى الصداق الذى يدور مدار هذه النقود الرائجة إذا مرّت عليه عدّة أعوام، و لو كانت النقود الورقية إشارة إليها للزم تغيير مقدار الدين.

و هذا أمر ظاهر واضح، و على هذا يمكن الحكم عليها بمثل الحكم على الدراهم و الدنانير و ليست حوالة عليها.

و ليكن هذا على ذكر منك يفيدك فى كثير من المباحث الآتية و المسائل الفقهية، و سنتلو عليك إن شاء الله منه ذكرا.

٢- هل اللزوم كون المبيع من الأعيان؟

صرّح الشيخ الأعظم و صاحب الجواهر قدّس سرّهما بلزوم كونه من الأعيان، بل ادعى الأول منهما استقرار اصطلاح الفقهاء عليه. و قال صاحب الجواهر قدّس سرّه: لا- خلاف و لا إشكال فى اعتبار كون المبيع عينا، و لذلك اشتهر بينهم أن البيع لنقل الأعيان، كاشتهار كون الإجارة لنقل المنافع، و يظهر ذلك من بعض كلمات الشهيد الثانى قدّس سرّه فى المسالك، و قد استدل له السيّد قدّس سرّه فى الحاشية بالتبادر و صحة السلب عن تملك المنفعة بعوض، و هما علامة كونه كذلك فى العرف، الكاشف عن كونه كذلك لغه (١)، ثم أجاب عن اطلاق كلام المصباح المنير (مبادلة مال بمال) بانه مبنى على المسامحة.

وقال في مصباح الفقاهة: الظاهر أنه لا- ريب في اشتراط كونه من الأعيان، بدهاءة اختصاص مفهوم البيع عند أهل العرف بتمليك الأعيان فلا يعم تمليك المنافع ... ثم حكى عن بعض المالكية و الحنابلة جواز اطلاق البيع على تمليك المنافع، ثم قال: ولكنه على خلاف المرتكزات العرفية «٢».

(١). حاشية المكاسب للسيد الطباطبائي اليزدى قدس سره، ص ١١٦.

(٢). مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ١٠.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٤

نعم، ورد اطلاق البيع في الروايات على تمليك المنافع:

منها: بيع خدمة العبد المدبر، ففي الباب الثالث من أبواب التدبير توجد روايات عديدة أطلق البيع فيها على المنافع، مثل ما روى عن القسم بن محمد بن علي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جارية له عن دبر في حياته، قال: «إن أراد بيعها باع خدمتها في حياته» الحديث «١».

و ما روى السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام قال: «باع رسول الله صلى الله عليه وآله خدمة المدبر و لم يبع رقبته» «٢».

و منها: ما ورد في بيع سكنى الدار، مثل ما روى اسحاق بن عمار عن عبد صالح قال:

سألته عن رجل في يده دار ليست له: قال: «ما أحب أن يبيع ما ليس له. قلت: فيبيع سكنها أو مكانها في يده فيقول: أبيعك سكنها و تكون في يدك كما هي في يدي، قال:

نعم يبيعها على هذا» «٣».

و لكن الإنصاف أن الأخير أشبه شيء ببيع «السرقلية» و لذا ليس فيه تعيين لمقدار مدة المنافع كما في الإجارة.

و كذا ما ورد في الأراضي الخراجية و بيعها مثل رواية زرارة قال، قال عليه السلام: «لا بأس بأن يشتري أرض أهل الذمة إذا عملوها و أحيوها فهي لهم» «٤».

فإنها أيضا أشبه شيء بمسألة «السرقلية» أعني من قبيل بيع نوع من حق الأولوية كما لا يخفى، فتأمل.

نعم بيع خدمة العبد من قبيل بيع المنافع، و لا دليل على أن اطلاق البيع عليها من قبيل المجاز، نعم اطلاقه منصرف عن مثله فتأمل، و لا تستعمل الإجارة هنا لعدم معلومية مقدار عمر العبد، و لا تعتبر في البيع ذلك فتأمل.

(١). وسائل الشيعة، ج ١٦، الباب ٣ من أبواب التدبير، ح ٣.

(٢). المصدر السابق، ج ١٦، الباب ٣ من أبواب التدبير، ح ٤.

(٣). المصدر السابق، ج ١٢، الباب ١ من أبواب عقد البيع، ح ٥.

(٤). المصدر السابق، ج ١٢، الباب ٢١ من أبواب التجارة، ح ٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٥

هذا كله في المنافع، أما بيع الحقوق فهو مما لا ينبغي انكاره، مثل ما ذكرنا آنفا من بيع حق الانشعاب في الكهرباء و الماء، و بيع حق التليفون، فهو ليس بيع لنفس الهاتف أو الأنايب و الأسلاك، بل بيع حق الانشعاب و إن خلى عن جميع ذلك، و كذلك بيع «السرقلية» المتداول بين العقلاء في عصرنا، إذا هو نوع من حق الأولوية.

بالجملة لا- يمكن منع إجراء أحكام البيع على بيع أمثال هذه الحقوق كما لا يخفى بعد شيوعها بين أهل العرف شيوعا تاما يعلمه

الصغير والكبير، ولا مانع من كونها بيعا، وعمومات الكتاب والسنة تشملها.

٣- ما المراد من العين؟

لا إشكال في جواز وقوع العين ثمنا و ثمنا في البيع، ولكن الكلام في أقسامه فإن العين تارة تكون على نحو شخصي، و اخرى على نحو كلي.

و الكلي أيضا على أقسام:

١- الكلي في ذمة الإنسان نفسه.

٢- الكلي في ذمة غيره (الدين)

٣- الكلي المشاع.

٤- الكلي في العين.

و العين الشخصي تارة تكون بالفعل و اخرى بالقوة كما في الأثمار المتجددة في بيع الثمرة على الشجرة الداخلة في البيع للأعيان الموجودة.

فتحصّل لدينا ستة أقسام، و لا إشكال في العين الشخصي الموجود، و أما الشخصي بالقوة فهو أيضا لا إشكال فيه بعد صحته بيع الثمرة على الشجرة، مضافا إلى ما يحصل بعده، و الوجه فيه اعتبار العقلاء له بمنزلة الموجود فيتعلق به الإضافة الاعتبارية.

و أما الكلي في الذمة فهو أيضا ممّا لا ينبغي الإشكال فيه بعد صحته بيع السلف.

نعم هنا إشكالات ذكرها السيد قدس سره في الحاشية و لا بدّ من الجواب عنها:

١- إن الملكية تحتاج إلى محل لعروضها عليه، و هو هنا غير موجود.

أنوار الفقهاء - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٦

٢- إن الكلي في الذمة قبل تحقق العقد لا يعدّ مالا، فلا يقال فلان ذو مال باعتبار فرض الكلي في ذمته.

٣- كيف يبيع الإنسان ما لا يملكه؟

و الجواب: عن الأول واضح، لأنّ الملكية من الامور الاعتبارية، و هي قائمة بأمر اعتباري، و هو الكلي الذي يعتبر في الذمة، كما أنّ الأمر في الاجارة بالنسبة إلى المنافع المستقبلية و الثمرة المتجددة على الشجرة كذلك، بل هي أسوأ حالا منه من بعض الجهات كما لا يخفى.

و ليست الملكية من الأعراض، و الملكية التي تعدّ من الأعراض في أبواب الجوهر و العرض هي أمر تكويني لا ربط له بالمقام.

و يمكن الجواب عن الثاني بأنّ المالية هنا ثابتة لأنّ مائة منّ من الحنطة مثلا في الذمة مال يبذل بإزائه المال، و المالية تدور مدار نظر العرف و العقلاء، و هي حاصله هنا.

و عن الثالث بأنّ ملكية الإنسان لما في ذمته ثابتة على نحو الإجمال و بالقوة، فله أن يملكه غيره، و لذا إذا لم يقدر أحد على شيء قطعا لا يعتبر ذمته، كما إذا باع إنسان ألف طنّ من الحنطة مع عدم قدرته على اكتساب طنّ منها، فإنّ هذا البيع فاسد عند العقلاء، لعدم اعتبارهم ذمته بهذا المقدار، لعدم قدرته عليه، و هكذا غيره من أشباهه.

و بالجملة القدرة القريبة من الفعل تجعل الإنسان مالكا للشيء بالقوة، نظير المنافع المتجددة للأعيان في الاجارة، و الثمرات المتجددة لأشجار في بيع الثمرة على الشجرة.

هذا كله في الكلي في الذمة (ذمة الإنسان نفسه)، و أمّا إذا كان في ذمة الغير فهذا أوضح و أحسن حالا، لأنّ مال قطعا و ملك كذلك، فلا يأتي فيه واحد من الإشكالات الثلاثة و قد مرّ جوابها.

أمّا الكلى المشاع، و كذا الكلى فى العين، فهما أيضا ظاهران، و الأول، مثل أن يبيع نصف الدار، فإنه كلى، أو صاعا من صبرة، و لا يأتى فيهما شىء من الإشكالات السابقة.

و ذكر فى الجواهر: أن الكلى فى الذمة على قسمين: كلى مضمون كما فى السلم، و كلى موصوف حالا، (و كلا القسمين متداول بين العقلاء).

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٧

٤- حكم ما إذا كان كل من العوضين من الأثمان أو العروض

قد يقال: إذا كان أحد العوضين من الأعراض، و الآخر من النقود، فالأمر فيه واضح، فإنه بيع قطاعا، و باذل السعلة بايع، كما أن باذل النقود مشتر، و يجرى عليهما أحكامهما.

أما إذا كانا من العروض أو من النقدين، فقد يفصل بين ما إذا أراد أحدهما الربح و الآخر رفع حاجته، فالأول بايع و الثانى مشتر، و أما إذا أراد منهما الربح أو رفع حاجته، فليس بيعا، و لا بايع هناك و لا مشتر، بل نوع تجارة داخله فى قوله تعالى: **تِجَارَةٌ عَنِ تِجَارٍ**. و فيه: أولا: أنه لا دليل على ما ذكره من التفصيل، و لا من الشرع و لا من العرف و العقلاء.

و ثانيا: الظاهر من الصورة الثانية أن كلا منهما بايع من جهة و مشتر من جهة، و لا يبعد جريان أحكام كل منهما عليه، و لكن لا بد من ملاحظة الأدلة فى كل مقام و شمولها أو انصرافها عن هذا المصداق، فتدبر جيدا.

٥- هل يصح جعل المنفعة ثمنا؟

قد عرفت تصريح شيخنا الأعظم قدس سره و غيره بجواز وقوعها ثمنا، بل قد ادعى عدم الخلاف فيه، و لكن صاحب الجواهر نقل عن بعض المتأخرين، اعتبار كون العوضين من الأعيان، و لعل المراد من كلام الشيخ من نسبته إلى بعض الأعيان لزوم كون الثمن عينا، و يحكى أنه المحقق الوحيد البهبهاني قدس سره، و على كل حال لا دليل عليه بعد شمول مفهوم البيع للجميع عدا أمور مذكورة فى كلماتهم:

منها: أن المشهور بينهم أن الإجارة لنقل المنافع كما أن البيع لنقل الأعيان.

و أوجب عنه: بأن النظر فى هذا الكلام إلى المبيع فقط بقريته الإجارة، فإن المنافع إنما تكون فى المستأجر لا العوض كما هو ظاهر.

و منها: أن وقوع المنفعة ثمنا أمر نادر تنصرف اطلاقات البيع عنه.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٨

و فيه: إن ندرته ليست بحيث تنصرف اطلاقات عنه بعد قبوله من ناحية العقلاء و العلم بعدم الخصوصية هنا، فقد تباع بعض الأراضى الزراعية لبعض الزراع و يجعل الثمن أو بعضه، عمله فيها لصاحب الأرض.

و منها: أن المنافع لم توجد بعد، فكيف تجعل ملكا للبائع فى مقابل تملك العين؟

و فيه: ما عرفت أننا موجودة بالقوة، و لذا نفع عليها الإجارة و تكون مهرا كما فى قصة موسى و شعيب عليهما السلام، و مثل هذا فى الأمور الاعتبارية غير نادر، و بالجملة لا ينبغى الإشكال من هذه الناحية.

٦- هل يكون عمل الحر ثمنا فى البيع؟

قد عرفت إشكال الشيخ قدس سره فى كون عمل الحر مالا، فإذا لم تثبت ماليتها لا يمكن وقوعه ثمنا لاعتبار المالية فى المتعاضين.

و لكن ما ذكره مشكل أو ممنوع.
توضيح ذلك: إن محل الكلام عمل الحر قبل وقوع المعاملة عليه، و أما بعد وقوعها فلا إشكال في كونه مالا و ملكا، كما إذا آجر الإنسان نفسه سنة في مقابل عوض، فإن المستأجر يملك عمله، و يجرى عليه جميع أحكام الملك من الغنى و الاستطاعة و غيرهما.
و أما قبله يستشكل فيه من ناحية المالية تارة، و الملكية اخرى.
و الانصاف أن ماليته مما لا ينبغي الكلام فيها، لبذل العقلاء المال في مقابله.
و أما ملكيته فإنها و إن لم تكن بالفعل لكنها بالقوة، و لذا يحصل به الغنى، و لا يبعد حصول الاستطاعة به، بل و لا يبعد الضمان لو اتلفه عليه متلف، كما لو حبسه إذا كان كاسبا فتدبر.
و قد صرح المحقق الخراساني قدس سره بأنه لا إشكال في كون عمل الحرّ من الأموال، لأنه يبذل بإزائه المال، و كون مما يرغب فيه، و إن كان قبل المعاوضة لا يكون ملكا، بخلاف
أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٩
عمل العبد، ثم قال: لا شبهة في عدم اعتبار الملكية قبلها، لوضوح جعل الكلّي عوضا في البيع مع عدم كونه ملكا قبله، انتهى «١».

٧- الحقوق و دورها في البيع و الشراء

و الكلام فيها تارة يكون من حيث حقيقة الحق و الفرق بينه و بين الملك و الحكم.
و اخرى من حيث أقسامه.
و ثالثة من حيث وقوعه عوضا.
أما الأول: فذكروا في تعريفه عبارات مختلفة:
فقال السيد المحقق اليزدي قدس سره: «الحق نوع من السلطنة على شيء متعلق بعين، أو غيرها، كالعقد أو على شخص، و هو مرتبة ضعيفة من الملك بل نوع منه» (و مثل للأول بحق التحجير، و للثاني بحق الخيار، و للثالث بحق القصاص) «٢».
و كأنه أخذه من بعض كلمات شيخنا الأعظم قدس سره في مكاسبه حيث قال: إن مثل هذا الحق سلطنة فعلية (أشار إلى حق الشفعة و الخيار).
و لكن المحقق الخراساني قدس سره قال في حاشيته: إن الحق بنفسه ليس سلطنة، و إنما كانت السلطنة من آثاره، كما أنها من آثار الملك، و إنما هو اعتبار خاص له آثار مخصوصة، منها السلطنة على الفسخ كما في حق الخيار، أو التملك بالعوض كما في حق الشفعة، أو بلا عوض كما في حق التحجير.
و ذكر في مصباح الفقاهة: «إن حقيقة الحق و الحكم واحد كلّها من اعتبارات الشرع» «٣».
و الانصاف: أن الحق في مصطلح الفقهاء و عبارات أهل الشرع هو سلطنة على فعل خاص، فالملك سلطنة على عين أو منفعة، و الحق سلطنة على فعل غالبا أو دائما، فحق

(١). حاشية المحقق الخراساني قدس سره على المكاسب، ص ٣.

(٢). حاشية المكاسب للسيد الطباطبائي اليزدي قدس سره، ص ١٢٠.

(٣). مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٤٥.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٠

الخيار سلطنة على فسخ العقد، و حق الشفعة سلطنة على أخذ سهم الشريك بعوض، أحق التحجير و إن كان سلطنة على عين ظاهرا، و

لكن يمكن ارجاعه إلى الفعل أيضا فتدبر، وحق الولاية سلطنة على التصرف في أموال المولى عليه و غير ذلك، لذا يقال إنه أولى بالتصرف فيه من غيره، و لعل حق التحجير أيضا من باب الأولوية في التصرف من غيره، و قد قال صلى الله عليه و آله في خطبة الغدير: «أست أولى بكم من أنفسكم».

و من هنا يظهر الفرق بينه و بين الملك من جانب، و بينه و بين الحكم من جانب آخر، أما الأول فقد عرفته، و أما الثاني فحاصله: إن الحكم مجرد تشريع من ناحيته تعالى من دون اعتبار تسليط فيه، بخلاف الحكم فإنه يجعله مسلطا على فعل من الأفعال. و من هنا يظهر أن نفي الفرق بينهما مخالف للتحقيق، كما أن ما أفاده المحقق الخراساني قدس سره من أنه ليس سلطنة، و إنما كانت السلطنة من آثاره، و إنما هو اعتبار خاص له آثار مخصوصة، فهو مميلا لا يسمن و لا يغنى أيضا، فإنه تعريف بأمر مبهم من جميع الجهات مع أن التعريف لا بد أن يكون بأمر واضح.

و يحق لنا أن نتساءل: إن الاعتبار له أنواع معلومة معروفة، فما هذا الاعتبار الخاص و ما هو حقيقته و مفاده مغزاه؟ و إن شئت قلت: الحق يوجب نفعا لذى الحق غالبا مع أن الحكم مختلف جدا، و كذلك الحق لا يكون فيه إلزام في الغالب بل لصاحبه الانتفاع به و تركه، و الحكم ليس كذلك، فتحصل أن الفرق بينهما يكون في امور ثلاثة.

إن قلت: حق الولاية على الصغير ليس فيه نفع لوليه، و ليس له تركها، فليس بحق.

قلت: إن تم ما ادعيته فليس حقا، بل نقول أنه من الأحكام الإلزامية على الولي و لكن ليس كذلك على مذاق المشهور، فتدبر. و ليعلم أن النزاع في مفهوم الحق إنما يثمر إذا كانت هناك أدلة اخذ في موضوعها كلمة الحق بقول مطلق أو إجمالا كما فيما هو المشهور من أن «ما تركه الميت من مال أو حق فلوارثه»، و ذكر صاحب الجواهر قدس سره في كتاب الشفعة الاستدلال بالمرسل في المسالك و غيرها عنه صلى الله عليه و آله: «ما تركه الميت من مال أو حق فلوارثه» و ذكر بعض شراحه أنه لم يعثر

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢١

على مصدر لهذا المرسل في كتب أخبار الخاصة و العامة، و إنما اشتهر على ألسنة الفقهاء فراجع «١». أما الثاني: فقد ذكروا للحق أقساما كثيرة:

- ١- ما لا يقبل الاسقاط و النقل بل و لا الانتقال القهري بالموت أيضا، و مثل له بحق الولاية للحاكم و حق الاستمتاع للزوج.
- ٢- ما يجوز اسقاطه و لا يقبل النقل و لا الانتقال بالموت، كحق الغيبة بناء على وجوب ارضاء صاحبه.
- ٣- ما يجوز اسقاطه و انتقاله بالموت و لكن لا يجوز نقله، كحق الشفعة على وجه.
- ٤- ما يجوز اسقاطه بعوض و اسقاطه، و ينتقل بالموت، كحق الخيار.
- ٥- ما يجوز اسقاطه و نقله لا بعوض، كحق القسم للزوجة على ما ذكره جماعة فيجوز نقله إلى سائر الزوجات (و لا ينتقل بالموت).
- ٦- ما هو محل الشك من حيث صحة الاسقاط أو النقل و الانتقال، و عد من ذلك حق الرجوع في العدة الرجعية، هذا ملخص ما ذكره السيد في الحاشية «٢».

و العمدة في المقام أن يقال: إن الحق له معنيان: معنى عام، شامل للملك و الحكم أيضا، مثل حق الله على عباده، و حق الراعى على الرعية، و حق الرعية على الراعى و غير ذلك مما ورد في رسالته الحقوق لسيد الساجدين و زين العابدين على بن الحسين عليه السلام. و له معنى خاص في مقابل الملك و الحكم، و هو بهذا المعنى سلطنة على فعل كما عرفت، سواء كان متعلقا بعين، أو عقد، أو شخص، أو غير ذلك، و من آثاره أحد الامور على سبيل منع الخلو:

١- جواز اسقاطه.

٢- جواز نقله بعوض أو بغير عوض.

٣- جواز انتقاله القهري بارث أو شبهه.

(١). جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٣٩١.

(٢). حاشية المكاسب، للسيد الطباطبائي قدس سره، ص ١٢١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٢

و أما ما ليس فيه شيء من هذه الامور فليس بحق، بل هو نوع من الحكم كولاية الأب على ابنه و حق الاستمتاع، فإن الأول يرجع إلى جواز تصرف الأب في أموال الولد مع مراعاة المصلحة أو وجوبه، و الثاني إلى جواز التمتع بها، كما أن الملك، و هو السلطنة على المال، يظهر أثره في النقل و الانتقال، بل و الإعراض الذي هو كالإسقاط في الحق.

و لو كان هناك ملك ليس فيه هذه الآثار، فهو من قبيل الحكم لا الملك، فحسب التصور في مقام الثبوت يوجد فيه أنواع سبعة:

١- ما يقبل الإسقاط و النقل (بعوض أو بغير عوض) و الانتقال.

٢- ما يقبل الإسقاط فقط.

٣- ما يقبل النقل فقط.

٤- ما يقبل الانتقال فقط.

٥- ما يقبل الإسقاط و النقل.

٦- ما يقبل الإسقاط و الانتقال.

٧- ما يقبل النقل و الانتقال.

و أمّا مصاديقها، فتساءل: هل يوجد لجميعها مصداق، أو يكون لبعضها فقط؟ فبحسب مقام الإثبات هناك مصاديق مشكوكه، بل بعض المصاديق مشكوكه بين الحق و الحكم، و لا- ينبغي خلط مقام الإثبات و الثبوت هذا، و لكن بحسب مقام الإثبات، فقد يوجد لبعضها مصداق، فإن ما يقبل الانتقال بالموت لعله يقبل النقل بغيره.

هذا و لو شك في كون شيء حقاً أو حكماً، أو شك في كونه قابلاً للإسقاط أو النقل أو الانتقال بعد العلم بكونه حقاً (و إن علم بجواز أحد هذه الامور إجمالاً)، فما هو مقتضى الاصول؟

أما الأول: فلا شك أن مقتضى الأصل عدم كونه حقاً، أي لا يجري عليه أحد الأحكام الثلاثة.

أمّا إذا علم بكونه حقاً، و شك أنها من الحقوق القابلة للإسقاط، فالأصل عدم سقوطه بالإسقاط، و كذا إذا شك في كونه من الحقوق القابلة للنقل أو الانتقال فإصالة عدمهما

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٣

أيضا حاكم، و العلم الإجمالي بجواز بعضها بمقتضى كونه من الحقوق غير مفيد إلا نادراً.

نعم، إذا كان شيء من الحقوق المعترية عند العرف و العقلاء القابلة لهذه الامور الثلاثة أو بعضها عندهم، أمكن القول بامضاءها من ناحية الشرع بعد عدم الردع عنه، فلو كان حق الشفعة مثلاً قابلاً للإسقاط و الانتقال، و شك في جواز ذلك شرعاً يمكن القول بجوازه كذلك.

أما في غير هذا المورد، فلا دليل على الجواز، و ليس هنا محل التمسك بأوفوا بالعقود و أحلّ الله البيع، و الصلح جائز بين المسلمين، لأنه من قبيل الشبهات المصادقية، كما أنه مع ثبوت هذه الخصوصيات عرفاً، لا حاجة إلى هذه العمومات كما لا يخفى.

نعم، قد يكون هناك بعض القرائن الدالة على عدم جواز النقل أو الانتقال كما في حق الوصاية أو الولاية (لو قلنا بكونهما من الحقوق لا من المناصب) فإن مثل هذه الحقوق قائمة بالشخص لا تتعدى منه إلى غيره، أو مثل حق ولاية الفقيه فإنه قائم بعنوان الفقيه الجامع للشرائط و لا ينقل و لا يورث.

أمّا في غير ذلك ممّا يكون بحكم العرف قابلاً لأحد هذه الامور على سبيل منع الخلو، فالأصل ثبوته في الشرع إلّا ما خرج بالدليل التعبدى.

الثالث: في جواز كون المبيع أو الثمن من الحقوق و عدمه.

ظاهر كلام الجواهر جواز وقوعها ثمنا.

و ظاهر كلام شيخنا الأ-عظم قدّس سرّه عدم جواز وقوعها ثمنا و لا مثمنا، و قد عرفت أنّه قدّسه إلى ثلاثة أقسام: ما لا يقبل حتى الاسقاط فلا- معنى لكونه عوضاً و ما يقبل ذلك، و لا يقبل غيره، فلا يكون عوضاً، لأنّ البيع تمليك في مقابل تمليك لا في مقابل الاسقاط.

و أمّا ما يقبل النقل فإنّه و إن أمكن كونه مبيعاً أو ثمناً و لكنه خلاف ما يظهر من اشتراط كون العوض مالا، و الحق ليس كذلك.

و لكن يرد عليه: أولاً: إنّ ما لا يقبل الاسقاط و النقل فليس بحق، كما عرفت، بل هو من الأحكام لعدم الفرق بينه و بينها.

و ثانياً: إنّ الحقوق من الأموال لأنّها ممّا يرغب فيها و يبذل بإزائها المال، فلو كانت

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٤

قابلة للنقل فلا إشكال في وقوعها عوضاً، و ذلك كمن يبيع كتباً أو ثياباً له، في مقابل حق انشعاب الماء و الكهرباء و التلفون، أو في مقابل حق تحجير أرض له، أو غير ذلك، و لا مانع من شمول عمومات البيع له.

يبقى الكلام في ما يقبل الاسقاط فقط، فإن قلنا البيع تمليك في مقابل تمليك فلا يصحّ وقوعه عوضاً، و إن قلنا هو تمليك في مقابل عوض فهذا يمكن وقوعه عوضاً، و إمّا بأن يكون العوض نفس الفعل، أعنى الاسقاط، أو بأن تكون سائر الأفعال عوضاً، كما إذا باعه كتاب في مقابل خياطة ثوب، أو بأن يكون العوض الدين مثلاً، على وجه الاسقاط لا النقل.

و ثالثاً: لا مانع من كون الحقوق القابلة للنقل عوضاً، و كون «الحق سلطنة فعلية و لا يعقل أن يتسلط الإنسان على نفسه»، لا دخل له بما نحن بصدده، لأنّ الحق المنتقل إليه قد يكون مثل حق التحجير الذي هو تسلط على العين، أو حق الخيار الذي هو تسلط على الغير و أمثال ذلك.

و بالجملة لا نجد مانعاً من شيء من ذلك.

و من هنا يظهر جواز وقوع الحق مثمناً أيضاً إذا كان قابلاً للتمليك كحق «السرقفلية» و حق انشعاب الماء و الكهرباء، فتدبر جيداً فإنّ المقام من مزال الأقدام.

عود إلى تعريف البيع:

إشارة

قد عرفت الإشارة إلى تعريفه من بعض أهل اللغة، و لكنه تعريف شرح الاسم ظاهراً، و لذا تصدى فقهاؤنا الأعلام منذ العصر الأول لإيجاد صياغة دقيقة في تعريفه، بعد قبول عدم ثبوت الحقيقة الشرعية فيه، بل حكى عن مصابيح العلامة الطباطبائي قدّس سرّه الاتفاق على عدم ثبوت الحقيقة الشرعية فيه.

و عرّفوه بتعاريف كثيرة، و إليك نماذج منها:

١- هو انتقال عين مملوكة من شخص إلى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضي (عن

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٥

مبسوط و السرائر و غير واحد من كتب العلامة قدّس سرّه كالتذكّرة و التحرير و القواعد و غيرها).

- ٢- نقل الملك من مالك إلى غيره بصيغته مخصوصة (عن المحقق الكركي قدس سره).
- ٣- أنه العقد الدال على الانتقال المذكور (عن الوسيلة و المختلف).
- ٤- أنه عقد يقتضى استحقاق التصرف فى المبيع و الثمن و تسليمهما (كما حكى عن الكافى لأبى الصلاح).
- ٥- أنه اللفظ الدال على نقل الملك من مالك إلى آخر بعوض معلوم (كما اختاره فى الشرائع).
- إلى غير ذلك مما ذكره فى كلماتهم (قدس الله أسرارهم).
- و قد ذكر فى الجواهر أنّ تعاريف القوم على اختلافها فى القيود ترجع إلى أحد الامور الثلاثة: «النقل، و الانتقال، و العقد».
- أقول: التعاريف التى ذكرها المحققون من بعده أيضا كذلك من قبيل:
- ١- أنه إنشاء تمليك عين بمال (ذكره شيخنا الأعظم قدس سره فى مكاسبه).
- ٢- أنه تمليك إنشائي (كما أفاده السيد قدس سره فى الحاشية).
- و الظاهر أنه ناظر إلى تعريف شيخنا الانصارى قدس سره فمراده «أنه تمليك إنشائي لعين بمال».
- ٣- أنه إنشاء بتدليل شىء من الأعيان بعوض فى جهة الاضافة (كما ذكره فى مصباح الفقاهة).
- و مراده من جهة الاضافة ما ذكره فى مقام آخر أنه مقابل للمبادلة فى المكان و اللبس و الركوب إلى غير ذلك من المبادلات التكوينية (١).

فاللزام أن نتكلم فى المحور الأصلى للبيع، ثم نتكلم فى قيوده، فهل أن المحور الأصلى هو الإنشاء و العقد، أو النقل أو الانتقال؟ و الإنصاف أن الأصل فى حقيقة البيع بحسب متفاهم العرف و ما يتبادر منه، هو: إنشاء

(١). مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٢٣ و ٥٣.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٦

التمليك، و لكن بما له من الأثر، و إن شئت قلت: هو التمليك الإنشائي كما اشير إلى سابقا، فليس البيع نفس الإنشاء بماله من المعنى المصدرى (و لا العقد كذلك) بل لا العقد بما له من معنى اسم المصدر، بل بإيجاد الملكية بسبب العقد و الإنشاء و إن شئت قلت: هو التسبب بالإنشاء إلى المنشأ.

و بعبارة أخرى: قد يقسم البيع إلى: البيع السببى و المسببى، و الأول هو الإنشاء، و الثانى هو الأثر الحاصل منه، و حقيقة البيع ليس هذا و لا ذاك، بل هو التسبب بالإنشاء نحو المسبب.

و لعل من قال أنه العقد نظر إلى ذلك، كما أن من قال أنه النقل ناظر إليه، و أمّا القائل بأنه الانتقال، فإن كان مراده النقل، فهو كذلك، و إن كان بمعنى الأثر الحاصل بعد النقل، أو ما هو معنى المطاوعة، فلا شك أنه أجنبي منه.

و بالجملة لا أظن وجود خلاف كثير بينهم و إن اختلفت التعبيرات.

و أمّا قيوده، فالظاهر عدم اعتبار أزيد من المالية فى العوضين، فىقال: «هو تمليك مال بعوض».

لما عرفت من عدم لزوم كون المثلث و لا- الثمن من الأعيان، بل يجوز كونهما من الحقوق، و كون الثمن من المنافع، نعم إذا كان البيع منفعة كان من الاجارة لا من البيع.

و بقى الكلام فى ما أورد عليه من الإشكالات الخمس التى ذكرها شيخنا الانصارى قدس سره و أجاب عنها:

أولها: إن لازمه جواز إنشاء البيع بلفظ، ملكت، و أوجب عنه: بأننا نلتزمه و لا مانع منه.

ثانيها: أنه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه، لأن الإنسان لا يملك على نفسه شيئا.

و أوجب: بجواز ذلك آنا ما، و أثره سقوط الدين.

ثالثها: شموله للمعاطاة مع أنه ليس ببيع عندهم، و لكن سيأتي إن شاء الله أن الأصل في البيع - على خلاف ما هو المعروف في الأذهان - هو المعاطاة، و إنما نشأ البيع بالصيغة بعدها، فإن الناس في أول أمرهم كانوا يبادلون أموالهم من خلال المعاطاة و لم يكن هناك إنشاء لفظي، ثم لما نشأت القوانين الإلهية و العرفية بينهم، جعلوا له صياغة قانونية إنشائية

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٧

بالالفاظ أو بالكتابة كما لا يخفى على الخبير.

و كيف لا تكون المعاطاة بيعا، و أكثر ما يقع في البيع هو من هذا الباب، حتى أن البيع بالصيغة عندهم قليل بالنسبة إليه، و لذا ذهب جمع من الأكابر إلى كون بيعا لازما.

رابعها: صدقه على الشراء، فانه أيضا تملك مال بمال (أو تملك عين بمال).

و أوجب عنه: بأن حقيقة الشراء التملك في مقابل العوض، فالتملك فيه تبعي، و التملك أصلي، و هو غير بعيد.

(و منه يعلم الفرق بين البائع و المشتري إذا كان كل من الثمن و المثل من العروض).

و قد أورد على هذا الوجه في مصباح الفقاهة بما حصله: إن التملك الضمني ليس له معنى محصل، و لا معنى لكون أحد التملكين أصلا و الآخر تبعا، فإن التملكين من ناحية البائع أو المشتري يتحققان في مرتبة واحدة، و إذن فلا أصالة و لا تبعية في المقام، و ظهور لفظ الإيجاب و القبول في ذلك غير مفيد، لأنه يرجع إلى مقام الإثبات، فلا يوجب فرقا بينهما في مقام اللب و الثبوت.

أقول: لا شك في أن ألفاظ الإيجاب و القبول تحكي عن كيفية اعتبار المعتبر لهما، و مقام الإثبات حاك عن مقام الثبوت، و إن شئت قلت: إن حقيقة اعتبار البيع هو تملك شيء بعوض، و حقيقة اعتبار الشراء هو تملك شيء بعوض، فماهية الأول أولا و بالذات التملك، و أمّا التملك فهو تبع في كيفية الاعتبار و الإنشاء، كما أن ذلك في الشراء بالعكس، سواء تقدم القبول على الإيجاب أو تأخر عنه.

و لا يوجد مشتر يملك الثمن ليملك المثل، فليست الأصالة و التبعية بحسب مقام الإثبات فقط، بل اللب و كيفية الاعتبار.

هذا و يمكن أن يقال: بأن الصادر عن البائع إنشاء، إنشاء تملك المبيع للمشتري و إنشاء تملك الثمن لنفسه، و الذي يصدر عن المشتري هو قبول ذلك فقط، لا أقول القبول ليس من قوام الإيجاب، بل أقول إن حقيقة أحد الاعتبارين شبيه الفعل، و الاخرى شبيه الانفعال، و لا في اللفظ فقط، بل نحو الاعتبار، و هذا التفاوت يوجب أحكاما مختلفة و لا مانع من ذلك.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٨

و في الحقيقة فان هذا المورد يشابه صورة العمل الخارجي بالنسبة إلى عالم الاعتبار، فكما أن من يبيع الخبز بالدرهم يعطى الخبز ليأخذ الدرهم، و المشتري يقبله منه في مقابله، فكذا في كيفية الاعتبار، و تقديم القبول أحيانا مثل تقديم دفع النقود لا يكون مغيرا لهذه الحقيقة.

خامسها: انتقاض طرده بالصلح و الهبة المعوضة، و اجيب عن الأول بأن حقيقة الصلح ليست هي التملك على وجه المقابلة، بل معناه الأصلي التسالم على شيء، و هذا غير منطبق على ما عرفت من تعريف البيع.

أقول: قد وقع الكلام في مفتتح كتاب الصلح في الفقه في مقامين:

الأول: في أنه هل يعتبر في حقيقة الصلح التجاذب و التنازع أم لا؟ حكى عن ظاهر الأصحاب الاتفاق على عدم اعتباره، و إن حكى عن بعض أهل الخلاف اعتباره.

قال في المسالك: إن الحكمة فيه و إن كانت رفع الخلاف و النزاع، و لكن الحكمة ليست لازمة في جمع الأفراد، كما في المشقة في السفر، و عدم تداخل المياه في العدة، و ذلك لعموم أدلة الصلح، مثل قوله عليه السلام: «الصلح جائز بين المسلمين» أو قوله صلى الله عليه و آله: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا» «١».

هذا والإنصاف أن اطلاق أدلة الصلح محل إشكال أو منع بعد كون التنازع و التجاذب مأخوذاً في مفهوم هذه الكلمة عرفاً، و أنه ممّا لا ينبغي الشك فيه.

و يمكن أن يقال- كما يظهر من بعض- إن كون شيء ممّا يترقب منه النزاع مظنةً للتجاذب أيضاً كاف في ذلك، لا سيما أن العقود إنما شرعت في الشرع و العرف لأغراض لا- يتأتى من غيرها، فلو كان للصلح أثر البيع و الاجارة و غيرها، فأى داع في تشريعها، بل الظاهر أنه لا بدّ فيه من وجود نوع من الخلف و لو بالقوّة، كما في الحقوق المبهمّة و الدعاوى المشكوكه و الديون غير الثابتة، أو الثابتة غير معلومة المقدار أو غير ذلك، و تمام الكلام في محله.

(١). وسائل الشيعه، ج ١٢، كتاب الصلح الباب ٣، ح ١ و ٢.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٩

الثانى: هل الصلح عقد مستقل برأسه، أو هو فرع لغيره كما اختاره الشيخ قدس سره في المبسوط حيث قال: إنه فرع على عقود خمس (البيع و الاجارة و الهبة و العارية و الابراء)، و هو مذهب الشافعى أيضاً، و لكن المعروف من الأصحاب هو الأول. و لعلّ القول بفرعيته نشأ من عدم اعتبار التجاذب و الخلف في ماهيته، فلا يكون حينئذ عقداً برأسه، و أمّا لو قلنا بأنه شرع لدفع الخلف في موارد الشك و الابهام و مظنة تضارب الحقوق، ممّا لا تتمّ فيه شرائط البيع و الاجارة و غيرها حيث إنّها تقع على امور معلومة محققة، كان الفرق بين الصلح و غيره و كونه عقداً مستقلاً واضحاً، فتدبر فإنّه حقيق به. إذا عرفت ذلك ظهر لك عدم الإشكال على طرد التعريف بانتقاضه بالصلح.

و أمّا انتقاضه بالهبة المعوضة، فقد اجيب عنه بأنه ليس تمليكا بعوض، بل كل واحد تمليك مستقل من دون عوض، و لكن تخلف «المشروط عليه» عن الشرط يوجب جواز الرجوع للمشروط له في هبته.

أقول: الهبة المشروطة المعوضة على أقسام:

١- ما يكون فيه العوض من دون اشتراط، و ذلك كما ورد في الحديث الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام: «إذا عوض صاحب الهبة فليس له ان يرجع» «١» بناء على أنّ المراد اعطاء العوض من دون شرط أو كونه أعم. و أظهر منه ما رواه عبد الله بن سليمان و عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن الصادق عليه السلام عند السؤال عن جواز الرجوع فى الهبة: «تجوز الهبة لذوى القرابة و الذى يثاب عن هبته، و يرجع فى غير ذلك إن شاء» «٢».

و هذا القسم لا دخل له بما نحن بصددده.

٢- ما ذكر فيه العوض بعنوان شرط الفعل.

و هذا أيضاً ليس فيه معاوضة كما هو ظاهر.

(١). وسائل الشيعه، ج ١٣، الباب ٩ أحكام الهبات، ح ١.

(٢). المصدر السابق، الباب ٦ أحكام الهبات، ح ١.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٠

٣- ما ذكر فيه بعنوان شرط النتيجة، و هذا شبيه المعاوضة، و لكن الإنصاف يقتضى التأمل فى أصل صحه هذه الهبة و كونه من هذا الباب.

و سادسها: بانتقاضه بالقرض، فإنّه أيضاً تمليك بعوض، و اجيب عنه بأنه ليس من باب التمليك بعوض، بل من باب التمليك على وجه الضمان، و لذا لا تجرى فيه أحكام المعاوضات مثل ربا المعاوضة و لا الغرر فيها، و لا ذكر العوض و لا العلم به فتأمل.

أقول: ويمكن تطرق الإشكال إليه بأن التملك على وجه الضمان إن كان المراد منه كون نفس العين المقترضة في الضمان، فلازمه عدم اشتغال ذمة المقترض بشيء، وهو مخالف للإجماع ظاهرا، وإن كان بمعنى ضمان المثل، فهو عين التملك بعوض لأنّ معناه تملك عين في مقابل تملك ما في ذمته من المثل.

إن قلت: معنى القرض هو تملك المقرض ما له للمقترض على وجه ضمان المثل (كما في مصباح الفقاهة).

قلت: ضمان العين ما دامت موجودة إنما يكون بنفسها، نعم عند فقدانه ينزل إلى المثل، ومع فقدانه إلى القيمة، وأما ضمان المثل مع وجود العين فليس إلّا بمعنى تملك مال في مقابل مال، اللهم إلا أن يقال: إن للمالك أن لا يطالب الضامن بخصوصيات العين، بل يطالب خصوصياتها النوعية أو ماليتها.

وبعبارة أخرى: لكل عين ثلاث مراتب: مرتبة الأوصاف الشخصية، ومرتبة الأوصاف النوعية، ومرتبة المالية، ويجوز للمالك تضمين الغير بكل واحد منها، فإن ضمنه بأوصافه الشخصية، فعلى الضامن ردّ عينه وإن لم يطالبه بذلك بل ضمنه بأوصافه النوعية، فعليه ردّ مثله، وإن ضمنه بماليته، فعليه أداء قيمته.

وعلى هذا يكون القرض من هذا القبيل، ومنه يعلم جواز تخيير المقترض يوم الأداء بمثله أو بعينه.

ولعل ما هو المتداول اليوم من ايداع النقود في البنوك أيضا كذلك، لأن اللزوم في الوديعة حفظ عينه، إلا أن المالك قد لا يكون مراده وديعة العين بل وديعة ماليته فقط،

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣١

وهذا وإن لم يكن معروفا عند فقهاءنا، ولكن لا مانع منه بعد جريانه عند العقلاء.

وإن شئت قلت: لا شك في عدم وجوب حفظ عين النقود على البنك و ردّها على صاحبه، فإن هذا مخالف لارتكاز العرف و مقاصد الطرفين، بل يجب عليه ردّ مثل النقود فقط، بحسب المالية.

وحينئذ إما أن يكون من قبيل الإقراض للبنك، أو من قبيل وديعته، والأول مخالف للارتكاز العرفي، فيتعين الثاني، ولكن وديعته بماليته لا بشخصه. وإن كان أثرهما واحدا دائما أو غالبا فتدبر.

بقي الكلام فيما ذكره قدس سرّه من آثار عدم كون القرض معاوضة، أما عدم ذكر العوض وعدم العلم به في القرض فهو كما ترى، لأنّ العوض معلوم لا يحتاج إلى ذكر بل عنوان القرض كاف.

أما جواز الغرر فيه، فهو مبني على صحة القرض بمقدار مجهول، وهو محل للإشكال في كتاب القرض، فجوّزه جماعة و منعه آخرون نظرا إلى أدلّة نفى الغرر، واختصاص رواية النهي بالبيع «نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر» لا ينافي عموم الحكم لما ذكرنا في محله فتأمل، فجريان نفى الغرر فيه وعدم جواز القرض بصخره مجهولة مثلا، لا ربط له بكون القرض من المعاوضات وعدمه، بل هو فرع عموم دليل نفى الغرر لكل معاوضة وعدمه.

و أما عدم جريان ربا المعاوضة فيه، فمعناه أن الربا فيه محرم من دون اشتراط بالمكيل و الموزون، و وحدة الجنس، ففي القيميات لا تكون وحدة الجنس، و في الأوراق النقدية لا يكون هناك مكيل و موزون، و لكن الربا جار فيهما عند القرض.

وقد أورد عليه: بإمكان تفاوت أنواع المعاوضة بحسب الأحكام و لو كان القرض من المعاوضات، و هذا كلام متين.

أضف إلى ذلك أن الإقراض في القيميات غير معمول عرفا، و إن صرح بجوازه فقهاؤنا، و لكن في النفس منه شيء، و تمام الكلام فيه في محله.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٢

١- في معانى البيع:

الظاهر أن للبيع معنيان معروفان:

«أحدهما» ما عرفت تعريفه، وهو المقابل للشراء.

«ثانيهما» الايجاب المتعقب للقبول، وهو المراد فيما لم يكن فيه مقابلة، بل اريد منه البيع المؤثر.

والإنصاف أن اطلاقه على كليهما أمر شائع ذائع، وقد يكون من قبيل الاشتراك اللفظي أو المعنوي، والجامع بينهما هو التمليك بعوض لا- بشرط لحوق القبول، ولكن ينصرف إليه أحيانا بقريئته الحال أو المقال إذا اريد ما هو المؤثر فى النقل والانتقال، كما اختاره شيخنا الأعظم قدس سره قال: «القيد مستفاد من الخارج لا أن البيع مستعمل فى الايجاب المتعقب للقبول، نعم تحقق القبول شرط للانتقال فى الخارج لا- فى نظر الناقل، إذا التأثير لا ينفك عن الأثر فالبيع و ما يساويه من قبيل الايجاب والوجوب لا الكسر والانكسار كما تخيله بعض، فتأمل» انتهى ملخصا.

أقول: الإنصاف أن استعمال البيع فى المعنى الثانى كثير، بل هو العمدة من موارد استعماله، بل هو المتبادر منه غالبا، بحيث يعلم أنه من معانيه الحقيقية، بل الظاهر أنه لم يستعمل فى القرآن الكريم إلا فيه (وقد ذكر فيه سبع مرات) قال الله تعالى: ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا ^(١).

وقال تعالى: وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ^(٢).

وقال تعالى: رِجَالٌ لَا تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ ^(٣).

وقال تعالى: إِذْ نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ^(٤).

(١). سورة البقرة، الآية ٢٧٥.

(٢). سورة البقرة، الآية ٢٧٥.

(٣). سورة النور، الآية ٣٧.

(٤). سورة الجمعة، الآية ٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٣

إلى غير ذلك مما هو كالصريح فى كون المراد منه الايجاب المتعقب للقبول، بل الظاهر أن القبول داخل فيه بعنوان الترتب، لا بعنوان الشرط، فهو مركب من البيع والشراء.

نعم، إذا ذكر فى مقابل الشراء، كان ظاهرا فى خصوص فعل الموجب، وكذا فى مشتقاته عند الإنشاء مثل «بعت»، هذا أولا.

و أما ثانيا: ما ذكره من أن تعقب القبول شرط فى الخارج لا فى نظر الناقل.

فيرد عليه: أن الناقل يعلم أنه بصدد العقد وأن الأثر أثر للعقد، والعقد لا يكون إلا بفعل الاثنين، وفى الحقيقة أن الموجب يتم الأمر من ناحية نفسه، و ينتظر تكميله من الجانب المقابل، لا أنه يرى العقد والأثر تاما كاملا، فإن هذا مما لا معنى له بعد العلم بترتب الأثر على العقد الكامل، وإلا كان من الايقاعات.

و ثالثا: ما أفاده من أنه من قبيل الإيجاب والوجوب لا الكسر والانكسار، إن كان مراده أن الايجاب كما لا ينفك عن الوجوب فى نظر الموجب وإن انفك عنه فى الخارج لعدم تحقق شرطه فكذلك إنشاء البيع، لا أنه من قبيل الكسر والانكسار بحيث لا ينفك عن خارجا و وجود أحدهما ملازم دائما للآخر.

فقد أورد عليه: بأنه دعوى جزافية، إذ الايجاب أيضا لا ينفك عن الوجوب، إلا أن عدم انفكاك أحدهما عن الآخر فى نظر الموجب

فقط لا فى الخارج. (١).

قلت: و كفى بذلك فرقا بينهما، مضافا إلى ما عرفت آنفا، هذا و لكن الانصاف أن البيع ليس من هذا القبيل، و لا من قبيل الكسر و الانكسار بعد كونه من العقود لا من الايقاعات، و البائع عالم بذلك، فتدبر جيدا.
هذا و قد ذكر للبيع معيان آخران:

«أحدهما»: نفس العقد المركب من الايجاب و القبول كما عرفت فى بعض التعاريف المذكورة فى صدر الكلام.
«ثانيهما»: الأثر الحاصل من الايجاب و القبول، و هو الانتقال، و قد عرفت فى التعاريف ما يشهد له.

(١). مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٧٣.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٤

هذا و الانصاف أن شيئا منهما ليس من معانى البيع، بل الأول من قبيل مقدماته و الثانى من قبيل نتائجه، و إلا ليس العقد مع قطع النظر عن محتواه و تأثيره يباع بالضرورة، كما أن الانتقال بمفهوم اسم المصدر ليس البيع الذى يشتق منه المشتقات الفعلية.

٢- هل البيع و شبهه موضوع للصحيح أو الأعم؟

و هذه هى المسألة التى أشار إليها شيخنا الأعظم قدس سره فى ذيل كلامه فى المقام أنها جزئى من جزئيات مسألة الصحيح و الأعم، و هى محررة فى الاصول و ليس هنا مقام بيانها، إلا أنا نشير إليها إشارة إجمالية و حاصلها:

«الف» المراد من الصحيح كما حققناه فى محله هو ما يترتب عليه الأثر المترقب منه و لو بالقوة القريبة من الفعل، سواء اجتمعت فيه جميع الأجزاء و الشرائط المتعارفة أو الواجبة، أم لا؟ فالسراج الصحيح هو ما يستفاد منه فى مقابل الظلمة لمشاهدة الأشياء، و الساعة لتعيين الوقت، و السيارة للركوب فيها و الانتقال من محل إلى آخر غير ذلك حتى لو كان بعض أجزائها مكسورا أو معيبا، نعم إذا انعدمت الاستفادة منه بالمرّة، لم يكن مصداقا للصحيح بالمعنى الذى ذكرنا، و هو المقابل للفاقد لا للمعيوب.

«ب» الحق هو وضع الأسماء للصحيح، سواء فى الحقائق التكوينية، أو الاعتبارات العرفية أو الشرعية، للتبادر، و صحة السلب عن الفاسد، و الاطراد (لأنه عندنا من علائم الحقيقة)، و حكمه الوضع، و تمام الكلام فى محله.

«ج» بما أن الصحة فى العرف و الشرع فى مثل البيع و غيره من العقود متفاوتة، فإذا ذكرها أهل العرف بما أنهم كذلك انصرف الذهن إلى الصحيح العرفى، و إذا ذكره أهل الشرع و المسلمون بما أنهم معتقدون باصول الإسلام و تشريعاته، انصرف الذهن إلى الصحيح الشرعى، و فى الدعاوى و الاقرارات أيضا تتبع هذه القاعدة.

«د» كيف يجوز التمسك بالاطلاقات على القول بالصحيح عند الشك فى اعتبار شىء شطرا أو شرطا فى بعض العقود مع أنه من قبيل الأخذ بالعام فى الشبهات المصدقية، مثلا إذا شككنا فى اعتبار الصيغة فى البيع، فكيف يصح لنا الأخذ بعموم أحلّ الله البيع مع أن

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٥

البيع موضوع للصحيح، و هو هناك مشكوك؟

و الجواب عنه: إن القرينة هنا قائمة على أن المراد منه البيع هو الصحيح عند العقلاء و أهل العرف، فإنه لا معنى لأن يقول: «أحلّ الله البيع الصحيح شرعا» فإنّ هذا تحصيل الحاصل (أولا) و إحالة على المجهول (ثانيا)، بل الذى يفيد هو أن يقول: «إنّ الله أحلّ البيع الصحيح عند العقلاء إلا ما خرج بالدليل الشرعى».

و أمّا ما أفاده شيخنا الأعظم قدس سره فى وجه تمسك العلماء بالاطلاقات هنا، من أن الخطابات صدرت على طبق العرف، فغير

كاف، لأن خطابات الشرع لا بد أن تكون على النحو الصحيح الشرعي لا العرفي، ولكن القرينة التي عرفتها تدلنا على ذلك. و هنا كلام لبعض أعلام العصر ذكره في كتاب بيعه و حاصله: إنَّ البيع و نحوه لو كان موضوعا للمسببات، فلا تتصف بالصحة و الفساد، بل أمرها دائر بين الوجود و العدم. و على فرض وضعها للأسباب فالتحقيق أنَّها موضوعه للأعم من الصحيح منها، و لو فرض وضعها للصحيح، فلا شبهة في عدم وضعها للصحيح الشرعي، لعدم الحقيقة الشرعية فيها. و لو فرض وضعها للصحيح عنده، فلا ينبغي التأمل في لزوم كون اختلافه مع العرف في المفهوم، لأنه مع اتفاهما في المفهوم لا يعقل الردع و التخطئة في المصدق. و على فرض وضعها للأسباب الصحيحة الراجعة إلى الاختلاف في المفهوم لا يصح التمسك بالاطلاق إذا شك في اعتبار و قيد أو شرط، انتهى ملخصا «١».

أقول: و في كلامه مواقع للنظر:

أولا: قد عرفت أنَّ الألفاظ، سواء ألفاظ العبادات و المعاملات بل الموضوعات العرفية كلها، وضعت للصحيح المؤثر للأثر المرغوب منه، و هو الذي يكون محلا للابتلاء في جميع الأحوال و جميع شؤون الحياة، بل هو الداعي لوضع الألفاظ بطبيعتها الحال، و أما الفساد فهو شيء خارج عن محط الأغراض و الأنظار، و قد يتلى به أحيانا، فالصحيح هو الأصل، و الفساد هو الفرع، و الموضوع له هو الأول بحكم التبادر و غيره ممَّا عرفت.

(١). كتاب البيع، ج ١، ص ٤٦.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٦

ثانيا: الموضوع له بناء على المختار- و هو الصحيح- عبارة عمَّا يكون مؤثرا للأثر، أعنى النقل و الانتقال في مثال البيع، و غاية الأمر أنَّ الشارع لا يرى بيع الربا مصداقا لهذا العنوان، و أهل العرف يرونه مصداقا، فليس الخلاف بينهما في المفهوم الكلي، أعنى الصحيح المؤثر للأثر، بل في المصدق.

نعم، ليس للبيع الذي هو أمر اعتباري، واقع ثابت في الخارج حتى يكون ردع الشارع من باب التخطئة كما هو كذلك في التكوينيات، بل باعدام الموضوع، أعنى الصحيح في افق اعتباراته، بينما يراه العرف مصداقا له.

ثالثا: التمسك بالاطلاقات صحيح على كل حال، ففي حال كون المفهوم واحدا، فهو ظاهر، لما قد عرفت، أمَّا لو كان المفهوم متعددا، فالقرينة قائمة على أنَّ الاطلاقات ناظرة إلى المفهوم العرفي من البيع، و إلَّا فلا معنى لقوله: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ أو قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لأنه من قبيل الإحالة على المجهول، بل و من قبيل تحصيل الحاصل كما لا يخفى على الخبير.

٣- ما هي حقيقة الإنشاء؟

المعروف أنَّ الإنشاء هو: إيجاد المعنى باللفظ، و لكن أورد عليه بعض أعظم العصر بما حاصله: إنَّ الإيجاد إن كان بمعنى الإيجاد الخارجي، فهو ضروري البطلان، بدهاه أنَّ الموجودات الخارجية مستندة إلى عللها الخاصة التكوينية. و إن كان المراد الإيجاد الاعتباري في نفس المتكلم، فهو واضح الفساد أيضا لأن الاعتبار النفساني الذي هو من أفعال النفس لا حاجة له إلى الألفاظ أساسا.

و إن كان المراد منه اعتبار العقلاء، فهو مترتب على تحقق الإنشاء أولا من المنشئ حتى يعتبره العقلاء و الشرع.

و بالجمله لا- يعقل معنى محصل لتعريف الإنشاء بإيجاد معنى باللفظ، و التحقيق أنه ابراز الاعتبار النفساني بمبرز خارجي، كما أن الخبر عبارة عن إبراز قصد الحكاية، (انتهى ملخصاً) «١».

(١). مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ٥٠.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٧

أقول: أولاً- إن كون الإنشاء أمراً إيجابياً هو أمر وجداني، سواء في البيع والهبة والنكاح أو النداء والتمنى والترجي وغيرها، فالوجدان أصدق شاهد بأنا عند ذكرنا هذه الصيغ نوجد أمراً اعتبارياً، لا أننا نعتبر شيئاً في أنفسنا ثم نخبر ونكشف عنه. و ثانياً: أنه لو كان الإنشاء إبراز الاعتبار النفساني، كان كالخبر يحتمل الصدق والكذب، فإن الذي ينفي عن الإنشاء احتمال الصدق والكذب، إنما هو كونه إيجابياً، وعند إنكاره يكون كالخبر بعينه.

إن قلت: بينهما فرق واضح، فإنه ليس في الإنشاء وراء الاعتبار النفساني شيء بخلاف الإخبار الذي يحكى عمّا يازائه في الخارج. قلت: نعم، و لكن إذا ذكر المبرز (بالكسر) و لم يطابق المبرز (بالفتح) و لم يكن أمراً ثابتاً في النفس، كان كاذباً في إبرازه و اظهاره. و ثالثاً: - و هو العمدة- أن حقيقة الإنشاء ليست مجرد الاعتبار النفساني، و لا مجرد الألفاظ، بل اعتبار عقلائي يوجد بما دل عليه مع التية و القصد.

توضيح ذلك: إن حقيقة الملكية في بدء الأمر هي السلطنة الخارجية على شيء، و تمليك الغير عبارة عن تسليطه عليه خارجاً، ثم لما أخذت المجتمعات البشرية تتسع و تتنوع تبدلت هذه السلطنة بشكل اعتباري قانوني، و قام الإنشاء مقام الاعطاء الفعلي الخارجي، فمجرد الاعتبار النفساني لا أثر له عند العقلاء، و لا يوجد السلطنة الاعتبارية القانونية، و إنما توجد هذه السلطنة بالفاظ أو أفعال وضعت لها، مع قصد إيجابها، فإنشاء الملكية هو إيجاد اعتبار عقلائي قانوني بأسبابه، لا إيجاد أمر تكويني، و لا إيجاد أمر نفساني حتى لا يحتاج إلى الألفاظ و شبهها، بل إيجاد سلطة قانونية عقلائية و هو يحتاج إلى أسباب خاصة عندهم، و كذلك الطلاق مثلاً، هو إيجاد فرقة قانونية عقلائية بأسبابه، و هكذا في سائر الإنشائيات من العقود و الايقاعات، فتدبر فإنه حقيق به.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٩

بيع المعاطة و أحكامها

إشارة

وقع الكلام بين الأعلام أولاً: في صحة بيع المعاطة و عدمها من العصر الأول إلى زماننا هذا، و في المراد منه ثانياً، و في معنى صحته ثالثاً.

و الحق أنه بيع صحيح لازم لا يجوز فسخه إلا بأحد الخيارات الثابتة في البيع، و بسط الكلام فيه يقع في مقامات:

المقام الأول: في الأقوال في المسألة

إشارة

و حكى فيها سبعة أقوال:

١- أنه بيع لازم مطلقاً، سواء كان ما دل على التراضي هو اللفظ (غير الصيغة المخصوصة)، أو الفعل الخالي عن اللفظ، نسب ذلك إلى المفيد قدس سره حيث قال في المقنعة:

«و البيع ينعقد على تراض بين الاثنين فيما يملكان التبايع له إذا عرفاه جميعا و تراضيا بالبيع و تقابضاه و افتراقا بالأبدان» فقد ذكر خمسة شرائط للبيع و لم يعد الإنشاء اللفظي منها، و لكن قد يقال: إنه أوكل الأمر إلى وضوحه و اشتهاؤه بين الأصحاب (و فيه ما فيه). و صرح في المختلف بأن كلام الشيخ المفيد قدس سره غير صريح و لا ظاهر فيه بل يتوهم منه «١».

و حكى عن بعض علماء العامة أيضا ذلك، و لكن عن الشافعية عدم صحته إلا باللفظ، و عن أبي حنيفة صحته في المحقرات.

(١). مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٦.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٠

٢- أنه بيع لازم إذا كان الدال على المعاملة لفظا (أى ما دل على التراضى) نسبه في الحدائق إلى المحقق الأردبيلي قدس سره في شرح الإرشاد و صاحب الكفاية و الفيض في المفاتيح و جمع من المحدثين.

و قد نقله الشهيد الثانى قدس سره عن بعض مشايخه، و لكن الذى حكاه فى مفتاح الكرامة هكذا: و فى الكفاية أن قول المفيد غير بعيد، و هو خيرة مجمع البرهان و المفاتيح و نقله فى الحدائق عن الشيخ سليمان البحرانى «١».

٣- إنها تفيد الملكية الجائزة لا اللازمة، و إنما يحصل اللزوم بذهاب العينين أو أحدهما، و أول من نسب إليه هذا القول هو المحقق الثانى قدس سره، و قد حمل كلمات القائلين بالاباحة عليه، و أتعب نفسه الشريفة فى تأييد مباني هذا القول و دفع إشكالاته، و لكن الإنصاف أن حمل كلمات القائلين بالاباحة عليه مشكل جدا.

٤- إنها تفيد الإباحة فقط، و بما أن هذه الاباحة تشمل جميع التصرفات حتى التصرفات المتوقفة على الملك، فقد ذهب بعضهم إلى حصول الملك آنا ما قبل هذه التصرفات، و نسب هذا القول إلى المشهور بين الأصحاب، و هو صريح المبسوط و الجواهر و الغنية و السرائر و الشرائع و المسالك و غيرها «٢».

٥- إنها تفيد إباحة جميع التصرفات ما عدا التصرفات المتوقفة على الملكية، كالبيع و الوطى فى الأمة و الوقف و شبهها، و حكى هذا عن حواشى الشهيد قدس سره على القواعد.

٦- إنه بيع فاسد، كما حكى عن العلامة قدس سره فى النهاية، و لكن حكى عنه رجوعه عنه فى كتبه المتأخرة، و لازمه عدم جواز أى تصرف فيهما.

٧- قال السيد المحقق اليزدى قدس سره بعد ذلك: و هنا قول سابع، و هو أنها معاملة مستقلة مفيدة للملكية و ليست بيعا و إن كانت فى مقامه، و قد حكى هذا عن الشيخ الكبير الشيخ جعفر قدس سره «٣».

(١). مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٥٦.

(٢). المصدر السابق، ص ١٥٤.

(٣). حاشية المكاسب للسيد الطباطبائى اليزدى قدس سره، ص ١٤٧.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤١

و هذا و لكن لَمَّا كان المشهور بين الأصحاب (رضوان الله عليهم) القول بالاباحة دون الملك، وقع بين أعظم المتأخرين حوار شديد، و معركة عظيمة فى هذا المقام لأن مراد المتعاطيين كان هو الملكية، و لم تقع بل وقع ما لم يقصدها، و هو الاباحة، فما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد.

مضافا إلى أن ظاهرهم جواز التصرفات الناقلة و المتوقفة على الملك، و كيف يصح مثل الوقف و البيع و الوطى فى الأمة و شبه ذلك و ليس مملوكا؟

و عمدة المعركة بين ثلاث من كبار اساطين الفقه و هم المحقق الثاني، و صاحب الجواهر، و شيخنا العلامة الأنصاري (قدس الله أسرارهم).

فقال الأول منهم بأن مراد المشهور من الإباحة، الملك الجائر دون اللازم، قال: و ما يوجد في عبارة جمع من متأخري الأصحاب من أنها تفيد الاباحة و تلزم بذهاب إحدى العينين، يريدون به عدم اللزوم في أول الأمر، و بالذهاب يتحقق اللزوم، لامتناع إرادة الاباحة المجردة عن أصل الملك، إذ المقصود للمتعاطين إنما هو الملك، فإذا لم يحصل كانت فاسدة، و لم يجز التصرف في العين، و كافة الأصحاب على خلافه (انتهى) «١».

و قال في الجواهر بعد أن استجود هذا المقال في كلام طويل له: إن حمل كلمات قدماء الأصحاب على ما ذكرناه من أن مرادهم بيان قابلية الأفعال للإباحة لو قصدناها و أن ذلك مشروع دون التملك البيعي مثلا، خير من ذلك «٢».

و بهذا الاعتبار جعل محل النزاع ما لو قصدنا الإباحة.

و قال شيخنا الأعظم قدس سره بعد ذكر كلمات جمع من الأصحاب (الظاهر أو الصريحة أن محل الكلام ما لو قصدنا الملك دون الاباحة كما أن مرادهم من الاباحة هو نفس الاباحة لا الملك الجائر، بل بعض عباراتهم صريح أو كالصريح في ذلك): إن الأولى إبقاء كلماتهم في المقامين على ظاهرها و نجتهد في حلّ مشكلات هذه الإباحة (انتهى محل الحاجة).

و الانصاف أن ما ذكره أحسن و أوجه مما ذكره العلمان السابقان، و إن كان لا يخلو

(١). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢١٤.

(٢). المصدر السابق، ص ٢٢٤.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٢

أيضا من مشكلات و معضلات، و عمدتها أمران:

الأول: كيف تحصل الاباحة مع عدم قصدها، فما قصداه و هو الملك لم يقع، و ما لم يقصداه و هي الاباحة وقعت.

قال في الجواهر: ليس له وجه فضلا عن نسبه إلى المشهور أو الإجماع، ضرورة أنهم إن أرادوا أنها من المالك، فالفرض عدمها لكون المقصود له أمرا خاصا لم يحصل، فارتفع الجنس بارتفاعه.

و إن أرادوا إباحة شرعية، فهو مع أنه من الغرائب بعد أن جعل الشارع أمر المال إلى مالكة، لا دليل عليها (انتهى محل الحاجة).

الثاني: حصول الملك بالتصرفات الناقلة مقارنا لها أو آنا ما قبلها.

هذا، و لكن قد ذكر في وجه الاباحة هنا أمران:

١- الإجماع كما أشار إليه، في مصباح الفقاهة آخذا من كلام الشهيد قدس سره في القواعد و غيره حيث ادعوا الإجماع على افادتها الاباحة دون الملك.

و لكن يرد عليه: أن التعبد المحض في هذه الأبواب بعيد جدا بعد كون بناء الشارع على امضاء بناء العقلاء فيها، و امضاء مقصود المتبايعين، كما أشار إليه في الجواهر، مضافا إلى أن ظاهر كلامهم عدم استنادهم فيه إلى نص.

٢- ما أفاده شيخنا الأعظم قدس سره حيث قال: إن الاباحة لم تحصل بإنشاء ابتداء، و إنما حصلت - كما اعترف به في المسالك - من استلزام اعطاء كل منهما سلطه مسلطا عليها، مع الاذن في التصرف فيه بوجوه التصرفات (انتهى).

و هذا و إن كان صحيحا في الغالب، و لكن توجد مصاديق ليس فيها اباحة بدون الملك من ناحية مالكة، و حينئذ يشكل الأمر فيها.

و إن شئت جعلت هذا من وجوه ضعف قول المشهور.

و أظن أن الذي دعاهم إلى ذلك، أنهم رأوا عدم بناء العقلاء و أهل العرف و الشرع على الاقدام على البيع في الامور الخطيرة،

كالضياع والعقار والبيت وغيرها من الامور المهمّة إلّا بإنشاء لفظي أو كتبي أو كليهما، هذا من ناحية، و من ناحية أخرى رأوا أنّ العرف لا

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٣

يعتنى بشرائط البيع في الامور اليسيرة جدّاً، كإعطاء قطعة من النقود إلى البقال أو السقاء في مقابل أخذ شيء من البقل أو الماء من دون العلم بمقدار العوض و سائر شرائط (كما مثل به كثير منهم).

فمن هنا قالوا باعتبار الإيجاب والقبول اللفظي في البيع، و كون المعاطاة في الامور اليسيرة مفيدة لمجرّد الاباحة، مضافاً إلى ما نعرف منهم من البناء على الاحتياط في أبواب الفقه.

هذا و لكن يرد عليهم أنّ ما بين هذين، بيع و تجارات كثيرة- و ما أكثرها- متداولة بين أهل العرف، و هم يرون أنفسهم ملزمين برعاية شرائط البيع من تعيين الثمن و المثلث و غيره من دون الالتزام بشيء من الألفاظ في الإنشاء كما في الثياب و اللحم و الفواكه و الحبوب و سائر ما يحتاجون إليه، مع أنّهم يرونها يباعا مملكا و يتعاملون معه معاملة الملك في جميع تصرفاتهم.

ما يلزم القول بالاباحة من الإشكالات:

هذا و ممّا يلزم على القول بالاباحة ما ذكره المحقق كاشف الغطاء قدّس سرّه من لزوم تأسيس قواعد جديدة على هذا القول، ثم ذكر هنا ثمانية إشكالات لا بأس بذكرها (و إن كانت عمدتها ما عرفت) و ذكر ما اجب عنها حيث نرى أنّها مجرّد استبعادات، أو امور يمكن أن تذكر بعنوان الدليل، فنقول و منه سبحانه نستمد التوفيق و الهداية:

الإشكال الأول: إنّ العقود و ما قام مقامها، تتبع القصد، و لازم القول بالاباحة هدم هذه القاعدة.

و ذكر شيخنا الأعظم قدّس سرّه في جوابه أمرين:

أولاً: إنّ المعاطاة عند القائل بالاباحة ليست من العقود، لأنّ الإنشاء الفعلي لا يقوم مقام الإنشاء القولي عندهم، و أمّا الاباحة فهي حكم شرعي دلّ الدليل عليه.

ثانياً: إنّ تخلف العقود عن القصد كثير، ثم ذكر أمثلة خمسة له:

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٤

١- تأثير العقد الفاسد لضمان قيمة المثل مع أنّ المتبايعين قصدا قيمة المسمى.

٢- الشرط الفاسد، فإنّه ليس مفسدا عند أكثر القدماء مع أنّ العاقد لم يقصد العقد إلّا مقرونا به.

٣- بيع ما يملك و ما لا يملك، و كذا ما يملك و ما لا يملك الذي ذكروا صحته فيما يملك أو فيما يملك دون غيره.

٤- بيع الغاصب لنفسه، حيث ذكروا دخوله في البيع الفضولي مع أنّه لم يقصد المالك الأصلي.

٥- إن ترك ذكر الأجل في المتعة يوجب انقلابها عقد دائماً مع أنّهما لم يقصداه (انتهى ملخصاً).

أقول: و يرد عليه: إنّ مفروض كلام المحقق قدّس سرّه المذكور، كون الاباحة مملّكة، لأنّ الاباحة الشرعية من دون إذن المالك في باب الأموال عجيب، كما ذكره صاحب الجواهر قدّس سرّه، فإذا فرض أنّ الاباحة مالكيّة، لزم تخلف العقود عن القصد.

و الإنصاف أنّ هذا التخلف و إن لم يكن محالاً- عقلاً و لكن إثباته شرعاً يحتاج إلى دليل قوى يصلح لتأسيس مثل هذه القاعدة الجديدة.

و أمّا الموارد التي أشار إليها و جعلها من مصاديق التخلف، فلا يتمّ شيء منها، بل أمرها دائر بين ما هو ثابت (و ليس من التخلف) و ما هو غير ثابت و إن كان من مصاديقه.

«توضيحه»: أنّه لا ينبغي الإشكال في كون الضمان في العقد الفاسد- كما حققناه في محله- مستندا إلى مسألة الاقدام و اليد، فلا دخل

له بمسألة تخلف العقود عن القصد.

أما مسألة شرط الفاسد فقد يقال أنها من قبيل الالتزام في الالتزام، وفساد أحد الالتزامين لا يسرى إلى الآخر، ولكن التحقيق أن أحد الالتزامين مقيد بالآخر، وإنما لا يسرى فساده إليه لأنه في نظر العرف من قبيل تعدد المطلوب، نعم لا يبعد الالتزام بالخيار عند فساده. ومنه يظهر الحال في بيع ما يملك وما لا يملك، فإنه أيضا من هذا الباب ولو فرض كونه في بعض المقامات من قبيل وحدة المطلوب بنظر العرف والعقلاء، فسوف يسرى الفساد منه إليه.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٥

و أما مسألة بيع الغاصب لنفسه، فيمكن الجواب عنه:

أولا: بأن الغاصب يرى نفسه مالكا ادعاء، فإذا اشترى لنفسه اشترى للمالك واقعا.

ثانيا: بأن أركان البيع هي العوضان، وأما المالكان فليسا من أركانه، بخلاف النكاح والوكالة وشبههما مما يدور مدار الأشخاص. وأما مسألة المتعة فالمشهور كما في المسالك انعقادها دائما بترك ذكر الأجل، واستدل عليه بما رواه ابن بكير عن الصادق عليه السلام قال: «إن سمي الأجل فهو متعة، وإن لم يسم الأجل فهو نكاح ثابت» (١).

ويمكن أيضا الاستدلال له بروايتي أبان بن تغلب و هشام بن سالم المذكورتين في نفس الباب (٢).

ولكن الإنصاف أن هذا الحكم ممنوع جدا، لعدم قيام دليل عام ولا خاص عليه، والنص إنما هو دليل على أن تفاوت العقد الدائم والمتعة إنما هو بذكر الأجل وعدم ذكره، ولا تعرض له لما إذا قصدا المتعة ونسيا ذكر الأجل. وفي المسألة قولان آخران يقومان على أساس التفصيل بين الموارد، فراجع الجواهر والمسالك. فتحصل من جميع ما ذكرنا عدم وجود نقض واحد لقاعدة تبعية العقود للقصد.

وبالجملة هذا الإشكال وإن لم يكن دليلا قطعيا على بطلان القول بالإباحة ولكنه من المبعيدات القوية له.

الإشكال الثاني: حصول الملك بالتصرفات الناقلة، ولازمه كون إرادة التصرف مملكا، فإذا أراد وقف ما أخذه بالمعاطاة مثلا أو هبته أو بيعه صار بمجرد إرادته القريبة من العمل ملكا له، وكذا إذا تصرف فيه بالاتلاف، فإن جواز الاتلاف وإن كان لا يلزم الملكية إذا كان برضا مالكة أو باجازة مالك الملوكة، ولكن المفروض ضمانه بالمسمى لا بالقيمة، وهذا غير ممكن بدون دخول العوض في ملكه.

(١). وسائل الشريعة، ج ١٤، الباب ٢٠ من أبواب المتعة، ح ١.

(٢). المصدر السابق، ح ٢ و ٣.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٦

هذا وقد أجاب عنه شيخنا الأنصاري قدس سره وتبعه عليه غيره بأنه لا مانع من التزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل، ودليل جواز التصرف المطلق، وأدلة توقف بعض - التصرفات على الملك، كتصرف ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالوطني والبيع والعقود وشبهها.

أقول: إن أراد أنه لا مانع منه عقلا فهو صحيح، وإن أراد أن لا مانع منه شرعا فهو قابل للإشكال، فإن مثل هذا من الغرائب في أحكام الشرع لا يمكن المسير إليه إلا بدليل قوي، لما ذكرنا في محله من أن إثبات مثل هذه الأحكام الغريبة لا يمكن بمجرد أصل أو خبر واحد ولو كان صحيحا.

وأما ما ذكره من الأمثلة فهي أجنبية عما نحن فيه، فإن تصرف ذي الخيار منطبق على موازين القواعد وهو الفسخ العملي وإعمال الخيار، وكذا في الواهب وشبهه، وإن هو مما لا ينطبق على شيء من القواعد بل هو تعبد صرف.

الإشكال الثالث: و ممّا يلزم هذا القول من الامور المخالفة للقواعد المعروفة تعلق الأخماس و الزكوات و الاستطاعة و الديون و الموارد بما فى اليد مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرف فيه.

و أجاب عنه شيخنا الأعظم قدّس سرّه: بأنّه استبعاد محض، و دفعه بمخالفته للسيره رجوع إليها (أى الاستدلال بالسيره لا بما ذكره).
أقول: لبّ الكلام، أنّ تعلق الخمس و الزكاه و ... بما هو مباح للإنسان و ليس ملكا له، ممّا لم يعرف له دليل فى الشرع، بل جميع الأدلة داله على تعلقها بالأملاك.

فهذا أيضا ممّا لا يعرف أهل الشرع شيئا له فى الفقه، و إثبات مثل هذا الحكم المخالف لكثير من قواعده دونه خرط القتاد، و كذا بالنسبة إلى الإرث و شبهه.

و لهذا كان ترك بعض الأدلة الضعيفة الداله على قول المشهور، و إن بلغت بعض مراتب الحجية (لو كان لهم دليل كذلك) أولى من ارتكاب هذه الامور التى لا تناسب قواعد الفقه و الاصول المعروفة من المذهب.

الإشكال الرابع: كون التصرف من جانب مملكا للجانب الآخر.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٧

و أجاب عنه فى المكاسب بأنّه ظهر جوابه.

أقول: كأنّ مراده أنّه مجرد استبعاد بعد ما اقتضى الجمع بين الأدلة ذلك.

و أنت خبير أنّه أيضا مخالف للقواعد المعروفة من الشرع المقدس، و لا يمكن المسير إليه بسهولة، و لم يعرف مثل هذا الحكم فى موضع آخر، و هذا ممّا يوجب الظنّ القوى المتأخّم للعلم للفقهاء، على أنّ مسيره فى هذا الحكم غير صحيح و إلّا لما انتهى إلى هذه الأحكام العجيبة المخالفة لأصول المذهب من كل جانب.

الإشكال الخامس: إنّ التلف المساوى من جانب، مملّك للجانب الآخر، و التلف من الجانبين مع التفريط (أو الاتلاف من الجانبين) معين للمسمى، و لا رجوع إلى قيمة المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت.

و أجاب عنه فى المكاسب بما حاصله: إنّ الجمع بين الأدلة الثلاثة (أصله عدم الملك إلّا فى الزمان المتيقن، و عموم على اليد، و الإجماع على الاباحة) يقتضى كون كل منهما مضمونا بعوضه لا بالمثل، فيقدر كلّ منهما آنا ما قبل التلف فى ملك من يده، فينتج كونه مضمونا بعوضه، نظير تلف المبيع قبل قبضه فإنّه من مال بايعه و يكون مضمونا بعوضه لا بالمثل.

قلت: أمّا تلف المبيع قبل قبضه، فهو فى الواقع شبيه الفسخ القهرى، لأنّ الاقتباس من تمام البيع، فإذا لم يحصل، لم يتمّ البيع و انفسخ قهرا، بخلاف المقام، فإنّ التلف يوجب ملك كل منهما لما فى يده، و هذا ممّا لا يناسب قواعد المذهب و لم يعرف له نظير.

نعم، بالنسبة إلى غصب الغاصب الذى ذكره فى كلامه، يمكن قبول جواز مطالبه كل من المالك و المباح له، و حكم تلفه فى يد الغاصب حكم التلف فى يد المباح له، و الكلام هو الكلام فيما سبق.

و الإنصاف أنّ بعض هذه الوجوه يرجع إلى بعض آخر.

الإشكال السادس: إن التصرف لو كان من النوافل القهرية بدون التية فهو بعيد، و إن كان متوقفا على التية، كان الواطئ للجارية بدون تية التملك، و اطيا بالشبهة.

و العجب أنّ شيخنا الأعظم قدّس سرّه لم يجب عنه، و أجاب على ما بعده و لعله أو كله إلى

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٨

وضوحه عنده، و أنّ سبيله سبيل ما مرّ من أنّه مقتضى الجمع بين الأدلة و أنّ الملك يحصل هنا و لو بدون التية.

و أنت خبير بأن حصول الملك بمجرد التصرف المتوقع على الملك حتى بدون أى تية من الغرائب التى لم نعرف لها شيئا فى الفقه، و ليس هذا مجرد استبعاد، بل المراد أنّه حكم مخالف لقواعد الفقه لا يثبت إلّا بدليل قوى لا نجده فى المقام.

الإشكال السابع: و من المشكلات المترتبة على هذا القول، حكم النماء، فإنه لا شك في حلية النماء الحاصل من العين المأخوذة بالمعاطاة، مع أنه لو قيل بأن حدوثه مملوك له دون العين كان بعيدا و معها كذلك، و كلاهما مخالف لظاهر الأكثر (فإن ظاهرهم ليس ملكية النماءات مع أن السيرة مستمرة على معاملة المملك معها) و شمول الاذن له خفى. و أوجب عنه: أولا: بأن ظاهر المحكى عن بعض أن القائل بالاباحة لا يقوم بتملك النماءات، بل يرى حكمها حكم أصل العين، يعنى مجرد الاباحة.

ثانيا: يحتمل أن يحدث النماء فى ملكه بمجرد الاباحة (ذكرهما فى المكاسب).

ثالثا: إن النماء و أصله يصيران ملكا للمباح له بمجرد حصول النماء، و ذلك لأن مقتضى كون المعاطاة بيعا عرفيا حصول الملكية من أول الأمر، و لكن يمنعنا الإجماع، حيث إنه دليل لئى يقتصر على القدر المتيقن، و هو ما إذا لم يحصل النماء، فإذا حصل كان كلاهما ملكا له (ذكره مصباح الفقاهة).

أقول: حاصل الجواب الأول: أن الأصل إذا كان مباحا و مأذونا كان النماء الذى فرعه كذلك، لا ملكا، و لكنك خير بأنه يعامل مع النماءات معاملة المملك، فاللبن الحاصل من البقرة المأخوذة بالمعاطاة، و كذا الثمرة الحاصلة من الشجرة تحسب ملكا و يتصرف فيها المشتري تصرف المالك فى ملكه.

لكن يمكن أن يقال: بأن النماء يصير ملكا بإرادة التصرف، فالكلام فيه كما فى سابقه، نعم يلزم هنا زيادة الفرع على الأصل كما لا يخفى.

و أما الثانى فيرد عليه، بأن كون اباحة الأصل سببا لمملك الفرع ممّا لا نعرف له وجهها، بل النماء تابع للأصل.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٩

و أمّا الثالث فهو من العجائب، فإن لازمه صيرورة كثير من الأعيان المأخوذة بالمعاطاة ملكا، بزمان يسير، لظهور النماء فيه، و هذا لا يوافق ظاهر كلمات المشهور كما لا يخفى.

و الإنصاف أن يقال: إن هذا أيضا من الغرائب و لا تساعده القواعد المعروفة فى الفقه، بأن تكون النماءات ملكا و لو كان الأصل مباحا غير ملك.

الإشكال الثامن: و آخر ما ذكره من هذا الباب، أن يكون المتصرف فى المباح له، موجبا قابلا، لأنه يملكه لنفسه باذن المالك، ثم يقبله اصالة فيكون موجبا قابلا، و إذا جاز ذلك فلم لا يجوز هذا فى نفس القبض عند التعاطى؟ بل هو أولى من سائر التصرفات لأنه مقرون بقصد التملك (هذا مفاد كلامه).

و لكن التحقيق أن هذا لا يعدّ إشكالا جديدا بعد إشكال كون إرادة التصرف مملكا، و إنما يرد هذا على من يقرر الجواب من إشكال التصرف من طريق الاذن فى الإيجاب من قبل المالك، ثم القبول من قبل نفسه، لا على الجميع.

و بالجملة هذه الإشكالات الثمانية و إن رجع بعضها إلى بعض و كانت فى الواقع أقل عددا من هذا، و لكنها فى المجموع تعدّ إشكالا قويا على القول بالاباحة، و حاصله أن الالتزام بلوازم الاباحة مشكل جدا لا يمكن المصير إليه إلّا بأدلة قوية قادرة على تخصيص القواعد المعروفة فى الفقه، و هى مفقودة فى المقام، بل ليس لهم إلّا دعوى الإجماع، و هو ضعيف جدا، و أمّا تسليط المالك المباح له على ملكه، فالظاهر أنه فرع علمه بكونه مالكا من طريق التعاطى لا مطلقا.

فتحصل من جميع ذلك أن القول بالاباحة يقوم عليه دليل، بل هناك ما يدل على خلافه، و فيه معضلات و عويصات يشكل حلّها.

[المقام الثانى فى الأدلة]

أدلة صحة المعاطاة:

أما أدلة القول بكون المعاطاة بيعا شرعيا موجبا للملك فهي كثيرة:

الأول: وهو العمدة، شمول اطلاقات أدلة البيع و عموماتها، فإنها بيع عرفي بلا إشكال

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٠

□ و تجارة عن تراض، و مصداق للعقد بما له من المعنى العرفي و اللغوي، و هو العهد أو ما في معناه، فيشملها قوله تعالى: **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** «١» و **يَجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ** «٢» و **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** «٣» بل و اطلاقات بعض الروايات الواردة في أبواب المعاملات الواردة على عنوان البيع أو عنوان التجارة أو غير ذلك من أشباهها، فإنها جميعا عامية شاملة للمعاطاة و غيرها، و إنكار كونها بيعا أو تجارة و عقدا عرفيا، مكابرة واضحة، كيف و جلّ معاملات الناس و تجاراتهم من هذا القبيل، بل قد عرفت أن الأصل في البيع كان بصورة المعاطاة و إنما حدث البيع بالصيغة بعد ذلك.

و إن شئت قلت: الإنشاء العقدي و إن لم يكن بصراحة الإنشاء اللفظي من بعض الجهات، و لكن أصرح منه من جهات اخرى، كما لا يخفى على الخبير.

و الحاصل: أن المسألة من قبيل الشك في اشتراط شيء في صحة المعاملة، فكما يتمسك بالعمومات لنفي سائر ما يشك فيها، فكذا بالنسبة إلى الإنشاء اللفظي.

الثاني: السيرة المستمرة من زمن النبي الأكرم صلّى الله عليه و آله إلى زماننا هذا، بل و قبله، فلا يزالون يتعاملون بالمعاطاة و يرتبون جميع آثار الملك عليها و يرونها بيعا مملكا من غير حاجة إلى الإنشاء اللفظي.

بل و كذا في غير البيع من الهدايا التي تهدي إلى المؤمنين و أهل العلم و غيرهم، و كذا إجازة المساكن و المراكب و غيرها، و إنكار استقرار سيرة العقلاء و أهل الشرع طرا على ذلك مكابرة واضحة.

و من أعجب ما يمكن أن يقال في المقام القول بأن هذه السيرة نشأت من قلعة المبالاة في الدين، مع العمل بها من أرباب التقوى و الصلاح، بل لو لم تقبل السيرة المستمرة الواضحة الظاهرة هنا لن تقبل في أي مورد آخر.

و لم يردع عنه الشارع المقدس بل أمضاه قطعا، و لو وردت هنا رواية ناهية لشاعت و ذاعت، لتوفر الدواعي على نقلها.

(١). سورة البقرة، الآية ٢٧٥.

(٢). سورة النساء، الآية ٢٩.

(٣). سورة المائدة، الآية ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥١

بل جعله بعض الأكابر دليلا مستقلا، قال: إنه لو كان الإنشاء اللفظي شرطا بحكم الشرع و جب على الشارع بيانه، و لو كان لبان، فعدم الدليل في مثل هذه المسألة دليل على العدم.

الثالث: إجماعهم على جواز التصرفات الموقوفة على الملك، و قد عرفت أن صحة هذه التصرفات غير ممكنة على القول بالاباحة إلّا بتكلفت بعيدة و تعسفات عجيبة، و توجيهات ضعيفة جدا، حتى أنه قال السيد المحقق اليزدي قدس سره في بعض حواشيه: لا ينبغي صدورها عن الفقيه.

و لذا رجح شيخنا الأعظم قدس سره في ذيل كلامه و اختار القول بالملك بعد ذكره التوجيهات السابقة لهذا القول.

أضف إلى ذلك ما عرفت من أن القول بالاباحة تعبدا من الشارع مع قصد المتعاطين للملك، من البعد بمكان لا يوجد نظير له في الفقه، بل المتراءى منه جعل أمر الملك في المعاملات بيد مالكة، و الاباحة المالكية أيضا مفقودة، إلّا ببعض التوجيهات الضعيفة.

أدلة القائلين بطلان المعاطاة:

الأول: الروايات التي قد يتوهم دلالتها على اعتبار الإنشاء اللفظي في البيع، أو على كونه متداولاً في أعصار المعصومين عليهم السّلام، منها ما ورد في أبواب بيع المصحف من قبيل:

١- ما رواه عبد الرحمن بن سيابة عن أبي عبد الله عليه السّلام قال سمعته يقول: «إنّ المصاحف لن تشتري فإذا اشتريت فقل إنّما اشتري منك الورق» (١) الحديث.

٢- ما رواه سماعة عن أبي عبد الله عليه السّلام قال سألته عن بيع المصاحف و شرائها فقال: «لا تشتري كتاب الله و لكن اشتر الحديد و الورق و الدفتين و قل اشترى منك هذا بكذا و كذا» (٢).

٣- ما رواه عثمان بن عيسى قال: سألته عن بيع المصاحف و شرائها فقال: «لا تشتري كلام

(١). وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

(٢). المصدر السابق، ح ٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٢

الله و لكن اشتر الحديد و الجلود و الدفت و قل اشترى هذا منك بكذا و كذا» (١).

٤- ما رواه عبد الله بن سليمان قال: سألته عن شراء المصاحف فقال «إذا أردت أن تشتري فقل اشترى منك ورقه و أديمه و عمل يدك بكذا و كذا» (٢).

لكن الإنصاف أنّ هذه الطائفة لا دلالة لها على ما ذكر أصلاً، بل المراد منه حفظ حرمة المصاحف، فإنّه إذا أعطى الثمن في مقابلها معاطاة، فظاهر العمل كونه في مقابل تمام المصحف، و إنّما ينفصل حكم الجلد و الأديم عن الخطوط بالتصريح به لفظاً. و لا دلالة فيها أصلاً على كون ذلك في مقام إنشاء البيع، بل يكفي كونها في المقابلة، حتى تكون المعاطاة مبنية عليها، و يشهد له أو يؤيده تقديم الإنشاء بالشراء في جميعها.

٥- ما ورد في جواز بيع بعض ما في الأنبار مثل ما رواه بريد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السّلام: «في رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن قصب في أنبار بعضه على بعضه من أجمه واحدة، و الأنبار فيه ثلاثون ألف طن فقال البائع: قد بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طن، فقال المشتري: قد قبلت و اشتريت و رضيت، فأعطاه من ثمنه ألف درهم و وكلّ المشتري من يقبضه فأصبحوا و قد وقع النار في القصب فاحترق منه عشرون ألف طن و بقي عشرة آلاف طن، فقال عليه السّلام: العشرة آلاف طن التي بقيت هي للمشتري و العشرون التي احترقت من مال البائع» (٣).

و لكن الظاهر أنّه أيضاً أجنبي عمّا نحن فيه، بل هو قبيل بيع الكلي في المعين، و حيث لا يمكن المعاطاة فيه، لا محيص عن ذكره باللفظ، و إن شئت قلت: ليس فيها ما يدل على حصر صحة البيع بالإنشاء اللفظي، بل و ليس في مقام البيان من هذه الناحية.

٦- ما رواه سماعة (في باب بيع الثمار قبل بدو الصلاح مع الضميمة) قال: سألته عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلعتها؟ فقال: «لا، إلّا أن يشتري معها شيئاً من

(١). وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، ح ٣.

(٢). المصدر السابق، ح ٦.

(٣). المصدر السابق، ج ١٢، الباب ١٩ من أبواب عقد البيع، ح ١ و الطن الوارد في هذه الرواية بمعنى حزمة القصب.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٣

غيرها رطبة أو بقلا فيقول: أشتري منك هذه الرطبة ... بكذا و كذا» (١).

و هذا أيضا لا دلالة له على حصر البيع في ما ينشأ بالالفاظ، بل مورده ممّا لا يمكن فيه المعاطاة، أو يشكل ذلك فيه، فان الثمر الذي لم يخرج طلعه لا يمكن في البيع، فإذا ضمّ إلى الموجود لا يتأتى بيعه إلّا بالكلام.

٧- وهو العمدة، ما دلّ على حصر المحلل و المحرم في الكلام، و هو ما رواه يحيى بن الحجاج (أو يحيى بن نجیح) عن خالد بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: قلت لأبي عبد الله عليه السّلام الرجل يبيع فيقول: أشتري هذا الثوب و اربحك كذا و كذا، قال عليه السّلام: «أليس إن شاء ترك و إن شاء أخذ؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به إنّما يحلل الكلام و يحرم الكلام» (٢).

و قد ذكر فيه شيخنا الأعظم قدّس سرّه احتمالات أربعة حاصلها:

١- المراد، حصر المحلل و المحرم في الكلام، و حينئذ تدلّ على المطلوب.

٢- أن يكون تعبير محللا و تعبير آخر محرما، كعقد النكاح بلفظ النكاح أو التملك.

٣- كون كلام واحد في مقام محللا و في مقام محرما، كإنشاء بيع ما لا يملك قبل تملكه، و إنشاء بعده.

٤- كون المقاوله محللا و الإيجاب محرما، في بيع ما ليس عنده.

فالأول دليل على عدم صحّة المعاطاة، و الثاني لا ربط له بها، و الأخيران هما المرادان من هذه الرواية، بقريته المقام، و بقريته سائر ما ورد في هذا الباب من الروايات.

أقول: الإنصاف أنّ الرواية مع ضعف سندها لجهالة ابن الحجاج أو ابن نجیح كليهما، لا دلالة لها على بطلان بيع المعاطاة، أو عدم إفادته الملكية أو عدم لزومها أصلا، بل هي أجنبية عمّا نحن بصدد، و ليس مفادها إلّا الاحتمال الرابع بقريته قوله عليه السّلام: «أليس إن شاء ترك، و إن شاء أخذ، قال لا بأس به»، و هذا كالصريح في أنّ بعض أنواع الكلام يحلل، (و هو المقاوله) و بعضها يحرم (و هو إنشاء عقد البيع).

نعم قد يستدل بها بطريق آخر، و هو أنّ حصر المحلل في الكلام على كلّ حال، دليل

(١). وسائل الشيعه، ج ١٣، الباب ٣ من أبواب بيع الثمار، ح ١.

(٢). المصدر السابق، ج ١٢، الباب ٨ من أبواب التجارة، ح ٤.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٤

على حصر البيع المحلل فيما ينشأ بالصيغة اللفظية.

و لكن يجب عنه: بأنّ المقام ممّا لا يتأتى فيه المعاطاة عادة، لأنّ المفروض عدم حضور المتاع قبلا، فلا يمكن اعطائه.

إن قلت: تجوز المعاطاة و لو باعطاء الثمن، كما سيأتى إن شاء الله.

قلت: نعم و لكن هذا غير متعارف في بيع ما ليس عنده، كما لا يخفى على من راجع العرف هنا، فلا يبقى إلّا المقاوله أو الإنشاء اللفظي من دون عقد البيع.

هذا و ذكر شيخنا العلامة الأنصاري قدّس سرّه في المتأخر: إنّ الاحتمال الأول من الأربع (الذي يمكن التوسل به لنفي صحّة المعاطاة) مضافا إلى عدم ارتباطه بمورد الحديث و صدره، يوجب تخصيص الأكثر، لأنّ المحلل و المحرم في الشريعة لا ينحصران في الكلام (فكثير من أسباب التحريم في باب النكاح و المآكل و المشارب و غيرها لا ربط لها بالكلام).

و قد أورد عليه بعض الأكابر في كتاب البيع: بعدم لزوم تخصيص الأكثر، لأنّ جميع المحرمات و المحللات ترجع إلى سببية الكلام لهما، حتى أنّ المعاطاة حلال لقوله تعالى:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، فهذا الكلام موجب للحلية بعد اندراج المعاطاة في عنوان العقد «١».

هذا وفي كلامه مواقع للنظر:

أولاً: وهو العمدة، إن سبب الكلام هنا للحلية و الحرمة من قبيل العلية أو ما يشبه العلية لا الكشف، مع أن كلام الشارع أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أو غيره من أدلة الشرع كاشف عن الحلية و الحرمة لا علة لهما، كما هو ظاهر، فقد وقع الخلط هنا بين «السببية» و «الكاشفية» كما لا يخفى.

ثانياً: بناء على ما ذكره لا يبقى مورد للمفهوم، لأن جميع المحرمان غير اللفظية ترجع بالأخرة إلى حكم الشارع و ألفاظه، إلا أن يكون المراد حصر الحلال و الحرام في خصوص مورد التصريح به في الشرع، و هو بعيد جداً عن مساق الرواية.

(١). كتاب البيع، ج ١، ص ١٤٦.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٥

و بالجملة هذه الرواية لا دلالة لها و لا إشعار على بطلان بيع المعاطاة.

و يشهد لذلك ما ورد في هذا الباب بعينه من رواية اخرى ليحيى بن الحجاج قال:

شيرازي، ناصر مكارم، أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، در يك جلد، انتشارات مدرسة الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام، قم

- إيران، اول، ١٤٢٥ هـ ق أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)؛ ص: ٥٥

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لي اشتر هذا الثوب و هذه الدابة و بعينها اربحك فيها كذا و كذا قال: لا بأس بذلك اشترها و لا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها» «١».

و ما رواه منصور بن حازم قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلب من رجل ثوبا بعينه قال: ليس عندي، هذه دراهم فخذها، فاشتر بها، فأخذها فاشترى بها ثوبا كما يريد، ثم جاء به»، أ يشتره منه؟ فقال: «أ ليس إن ذهب الثوب فمن مال الذي أعطاه الدراهم؟ قلت بلى، قال: إن شاء اشترى و إن شاء لم يشتر؟ قلت: نعم قال: لا بأس به» «٢».

و ما رواه إسماعيل بن عبد الخالق قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن العينة... فقال: أ ليس أنه لو شاء لم يفعل لو شئت أنت لم تزدد؟ فقلت: بلى، لو أنه هلك فمن مالي، قال: لا بأس بهذا» «٣».

و هي رواية طويلة شاهدة على أن المراد كون المقابلة سببا للحلية، و الإيجاب اللفظي في بيع ما ليس عنده سببا للحرمة.

و كذا ما رواه فضالة عن العلاء قال: «قلت: لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يبيع البيع فيقول أبيع به دوازه أو ده يازده، فقال: لا بأس إنما هذه المراوضة، فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة» «٤».

و مما يستدل به على عدم صحة المعاطاة ما ورد من النهي عن بيع «المنابذة» و «الملامسة» و بيع «الحصاة» كما أشار إليه ابن زهرة في محكي الغنية و قال: و لما ذكرنا (أى عدم انعقاد البيع بالمعاطاة) نهى صلى الله عليه و آله عن بيع المنابذة و الملامسة و عن بيع الحصاة

(١). وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، ح ١٣.

(٢). المصدر السابق، ح ١٢.

(٣). المصدر السابق، ح ١٤.

(٤). المصدر السابق، الباب ١٤ من أبواب أحكام العقود، ح ٥.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٦

على التأويل الآخر، ثم قال: معنى ذلك أن يجعل اللمس بشيء، و النبذ له، وإلقاء الحصة، بيعا موجبا، انتهى. أقول: فقد لا حظت بعض كلماتهم في معنى هذه البيوع وهي لا تخلو عن إجمال وإبهام، فإن كان النهي عن هذه البيوع لمجرد كون الإيجاب باللمس و النبذ وإلقاء الحصة، كان دليلا أو مؤيدا لهذا القول بلا إشكال، ولكن الذي يظهر بالتأمل فيما روى في هذا المعنى في الأحاديث و تفسيرها، أن النهي عنها كان للجهل و الغرر لا غير، فحينئذ لا تدل على المطلوب أصلا. ففي سنن البيهقي عن أبي هريرة: «أن رسول الله صلى الله عليه و آله نهى عن بيع الغرر و عن بيع الحصة» (١). فإن عطفهما في كلام واحد دليل على ما ذكرنا.

و فيه أيضا عن أبي سعيد الخدري عنه صلى الله عليه و آله: «أنه نهى عن لبستين و بيعتين، نهى عن الملامسة و المنابذة في البيع، و الملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو النهار لا يقلبه إلّا ذلك، و المنابذة أن ينبذ الرجل ثوبه و ينبذ الآخر ثوبه، و يكون ذلك بيعهما من غير نظر و لا تراض» الحديث، ثم فسّر البيتين (٢). إلى غير ذلك مما ورد في هذا المعنى.

و بالجملة لا دلالة لهذا النهي على المنع عن بيع المعاطاة، و لا أقل من إبهامه و أنه بسبب الغرر، و هو كاف في عدم دلالاته. و تلخص من جميع ما ذكرنا أن بيع المعاطاة موجب للملك، و يترتب عليه جميع أحكام النقل و الانتقال، بل يظهر مما ذكرنا «كونه بيعا لازما» لأنه مقتضى جريان سيرة العقلاء، و أهل الشرع، مضافا إلى ظهور قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فِي ذَلِكَ، بعد كونه عقدا، و كذلك غيره مما استدل به على أصالة اللزوم في المعاملات، مثل قوله صلى الله عليه و آله: «الناس مسلطون على أموالهم» و أنه «لا يحل مال امرئ إلّا عن طيب نفسه» إلى غير ذلك.

(١). السنن الكبرى للبيهقي، ج ٥، ص ٣٤٣.

(٢). المصدر السابق، ص ٣٤١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٧

و دعوى الإجماع على عدم اللزوم كما ترى، لعدم الاعتداد بالإجماع في أمثال المقام لو كان ثابتا، كيف و لم يثبت؟ بقى هنا شيء: و هو أنك قد عرفت أن بيع المعاطاة و إن كان أمرا شايعا، بل أشد شيوعا من البيع بالصيغة عند العقلاء، إلّا أنه غير متعارف في البيع الخطيرة جدا، فلا يتعارف بيع الدار أو الضياع و العقار بمجرد التعاطي، بل المتعارف فيها إنشاء البيع لصيغ، أو التوقيع كتبا، أو كليهما، فالافتقار بالمعاطاة في أمثال ذلك لا يخلو عن إشكال بعد انصراف اطلاق الأدلة إلى ما هو المتعارف من العقود. و بهذا يمكن الجمع بين بعض كلمات الأصحاب التي يظهر منها الخلاف، و ذكر المثال باعطاء الدرهم للقل و شبهه لعله ناظر إلى ذلك، فتأمل.

[المقام الثالث في] تنبيهات

التنبيه الأول: هل يعتبر في المعاطاة جميع شروط البيع؟

الجواب عن هذا السؤال يختلف باختلاف المباني في مسألة المعاطاة.

و توضيح ذلك: أن المسألة لا تخلو من وجوه:

الوجه الأول: إن قلنا بأن المعاطاة مفيدة للملك بعد أن قصد بها ذلك و أن الذي يدور عليه رحي المعاملات المتعارفة غالبا هو هذا

المعنى - كما هو المختار بل قد عرفت أنّها تفيد اللزوم أيضا- فلا ينبغي الكلام في كونها يباع عرفا و شرعا و يشترط فيها جميع شرائط البيع، ما عدا الصيغة اللفظية: من عدم جهالة العوضين، و القدرة على التسليم، و غير ذلك، بل يحرم فيها الربا، و يجري فيها الخيارات كلها، و سيأتي إن شاء الله أنّ الإشكال في جريان بعضها فيه في غير محله.

هذا و قد يقال: إنّها «معاوضة مستقلة» كما حكاها السيد قدّس سرّه في الحاشية عن مفتاح

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٨

الكرامة «١» و نسبه إلى ظاهر العلماء، فلا يشترط فيها شروط البيع، و لكنه بعيد جدّا و لعله مبني على القول بالاباحة. الوجه الثاني: إذا قلنا بأنّ المقصود من المعاطاة، التي هي مورد كلام الأصحاب، الاباحة و نتيجتها أيضا اباحة التصرفات، أو قلنا إنّ المعاطاة على نوعين، و ما يراد به الاباحة نوع منها، فحينئذ لا ينبغي الشك في عدم صدق عنوان البيع عليها، لا عرفا و لا شرعا، لما عرفت في تعريف البيع في أوّل هذه المباحث، و أنّه تمليك مال بعوض، و المفروض أنّ المعاطاة ليست كذلك، فحينئذ لا وجه للأخذ باطلاقات أدلّة الشروط، و لا-الإجماعات فيها، و لا الأحكام و الآثار المترتبة على البيع، من الخيارات، و أحكام الصرف و السلم، و غيرها، و لعلها تكون معاوضة مستقلة حينئذ، و على كلّ حال المرجع عند الشك هو الأدلة الدالة على صحة هذه الاباحة المعوضة، و قد ذكر شيخنا الأعظم الأنصاري قدّس سرّه أنّه لو تمسكنا فيها بالسيرة لزم الاقتصار على القدر المتيقن، فكلّ شرط شك فيه لا بدّ من اعتباره.

و أما إذا أخذ باطلاق أدلّة السلطنة، كان مقتضى القاعدة نفي جميع الشروط عنه إلّا ما ثبت بدليل (فلا يعتبر فيه معلومية العوضين و لا غير ذلك من أشباهه، أمّا حكم الربا و شبهه فسيأتي إن شاء الله).

و قد أورد عليه في «مصباح الفقاهة»:

أولا: بأنّ دليل السلطنة ضعيف السند.

ثانيا: بأنّ مفاده لا يثبت موضوعه، فإنّه يدلّ على عدم منع المالك من كلّ تصرف مشروع في أمواله، و أمّا أنّ هذا التصرف مشروع أم لا؟ فلا دلالة عليه.

و ثالثا: إنّ السيرة إن كانت عقلانية فلا تصحّ إلّا بعد امضاء الشرع، و إن كانت سيرة المتشرعة فلا إشكال في قيامها على أصل اباحة التصرف، أمّا إذا شك في جواز بعض التصرفات كالتصرفات المتوقفة على الملك فلا بدّ أن يرجع في كلّ تصرف شك في جوازه إلى دليل صحته.

(١). حاشية المكاسب للسيد الطباطبائي اليزدي قدّس سرّه، ص ١٦٥.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٩

أقول: الحق كما ذكرنا في محله- من القواعد الفقهية- أنّ دليل السلطنة تام لا غبار عليه، هذا أولا.

و ثانيا: فهو و إن كان لا يثبت موضوعه، إلّا أنّه إذا كان التصرفات الكذائية مباحة عند العقلاء، فلا ريب في شمول دليل السلطنة لها، و إن شئت قلت: إنّ قاعدة السلطنة كانت موجودة عند العقلاء قبل الشرع، و قد امضاها الشارع بما لها من السعة- إلّا ما خرج بدليل الخاص، فيجوز العمل بها فيما ثبت عند العقلاء.

و ثالثا: السيرة العقلانية ممضاه بسكوت الشارع (مع قطع النظر عن دليل السلطنة) و أمّا سيرة المتشرعة فقد جرت أيضا على جواز جميع التصرفات فلا حاجة إلى دليل آخر.

فتلخص من جميع ذلك أنّ للمالك اباحة ما له بما هو متعارف بين العرف و العقلاء، و من المعلوم أنّ اباحة التصرفات المتلفة و الناقلة رائجة بينهم في المعاطاة، اللهم إلّا أنّ يقال: إنّ اذن في التملك و ليس ببعيد في بعض المقامات.

الوجه الثالث: المفروض أن مقصودها هو التمليك و البيع، و لكن لما كان فاقدا للصيغة حكم بفساده شرعا، ثم قام الإجماع على اباحة التصرفات، فعلى هذا «ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد» و لازم ذلك الأخذ بالقدر المتيقن، أعنى ما اجتمع فيه جميع شرائط البيع، و المعلومة منها و المشكوكة، لأن المفروض عدم كون الاباحة مالكية لتؤخذ بدليل السلطنة، أو بناء العقلاء و سيرتهم، بل الاباحة الشرعية ثابتة بالإجماع و هو دليل لئى يؤخذ منه بالقدر المعلوم، و هو واضح.

أما حكم الربا، فهو أيضا يختلف على المباني، فان قلنا أن المعاطاة تفيد الملك، فلا إشكال فى كونها يباعا يجرى فيها الربا، و كذا إن قلنا أنها تفيد الاباحة و لكنها معاوضة مستقلة، بناء على جريان الربا فى جميع المعاوضات كما هو المشهور، و أما لو قلنا أن المقصود هو الملك و إنما حصلت الاباحة تعبدا، فليست يباعا لا معاوضة، و حينئذ يشكل جريان الربا فيها، اللهم إلا أن يقال: إن الربا يجرى فيما يفيد فائدة المعاوضة و إن لم يكن كذلك فتأمل.

أما الخيارات، فهل تجرى فى المعاطاة مطلقا، أو تجرى كذلك، أو يفصل بين ما ثبت

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٦٠

بدليل خاص فلا يجرى (مثل خيار المجلس) و ما ثبت بدليل عام يجرى (مثل خيار الشرط و الغبن) وجوه، و الإنصاف هنا أيضا ابتناء الحكم على المباني السابقة...

فإن قلنا بالملكية و اللزوم، فمن المعلوم أنها بيع تجرى فيه جميع أحكامه و منها الخيارات عموما و خصوصا.

و أمّا لو قلنا أنها لا- تفيد إلا الاباحة، فقد يقال بصدق البيع عليها عرفا و إن قام الإجماع على عدم تأثيرها شرعا، فتكون مشمولة للعمومات، و حينئذ إن قلنا أن الخيار هو التسلط على الفسخ فعلا، فلا شك أنها غير مشمولة لها، و أما إن قلنا أن ثبوت الخيار بمعنى إلغاء ما يكون بالقوة مؤثرا فى النقل و الانتقال، فشمول أدلته لها ممكن.

أقول: فيه نظر من وجوه:

أمّا أولا- فلائ صدق البيع عليها عرفا مع ابطاله من ناحية الشرع و منعه منها لا يبقى لها أثر أو فائدة، و القول بشمول العمومات لها حينئذ عجيب جدا.

و أما ثانيا: إن الاباحة هنا إن كانت مالكية فهي منوطة برضا المالك، فترتفع بارتفاع رضاه من غير حاجة إلى الفسخ، و إن كانت اباحة شرعية فلا معنى لدخول الخيار فيها، اللهم إلا أن يقال: «الاباحة المعوضة نوع معاوضة يجرى فيها الخيار فليست الاباحة لوحدها دائرة مدار رضى المالك، بل هي معاوضة تحققت بين المالكين».

و ثالثا: سلمنا أنها بيع، أو أنها معاوضة مستقلة، لكن الانصاف أن أدلة الخيار منصرفة عن عقد لا يبتنى على اللزوم بحسب ذاته، و إنما تجرى فيما يكون لازما ذاتا، لا أقول: لا يعقل جريان الخيار فى مثله من جهة اللغوية، حتى يجاب بظهور أثره فى ما إذا حصل أحد ملزمات المعاطاة، بل أقول: إن ظاهر أدلة الخيارات إثبات حق الفسخ فيما ليس فى طبيعته ذلك، و أما ما كان من طبيعته الجواز فلا تشمل و إن آل أمره أحيانا إلى اللزوم.

هذا مضافا إلى لزوم التفصيل بين الخيارات الخاصة بالبيع و غيرها، لأن هذه المعاوضة المستقلة لا يصدق عليها عنوان البيع على الفرض.

و أمّا إن قلنا بأنها تفيد الملكية الجائزة، فلا إشكال فى صدق البيع عليها، لذا قد يقال بشموله أدلته الخيارات لها، و دعوى اللغوية ممنوعة لظهور أثر الخيار عند ظهور الملزمات،

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٦١

ولذا لا مانع من ثبوت أنواع الخيارات فى عرض واحد، كخيار المجلس و الشرط و الحيوان و غيرها مع أن الإشكال واحد.

هذا و لكن قد عرفت أن انصراف أدلة الخيارات إلى العقد المبني على اللزوم بحسب ذاته قوى، و حينئذ قياس تعدد الخيارات على ما

نحن فيه قياس مع الفارق، لأنّ عقد البيع المبني على اللزوم يقتضى جريان أنواع المجوزات للفسخ فيه، وأمّا ما بنى على الجواز بحسب طبيعته فلا تشمله أدلة الخيارات كما مر.

فحصل من جميع ما ذكرنا أنّ شمول أدلتها للمعاطاة ممنوع مطلقاً إلا على القول بلزومها كما هو المختار. نعم إذا حصل السبب (سبب الخيار) بعد وجود أحد الملزمات أمكن القول بشمولها لها، فتدبر جيداً.

التنبيه الثاني: هل المعاطاة مشروطة بالتعاطى من الطرفين، أم لا؟

لا إشكال في حصولها بتعاطى الثمن و المثلث من الجانبين من ناحية المالكين، إنّما الكلام في غيره، و هو على أقسام: تارة: تكون المعاطاة نسيئة باعطاء المثلث فقط.

و اخرى: سلفاً باعطاء الثمن فقط.

و ثالثة: بأنّ يباع كلّى حاضر كما إذا وقعت المقاوله على بيع منّ من حنطة فأعطاه ثمنه أو بالعكس.

و رابعة: بايصال الثمن و المثلث كما هو المتعارف في أيامنا من وضع النقود في صندوق موضوع لهذا الغرض، ثم أخذ المتاع منه بواسطة أجهزة كهربائية أو في الأزمنة السابقة بوضع الفلوس عند محل السقاء إذا كان غائباً أو نائماً و أخذ الماء من إنائه و أشباهه.

و خامسة: إذا وقعت المقاوله فقط أو وقعت صيغته فاقده للشرائط على بيع حاضر مع رضی الطرفين به، من غير اعطاء و أخذ في الحال.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٦٢

سادسة: إذا كان واحد منهما عين عند صاحبه، كالوديعة مثلاً فتقالوا ثم قصد كلّ منهما أن يكون ما عنده بازاء ما عند صاحبه، فهذه ستة أقسام، و مع قسم التعاطى من الجانبين تكون سبعة أقسام:

و السؤال هو: هل هذه كلّها من أقسام المعاطاة، أو يصحّ بعضها دون بعض؟

لا إشكال في صحه القسمين الأولين و إن لم يصدق عليهما عنوان المعاطاة، فإنّه ليس هناك دليل لفظي يدور مدار هذه اللفظة، إنّما المهم صدق البيع عليهما عرفاً و هو ثابت، فإنّ البيع نسيئة أو سلفاً بدون الصيغته أمر شائع ذابح بينهم، من دون شك، و بهذا يدخل تحت العمومات الدالة على الصحه.

مضافاً إلى أنّ نفس السيرة العقلائية من الأدلة بعد عدم ردع الشارع عنها، و هكذا الكلام في القسم الثالث لعين ما ذكر.

و أمّا القسم الرابع فالانصاف أنّه داخل في التعاطى، غاية الأمر أنّه ليس بالمباشرة بل بنوع من التسبب، فإنّ الاعطاء لا ينحصر بما يوضع في يد الآخر، بل بما إذا وضعه في محل يكون في دائرة تصرفه، كما لو وضعه في الصندوق الخاص أو المكان المعدّ له.

و من هنا يظهر الإشكال فيما حكاه شيخنا الأعظم قدّس سرّه في المقام عن المحقق الأردبيلي قدّس سرّه كما يظهر الإشكال في ما ذكره في «مصباح الفقاهة» من الإشكال على جميع الأمثلة لهذا الأمر، حيث جعل أخذ الماء عن محل السقاء و جعل الثمن في محله من قبيل الاباحه بالعوض، لعدم معلومية مقدار ما يرتوى به، فلو كان يباعا كان غريباً.

و كذا جعل اجرة الحمامى على طاولته لعدم معلومية مقدار الماء الذى يستعمله بل و لا مقدار مكثه في الحمام، فلا يصحّ بيعا و لا اجارة.

و أمّا أخذ المتاع المعين من بعض الدكاكين و جعل ثمنه في محله، فهو من قبيل توكيل المشتري، ثم نقل عن بعض الأعلام القول بعدم صحه هذا التوكيل لعدم معلومية شخص الوكيل، ثم أجاب بأنّ المعلومية إنّما تعتبر في الوكيل الشخصى دون النوعى، كمن و كلّ علماء النجف مثلاً على بيع متاعه أو ايجار داره، انتهى ملخصاً.

و أنت خبير بما فيه:

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٦٣

أما الأول: فلما عرفت أن ذلك كله من قبيل البيع بالتعاطى، ولا يلزم فى التعاطى الأخذ باليد، بل يكفى جعله فى المحل المعد له، فإنه أخذ عرفاً.

و ثانياً: إن هذا المقدار من الجهل مغتفر قطعاً، وإن شئت قلت: إن المقدار المتعارف لارتواء الضمآن أو الغسل أو المكث فى الحمام معين عند العرف، وإن كان يدور بين الأقل والأكثر، ولكن هذا المقدار من الاختلاف لا يوجب الغرر، وإلا اشكل الأمر فى جميع الاجارات أو غالبها، نعم لو خرج عن المتعارف كمن مكث فى الحمام ساعات كثيرة أو اغتسل بكر من الماء أو شبه ذلك، بل وأقل منه، لم يجز قطعاً بالمبلغ المتعارف، بل لا بد من قيمة المثل أو اجرة المثل.

و ثالثاً: الوكالة لا تصح إلا بالمعين، سواء كان شخصاً أو عدّة أشخاص و الوكالة النوعية لا دليل على صحتها مضافاً إلى كونها مخالفة لما هو المتعارف عند العقلاء، و ما ذكره من توكيل علماء النجف مع عدم معرفه عددهم و أشخاصهم، مشكل جداً.

و أما الخامس: فالمقولة بذاتها غير مفيدة ما لم يكن هناك إنشاء لفظى أو فعلى، و كلاهما مفقودان هنا على الفرض. و أمراً إذا كانت الصيغة غير جامعته عندهم لشرائط الصحة، فإن كانت ظاهرة فى الإنشاء فهى معتبرة على كل حال، و إن لم تكن ظاهرة، لم تكف فى مقام الإنشاء، فليس هناك صيغة لفظية و لا إنشاء عملى، فيبطل البيع لعدم صدق عنوانه.

و أما السادس: فإن كان ابقاء العينين عندهما ظاهراً فى الإنشاء الفعلى (و لو بعد المقولة) كما هو غير بعيد، فيصدق عليه عنوان البيع و يجرى عليه أحكامه، و إلا خرجت هذه الصورة عن المعاطاة.

هذا كله على القول بقصد الملكية فى المعاطاة و حصول الملك عقبيه، إما لازماً أو جائزاً، أما على القول بافادتها الاباحه، أو مع قصد الاباحه و أن دليل الصحة هو الإجماع أو السيرة، فلا بد من الاقتصار على القدر المتيقن من هذه الصور، و لا يبعد جريانه فى الصور الثلاثة الاولى، أما غيرها فمحل تأمل.

فتلخص من جميع ما ذكرنا: أن الملاك على المختار هو إنشاء البيع بأى قول و أى فعل

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٦٤

كان، حتى ابقاء العين عند غير مالكة، أو جعله فى المحل المعد له، أو شبه ذلك، و لا يدور الأمر مدار الاعطاء و الأخذ فضلاً عن التعاطى من الطرفين، و الله العالم.

التنبيه الثالث: طريق تمييز البائع من المشتري فى المعاطاة

و قد يشتهب الحال فى بعض مصاديق المعاطاة و لا يعرف البائع من المشتري حتى يجرى عليهما أحكامهما الخاصة التى وردت فى بعض الموارد لعدم وجود لفظ صريح فيها.

توضيح ذلك: إن بيع المعاطاة من هذه الناحية على أقسام:

١- ما يعلم المشتري من البائع بسبب المقولة الخاصة قبلاً

٢- ما يعلم فيه ذلك بسبب اعطاء المتاع أو النقود، فالذى يعطى النقد هو المشتري و المعطى للمتاع بايع.

٣- ما يكون العوضان فيه كلاهما من العروض أو من النقود و لكن يقصد بأحدهما بدل النقد، فصاحبه المشتري و مقابله البائع.

٤- ما لا يقصد به ذلك، أو يجعل كلاهما بدلاً عن النقود و لكن أحدهما يقصد بالبيع رفع حاجته، و الثانى تنمية ماله، فقد يقال «١»:

إن الأول هو المشتري بسبب متفاهم العرف، و الثانى هو البائع، و هو و إن كان كذلك فى الغالب لكن عمومه محل نظر، لأن البائع لمتاعه قد يكون بحاجة إلى متاع الآخر أو إلى نقوده كما لا يخفى على من راجع العرف.

٥- ما إذا أراد كل منهما رفع حاجته بالمتاع، أو أراد كل منهما تنمية مال و لم يكن فيه شىء آخر من علامات البائع و المشتري، فيشكل الأمر معرفتهما فقد ذكر فيه وجوه:

أحدهما: كونه يباع و اشتراء بالنسبة إلى كل منهما لصدق تعريفهما عليهما، فإن البيع مبادلته مال بمال، و الاشتراء ترك شىء و التمسك بغيره، و كلاهما صادقان عليهما جميعا، و إن لم تترتب عليه الأحكام الخاصة للبائع و المشتري لانصراف أدلتها عنهما.

(١). مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ١٧٣.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٦٥

ثانيها: كون المعطى أولا هو البائع، و الأخير هو المشتري.

ثالثها: كونها صلحا معاطايا لا بيع معاطاة.

رابعها: كونها معاوضة مستقلة.

و قد أورد على الأول السيد قدس سره في الحاشية، و بعض الأعلام في مصباح الفقاهة، بأن لازمه صدق البائع و المشتري على الطرفين جميعا في جميع البيوع و هو باطل.

و أضاف إليه السيد قدس سره أن هذا معنى آخر للبيع و الشراء لا معناه المعروف، لأن البائع هو المملك ماله بعوض، و المشتري هو المملك، و هما لا يجتمعان في مورد واحد «١».

هذا و لكن صرح بعض الأكابر في كتاب البيع بعدم اعتبار كون المشتري منشأ للقبول بل القبول بالحمل الشائع لازم في البيع، و كل منهما موجب باعتبار و قابل اعتبار آخر، ثم قال:

إن انصراف أدلة أحكامهما عنهما هنا أيضا محل إشكال «٢».

أقول: لا شك أن الأحكام الخاصة بكل واحد منهما إنما تلحقه فيما إذا كان أحدهما متصفا بوصف البائع في مقابل الآخر، ليمتازا موضوعا و حكما، و أميا إذا كان كل منهما موصوفا بهذا الوصف، فلا تلحق أحكامه الخاصة، فالنزاع في صدق العنوين عليهما و عدمه قليل الجدوى.

أميا الثاني: أعني كون المعطى أولا هو البائع، و هو الذى اختاره شيخنا الأعظم قدس سره، فقد أورد عليه بأنه لا يتم بناء على جواز تقديم القبول على الايجاب، و لكن يمكن دفعه بأن تقديمه عليه و إن كان جائزا و لكنه مخالف للظاهر، إلا إذا ثبت بالدليل فتأمل. هذا و لكن يرد عليه بأنه أخص من المدعى لإمكان التبادل معا، أو كون كل من العينين عند الآخر، فتويا في آن واحد تملكه بإزاء الآخر.

أما الثالث: فقد عرفت أن الصلح إنما يصح فيما كان مظنة للخلاف و النزاع و لو بالقوة، و ليس كل تراص صلحا، و تمام الكلام في محله.

أما الرابع: فهو الذى قواه السيد السند فى التعليق و بعض الأعلام فى مصباح الفقاهة،

(١). تعليقه المكاسب للسيد الطباطبائى قدس سره، ص ١٦٧.

(٢). كتاب البيع، ج ١، ص ١٦٦.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٦٦

و لكنه لا يخلو من إشكال، لأن أثره أثر البيع عرفا و لا يعدّ عندهم شيئا غيره، و الظاهر أن عناوين المعاملات المختلفة نشأت من حاجة خاصة إليها إذا لم يوجد إليها طريق آخر.

مثلا: تارة يريد الإنسان تملك ماله، و اخرى تملك منفعه، و ثالثة تملك انتفاعه، و رابعة اباحته له من غير تملك شىء من أصله أو منفعه، إلى غير ذلك فاخترعوا لكل واحد من هذه الأغراض عنوانا، و يبعد اختراع عنوان خاص يمكن تحصيل غرضه بالعناوين

الموجودة الاخرى.

و بما أن البيع بماله من الغرض والمعنى - وهو تملك مال بعوض عام - يشمل ما نحن فيه، فاختراع عنوان مستقل آخر يفيد فائدته بعينه يكون لغوا.

فالانصاف أن القول بصدق عنوان البائع والمشتري على كل منهما (و إن لم يترتب عليهما الأحكام الخاصة بالبائع أو المشتري لما عرفت من الانصراف) قوى في المقام.

التنبيه الرابع: أقسام المعاطاة

كان الكلام في الأمر الثاني في تقسيم المعاطاة بحسب المورد، و هنا بحسب قصد المتعاطيين، و حاصل الكلام هنا أنه يتصور فيها وجوه، عمدتها و جهان:

١- أن ينوى كل منهما تملك ماله بازاء مال الآخر.

٢- أن يقصد اباحة ماله بعوض، أى اباحة فى مقابل تملك.

و ذكر شيخنا الأعظم قدس سره صورتين آخريين و أنهما إلى أربعة صور، و هما:

٣- أن يقصدا تملك مال فى مقابل تملك آخر، ففى الاولى المقابلة بين المالكين، و هنا المقابلة بين التملكين.

٤- أن يقصد اباحة مقابل اباحة.

هذا و يتصور هنا صور اخرى أيضا فى مقام التصور و إن قل وقوعها خارجا مثل ما يلى:

٥- أن يقصد الباذل تملك ماله بازاء اباحة الآخر.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٦٧

٦- أن يقصد اباحة فى مقابل تملك لا فى مقابل عوض، و إن شئت قلت: اباحة بشرط التملك لا بشرط العوض.

و قال السيد قدس سره فى التعليق: إنَّ المقابلة إما أن تكون بين المالكين على وجه الملكية أو على وجه الاباحة، و إما أن تكون بين الفعلين على وجه التملك بأن يكون تملك بازاء تملك، و إما أن يكون بينهما على وجه الاباحة بأن تكون الاباحة فى مقابل الاباحة، و إما أن يكون أحدهما مالا و الآخر فعلا ... إلى غير ذلك مما ذكره «١».

و لا يهمنا تكثير الأقسام بعد كون محل الحاجة و البلوى أقساما خاصة، فلنرجع إلى بيان أحكامها و نقول و منه سبحانه نستمد التوفيق و الهداية.

أما الصورة الاولى، و هى المعمولة فى المعاطاة كما عرفت، فقد يقصد فيه الإيجاب و القبول بدفع العين الاولى، و تتم المعاطاة به و يكون دفع العين الثانية من باب الوفاء، و اخرى يكون بدفع العينين، فيقصد بدفع الأولى الإيجاب، و بدفع الثانية القبول و لا مانع منه. و من هنا يرد على شيخنا الأعظم قدس سره حصره هذا القسم بالصورة الاولى، أعنى ما قصد بدفع العين الاولى و أخذها الإيجاب و القبول، و لم نفهم وجهها لإصراره على ذلك، بل يرد عليه ما ذكره المحقق النائيني قدس سره فيما حكى عنه من منافاته لما ذكره سابقا: من أن المتيقن من المعاطاة صورة التعاطى من الجانبين، و ما أجب عنه بعض تلامذته غير تام «٢».

و على كل حال لا إشكال فى صحة هذا النوع من المعاطاة بكلا شقيه و كونه يبيعا لازما على المختار.

أما الصورة الثالثة (و سيأتى حكم الثانية إن شاء الله) فقد يقال: إنها غير معقولة لأنَّ مبادلة السلطنتين، أى التملك بازاء التملك، تحتاج إلى سلطنة اخرى، و هكذا يتسلسل.

و لكن يرد عليه: أنه ليس المراد انتقال سلطنته إلى غيره فى مقابلة نقل سلطنته إليه، بل المراد تملك بشرط تملك، أعنى يملكه ماله بشرط فعل الآخر مثله، فكل من الفعلين

(١). تعليقه المكاسب للسيد الطباطبائي اليزدي قدس سره، ص ١٦٧.

(٢). مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ١٧٦.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٦٨

مشروط بالآخر و اين هذا من التسلسل و المحال؟!

و أما حكم هذا القسم فالظاهر أنه لا يدخل في البيع، لعدم صدق تعريفه عليه بعد عدم كون المبادلة بين المالين.

ولا- تعريف الهبة المعوضة عليه، لأنّ الهبة إنّما يعتبر فيها المجانية، و كونها معوضة، إنّما بحسب الداعي أو بدون الداعي و لكن الموهوب له يعوضه بشيء بعد هبته به مجاناً، كما لا يخفى على من راجع كتاب الهبة و رواياتها.

كما أنّ صدق عنوان الصلح أيضاً عليه مشكل بعد ما عرفت من اختصاصه بموارد وقع فيها النزاع بالفعل أو بالقوة، فيبقى كونه عقداً جديداً و معوضة مستقلة، و قد عرفت أنّ هذا أيضاً لا يخلو عن إشكال و عدم كونه متداولاً بين العقلاء و كفاية البيع عنه، و عدم الحاجة إلى تأسيس مثل هذا العقد، و أنّ العقود و عناوين المعاملات إنّما وجدت لأغراض دعت إليها لا لمجرد اقتراح المتعاملين و قصدهم، فالحكم بالصحة هنا ما لم يرجع إلى عقد البيع مشكل.

أما الصورة الثانية، أعني الاباحة في مقابل العوض، و كذا الصورة الرابعة، أي الاباحة في مقابل الاباحة، فالكلام فيهما من جهات:

الاولى: في جواز الاباحة المطلقة، أعني اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كالعتق و البيع و الوقف و أشباهها.

الثانية: و هي مختصة بالقسم الأول، و هي الإشكال في صحة الاباحة بالعوض لتركب العقد من اباحة و تملك.

و الثالثة: في الدليل على صحة الاباحة في مقابل الاباحة بعد عدم دخوله في العقود المعروفة

أما الاولى: فعمدة الإشكال فيها أنّ اباحة المالك الناشئة عن تسلطه على أمواله لا تكون مشروعاً، و قضية قاعدة التسلط هي جواز كلّ فعل و تسليط مشروع بحكم العقلاء و الشرع، فلا يشمل ما هو ممنوع أو مشكوك، و منه اباحة البيع و الوقف لغير المالك، نعم لو دلّ دليل خاص في مورد على جواز بعض هذه التصرفات لغير المالك فلا محيص من

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٦٩

الالتزام بالملكية أنا ما قبل البيع أو العتق جمعاً بين الأدلة، و كذا يجوز توكيل المالك لغيره في بيعه عن المالك و تملك ثمنه لنفسه، أو تملكه أولاً لنفسه ثم يبيعه لنفسه، و كل ذلك مفروض عدم في المقام، فلا وجه لاباحة جميع التصرفات.

أقول: هذا كلّ حق لو ثبت عدم صحة البيع إنّما للمالك، و كذا العتق و الوقف، و لكن لقائل أن يقول بجواز بيع ملك غيره لنفسه، و لكن بأذن مالكة و كذا العتق و الوقف بأذن مالكة.

و ذلك لأنّ قوله عليه السلام: «لا بيع إلّا في ملك» إنّما ورد في مقام المنع عن بيع ما ليس عنده، أو البيع بغير إذن مالكة، و كذا العتق و الوقف فتأمل، فعلى هذا يمكن أن يقال بصحة قول القائل:

«خذ هذا الدرهم و اشتري خبزاً لنفسك أو ثوباً لك» و أنّه ليس توكيلاً للمأمور في تملك الثمن أو المثل، و كذا الوقف و العتق و شبهها، و هذا أمر واقع في العرف ولدى العقلاء، و لكن مع ذلك لا يخلو عن إشكال، لا من ناحية عدم صحته عقلاً نظراً إلى أنّ حقيقة البيع تبديل الاضافات، أي جعل اضافة الثمن إلى البائع بدل اضافة الثمن إلى المشتري، لإمكان منع هذا المعنى، بل العمدة فيه عدم الدليل على جواز هذه الامور، فلو قام دليل على جواز اشتراء شيء لنفسه بمال غيره مع اجازته قلنا بصحته، و لم يناف حقيقة البيع، و لكن قد عرفت الإشكال في ثبوته في العرف و الشرع و إن كان هناك بعض الشواهد لما يتراءى في العرف من تجويز ذلك أحياناً، و لكن تفسيره بالتوكيل غير بعيد.

أما المقام الثاني فالانصاف أنّ الاباحة في مقابل العوض أمر رائج بين العقلاء، نعم ليست داخله في عناوين البيع و الصلح و الهبة لما

عرفت آنفا، بل هو معاوضة مستقلة متداولة و هو معمول في ما يؤتى في الفنادق و المطاعم من الأغذية، و كذا في الحمامات و شبهها، كلها داخله في الاباحة، و لكن لا اباحة مجانية، بل اباحة العين أو المنفعة في مقابل العوض.

إن قلت: إن هذا كله اباحة مع الضمان، فليس هناك معاوضة بل جواز الاتلاف مع ضمان المثل.

قلت: كثيرا ما يكون مثليا مع عدم التزامهم بغير القيمة، و هذا دليل على المعاوضة كما لا يخفى.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٧٠

و لكن هنا إشكال آخر من ناحية عدم العلم بالعوض في كثير من هذه الأمثلة، فتبطل من ناحية الغرر، اللهم إلا أن يقال حدود القيمة و العوض معلوم غالبا، و المسألة غير صافية عن الإشكال و احتمال كونها اباحة مضمونة أيضا غير بعيد.

و من هنا يظهر الكلام في المقام الثالث، فإن المعاوضة بين الباحثين غير معروفة عند العقلاء، و التمسك بأدلة وجوب الوفاء بالعقود أو المؤمنون عند شروطهم مشكل إذا لم يكن العقد معروفا عندهم كما عرفت آنفا، نعم يجوز لكل منهما التصرف فيما عنده برضا مالكه، و لا ينافي ما ذكره صحة العقود المستحدثه عندهم و شمول أدلة وجوب الوفاء لها لما عرفت من عدم كونها معروفة عندهم.

التنبيه الخامس: جريان المعاظة في سائر العقود

إشارة

هل المعاظة جارية في غير البيع من سائر العقود كالإجارة و الهبة و الرهن و الوقف و غيرها، أو لا تجرى فيها مطلقا، أو يفصل بين ما لا يتصور فيه العقد الجائر كالرهن، لمنافاة الجواز لكون المال وثيقه، و كالوقف لعدم معرفية الوقف الجائر، و بين غيرها؟ و جوه أو أقوال:

لم نر لقدماء الأصحاب و متأخريهم حكما عاما بجريان المعاظة في جميع أبواب العقود، و إنما هو قول مال إليه المعاصرون أو افتوا به.

نعم في كلام المحقق الثاني قدس سره و غيره جريانها في بعض العقود غير البيع من دون التعرض للعموم.

و أما التفصيل الذي ذكرناه فيظهر أيضا من بعض كلمات المحقق الثاني قدس سره.

و هناك تفصيل آخر يمكن أن يعدّ قولاً رابعاً في المسألة، و هو الفرق بين العقود التي يمكن المعاظة فيها بالفعل، كالبيع و الهبة و الإجارة، و بين ما لا يمكن فيها كالوصية و الضمان و ما أشبههما.

هذا و مقتضى القاعدة عند القائمين باعتبار اللفظ في صحة العقود بطلان المعاظة في

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٧١

غير ما ثبت اعتبارها بالإجماع أو السيرة كالبيع، أو الإجارة و الهبة أيضا، و أما ما عداها مشكل.

و لكن على المختار من جواز إنشاء المعاوضات باللفظ أو بكل عمل دل عليها فالظاهر صحة المعاظة في جميعها إلا ما خرج بالخصوص، كما ستأتى الإشارة إليها، هذا مضافاً إلى جريان السيرة في الهبة و العارية و الاجارة و في الفنادق و الخانات بل المساكن أيضا، و كذا في وقف الكتب و الفراش و السراج على المساجد و كذا في الرهن باعطائه بيد المرتهن، فان جميعها من قبيل المعاظة، نعم قد يكون أمر الأجير بفعل و علمه بعد ذلك كالأباحة بالعوض أو استيفاء المنفعة مع الضمان إذا لم تكن مال الإجارة معلوما فيها، لما حققناه في محلّه من بطلان الاجارة الغررية، و لكن وقوع هذا في بعض الموارد لا يمنع من صحة المعاظة فيها عند اجتماع الشرائط فيها.

و بالجملة لما كانت المعاطاة موافقة للقواعد جرت في جميع أبواب العقود إلّا ما خرج بالدليل. هذا وقد عرفت كون العقد المعاطاتي لازماً، و لا يعبأ بدعوى الإجماع على اعتبار اللفظ في العقود اللازمة بعد ما عرفت من أن المقام ليس مقام دعوى الإجماع.

فعلى هذا لا مانع من جريانها في الرهن المبني على اللزوم لكونه وثيقه، و في الوقف بعد عدم معرفته الوقف الجائز. و من هنا أيضا يظهر أن تفصيل المحقق النائيني قدس سره فيما حكى عنه بين ما لا يمكن إنشاؤه بغير الألفاظ مثل الضمان و الوصية و غيرها، ممّا لا وجه له، بعد كونه من قبيل الانتفاء بانتفاء موضوعه، أضف إلى ذلك أن الكتابة و الإشارة في نظرهم بحكم المعاطاة، و كذا الصيغ غير المعتمدة، و هذا ممكن في الضمان و الوصية فتدبر.

بقي هنا امور:

الأول: المعروف بين الأصحاب بل حكى الاتفاق و الإجماع على اعتبار - اللفظ في [النكاح]

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٧٢
النكاح، بل حكى في الجواهر اتفاقهم على العريية و عدم كفاية العقد بالفارسية و غيرها، إلّا مع العجز عنها، فحينئذ لا تأتي المعاطاة فيه.

و هذا و قد يقال: بأن جريان المعاطاة فيه ملازم لصدده، و هو الزنا، و من البين أنه لا يمكن إنشاء شيء من الامور الإنشائية بصدده، فان المعاطاة في النكاح ليس إلّا الزنا!

أقول: الفرق بين «الزنا» و «النكاح» ليس في كون أحدهما إنشاء فعليا و الآخر قوليا، بل الفرق بينهما أن الزنا لا يقصد فيه إلّا التمتع من دون عقد الزوجية لا قولاً و لا فعلاً، و النكاح يقصد به التمتع من طريق الزوجية بأحكامها الخاصة سواء كانت الزوجية دائمة، أو مؤقتة، و من المعلوم أن الزوجية حقيقة وراء التمتع المجرد عن كل شيء الموجود في الزنا.

و تظهر الثمرة فيها إذا قصد عقد النكاح و اكتفى بمجرد الكتابة و التوقيع كما هو المتداول بين البعض، أو كان المبرز للقصد و الإنشاء أمراً وراء الإنشاء اللفظي.

فالعمدة في عدم صحة المعاطاة في النكاح هو الإجماع على اعتبار الصيغة فيه و ارتكاز المتشعرة أيضا.

هذا مضافاً إلى أن النكاح فيه شوب من العبادة التوقيفية، كما صرح به في الجواهر و غيره (١).

و المراد منه ليس اعتبار قصد القرية فيه، لأنه واضح الفساد، بل المراد أن الأحكام التوقيفية غالبه عليه، فهو من هذه الجهة شبيه العبادات، لا سائر المعاملات، فاللازم فيه الأخذ بالمتيقن.

و إن شئت قلت: إن الشارع لم يتصرف في سائر المعاملات الرائجة بين العقلاء كتصرفه في أمر النكاح و شئونه المختلفة، و كذا الطلاق، فيشبهان الامور العبادية، فلا يصح هنا الرجوع إلى عرف العقلاء و سيرتهم و الأخذ به بدعوى أن عدم الردع امضاء له، بل اللازم الاكتفاء بالقدر المتيقن كما عرفت.

(١). جواهر الكلام، ج ٢٩، ص ١٣٣.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٧٣

نظرا إلى أن ماهيتهما مبنية على اللزوم، فالرهن لا يكون وثيقة بدونه، و أما الوقف فحيث إنه لله، و ما كان لله فلا يرجع فيها أبدا- كما في الحديث- فلا يتصور فيه الجواز أيضا، و حيث قد عرفت أن المعاطاة لا تفيد اللزوم فلا تجرى فيهما. الجواب عنه: ما عرفت آنفا من أن المعاطاة لازمة، و الإجماع المدعى على عدم اللزوم ممنوع جدا، لأنه نشأ عن شبهة حصلت للمجمعين أولا- كما مر، و لا- تظمن النفس بكشفه عن قول المعصوم ثانيا، نعم العقود التي طبعها الجواز كالهبة المعاطاة فيها تفيد الجواز أيضا.

الثالث: قد يقال بعدم جريانها أيضا في «القرض» و شبهه

لاشترط القبض فيها، فالقبض لا يمكن أن يكون مصداقا لإنشاء أصل العقد و لشرطه، للزوم الجمع بين «المقتضى» و «الشرط» و هما متباينان.

و يرد عليه: أنه من باب الخلط بين الحقائق و الاعتبارات، فإن مقتضى و الشرط في الامور الاعتبارية يرجعان إلى الدواعي جعل المولى، و شرائط موضوعه و قيوده، فلا- مانع من اجتماعهما في شيء واحد، و لا دليل على لزوم كون القبض بعد العقد في هذه العقود، مضافا إلى إمكان القول بكون القبض إنشاء للعقد بحدوثه و تحققا للشرط ببقائه.

الرابع: الظاهر جريان المعاطاة في الايقاعات أيضا

، مثل العتق، فمن أطلق سراح عبد، و أنشأ عتقه بهذا العمل، صح عتقه، و كذا الوقف لو قلنا أنه من الايقاعات، و كذا الابرء و شبهه. قال في الجواهر بعد ذكر عنوان المسألة في العقود و الايقاعات جميعا، و الاعتراف بعدم كونها محررة في كلماتهم، و عدم ورود نص خاص فيها، ما نصه: «إنه يمكن دعوى حصولها (السيرة) في جميع على وجه يلحقها اسم تلك المعاملة القائمة مقامها محكمها، عدا ما كان بالصيغة منها كاللزوم... فينكشف بذلك حينئذ عدم اعتبار الصيغة في أصل الصحة» (١).

(١). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٤٠.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٧٤

و قال أيضا في كلام آخر له في المقام ما حاصله: إن القول بالزوم في غير البيع أيضا غير بعيد، لعدم قيام دليل على خلافه، إن رجع عنه في أواخر كلامه و لم يستقر على هذا الفتوى خوفا من قيام الإجماع ظاهرا على اعتبار الصيغ في صحتها أو مسماها (١). و هذا و قد عرفت أن الخوف من هذا الإجماع لا وجه له، لعدم اشتماله على شرائط الحجية، لجريان السيرة العملية على خلافه، فالقول بالصحة بل اللزوم في الايقاعات أيضا هو الأقوى عدا ما خرج بالدليل كالطلاق، و الله العالم.

التنبيه السادس: في ملزمات المعاطاة (و اصاله اللزوم في جميع المعاملات)

إشارة

قد عرفت أن المعروف بينهم عدم لزوم عقد المعاطاة، بل هو إما مفيد للإباحة أو الملكية الجائزة، و لم ينقل كونها لازمة إلا عن ظاهر المفيد رحمه الله، و لكن عرفت أيضا أن الحق كونها لازمة كالبيع بالصيغة، و كذا في غير البيع من العقود اللازمة، و نزيدك هنا بأن الأصل في جميع المعاملات الصحيحة هو اللزوم كما ذكره شيخنا الأعظم قدس سره (٢) و غيره.

و استدل على ذلك بوجه ثمانية معروفة لا بد من ذكرها و ذكر ما عندنا فيها على سبيل الإجمال:

١- الاستصحاب

الاستصحاب الجارى بعد اجراء الفسخ المشكوك تأثيره على الفرض، و بعد رجوع المالك الأصلي، و قد وقع الكلام فيه بأنه من قبيل الاستصحاب الكلّي أو الشخصى؟ و لو كان كلياً فهل هو من قبيل القسم الأول من الكلّي، أو من القسم الثانى؟ و لو كان من قبيل القسم الثانى، فهل هو حجة فى المقام كما فى سائر المقامات، أو للمقام خصوصية تسقطه عن الحجية؟ و قد تكلم بعضهم فى جميع ذلك، و أكثر فيه إكثاراً يمكن الاستغناء عن كثير منه و صرف العمر فيما هو أئزم و أنفع!

(١). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٤٠.

(٢). المكاسب، ص ٨٥ من الطبعة الحجرية.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٧٥

و عصاره البحث فيها ما يلى:

لا ينبغى الشك فى كون الاستصحاب هنا من قبيل الاستصحاب الشخصى، لأن حقيقة الملك لا تتفاوت بتفاوت جواز فسخه و عدمه، و لقد اجاد شيخنا الأعظم قدس سره فى المقام حيث قال: «إن المحسوس بالوجدان أن إنشاء الملك فى الهبة اللازمة و غيرها على نهج واحد» «١» فالاختلاف بين القسمين، أعنى الملك اللازم و الجائر و إنما هو فى أحكامهما، لا ما يرجع إلى ماهيتهما، فكما أن جعل الخيار فى بعض العقود لا يجعله قسماً آخر فى مقابل ما لم يجعل فيه الخيار، كذلك ما كان جائزاً لفسخ بحكم الشرع من دون جعل خيار.

و بالجملة لا ينبغى الشك فى كون المقام من الاستصحاب الشخصى.

و لو سلمنا أنه من الكلّي، لكنه من قبيل القسم الثانى من الكلّي الذى يدور أمر المستصحب فيه بين ما هو طويل العمر أو قصيره، كمن علم بوجود حيوان فى الدار لا يدري هل عصفور أو غراب، و كمن يعلم بخروج بلبل منه تردد أمره بين البول و المنى، فإذا توضأ شك فى بقاء الحدث و ارتفاعه فيستصحب.

و قد أورد عليه أولاً: بمعارضته ببقاء علقه المالك الأول فى ما نحن فيه.

و ثانياً: بعدم حجية القسم الثانى من الكلّي، لأن أمره دائر بين قصير العمر فارتفع قطاعاً، و طويل العمر و هو مشكوك الوجود من أول الأمر، و الأصل عدم وجوده.

و لكن يجاب عن الأول: بأن العلقه إن كانت بمعنى الملكية فقد زالت قطاعاً، و إن كانت شيئاً آخر فلا نعقل له معنى، و إن كان بمعنى حكم الشارع بجوازه فهو حكم شرعى مشكوك من أول الأمر، ليس مورداً للاستصحاب بل المورد له هو موضوع حكم.

و عن الثانى: بما ذكر فى محله من أن أصالة عدم الفرد الطويل لا يثبت عدم الكلّي لأنه من اللوازم العقلية لأمرين: انعدام الفرد القصير بعد وجوده قطاعاً، و عدم الفرد الطويل من أول أمره.

فالاستصحاب هنا لا غبار عليه، سواء كان شخصياً أو كلياً.

(١). المكاسب، ص ٨٥ من الطبعة الحجرية.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٧٦

بل يمكن إجراء الاستصحاب على نحو آخر، وهو الاستصحاب الحكمي بأن يقال: إن هذا المال كان جائز التصرف للمشتري و ممنوعا للبائع، و بعد الرجوع و الفسخ يشك في بقاء هذا الحكم و عدمه فيستصحب، اللهم إلا أن يقال بأنه بعد الشك في بقاء موضوع الملك لا وجه لجريانه، فتأمل.

هذا و قد يورد على الاستصحاب الشخصي هنا أولاً: بأنه لا يتم على مبني القائلين بعدم حجتيه في الشك في المقتضى، فإن الشك هنا في مقدار اقتضاء الملكية للبقاء و أنه هل كان ملكاً لازماً له اقتضاء البقاء و لو بعد الرجوع و الفسخ، أو ملك جائز قصير عمره؟ لكن هذا الكلام أيضاً مبني على تخيل تفاوت الملك الجائز و اللازم بحسب الماهية، مع أنه ليس كذلك كما عرفت، بل الملك إذا حصل فانه يبقى إلى الأبد إلا أن يرفعه رافع، فالشك هنا على كل حال في الرفع. و ثانياً: إن هذا الاستصحاب محكوم لاستصحاب خيار المجلس الثابت في كل بيع.

و فيه: إن أصالة اللزوم لا تختص بالبيع و لا بموارد ثبوت خيار المجلس، بل هي قاعدة عامة في جميع العقود التي يشك في لزومها. مضافاً إلى أن خيار المجلس يرتفع بافتراق المتبايعين قطعاً بصريح روايات الباب، فلو بقي الجواز بعد ذلك لبقى في ضمن حكم آخر غير حكم خيار المجلس، فلو جرى فيه الاستصحاب كان من قبل القسم الثالث من الكلي، و قد حقق في محله عدم حجتيه لعدم اتحاد القضية المشكوكة و المتيقنة فيه، فتأمل.

و ثالثاً: و هو العمدة في هذا الباب، إن الاستصحاب لا يجري في الشبهات الحكمية - على المختار - و المقام منها فيسقط من الاعتبار، فلا يمكن الركون إليه في إثبات اللزوم في شيء من المعاملات بالمعنى الأعم من البيع.

٢- التمسك بآية الوفاء بالعقود

إشارة

و مما استدل به لقاعدة اللزوم قوله تعالى: **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** «١».

(١). سورة المائدة، الآية ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٧٧

و العقد بأى معنى فسر يشمل جميع المعاملات من البيع و غيرها، سواء قلنا أنه «العهد» أو «العهد المشدد».

قال الراغب: العقد الجمع بين أطراف الشيء و ذلك في الأجسام الصلبة كعقد الحبل، ثم يستعار ذلك للمعاني نحو عقد البيع و العهد ... و قال تعالى: **بِمَا عَقَدْتُمُ الْإِيمَانَ** و منه قيل لفلان عقيدة، و قيل للقلادة عقد ... و العقدة اسم لما يعقد من نكاح.

و لا يخفى على من راجع موارد استعمال هذه الكلمة في الكتاب العزيز أنها غير شاملة للمعاملة الاذنية التي تتبع اذن صاحبها و تبقى ما دام الاذن موجوداً.

و الأمر بالوفاء و إن كان حكماً تكليفياً في بدء النظر إلا أنه في أمثال المقام ظاهر في الحكم الوضعي، فان وجوب الوفاء بالعقد دليل على اعتباره و لزومه وضعاً، كما هو ظاهر.

نعم، قد يقال بعدم إمكان الأخذ بعمومها و إن كان الجمع المحلى باللام ظاهراً في العموم لا سيما مع كونه في مقام البيان و الاطلاق، و ذلك للزوم تخصيص الأكثر بعد خروج المعاملات الجائزة، و هي كثيرة، و خروج البيع و شبهه بأنواع الخيارات.

و لكن الانصاف عدم وجود مانع من هذه الناحية، فان العقد الذي هو متحد مفهومه مع العهد بل المعاهدة، لا تشمل العقود الجائزة الاذنية إلا مجازاً، و إن شئت قلت: مفهومه التزام في مقابل التزام، و هذا المعنى غير موجود في مثل الهبة و العارية و الوديعة و شبهها،

فهي خارجة عن الآية رأسا، وأمّا اشتغال البيع وشبهه على كثير من الخيارات، فهي وإن كانت كذلك، ولكن زمان تنزيل البيع بالخيار في مقابل زمان لزومه قصير جدا، فأكثر البيوع في أكثر الأوقات لازمة، وإنما الجواز يقع في فترات يسيرة كما لا يخفى.

بقي هنا شيء:

و حاصله أن الأمر بوجود الوفاء بالعقود مسلّم، ولكن بعد الفسخ يكون من قبيل الشبهة المصدقية، للشك في بقاء العقد، وفيه: أنه ناش عن عدم تحقيق معنى الوفاء، فإن الظاهر من الأمر بالوفاء هو الأمر المولوي الذي لازمه الحكم الوضعي بلزوم العقد، وهذا الأمر بنفسه ينفي أثر الفسخ، فإن إرجاع العين وتجديد النظر في العقد مناف للوفاء، فلا يجوز استرجاع العين بهذا الفسخ.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٧٨

٣ و ٤ - التمسك بآية حرمة أكل المال بالباطل:

وقد دلّ الكتاب العزيز على حرمة أكل المال بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض^(١)، فالفسخ عند الشك في صحته يقع مصداقا لحرمة أكل المال بالباطل، كما أنه مصداق لعدم كون التجارة عن تراض.

فقال تعالى شأنه: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم^(٢).

وقد استدلل بصدر الآية على المطلوب تارة وبذيلها أخرى.

أما الأول: فلأن أخذ أموال الناس بغير رضاهم بعد الانتقال إليهم بعقد من العقود هو أكل للمال بالباطل، فهو منهي عنه، فما لم يثبت حق الرجوع شرعا كان الفسخ باطلا، فهو نظير ما ورد في الآية ١٨٨ من سورة البقرة: و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل و تدلوا بها إلى الحكام الخ، و مثل ذم اليهود في قوله تعالى: و أخذهم الربوا و قد نهوا عنه و أكلهم أموال الناس بالباطل^(٣).

و أما الثاني: فلأن ذيلها يدل على اعتبار كون التجارة عن تراض في جواز الأكل، و من الواضح أن الفسخ و الرجوع من جانب واحد ليس تجارة عن تراض بينهما.

وقد أورد على الوجه الأول بما يسقط الاستدلال بالوجه الثاني أيضا، و حاصله: أن الآية بصدد المنع عن الباطل الواقعي، لا الباطل العرفي، فإذا شك في شيء أنه باطل واقعا و عند الله أم لا؟ لم يجز التمسك بعموم الآية، لأنه من قبيل التمسك بعموم العام في الشبهات المصدقية^(٤).

أقول: و هو عجيب، لأنّ الأصحاب لا يزالون يحملون الالفاظ الواردة في أبواب المعاملات على مفاهيمها العرفية، و لو لا ذلك لم يجز الاستدلال بالعمومات الواردة فيها مطلقا.

(١). سورة النساء، الآية ٢٥.

(٢). سورة النساء، الآية ٢٩.

(٣). سورة النساء، الآية ١٦١.

(٤). مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ١٤١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٧٩

أضف إلى ذلك أنه لو كان المراد منه الباطل الواقعي، كانت الآية قليل الفائدة جدا في ذاتها، لعدم طريق إليه إلا بدليل آخر يغني عنها.

و بالجمله المراد بالآية النهى عن أكل المال بكل ما يعد باطلا عرفا، كالغصب و الرشاء و التطفيف و غيرها، و من المعلوم أنه إذا باع شيئا ببيع المعاطاة، ثم أراد استرجاعه بغير رضا المشتري كان أكلا بالبطل عرفا، و لم يكن مصداقا للتجارة عن تراض، و بالجمله كل ذلك امضاء لما عند العقلاء من الأحكام.

و العمدة فى الاستدلال بالآية و غيرها من أشباهها كون الفسخ فى المقام مردودا عند العقلاء و باطلا عندهم، فلا يلزم التمسك بالعموم فى الشبهات المصداقية.

هذا و لكن يرد على الاستدلال بها أمران آخران:

أحدهما: أنه يختص بباب الأموال و لا يشمل العقود جميعا، فلا تثبت أصالة اللزوم كقاعدة كلية فى جميع أبوابها، نعم يفيد فى المقام أعنى المعاطاة.

ثانيهما: إن حصر سبب الحلية فى «التجارة عن تراض» موجب لتخصيص الأكثر لتكثر أسبابها من الاباحة و الإرث و الهدية و الوصية و الجعالة و غيرها من أشباهها و هذا كاشف عن كون الحصر إضافيا، فحينئذ يشكل الاستدلال بذيلها و يكون الذيل من قبيل ذكر مصداق لما ليس بالباطل المذكور فى صدرها.

٥- التمسك بآية حلية البيع:

و استدلال للقاعدة أيضا بقوله تعالى: **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا** (١).

و صدر الآية يدل على أن قيام المرابين فى الحشر كقيام المصروع و من مسه الشيطان بالجنون، لا يقدر على المشى و يتخبطون فيه، كما أن قيامهم فى الدنيا أيضا كذلك، فلهم جنون جمع الثروات من أى طريق، و لو بظلم أحوج الناس و افقرهم، و ما هناك تجسم لما هنا.

ثم تقول الآية: **إِنَّ عَذَابَهُمْ هَذَا نَاشٍ عَنْ قَوْلِهِمْ «إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا»** زعما منهم أن كليهما

(١). سورة البقرة، الآية ٢٧٥.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٨٠

تجارة عن تراض من الطرفين، فما الفرق بين معاملته و معاملته؟ ثم يجيب القرآن عنه بأنه أى فرق أوضح من أن الله «أحل البيع» و «حرم الربا» و فعل الله مشحون بالحكم و المصالح العالیه.

و هذه المصالح أيضا لا تخفى على الخبير إجمالا، فالإنسان العاقل إذا نظر بعين البصيرة يرى الفرق العظيم بينهما، فالبيع فيه نفع للبائع و المشتري فى الغالب، بينما الربا فيه ضرر على المدين و نفع للدائن دائما، و يترتب عليه استثمار الناس، و حلول الأزمات الاقتصادية، و تكريس العداوة و البغضاء، و ترك اصطناع الناس المعروف «و هو القرض الحسن» كما ورد فى الحديث، و مفسد عظيمه اخرى لا تخفى.

هذا و معنى الحلية هنا إيماء الحلية التكليفية بالنسبة إلى ما يستفاد من البيع من الأموال، أو الحلية الوضعية التى من آثارها الحلية التكليفية.

و الثانى أظهر، و الاستدلال بالآية لأصالة اللزوم فى البيوع على الثانى ظاهر لا غبار عليه، لأن هذه الحلية بمعنى نفوذ أمر البيع و امضاءه على ما عند العقلاء، و قد عرفت أن بنائهم على اللزوم حتى فى المعاطاة، فلا يجيزون انفراد أحد الطرفين بالفسخ، و قول الشارع «أحل الله البيع» امضاء له.

و الإشكال عليه: بأنه من قبيل التمسك بالعام في الشبهات المصادقية، قد عرفت الجواب عنه، و أنّ نفس إمضاء البيع بما عندهم من الأحكام ينفي احتمال تأثير الفسخ.

هذا و الذى يوجب الإشكال فى الاستدلال بها أمر آخر، و هو أن الآية ليست فى مقام البيان من ناحية حلية البيع مطلقا، بل فى مقام بيان الفرق بين البيع و الربا إجمالا، و هذا كقول القائل: إن ذبيحة المسلم حلال و ذبيحة الكافر حرام، فى جواب من يسأل عنهما، و من الواضح أنه لا- اطلاق فيه من سائر الجهات، فلو شككنا فى اعتبار الاستقبال أو البسملة فى الذبيحة فلا يمكن نفيهما عنها بهذا الاطلاق.

٦- حديث التسلط:

و استدلل له أيضا بقوله صلى الله عليه و آله: «الناس مسلطون على أموالهم».

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٨١

و تقريب الاستدلال به بحيث يندفع عنه الإشكال: إن مقتضى تسلط الناس على أموالهم أن أمرها بيدهم، فلا يجوز للغير التصرف بها بدون رضاهم، فرجوع المالك الأصلي بعد انتقاله عنه و قطع تسلطه، ممنوع، و تفرد بالفسخ غير مجاز، فلا تصل النوبة إلى الشبهة المصادقية كما هو ظاهر لا ريب فيه.

و قد أورد عليه: تارة بضعف السند، و اخرى بضعف الدلالة نظرا إلى أن مفاد الحديث استقلال المالك بالتصرفات المشروعة و عدم كونه محجورا عنها، فلا دلالة له على امضاء جميع تصرفاته، كما أنه لا دلالة له على استمرار السلطنة الفعلية للمالك و بقائها حتى بعد رجوع المالك الأول فى مورد المعاطاة «١».

أقول: أما الأول فلا ريب فى انجباره بالشهرة، مضافا إلى ورود روايات كثيرة مشتتة على هذا المضمون و لو لم يكن بلفظ التسلط (فراجع القواعد الفقهية قاعدة التسلط ج ٢ و تأمل فيها فانه حقيق به).

و أمّا الثانى: فلما عرفت غيره مرّة من أنّ إمضاء التصرفات المشروعة عند العقلاء كاف فيما نحن بصدد، لأنّ منها عدم جواز تفرد أحد الطرفين بالفسخ، و أمّا استمرار تلك السلطنة فهو مقتضى الاطلاق، و أمّا عدم تأثير الرجوع فلما عرفت من منافاة التأثير لتسلط الناس على أموالهم، فالحديث من أوضح ما يدل على المقصود.

٧- التمسك بلزوم الوفاء بالشروط

و ممّا استدلل به على القاعدة، الرواية المشهورة عنه صلى الله عليه و آله: «المؤمنون عند شروطهم»، و قد رواه فى الوسائل بطرق مختلفة عن عبد الله بن سنان «٢» تارة و عن اسحاق بن عمار «٣»

(١). مصباح الفقاهة، ج ٢، ص ١٣٧.

(٢). وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، ح ١- عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

سمعتة يقول: من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز له و لا يجوز على الذى اشترط عليه و المسلمون عند شروطهم ممّا وافق كتاب الله عز و جلّ و أيضا فى الحديث ٢، عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام:

«قال المسلمون عند شروطهم إلّا شرط خالف كتاب الله عزّ و جلّ فلا يجوز».

(٣). وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، ح ٥- عن اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام عن

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٨٢

أخرى، بعضها صحيحة، وإن كان بعضها الآخر محلا للكلام.

هذا مضافا إلى أنه ورد في بعضها «المسلمون» بدل «المؤمنون» والأمر فيه سهل، ففي رواية منصور بزرج «المؤمنون عند شروطهم» (١).

هذا مضافا إلى اشتهار سند الرواية اشتهارا تاما يغنينا عن البحث في سندها.

و أمّا دلالتها فيتوقف على فهم معنى «الشرط»، فإن قلنا أنه بحسب اللغة بمعنى مطلق الالتزام اللفظي والعملي، الابتدائي وفي ضمن العقد، كان كل عقد داخلا فيه، سواء البيع المعاطاتي أو الصلح المعاطاتي أو غير ذلك إلا ما خرج بالدليل.

و أمّا إن قلنا: إن الشرط هو الالتزام التابع للالتزام آخر (كما عن القاموس: إن الشرط هو الالتزام في بيع، ونحوه ما يظهر من غير واحد من كتب اللغة، بل يظهر ذلك من موارد استعماله في الأخبار وكلمات العرف أيضا) فحينئذ يشكل الاستدلال بها على غير ما وقع ضمن العقد، ولا يشمل نفس الالتزامات العقدية، ولا أقل من الشك في ذلك فيسقط الاستدلال بها.

اللهم إلا أن يقال: إذا كان الشرط الذي هو أمر تبعي لازم المراعاة، فأصل المعاملة كذلك بطريق أولى.

نعم، قد يورد عليه بإيراد آخر وإن كان غير وارد عليه ظاهرا، وهو أنه لا يستفاد منه إلا الالتزام التكليفي ولا يرد منه الالتزام الوضعي، وعلى هذا فشان الرواية شأن قولنا «المؤمن عند عدته» (٢).

أقول: لا ينبغي الشك في أنه يستفاد من هذه التكاليف في أبواب المعاملات ثبوت الحق، و ثبوت الحق دليل على الحكم الوضعي، و أمّا التكليف المجرد عن الحق ففي، هذه الأبواب غير مانوس، فلو حكم الشارع بوجود الوفاء بالعقد، أو وجوب رد الثمن أو

على بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: «من شرط لا مرأته شرطا فليف لها به فإن المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حراما أو أحل حراما».

(١). وسائل الشيعة، ج ١٥ الباب ٣٠ من أبواب المهور ح ٤.

(٢). مصباح الفقاهة ج ٢، ص ١٤٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٨٣

شبهه، دل على ثبوت حكم وضعي، فان طبيعة المعاملات قائمة على ذلك، وليست من قبيل سائر الأفعال، فتدبر جيدا.

٨- الاستدلال بعدم حل مال الغير إلا برضا

إشارة

وقد يستدل له أيضا بقوله (عجل الله تعالى له الفرج): «لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه» الوارد في التوقيع المعروف الذي وصل إلى الشيخ محمد بن عثمان العمري رضي الله عنه، وكيل الناحية المقدسة، فيما رواه الصدوق قدس سره في اكمال الدين باسناده عنه (١).

و نفى الحلية هنا إنما هو عن التصرف في الأموال بدون الاذن، و لكن في رواية «زيد الشحام» و «سماعة» عن الصادق عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله في حديث حجة الوداع: «أنه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيب نفسه» (٢).

و نفى الحلية هنا عن نفس المال و الدم لا عن خصوص التصرف فيهما.

و مثله ما رواه محمد بن زيد الطبري مِمَّا كتبه مولانا أبو الحسن الرضا عليه السَّلام في جواب رجل من تجار فارس يسأله الاذن في الخمس، وفيه: «لا يحل مال إلا من وجه أحله الله» (٣).

و قريب من هذه الروايات، روايات مرسله عن غوالي اللثالي و تحف العقول و بعض اسناد هذه الأحاديث مثل الرواية الثانية معتبرة مضافا إلى تظافرها، و شهرتها رواية و فتوى.

و أما وجه الاستدلال بها: فهو أن أصل الحل في اللغة هو حل العقدة، قال الراغب في «المفردات»: أصل الحل حل العقدة... و حلت نزلت، أصله من حل الاحمال عند النزول (بالمكان) ثم جرد استعماله للنزول... عن حل العقدة استعير قولهم «حل الشيء حلا». و قال ابن فارس في «مقاييس اللغة»: «أصلها كلها عندي فتح الشيء لا يشذ عنه

(١). وسائل الشريعة، ج ٦ الباب ٣ من أبواب الانفال، ح ٦.

(٢). المصدر السابق، ج ١٩ الباب ١ من أبواب قصاص النفس، ح ٣.

(٣). المصدر السابق، ج ٦ الباب ٣ من أبواب الانفال، ح ٢.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٨٤

شيء» ثم ارجع جميع معانيه من حل العقدة و الحلول بالمكان و الإحليل و المحلّة و تحله اليمين و الحل مقابل الحرم و الحل بمعنى الحلال، إليه.

هذا و «الحلية» في مقابل «الحرمه» في الأحكام قد تستعمل في الحكم الوضعي، مثل أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ، و قد تستعمل في الحكم التكليفي مثل أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ و اخرى في كليهما مثل أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا على احتمال آخر.

و من المعلوم و لو بقرينه ما ورد في الأحاديث السابقة أن المراد منها هنا الأعم من الوضع و التكليف، فان من يسأل الإمام عليه السَّلام أن يجعله في حل من الخمس لا يريد الحلية التكليفية فقط، بل يريد افراغ ذمته و أن يعامل مع الخمس معامله سائر أمواله (و هكذا غيره).

و ما قد يظهر من بعض، أنه فرق بين قوله: «لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره» و بين قوله: «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه» فان الأول معلق على التصرف، و الثاني على المال، فالأول ناظر إلى الحكم التكليفي دون الثاني، تفصيل غير صحيح، فان التصرف أيضا له معنى عام يشمل التصرفات الناقلة و غيرها فيشمل الوضع و التكليف.

و قد أورد على الاستدلال بها بأمور:

أولاً: إن التمسك بها من قبيل التمسك بالعام في الشبهات المصادقية، لأنه بعد الفسخ يشك في تأثيره فيشك في كون المال من مالكة.

و قد عرفت غير مرّة أن الحديث أو أشباهه بنفسه يمنع عن تأثير الفسخ إلا برضا صاحبه، فان الفسخ بنفسه تصرف في مال غيره، فلا يحل و لا يجوز إلا برضاه.

ثانياً: إن الحلية تشمل الوضع و التكليف، لكن في كل مورد بحسبه و بمناسبة متعلقاته، ففي المقام، المناسب لحلية المال هو حلية التصرفات الواقعة فيه من الأكل و الشرب، كما أن المراد من حلية المأكولات حلية استعمالها كذلك، فالرواية أجنبية عن ما نحن فيه.

و أنت خير بأن ما ذكره لا شاهد عليه، لأن المناسب للمال أنواع التصرفات الناقلة و شبهها، فكيف لا تشمل الوضع و التكليف كليهما؟ مضافا إلى ما عرفت من محل ورود الحديث فراجع.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٨٥

ثالثا: وقد يقال: إنَّ الجمع بين الحكم التكليفي و الوضعي لا يجوز في استعمال واحد، ففي المقام إمَّا يراد الوضعي فقط، أو التكليفي، و حيث لا يجوز إخراج التكليفي منه، فلا دلالة له على الحكم الوضعي.
 وفيه: أولا: أنه قد حَقَّقنا في محله جواز استعمال اللفظ في أكثر من معنى.
 و ثانيا: إنَّ المعنيين يعودان إلى جامع، فالاشتراك هنا معنوي لا لفظي، فان الحل - كما عرفت آنفا - في الأصل هو حل العقدة و جواز المضي في الأمر، و لا فرق فيه بين الجواز الوضعي و التكليفي.
 و إن شئت قلت: إنَّ هذه الرواية امضاء لما عند العقلاء من عدم تجويزهم للتصرفات بغير رضا المالك إلَّا في موارد ثبت من قوانينهم جوازها، و من الواضح أنه لا فرق عندهم بين التصرفات الوضعية و التكليفية هنا.

٩- رواية «البيع بالخيار ما لم يفترقا»

و من أقوى ما يدل على أصالة اللزوم (في خصوص البيع دون غيره من المعاملات) الأخبار الكثيرة الواردة في أبواب خيار المجلس (بل و خيار الحيوان أيضا) و هي روايات كثيرة متضافرة عن رسول الله صلى الله عليه و آله و عن علي عليه السلام و عن الصادق عليه السلام و عن الامام علي بن موسى الرضا عليه السلام، حتى أنَّ شيخنا الأعظم قدس سره ذكر في بعض كلماته أنها متواترة، و إن ذكر في غيره أنها مستفيضة (١).
 و قد رواها الجمهور أيضا في صحاحهم المعتبرة عندهم بطرق شتى، و قد عقد له «ابن ماجه» في سننه بابا، روى فيه عدَّة روايات (٢).
 و من هنا لا يبعد دعوى التواتر فيها بملاحظة مجموع ما رواه الخاصة و العامة. و أمَّا دلالتها فظاهرة، لأنَّ صدق البيع على المعاطاة بناء على القول بالملكية (كما هو الأقوى) واضح، فبعد انقضاء المجلس يجب البيع و لا يجوز فسخه.

(١). راجع وسائل الشيعة، الباب الأول و الثاني و الثالث من أبواب الخيارات من كتاب التجارة، ج ١٢.

(٢). السنن لابن ماجه، ج ٢، ص ٧٣٦.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٨٦

و من محاسن هذا الدليل أنه لا يجرى فيه إشكال التمسك بعموم العام في الشبهات المصدقية فان الحكم هنا ثابت بعنوان البيعان، و هذا المعنى ثابت لهما لا يزول، فانه بمعنى أحداث البيع بلا إشكال.
 و لكن قد يورد عليه: بأنَّ المراد منها الحكم باللزوم من ناحية خيار المجلس بعد افتراقهما، فهي ناظرة إلى خيار المجلس إثباتا و نفيًا، و لا دلالة لها على لزوم البيع من سائر النواحي.
 و هذا الإشكال ممنوع جدًّا بعد اطلاق الأحاديث و عدم وجود أى قرينة فيها على اختصاصها بهذا الخيار، اللهم إلَّا أن يقال: إنَّ عدم ذكر سائر الخيارات فيها من العيب و الشرط و الغبن و ... قرينة عليه.
 و فيه: إنَّ كل عام و مطلق قابل للتخصيص و التقييد، فلما ذا لا- تسقط سائر العمومات و المطلقات عن العموم و الاطلاق في سائر المقامات بورود ذلك عليه؟
 و بالجملة هذا الإيراد ممَّا لا نجد له وجهًا، نعم الإشكال الوحيد عليها أنها أخص من المدعى لو كان المدعى هو أصالة اللزوم كقاعدة كلية، و لو كان الكلام مقصورا على البيع تمت دلالتها و قامت حجتها و لا غبار عليها.

لا ينبغي الشك في أن بناء العقود عندهم على اللزوم، فالبيع والنكاح والإجارة وغيرها من أشباهها لازمة لا تفسخ إلاً بدليل قائم على حق الفسخ، فالخيارات عندهم استثناءات في هذه القاعدة الثابتة اللازمة عندهم.

بل يمكن أن يقال: إن ذلك مأخوذ في طبيعة العقد و ماهيته، فلو لم يكن العقد لازم المراعاة لم يكن بمثابة العهد الذي يعتمدون عليه، فالعهود والعقود كلها تعهدات في مقابل تعهدات تلزم الطرفين بمراعاتها، وعدم التعدي عن طورها، فلو كان لكل واحد منهما رفضها وتركها متى ما أراد، و جاز الخروج عن مقتضى وظيفتها، لم تفد أى فائدة، بل لم تكن معاهدة في الحقيقة، نعم لكل منهما اشتراط الخيار كاستثناء في لزوم العقد إلى مدّة معلومة.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٨٧

و لا يقاس ذلك بالعقود الاذنية كالوكالة و العارية و الهبة و الوديعة و الأمانة و ما أشبهها، فان لها ماهية وراء البيع و شبهه، فهي اعطاء من أحد الجانبين مع الاحتفاظ بحق المنع كلما أراد منعه، لا اعطاء شيء في مقابل شيء يتعهد الطرفان بمراعاته، و الحاصل: أن بناء العقلاء و الشرع على اللزوم في المعاملات ناشئ في الحقيقة عن طبيعتها و هويتها لا أن اللزوم حكم ثبت لها من الخارج، فتدبر فانه حقيق به.

فتحصل من جميع ما ذكرنا امور:

الأول: إن الأصل في جميع العقود و المعاهدات، اللزوم من دون تفاوت بين البيع و غيره.

الثاني: إن الأدلة التي أقاموها على هذا الأصل بعضها ضعيفة، و لكن في الباقي من الآيات و الروايات الكثيرة غنى و كفاية، بل قد عرفت أن ذلك مقتضى طبيعة العقد بحسب اعتبار العقلاء و الشرع الذي هو رئيسهم.

الثالث: إن مقتضى بعضها أصالة اللزوم في جميع المعاملات و العقود، و لكن مقتضى بعضها اللزوم في خصوص البيع.

الرابع: إن أكثرها يجرى على القول بالملكية في المعاطاة، نعم بعضها مثل «المؤمنون عند شروطهم» يجرى في الاباحة المعوضة أيضا. و أما إن كانت الاباحة بحكم الإجماع لم يجر فيها إلاً الاستصحاب الذي عرفت حاله.

عود إلى ملزمات المعاطاة:

إذا عرفت أن الأصل في المعاملات هو اللزوم، و أن الجواز فيها أمر عارض، فلو قلنا أن المعاطاة عقد لازم - كما هو المختار - فلا كلام، و إن قلنا أنها عقد جائز فينبغي الكلام فيما يوجب لزومها، و إن كان هذا المعنى قليل الفائدة بعد اختيار اللزوم كما عرفت، و لكن مع مراعاة جانب الاختصار نقول و منه جل ثناؤه نستمد التوفيق:

إن عمدة ما يتعرض له في هذا الباب امور:

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٨٨

١- تلف العينين.

٢- تلف أحدهما.

٣- نقل العينين أو أحدهما بعقد لازم.

٤- امتزاجهما بغيرهما من أموال البائع و المشتري امتزاجا يمنع إمكانية الرجوع، أو امتزاج أحدهما كذلك.

٥- التصرف المغير للصورة كطحن الحنطة و قص الثوب - كل ذلك على مبنى الملكية الجائزة أو الاباحة - و الأصل في جميع ذلك

أن الدليل الدال على عدم اللزوم على القول بالملكية في المعاطاة أو الاباحة ما هو؟ و ما مقدار دلالته؟

فان قلنا بأن الإجماع انعقد على اعتبار اللفظ في العقود اللازمة، فإذا لم يكن هناك عقد لفظي كان عقدا جائزا، فاللازم إجراء جميع أحكام العقد الجائر عليه، و أما إن قلنا بأن الإجماع - أو القدر المتيقن منه - دلّ على جواز الرجوع في العينين في المعاطاة، فكلما أمكن الرجوع قلنا بجوازه، و إذا لم يمكن، إما من ناحية انعدام العينين أو أحدهما أو نقل أحدهما بناقل لازم أو غير ذلك، كان مقتضى اطلاق أدلة اللزوم لزومها، خرج صورة إمكان التراد و بقي الباقي تحتها.

و لكن هذا إنما يتم بناء على القول بأن لها عموما أو اطلاقا بحسب الأزمان، و إلّا كان المقام مقام إجراء استصحاب حكم المخصص (بناء على جواز إجراءاته في الشبهات الحكمية) و بما أن المعروف ثبوت العموم الزماني لها لم يكن هناك مانع.

أضف إلى ذلك أنه لا يبعد دعوى قيام الإجماع أو السيرة القاطعة على عدم الرجوع في المعاطاة بعد تلف العينين أو أحدهما، أو النقل بناقل لازم، و إلّا وقع التشاجر الدائم بين الناس، و لو كان ذلك لبان و لم يخف على أحد، و هذا أمر ظاهر لا غبار عليه. و هكذا حكم الامتزاج، و الحكم بالشركة كما احتمله بعض بعيد جدّا، فإنه مخالف للسيرة المستمرة و ارتكاز العقلاء و اطلاقات أدلة اللزوم.

و كذا إذا تصرف فيه تصرفا مغيرا للصورة، و التمسك باستصحاب جواز التراد مشكل، لا لتبدل الموضوع فقط بل لما عرفت في سابقه من الأدلة.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٨٩

هذا كله على القول بالملكية، و أما على القول بالاباحة فان قلنا إن الاباحة اباحة معوضة مالكية فلا يبعد لزومها، لأدلة اللزوم و اطلاقته فتأمل، و القدر المتيقن الخارج منه صورة إمكان التراد، و أمّا غيره فلا دليل عليه.

بل يمكن القول بالملكية آنا ما عند التصرفات الناقلة و شبهها، و كون التلف في موارد التلف من مال مالكة الأصلية لأنه كان باذنه، فلا معنى للتراد.

و إن قلنا بأنها اباحة شرعية ثبتت بحكم الشارع المقدس، كان العينان باقيين على ملك مالكهما و لا تجرى فيه أصالة اللزوم، و جاز رجوع المالك متى ما أراد، إلّا إذا تصرف فيه تصرفا موجبا للتلف، أو موجبا للنقل، فان القول بالملكية آنا ما ممّا لا محيص عنه.

و هذا تمام الكلام في أنواع هذه التصرفات و لا نحتاج إلى التفصيل في كل واحد مستقلا كما وقع من بعضهم بعد اشتراك الملاك، و الموضوع، و الأدلة.

التنبيه السابع: جريان أحكام الخيار في المعاطاة

قد مضى شطر من الكلام في جريان أحكام الخيار في المعاطاة عند الكلام في التنبيه الأول في جريان شرائط البيع و أحكامه عليها مطلقا، أو يفصل في ذلك، و لكن ينبغي هنا تكميل هذا بيان آخر، و حاصل الكلام فيه أن المباني في المعاطاة مختلفة كما أنّ الخيارات أيضا مختلفة.

فإنما أن نقول في المعاطاة بالملكية اللازمة، أو الملكية الجائزة، أو الاباحة المعوضة اللازمة، أو الجائزة (سواء كانت من ناحية المالك أو بالاباحة الشرعية).

و الخيارات أيضا إما تدور مدار عنوان البيع، كخيار المجلس و الحيوان، أو هي عامة تشمل المعاوضات كلّها، مثل خيار الشرط، أو التخلف عن الشرط، أو خيار الغبن بل العيب في وجهه، فان دليلها عموم «المؤمنون عند شروطهم» بل الغبن أيضا يرجع إلى شرط ضمنى، و هو مساواة العوضين إجمالا، و كذا العيب، أو دليل لا ضرر أو شبه ذلك، و هي تشمل المعاوضات كلّها.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٩٠

إذا عرفت ذلك فاعلم:

إنه إذا قلنا بأن المعاطاة عقد لازم، صدق عليه عنوان البيع بلا إشكال، و جرى فيها جميع أحكامه، و منها الخيارات العامة و الخاصة. و أمّا إذا قلنا: بأنها تقتضى الملك الجائز، فعنوان البيع و إن شملها أيضا إلاً أن الكلام فى ظهور أدلة الخيارات، فان قوله فى روايات متعددة «و إذا افترقا وجب البيع» ظاهر فى البيع المبني على اللزوم بحيث إذا انقضى زمن خيار المجلس كان لازما. و ما قد يقال من أن اللزوم هنا إضافي بالنسبة إلى خصوص خيار المجلس، و لذا لا ينافى وجود خيار الحيوان و الشرط و غيرهما. مدفوع: بأن الظاهر بناء طبيعة البيع على اللزوم، و أن خيار المجلس كالأستثناء فيه، و وجود استثناء آخر لا ينافى ما ذكره، فظهور أدلة الخيارات كلها فى جريانها فى بيع مبني على اللزوم بحسب طبيعته، ممّا لا ينكر، و لا نقول بالاستحالة أو اللغوية حتى يقال بظهور أثره عند وجود الملزمات، بل نقول بانصراف ظواهر هذه الأدلة إلى ما ذكر.

نعم إذا صارت المعاطاة لازمة بأحد الملزمات، كما إذا تلف الثمن فى الثلاثة فى خيار الحيوان، أو ظهر الغبن بعد تلف أحد العينين بناء على كون ظهور الغبن سببا للخيار، فحينئذ لا يبعد القول بشمول الاطلاقات له.

و إن قلنا بأن مقتضاها هو الاباحة المعوضة للزوم و لم نستوحش من القول بوجود مثل هذه الاباحة، جرى فيها الخيارات العامة غير المختصة بعنوان البيع كما لا يخفى، و لا يجرى فيها مثل خيار المجلس و الحيوان، و أمّا إن قلنا بأن الاباحة هنا اباحة جائزة (شرعية أم مالكية) لم يجر فيها شيء من الخيارات.

نعم لو آل أمر المعاطاة إلى اللزوم بأحد الملزمات الخمس، أمكن القول بجريان بعض الخيارات أو جميعها على بعض المباني فيها.

التنبيه الثامن: هل البيع الفاسد بحكم المعاطاة؟

إشارة

الحق، كما يأتى إن شاء الله، أن البيع بالصيغة لا يعتبر فيه أزيد من الصيغ الظاهرة فى أداء أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٩١ المقصود و إنشاء البيع، و جميع ما ذكر فيه من الشرائط الزائدة على هذه ممّا لا دليل عليه، نعم لا يجوز بالكنايات و المجازات التى لا ظهور لها ظهورا عرفيا.

و أمّا لو قلنا باشتراط شرائط فيها مضافا إلى ما ذكر، أو أجرى العقد بما لا صراحة و لا ظهور لها من الصيغ، فآل أمر البيع إلى الفساد، ثم وقع التعاطى بعده أو لم يقع فهل هو بحكم بيع المعاطاة أو لا؟

فيه أقوال:

- ١- أنه بحكم المعاطاة مطلقا كما يظهر من غير واحد منهم.
 - ٢- أنه بيع فاسد لا أثر له مطلقا كما يحكى عن بعض آخر.
 - ٣- التفصيل بين ما إذا استمر الرضا و وقع التقابض مع هذا الرضا فتصح المعاطاة و تجرى عليه أحكامها، و بين ما إذا لم يحصل ذلك فيكون بيعا فاسدا، و ذكر شيخنا الأعظم رحمه الله بعد كلام طويل له أن للمسألة صورا أربعة، و حاصل ما ذكره أن التقابض بعد العقد يقع على أنحاء:
- الأول: أن يقع بغير رضى منهما بل بالقهر بعنوان الوفاء بالعقد السابق الفاسد.

الثانى: أن يقع باختيارهما زعما منهما لزوم العقد بحيث لو علما فساده لم يقدم عليه أو أقدمًا تشريعا لصحته.

الثالث: أن يقع بعنوان إنشاء جديد بعد الاعراض عن العقد السابق أو نسيانه بالمرّة.

الرابع: أن يقع لا- بعنوان إنشاء جديد؛ بل برضى منهما الحاصل من استمرار الرضا السابق، و بعبارة اخرى: كان كلّ منهما راضيا بتصرف الآخر فيما انتقل إليه بعد العلم بفساد العقد، بل و مع عدم العلم بالفساد و لكن كانا بحيث لو علما به كان الرضا منهما موجودا، و هذا هو الرضا التقديرى.

ثم حكم بفساد الأولين و حرمة التصرف فى المقبوض فيهما لعدم صحتهما على المفروض و عدم أولهما إلى المعاطاة، كما حكم بصحة الصورة الثالثة بلا إشكال لأنه عقد جديد معاطاتى، لكن بنى صحة الرابعة على أمرين:

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٩٢

«أحدهما»: كفاية الرضا التقديرى الحاصل فى بعض شقوقه، و لم يستبعده لصدق طيب النفس عليه.

«ثانيهما»: عدم اشتراط الإنشاء فى المعاطاة، لا إنشاء الاباحة و لا التمليك، بل يكفى فيها مجرد الرضا مع وصول كلّ من العوضين إلى الآخر.

و لكن أشكل عليه على القول بالملكية فى المعاطاة و لم يستبعده على القول بالاباحة.

أقول: الانصاف أن ما ذكره فى الصور الثلاث الاولى حق لا ريب فيها، و أما الصورة الأخيرة فالرضا التقديرى فيها بحكم الرضا الفعلى بلا إشكال، و الشاهد عليه استقرار سيرة العرف و العقلاء على الاكتفاء به فى كل ما يعتبر فيه الرضا و لعل الأكل من بيوت من تضمنته الآية الشريفة من القرابة و الصديق من هذا الباب، و كذا التصرف فى أموال كثير من الناس فى غيبتهم، و كذا إذا علم بخط المالك فى العنوان، كما إذا زعم أن الداخل فى البيت رجل أجنبى، فزجره و أظهر عدم الرضا، و الحال أنه ولده، فان من الواضح أن الولد لا يعنى بهذا الزجر بل يعلم منه الرضا الباطنى الشائى الذى يتبدل بالفعلى بعد كشف عنوان الموضوع، سواء طال الزمان أم قصر.

و أما كفاية مجرد هذا الرضا فى المعاطاة فممنوع جدّا، سواء قلنا بالملك فيها أو بالاباحة المعوضة، نعم الإباحة المجردة عن عنوان المعاوضة حاصلة، و لكن مثلها خارج عن عنوان المعاطاة، و لا ينبغى عدّها منها.

و الحاصل: أن العمدة فى المسألة أن المتبع صدق عنوان البيع، أو قيام الإجماع على الصحة، أما الأول فهو غير حاصل بدون قصد الإنشاء، و أمّا الثانى فلم يثبت على الصحة فى موارد الرضا الخالى عن قصد الإنشاء، و ما قد يظهر من بعض الكلمات من استقرار السيرة على القناعة بمثل هذا الرضا المرتكز فى النفوس كما فى صاحب الحمام و غيره ممن لا يحضر عن المعاملة، ففيه ما قد عرفت سابقا من أن الإنشاء فى أمثال ذلك موجود، فمن يفتح باب دكانه أو حمامه و يأذن لكل أحد أن يأخذ شيئا معينا بازاء وجه معلوم، فقد انشأ إنشاء عاما فعليا لهذه المعاملة، و يجوز للمشتري قبوله بفعله و عمله، فتتم أركان البيع أو الاجارة المعاطاتية أو غيرهما.

و هذا بخلاف الرضا الحاصل بعد إنشاء البيع الفاسد، سواء كان رضى فعليا أو تقديريا.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٩٣

و الحاصل: أن المعاملة مع العقود الفاسدة معاملة المعاطاة ممّا لا وجه لها إلّا فيما عرفت من الصور الخارجة عن محل البحث موضعا، و الله العالم.

التنبيه التاسع: هل الكتابة ملحقّة بالمعاطاة أم لا؟

ظاهر كلمات الأصحاب فى الأبواب المختلفة من البيع و النكاح و الطلاق أن الكتابة غير كافية فى مقام الإنشاء، حتى أنهم جعلوها بدلا عن الإشارة للأخرس عند العجز عنها، فهى سواء حالا عندهم عن الإشارة أيضا، بل يظهر من بعض الكلمات فى كتاب الوصية أنه لو كتب إنسان كتابا مشتملا على وصاياه، ثم قال: هذه وصيتى. لا يقبل حتى يتكلم بها واحدا بعد الآخر.

بل حكى صاحب الجواهر قدس سرّه في كتاب الوصية عن صريح الحلّي عن الفاضل وولده والشهيدين و المحقق الثاني و القطيفي «قدس الله أسرارهم»، عدم الاكتفاء بالكتابة في حال الاختيار، و انحصار صحتها بحال العجز، و عن السرائر نفى الخلاف فيه «١». نعم، حكى عن التذكرة احتمال الاكتفاء بها في الوصية في بعض كلماته، و عن الرياض أنّه لا يخلو عن قوّة. و إذا كان أمر الكتابة في القيود الجائزة مثل الوصية بهذه الصعوبة، فكيف حال البيع و غيرها؟ هذا و لكن يشكل الاعتماد على مثل هذه الشهرة أو دعوى الإجماع بعد كون الكتابة من أظهر مصاديق الإنشاء، و لعلها لم تكن بهذه المثابة في الأعصار السابقة، لعدم معرفة أكثر الناس بها، و الامور العرفية تابعة لما يتعارف و يتداول بينهم، و الموضوعات تتخذ من العرف، و الأحكام من الشرع، و على كل حال هي من أظهر ما يتم به إنشاء العقود في عصرنا، لأنّ جميع أسناد المعاملات إنّما يتم بالتوقيع عليها، بل قد لا يعد مجرّد الإنشاء اللفظي في الامور الهامة شيئاً أزيد من المقاولّة، و الإنشاء الحقيقي عندهم إنّما هو بالكتابة و التوقيع.

(١). جواهر الكلام، ج ٢٨، ص ٢٤٨.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٩٤

و قد دلّت روايات متعددة على الاهتمام بالكتابة في الوصية، و أنّ المؤمن لا يبيت إلّا و وصيته تحت رأسه، و حديث الدواة و الكتف عند ما أراد النبي صلّى الله عليه و آله الكتابة في أمر الخلافة و منع بعض المخالفين عنها، و كلامه الجارح للقلب و الجالب للهمم، معروف في كتب العامة و الخاصة. أضف إلى ذلك أنّ أطول آية في كتاب الله، آية الكتابة «١»، و هي و إن لم تكن في مقام بيان حكم إنشاء العقد، و لكنّها شاهدة على اهتمام الشارع بأمر الكتابة و مؤيدة لما سبق. و بالجملة فإنّ إجراء حكم المعاوضة على الكتابة و سلب أحكام العقد اللفظي منه مشكل جدّاً، و لا دليل عليه من العقل و النقل، و لا يساعده الاعتبار و لا- إجماع عليه، فالحق الاكتفاء بالكتابة في مقام الإنشاء، نعم يشكل في مثل النكاح لما عرفت من أنّه كالأمور التوقيفية شبيهة العبادات أو فيه شائبة ذلك، فلا يجوز إجراؤه إلّا بما ثبت في الشرع، و لم يثبت جوازه بالكتابة.

التنبيه العاشر: حكم النماء

لا شك أنّ النماء بناء على القول بالملكية اللازمة ملك، لكن انتقل إليه، فنماء الثمن للبائع و نماء المثلث للمشتري، و كذا على القول بالملك الجائر، لأنّ النماء تابع للملك. و إذا فسخ كان الفسخ من حينه لا من أصل العقد، فلا تعود النماءات المنفصلة، نعم النماءات المتصلة تعود إلى ملك المالك الأول. و أمّا بناء على الاباحة الجائزة فالظاهر أنّ النماءات لصاحب المال، نعم يجوز التصرف فيها متصلة كانت أو منفصلة، لأنّها تابعة لها في الاباحة، و إذا عاد في العين اعيدت معها، نعم لا ضمان عليه بالنسبة إلى ما أتلفه منها لأنّه يكون مجازاً في ذلك على المفروض.

(١). سورة البقرة، الآية ٢٨٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٩٥

عقد البيع و ألفاظه

البيع كما يصح بالمعاطاة يصح بالصيغة، بل المشهور بين الأصحاب أن هو الأصل في الإنشاء، وإن كان فيه ما عرفت من أن الأصل في البيع هو المعاطاة، والبيع بالصيغة فرع لها، فيصح إنشاء المعاملة بكل من القول والفعل، وحينئذ يقع الكلام فيما يعتبر في الإنشاء اللفظي من خصوصيات اللفظ من حيث المادة والهيئة وسائر الأمور المرتبطة بها.

ولكن قبل التكلم في هذا الموضوع لا بد من بيان أن العاجز عن الألفاظ كالأخرس هل يكفي عن الألفاظ بالإشارة، أم لا؟ وأن غيره هل يمكنه ذلك أيضا وإن قلنا بخروج عقده عن العقد اللفظي ودخوله في المعاطاة أم لا؟

الظاهر أن غير الأخرس لا يكفي بالإشارة، لعدم ظهورها منه ظهورا عرفيا في أداء المقصود، بل تكون الإشارة من غير الأخرس كالكتابة التي لا يعتمد عليها في باب العقود والعهود على قول المشهور، وإن كان فيه ما عرفت.

اللهم إنا أن يكون له ظهور تام من دون أي ابهام في أداء المقصود، كما إذا تكلم المشتري وقال: أنا آخذ هذه السلعة بهذه القيمة وأعطيك ثمنها غدا مثلا، فأشار المالك برأسه أو بيده إشارة مفهومة بأنه راض بهذه المعاملة.

وكذا إذا كان هناك محذور عن بيان المقاصد صريحا، وإن لم يكن خرس في اللسان، كما إذا خاف من اطلاع اللصوص على سلعته، فأشار البائع أو المشتري إشارة مفهومة مقصده في البيع والشراء، وأشار بأصابعه مثلا إلى مقدار الثمن ومقدار المثمن، أو كانت لغة البائع تختلف عن لغة المشتري ولم يفهما صيغة البيع والشراء من ألفاظهما، فأشار كل

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٩٦

منهما إلى مقصده من البيع والشراء ومقدار السلعة، ومقدار الثمن، بإشارات مفهومة - كما هو المتداول في أيامنا في موسم الحج بين الحجاج من البلاد المختلفة وبين أهل مكة ومدينة - وكذا الحال بالنسبة إلى الأسم.

ففي هذه الصور الأربع وشبهها لا يبعد جواز إيقاع العقد بالإشارة، أو أداء بعض الخصوصيات باللفظ وبعضها بإشارة اليد وعقود الأصابع، ولكن إذا لم يوجد شيء من هذه الضرورات يشكل الاكتفاء بالإشارة، لأنه لا تعد حينئذ عقدا متعارفا بين العقلاء.

وعلى كل حال يدخل هذا العقد في المعاطاة، ولا تشمل أحكام الإنشاء اللفظي لو فرض له أحكام خاصة، هذا ولقد أجاد المحقق قدس سره حيث قال في الشرائع: «و يقوم مقام اللفظ، الإشارة من العذر» وفي معناه كلام الشهيدين قدس سرهما في اللمعة وشرحها، ولعله لعدم حكم خاص للألفاظ عدا النقل والانتقال.

وهذا ولكن مع ذلك كله لا يمكن الركون إليها في الأشياء الخطيرة كبيع الدور والمزارع والمعامل وشبهها لعدم الاعتناء بها عند العقلاء وأهل العرف في هذه الأمور، ومن الواضح أن أدلة الصحة منصرفة إلى ما يتعارف.

وأما الأخرس فقد ادعى الإجماع أو عدم الخلاف على جواز اكتفائه وكون عقده بالإشارة جاريا مجرى العقد بالصيغة لا داخلا في المعاطاة.

ويشهد لذلك مضافا إلى أنه المتعارف بين أهل العرف والعقلاء بالنسبة إليهم، ما ورد في بعض النصوص، مثل ما ورد في أبواب الطلاق كرواية البنظلي أنه: «سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة يصمت ولا يتكلم، قال: أخرج هو؟ قلت: نعم، يعلم منه بغض لامرأته وكرهه لها، أيجوز أن يطلق عنه وليه؟ قال: لا، ولكن يكتب ويشهد على ذلك، قلت: فإنه لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها؟ قال: بالذي يعرف به من أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها» (١).

و أيضا ما رواه أبان بن عثمان قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن طلاق الخرساء قال:

يلف قناعها على رأسها ويجذبه» (٢).

(١). وسائل الشريعة، ج ١٥، الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ١.

(٢). المصدر السابق، ح ٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٩٧

و ما رواه النوفلى عن السكونى قال: «طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها و يضعها على رأسها و يعتزلها» (١).
و ما رواه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها و يضعها على رأسها ثم يعتزلها» (٢).
فإن الجواز فى مثل الطلاق الذى هو أهم من البيع و أشباهه فى نظر الشارع دليل على جواز الإشارة فى غيره.
و قد ورد ذلك فى أبواب الوصية أيضا، مثل ما رواه عبد الله بن الحسن بن على بن جعفر عن أخيه قال: «سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت، أو امرأة، فجعل أهاليها يسألوه: اعتقت فلانا و فلانا؟ فيؤمى برأسه (أو تؤمى برأسها) فى بعض نعم و فى بعض لا، و فى الصدقة مثل ذلك؟ قال: نعم هو جائز» (٣) و كذا سائر ما ورد فى هذا الباب، نعم هى عقد جائز و أمره أسهل من العقود اللازمة.
و ما ورد فيها من التصريح ببعض الإشارات المعينة مثل لف المقنعة على رأسها فى الطلاق لا خصوصية لها، بل المراد ما يفهم منه المقصد بوضوح.

ثم ليعلم أن لجماعة الأخرسين فى زماننا لسانا خاصا يتركب من إشارات خاصة يتكلمون بها فيما بينهم، و الظاهر اعتبار الاستفادة منها فى بلدان يتعارف فيها هذا اللسان، و التعدى منه إلى إشارات أخرى لا تخلو من إشكال بعد تعارفها بينهم كالألفاظ فيما بيننا كما لا يخفى على الخبير بلسانهم.

ثم إنه هل يعتبر العجز عن الوكالة فى جواز عقد الأخرس بالإشارة أم لا؟ ظاهر ما عرفت من الروايات الكثيرة السابقة عدم اشتراط ذلك فيه، لإطلاقها و عدم تقييدها بشىء، بل التصريح فى بعضها بذلك (كما عرفت).
مضافا إلى ما حكى عن عدم الخلاف فيه، أضف إلى ذلك أنه ينقل الكلام فى توكيل

(١). وسائل الشريعة، ج ١٥، الباب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه، ح ٣.

(٢). المصدر السابق، ح ٥.

(٣). المصدر السابق، ج ١٣، الباب ٤٩ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٩٨

الغير و أنه لا يكون إلما بالإشارة، فالأمر ينتهى إليها لا محالة، اللهم إلا أن يقال: إن الوكالة لما كانت من العقود الجائزة كان أمرها أسهل من العقود اللازمة.

أو يكتفى باجازه الفضولى هنا من طريق الإشارة، و لكنه أيضا كما ترى، نعم إذا شك فى شىء من هذا كانت أصالة الفساد حاكمه.
إذا عرفت هذا فاعلم أن هنا مقامات:

المقام الأول: فى مواد الصيغة

اعلم أن المنقول من كلمات الأصحاب فى هذا الباب مختلف جدا بحسب الظاهر و إليك نموذج منها:

١- «العقود الشرعية بما هى متلقاة من الشارع لا ينعقد بلفظ آخر ليس جنسها» (عن جامع المقاصد).

و مثله ما عن فخر المحققين: «إن كل عقد لازم وضع له الشارع صيغته معينة فلا بد من الاقتصار على القدر المتيقن» و كذا ما عن كنز العرفان من أن «اللازم العقد اللفظى المتلقى من النص لأنه حكم شرعى حادث يحتاج إلى الدليل».

و ظاهر هذه العبارات لزوم الاكتفاء بالعناوين الواردة فى النصوص المشتملة لبيان أحكام هذه العقود، ففى البيع بعنوان «البيع» و فى النكاح بعنوان «النكاح» إلى غير ذلك.

٢- يشترط فيها «الحقيقة» و لا تكفى المجازات سواء القريبة و البعيدة (حكى عن بعض من دون تسمية باسمه).

٣- يجوز بالمجازات القرية دون البعده (حكي عن بعض في مقام الجمع بين كلمات القوم).

٤- يعتبر في إنشاء العقود كون الصيغه صريحه فلا تنعقد بالكنايات (عن التذكرة).

٥- تعتبر الدلالة الوضعية اللفظية، فالمجازات التي تعتمد على قرينة لفظية يجوز الإنشاء بها دون ما تعتمد على القرائن الحالية و شبهها (احتمله الشيخ الأعظم الأنصاري قدس سره في بعض كلماته في المقام).

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٩٩

٦- المعتبر فيها كل لفظ له ظهور عرفي في أداء المقصود من العقود من غير فرق بين عناوينها الخاصة و غيرها، و بين الحقائق و المجازات (حكي عن جماعة من المتأخرين).

و هذا هو الحق، لعدم الدليل على أزيد منه، و لصدق عنوان البيع بكل ما يكون ظاهرا في هذا المعنى بحسب متفاهم العرف، و يؤدي هذا المقصود بالألفاظ الظاهرة فيها، فيصدق أنه باع أو اشترى و تترتب عليه أحكامها.

و هكذا جميع عناوين العقود، من الإجارة و الجعالة و المضاربة و الهبة و غيرها، بل لا يبعد ذلك النكاح و الطلاق و إن كان فيهما إشكال من حيث التوقيفية و شائبة العبادة كما عرفت قريبا.

«و من هنا يظهر حال سائر الأقوال و الاحتمالات في المسألة»، و ما استدل به عليها، و هي امور تستنبط من كلماتهم:

١- الاستدلال بأصالة الفساد و الأخذ بالقدر المتيقن.

و فيه: أنه لا وجه له بعد العمومات الواردة في لسان الآيات و الروايات في بيان أحكام هذه العقود، و أما الموضوعات من البيع و غيره فهي امور عرفية عقلائية تصدق بكل لفظ يكون ظاهرا في إنشائها.

٢- الاستدلال على لزوم خصوص ألفاظ عناوين هذه المعاملات بورودها في لسان الشارع، فلا يجوز في البيع الإنشاء بعنوان «ملكك بكذا» و في الشراء بعنوان «تملكت» و هكذا.

و فيه: أنه إذا أمكن بيان معناه و مؤداه بألفاظ اخر، و لو بسبب القرائن الموجودة فيه أو من الخارج، فسوف تشمله عمومات أدلة الأحكام و اطلاقاتها.

٣- و من هنا يظهر الإشكال أيضا في ما احتمله العلامة الأنصاري قدس سره من لزوم الاقتصار على الدلالة اللفظية، فلا يكفي القرائن الحالية، و ذلك لأن الإجماع على اعتبار اللفظ في العقود اللازمة- لو فرض وجوده- فالقدر المتيقن منه إنما هو بالنسبة إلى أداء أصل المقصود إجمالا، فلا مانع من الاعتماد على القرائن الحالية، و لا يخرج بذلك عن العقد اللفظي المنشأ بالكلام.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٠٠

فتلخص من جميع ما ذكرنا أنه لا دليل لنا في أبواب صيغ العقود غير اعتبار إنشائها بألفاظ ظاهرة في أداء المقصود ظهورا عرفيا، سواء كان بنفس عناوينها أو غيرها، و سواء كان بألفاظ حقيقة أو مجازية، و الله العالم.

و مما يؤيد قويا جواز الاعتماد على القرائن الحالية، نفس الإنشاء بالفعل الماضي أو المضارع، فإنهما وضعا أولا و بالذات للإخبار، و استعمالها في الإنشاء أيضا و إن كان بعنوان الحقيقة، لكثرة استعمالهما في ذلك حتى بلغا حد الحقيقة، و لكن كون المتكلم في مقام الإنشاء أو الإخبار لا يعلم إلا بقرائن الحال، فالاعتماد على القرائن الحالية ممكن في الجملة.

و يؤيده أيضا أن النكاح الذي هو أشد من جميع العقود في دائرة اهتمام الشارع ينشأ بألفاظ كناية مشتملة على القرائن الحالية أو المقالية، فإن لفظ التمتع من الكنايات قطعاً، بل الزواج و النكاح أيضا، في الأصل وضعا لمعان اخر، و لو سلم نقل النكاح عن معناه الأصلي (و هو مأخوذ من نكحه الدواء إذا خامره و غلبه) لا- نسلم ذلك في «التمتع» و «الزواج» فإن الأول لمطلق الانتفاع بشيء، و الثاني لمطلق المقاربة بين شيئين، إلا أنهما إذا ذكرا في مقام خاص يعلم بالقرائن هذا العقد المعين، كما أن الألفاظ المستعملة في معنى الجماع كلها كنايات كما لا يخفى.

المقام الثاني: الألفاظ الخاصة لإنشاء البيع

إشارة

و إذ عرفت الأصل الكلى فى هذا المقام، فلنعد إلى عدّ ما ذكره من الألفاظ الخاصة لإنشاء البيع أو الشراء فنقول (و منه سبحانه نستمد التوفيق و الهداية): قبل كلّ شيء لا بدّ من التنبيه على أمر، و هو أنّ الظاهر فى بادية النظر عدم كون تعيين هذه الألفاظ من وظائف الفقيه، لأنّ ذلك من الموضوعات، و وظيفة الفقيه بيان أحكام الشرع.

و إن شئت قلت: إنّ بعد كون الحكم الشرعى هنا، الاكتفاء بكل ما هو ظاهر فى أداء المقصود من الألفاظ، يرجع إلى العرف فى تشخيصها، و هذا أمر يفهمه المقلدون و ليس الفقيه بأعرف من المقلد فيها، فلما ذا وقع هذا الكلام الطويل فى تعيين هذه الألفاظ؟ أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٠١

و لعله لهذه الجهة حكى عن الشيخ و الديلمى و القاضى و الحلبي و غيرهم الاقتصار على الايجاب و القبول من دون ذكر لفظ أصلا. و حكى عن جمع آخرين كالعلامة قدّس سرّه فى غير واحد من كتبه، و الشهيد الأول و الثانى قدّس سرّهما ذكر بعض الألفاظ بعنوان المثال، حتى أنّ «المحقق» فى «الشرائع» و «الشهيد الثانى» فى «المسالك» لم يحوما حول هذه المباحث، بل أو كلوا أمرها إلى العرف عملا.

هذا و لكن يمكن أن يكون عذر المتأخرين فى طرح هذه المباحث أنّ أهل العرف كثيرا ما يحصل لهم الشك فى هذا الأمر، و لا يتبيّن لهم حال هذه الألفاظ، و ليس لجمعهم دقّة تسلط على هذه الامور كما لا يخفى على من راجع كثيرا من الناس، لا سيما الاميين منهم، فلذا ينوب عنهم الفقيه فى تشخيص هذه الموضوعات بأخذها من أعماق أذهانهم و يردّها إليهم بوضوح و صراحة و لا غرو فى ذلك.

فاذن لا فرق فى مسألة رجوع الجاهل إلى العالم، و المقلد إلى المجتهد، بين الأحكام و الموضوعات المشكّلة لاتحاد الدليل. مضافا إلى استقرار سيرة فقهاءنا (رضوان الله عليهم) على ذلك، فكم من موضوع تصدوا لبيانه و شرحه فى كتب الفقه، مثل ما عرفت فى صدق عنوان البيع و التجارة على المعاطاة، بل التعاطى من جانب واحد، و كذا فى صدق عنوان «الاعانة» فى أبواب بيع العنب ممن يعمله خمرا، و التولى من قبل الظالم، و فى صدق المال على بعض الأشياء، و صدق «المأكول» و «الملبوس» فى أبواب ما يسجد عليه، على كثير من الأشياء، إلى غير ذلك ممّا لا يحصى كثرة فى جميع الأبواب، و فرعوا عليها فروعاً كثيرة كما لا يخفى. و إذا تبين لك هذا فاعلم: أنّ الألفاظ التى ذكرها فى باب إيجاب البيع امور:

١- الإيجاب

بلفظ «بعث» و قد حكى عن جميع أهل اللغة: كما فى محكى مصابيح الطباطبائى قدّس سرّه على

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٠٢

ما حكاه عنه فى الجواهر «١» اشتراكه بين البيع و الشراء و أنّه من الاضداد، و لكن القرائن توجب ظهوره فى الإيجاب و القبول، و لذا حكى الشهرة العظيمة بل كادت أن تكون إجماعا على جواز الإيجاب به.

و هل هو مشترك لفظى كما صرّح به فى «مصباح الفقاهة» و كثرة استعماله فى البيع فقط توجب انصرافه إليه عند الاطلاق «٢»، أو مشترك معنوى كما ذكره السيد قدّس سرّه فى «الحاشية» فيكون بمعنى التمليك بالعوض، سواء كان بالتصريح بالعوض، كما فى البائع، أو تمليكا ضمنيا، كما فى المشتري؟

أقول: إنشاء القبول بلفظ «بعت» لا- يخلو عن إشكال، نعم لا مانع من إنشائه بلفظ «ابتعت» و لو كان مشتركا في الازمنة السابقة فلعله اختص بأحد الطرفين، و من العجب أنه بصرفه أذهانهم ذكروا في عباراتهم في المقام (كما في العبارة الذي ذكرناها عن المصاييح) ما يظهر منه كون عنوان «البائع» في مقابل عنوان «المشتري» فلا يصدق هذا العنوان على كليهما، و مع ذلك ذكروا أن عنوان «البيع» من الاضداد و مشترك لفظي أو معنوي.

نعم صيغة الثلاثي المجرد ظاهر في الموجب، و باب الافتعال في المشتري، و لعله لم يستعمل في الكتاب العزيز البيع إلما في أحد أمرين:

البيع في مقابل الشراء، مثل قوله تعالى: فَاسْتَبَشِرُوا ببيعكم الذي يبيعتم (٣) و البيع بمعنى مجموع البيع و الشراء، كما في قوله تعالى: فَاسْعُوا إِلَيَّ ذِكْرَ اللَّهِ وَ ذُرُوا ببيع (٤) و كذا في قوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» استعمل في مجموع البيع و الشراء. و الحاصل: أن القبول بلفظ «بعت» مشكل جدا، نعم لا إشكال في جواز إيجاب البيع بهذا اللفظ.

(١). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٤٤.

(٢). مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ٢٠.

(٣). سورة التوبة، الآية ١١١.

(٤). سورة الجمعة، الآية ٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٠٣

٢- الشراء

و قد صرحوا أيضا باشتراكه بينهما أيضا، كما حكى عن كثير من أهل اللغة بل حكى عن مصاييح الطباطبائي قدس سره عدم خلافهم في ذلك.

فيجوز على هذا المبنى إنشاء البيع بصيغة «شريت» و كذا قبوله بهذه الصيغة نفسها، أما إنشاء إيجاب البيع به فلا ريب في جوازه، بل لم يستعمل هذا اللفظ في القرآن الكريم إلما في هذا المعنى، مثل قوله تعالى: وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ (١).

و قوله تعالى: وَ شَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ (٢) إلى غير ذلك، و قد ورد استعماله في الكتاب العزيز في أربعة مواضع:

اثنان منهما قد مرّا، و الباقي قوله تعالى: وَ لَبِئْسَ مَا شَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ (٣).

و قوله تعالى: فَلْيُقَاتِلْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يَشْرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا بِالْآخِرَةِ (٤).

و لكن ذكر في الجواهر و غيرها أنه قد ادعى هجر ذلك في العرف المتأخر، و لكنه ممنوع، و في المكاسب استوجه الشيخ قدس سره احتياجه إلى القرينة لعدم نقل الإيجاب به في الأخبار، و كلمات القدماء، و قلته استعماله عرفا في البيع.

و قال في مصباح الفقاهة؛ أنه ليس لكلامه قدس سره معنى محصل بعد الاعتراف بأن لفظ «شريت» لم يستعمل في القرآن المجيد إلما في البيع، لأننا لا نسلم وقوع الاستعمالات العرفية على خلاف القرآن، ثم لا نسلم تقديم الاستعمالات العرفية على القرآنية (٥).

أقول: و هذا الكلام منه عجيب، لأن القرآن نزل بلسان القوم، و يمكن أن يكون استعمال لفظ في زمن نزوله في معنى خاص شايعا، ثم في الاعصار المتأخرة نقل إلى معنى جديد، و هجر المعنى السابق، و هذا لا يمس كرامة القرآن بشيء، و لا ربط له

(١). سورة البقرة، الآية ٢٠٧.

(٢). سورة يوسف، الآية ٢٠.

(٣). سورة البقرة، الآية ١٠٢.

(٤). سورة النساء، الآية ٧٤.

(٥). مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ٢١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٠٤

بأحكامه وتعليماته حتى يقال لا- نسلم تقديم الاستعمالات العرفية على القرآنية، نعم للبحث في الصغرى مجال، ولكن لا ينبغي الإشكال في الكبرى بعد قبول لزوم الإنشاء بما هو متفاهم العرف في كل عصر و زمان، فتدبر جيدا.
 ألا- ترى أن لفظ «المكروه» في عرف القرآن يطلق على أكبر المحارم، كما ورد في قوله تعالى: كُذِّبَ ذَلِكُكَ كَمَا أَنَّ سَيِّئُهُ عِنْدَ رَبِّكَ مَكْرُوهًا (١). بعد ذكر أكبر المحرمات كالزنا و قتل النفوس الأبرياء، و أكل مال اليتامى، في الآيات السابقة عليها، مع أن هذه الكلمة صارت حقيقة في المكروه في مقابل الحرام، في عرف أهل الشرع في الاعصار المتأخرة، و على كل حال فالانصاف أن إيجاب البيع بلفظ «شريت» بدون ذكر قرينه مشكل في هذه الأعصار.

هذا و احتمال جواز الإيجاب بلفظ «اشترت» و حكاة في مفتاح الكرامة عن بعض نسخ التذكرة، و تعليق الإرشاد، و هذا أشكل من سابقه جدًّا، لأنَّ الاشتراء في القرآن المجيد لم يستعمل إلَّا في مقابل البيع، فقد ورد واحد و عشرون مرَّة في القرآن بصيغته «اشترى» و «اشترى» و «اشترى» و «اشترى» و «اشترى» و غير ذلك كلها بالمعنى الذى ذكرنا، غير مورد واحد و هو قوله تعالى: بِشَيْءٍ مَا اشْتَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ أَنْ يَكْفُرُوا بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ (٢).

فان ظاهر الآية كما ذكر جمع من المفسرين أنه بمعنى «البيع» فقد باعوا أنفسهم الكريمة بثمن قليل من متاع الدنيا و زخارفها، مع أنه ليس لها ثمن إلَّا الجنة كما قال به أمير المؤمنين على عليه السلام في ما ورد في نهج البلاغة (٣).
 و لكن ناقش فيه في «المصباح» بما حاصله: إنَّ علماء اليهود اشترى أنفسهم العوام بثمن بخس، و هو التوادُّ و التحاب إليهم، كما أنَّ العوام اشترى أنفسهم علماءهم بثمن زهيد، و هو ما منحوهم من البر و الصلوة و متاع الدنيا، فصار كل منهما مشتريا لنفوس الآخرين (٤).
 و لا يخفى ما فيه من التكليف و التعسف الشديد المخالف لظاهر الآية الموجب لعدم

(١). سورة الاسراء، الآية ٣٨.

(٢). سورة البقرة، الآية ٩٠.

(٣). كلمات القصار، ٤٥٦.

(٤). مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ٢١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٠٥

اتحاد مرجع الضمائر، هذا و لكن مجرّد استعمال واحد غير كاف في المقام كما هو ظاهر.

٣- ملكة

و من الألفاظ التى يصح إنشاء إيجاب البيع به «ملكة» و ذكر في الجواهر أن المشهور جواز الإيجاب به، بل حكى عن جامع المقاصد ما يشعر بالإجماع عليه.

نعم أورد عليه تارة بأنَّه ظاهر في التمليك مجانًا، فلا يجوز إنشاء البيع به، و اخرى احتماله غير البيع من الصلح و غيره، و لا يجدى ذكر العوض، لإمكانه في الهبة و الصلح.

و يرد على الأول: أنه لا ظهور له في التمليك المجاني إلَّا إذا خلا عن ذكر العوض، و على الثانى: بإمكان تعيين البيع بقرائن لفظية أو

حالية، وقد عرفت جواز ذلك مطلقا.

مضافا إلى ما قد يقال أن الأصل في التمليك بالعرض هو البيع (و الأصل هنا بمعنى الغالب الذي ينصرف إلى الكلام) و هو الأقوى. هذا مضافا إلى ما عرفت سابقا من أن حقيقة الصلح أمر وراء البيع، و لا يمكن التمليك بالعرض بعنوان الصلح إلا إذا كان المقام مظنة للخلف، فيتصلح فيه، أو كان الخلاف فعليا.

كما أنه عرفت أن حقيقة الهبة هي التمليك الجاني، و لذا ذكر المحقق قدس سره في الشرائع في تعريفها: «هي العقد المقتضى تمليك العين من غير العوض» ... و أما الهبة المعوضة فيمكن أن يكون ما يعوض عنها بعد إنشاء الهبة لا في ضمن العقد، و إن كان ظاهر كلماتهم جواز أخذ العوض في العقد، و لكنه لا يخلو عن إشكال، لمنافاته لما يتبادر من أخذ المجانية في مفهومها عرفا، كما لا يخفى على من راجعهم إلا إذا كان العوض بعنوان الشرط لا المقابلة في العقد، و حينئذ يتفاوت مع التمليك بالعرض الذي هو حقيقة البيع. و بالجملة إنشاء التمليك بالعرض بعنوان المقابلة بقصد الهبة مشكل جدا، و روايات الباب لا تنافي ما ذكرنا، و تمام الكلام فيه في محله.

و بالجملة لا ينبغي الإشكال في جواز إنشاء البيع بالتمليك مع ذكر العوض، و هو كالصيغ الصريحة فيه، و الوسوسة في ذلك عجيب بحسب متفاهم أهل العرف.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٠٦

أما القبول: فالحق أنه من حيث الأصل الكلي شبيه بالإيجاب - كما أشار إليه في الجواهر - فلا بد فيه أيضا الظهور العرفي على المختار، كما أن اللازم على سائر المباني ما يليق بها.

و قد صرح شيخنا الأعظم قدس سره بعدم الإشكال في وقوعه بلفظ «قبلت» و «رضيت» و «اشتريت» و «شريت» و «ابتعت» و «تملكت» و «ملكت» مخففا انتهى.

و لكن كل ذلك مقبول عندنا إلا «شريت» لما عرفت من استعماله كثيرا في البيع، مضافا إلى كونه مهجورا في الاستعمالات المتداولة اليوم، فلا يطلق الشاري على المشتري.

و أوضح إشكالا منه إنشاء القبول بلفظ «بعث» لكونه حقيقة في البيع مقابل الشراء، و لو سلمنا كونه من الألفاظ المشتركة، فلا شك في كونه مهجورا بالنسبة إلى الشراء إلا إذا بنى على الافتعال.

ثم إنه قدس سره ذكر أن في انعقاد القبول بأفضيت، و أجرت، و أنفذت وجهين، من دون أي شرح لذلك.

و عن المحقق الأصفهاني قدس سره الإشكال على ذلك بما حاصله: أن هذه العناوين إنما تتعلق بما له المضى و الجواز و النفوذ، أي السبب التام، و هو العقد المركب من الإيجاب و القبول، كالإجارة في الفضولي، و لا معنى لكونها في جزء السبب.

و أجيب عنه: بأن المعاملة الفضولية أيضا لا تزيد على الإيجاب الساذج لكون الإجارة ركنا.

و هذا و الانصاف وجود التفاوت بين الفضولي و الإيجاب بدون القبول، لأنّ الإنشاء قد تمّ هناك إيجابا و قبولا و لكن مع ذلك، الحق جواز إنشاء القبول بهذه الصيغ الثلاث إذا ظهر من القرينة كونها في مقام إنشاء القبول.

المقام الثالث: اعتبار العربية في العقد و عدمها

إشارة

و مما وقع الكلام في اعتباره من حيث مادة الإنشاء بل و هيئته، اعتبار العربية، فقد حكى

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٠٧

عن المحقق و الشهيد الثانيين و الفاضل المقداد (رحمهم الله) و بعض آخر اعتبار ذلك، بل حكى عن المبسوط و التذكرة الإجماع على عدم الصحة بغير العربية في صيغة النكاح مع القدرة.

شيرازي، ناصر مكارم، أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، در يك جلد، انتشارات مدرسه الإمام على بن أبى طالب عليه السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٥ هـ ق أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)؛ ص: ١٠٧
و عن ابن حمزة استحباب العربية.

و ذهب كثير من المحققين و المتأخرين و المعاصرين إلى عدم اعتبار ذلك بل و ظاهرهم عدم استحبابه أيضا و هو المختار. دليلاً: اطلاقات أدلة صحة العقد، حلية التجارة عن تراض، و المؤمنون عند شروطهم و غير ذلك، و من الواضح المقطوع به صدق هذه العناوين على كل عقد سواء كان ألفاظ عربية أو غيرها، بل يمكن دعوى استقرار السيرة عليه بالنسبة إلى البيع و الإجارة و شبهها، لعدم التزام المشرع بخصوص الألفاظ العربية. نعم قد استدلل على اعتبارها بوجوه ضعيفة جداً: أحدها: و هو الأظهر من بينها، التمسك بأصالة الفساد بعد عدم الدليل على الاكتفاء بغيرها، انصراف الآية و غيرها إلى العقد بالألفاظ العربية.

ذكره في الجواهر و عقبه بقوله: «كغير المقام ممتنعاً علق الشارع الحكم فيه على الألفاظ المنصرفه إلى العربية... و لذا كان القرآن و غيره من الأدعية و الأذكار الموظفة عربية» (١).

و هذا منه قدس سره عجيب مع سعة اطلاعه و وفور علمه و احاطته بعموم مسائل الفقه، فإن حقيقة العقد و التجارة و البيع و الإجارة ليست من الألفاظ، بل هي امور اعتبارية تنشأ بالألفاظ، و الألفاظ آلات لها، و العقود و العهود الموجودة بين سائر الأقسام البشرية هي عقود و عهود معتبرة قطعاً مع عدم كونها بالعربية، و قياسها على القرآن و الأدعية قياس مع الفارق بعد كون الألفاظ في كلام الله لها موضوعية، لأن النازل على رسول الله صلى الله عليه و آله عين هذه الألفاظ لا مجرد المعاني، أضف إلى ذلك أن العبارات و منها الأدعية امور توقيفية و لا دخل لها بما نحن فيه.

و لو أراد قياس العقود على شيء فلما ذال يقيسها على الشهادة عند القاضي و غيره،

(١). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٥٠.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٠٨

و القذف و شبهه، فهل هناك فرق بين الألسنة المختلفة في إجراء أحكامها؟ و بالجملة هذا الدليل و هذا القياس ضعيفان جداً.

ثانيها: و هو أضعف و أعجب، إن العقد لا يصدق على العقد بغير العربية مع التمكن من العربية!

و ليت شعري أ و ليس العقد مطلق العهد أو العهد المشدد بين شخصين؟ أو ليس هذا من مقوله المعنى؟ فأى ربط له بهذا اللفظ دون ذاك؟

ثم إن لازمه بطلان عقود جميع الأقسام في العالم ما عدا العرب، و هو عجيب.

ثالثها: إن التأسى بالنبي صلى الله عليه و آله و بالأئمة عليهم السلام و أصحابهم يقتضى ذلك، و هو أيضاً في الضعف مثل سابقه، إذ التأسى إنما هو في الشرعيات، من العبادات و الأدعية و الواجبات و المستحبات، لا في العرفيات و الموضوعات الخارجية، فهل التأسى بهم صلوات الله عليهم أجمعين يوجب التكلم بالعربية لجميع الناس؟ هل الاقتداء بهداهم عليهم السلام يقتضى لبس ما لبسوا و أكل ما أكلوا ممّا لا صلة له بأحكام الشرع من الواجب و المستحب و آداب الإسلام؟

رابعها: إنَّ عدم صحة العقد بالعربية بغير الماضي يدلُّ بطريق أولى على عدم صحة بغير العربية، وهو أهون من الجميع، لأنَّ غير الماضي على القول بعدم جوازه في مقام الإنشاء إنما هو للاختلال بصراحة اللفظ، أو ظهوره في هذا المقام، و أين هذا من اللفظ الظاهر أو الصريح في الإنشاء إذا كان بغير العربية؟!

و بالجملة قلما يرى في فرع من الفروع الفقهية استدلالات بهذه المثابة من الوهن، مع ما لهم (قدس الله أسرارهم) من دقة النظر و عمق الفكر و البصيرة، و لكن الجواد قد يكبو، و لعل الذي دعاهم إلى ذلك شدة الاحتياط و تأثير محيط المجتمع، و على كل حال لا ينبغي الشك في جواز العقد بأى لسان.

نعم ذكر في الشرائع في باب النكاح أنه لا يجوز العدول إلى ترجمة ألفاظ العقد بغير العربية، و ادعى في الجواهر أنه مورد الاتفاق كما في المبسوط و التذكرة.

و لو لا كون النكاح ممَّا فيه شائبة العبادة و التوقيفية لقلنا فيه أيضا الجواز لو هن هذا

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٠٩

الإجماع المدعى، بما عرفت من استنادهم إلى أدلة ضعيفة، و لكن الاحتياط لا يترك في خصوص النكاح و الطلاق، و لقد أجاد السيد المحقق اليزدى قدس سره في ما ذكره في المقام حيث قال: لا ينبغي الإشكال فيه (في صحته بغير العربية) و إلا لاشتهر اشتهاش الشمس في رابعة النهار (الصحيح رابعة النهار، و الرائعة بمعنى الضحى أى حين يرتفع النهار و هو مثل يضرب لغاية الشهرة) إذ كان الواجب على جميع أهالى الأمصار فى جميع الأعصار تعلم الصيغة العربية لكل معاملة، كتعلمهم للحمد و السورة، إذ كثرة الابتلاء بالمعاملات ممَّا لا يكاد يخفى مع أنه لم يرد فى خبر من الأخبار و لا- أثر من الآثار ذلك و لو على سبيل الإشارة، إلى أن قال: نعم حكى عن المبسوط و التذكرة الاتفاق على عدم كفاية غير العربى فى النكاح لمن كان متمكنا منه، فإن تم و إلا فالأقوى جوازه فيها أيضا (١).

بقى هنا امور:

الأول: هل يجوز الإنشاء بالعربى الملحون من حيث المادة أو الهيئة أو الاعراب أم لا؟

الأقوى: التفصيل بين ما هو مغير المعنى، أو مسقط له، و ما ليس كذلك، بحيث يبقى ظهوره ثابتا، فيجوز فى الثانى دون الأول، لما عرفت من أن المعيار على الظهور العرفى، فالأغلاط المشهورة التى يتداول التكلم و التفاهم بها يجوز استعمالها فى مقام الإنشاء، و القدر المتيقن من أدلة اعتبار الإنشاء ليس أزيد منه فيؤخذ بالاطلاقات.

نعم لو قلنا باعتبارها من ناحية كونها القدر المتيقن من الصحة و تجرى أصالة الفساد فى غيرها، أمكن القول بأن المتيقن هنا العربى الصحيح لا الملحون، و لكن فيه ما لا يخفى.

و هكذا الكلام بالنسبة إلى اللحن فى الفارسية و غيرها من الألفاظ، فما يتكلم به العوام من اللغات الدارجة الظاهرة فى أداء المقصود كاف فى مقام الإنشاء و إن كان غلطا بحسب موازين اللغة و الادب.

(١). حاشية المكاسب للسيد الطباطبائى اليزدى قدس سره، ص ١٨٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١١٠

فإذن لا ينحصر البحث عن الملحون باعتبار كون الصيغة عربية بل يجرى فى سائر فروض المسألة كما لا يخفى.

و من هنا يعلم أنه لا فرق بين أن يكون للملحون معنى صحيح آخر أم لا.

الثانى: هل يعتبر العربية على القول بها فى ذكر المتعلقات، أم يكفى فيها الفارسية و غيرها، أو يفصل بين القول لزوم ذكرها فى البيع و

عدمه؟

و الانصاف هو ما عرفت من كفاية الانفهام العرفي و الظهور المتعارف، فلو ذكر جميع المتعلقةات في المقاوله أو كتب في كتاب ثم قال البائع مشيرا إليها: بعت، و قال المشتري:

اشترت، كفى، و لا يحتاج إلى ذكر العوضين و الشروط فضلا عن كونها بالعربية أو الفارسية.

نعم لو قلنا بلزوم ذكرها، قلنا أن الأصل في العقود الفساد، كان اللازم ذكر جميعها بالعربية، كما أنه لو كان الدليل على اعتبارها التأسى و شبهه كان المتيقن منه ذكر الجميع بالعربية، و لكن فيه ما عرفت.

الثالث: هل يعتبر العمل بتفاصيل المعاني و وقوع أى جزء من اللفظ بازاء أى جزء من المعنى، أو لا يعتبر؟ مثلا إذا علم أن قولنا «بعت هذا بهذا» إجمالا بمعنى «أين جنس را به آن قیمت فروختم» من دون معرفة الجزئيات، فالظاهر صحة الإنشاء أولا، و كونه عربيا ثانيا، بناء على الاعتبار العربية، لصدقها عليه قطعا، فما استظهره شيخنا الأعظم قدس سره من لزوم كونه عارفا بالفرق بين «بعت» و «أبيع» و «أنا بايع» لم يقم عليه دليل، و كذلك الكلام في صيغة النكاح و سائر العقود، و اختار هذا القول السيد المحقق اليزدى قدس سره في حاشيته «١» و بعض الأعلام في مصباح الفقاهة «٢».

الرابع: هل يعتبر العلم بحقيقته الإنشاء؟ الظاهر عدم اعتبار ذلك تفصيلا بالفرق بين الامور الاعتبارية و التكوينية، و كيفية الاعتبار في البيع و النكاح، و الفرق بين البيع و الصلح و الهبة المعوضة و أشباه ذلك، بل المعتبر العلم الإجمالى، فمن وهب ماله لغيره، قال هذا لك، قاصدا لإنشاء الهبة، كفى. و هذا على إجماله واضح للعوام و الخواص، و مثله

(١). حاشية المكاسب للسيد الطباطبائي اليزدى قدس سره، ص ١٩٠.

(٢). مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ٣٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١١١

إنشاء البيع و النكاح، فما يقع فيه من بعضهم من الوسوسة و القول بعدم جواز إجراء الصيغة من العوام لأنهم لا يعرفون معنى الإنشاء فاسد لا دليل عليه.

و إن شئت قلت: إن حقيقة الإنشاء هي الإيجاد (خلافا لما ذكره بعض الأعلام العصر أن حقيقته هو ابراز ما في النفس من الاعتبار) و لكنه إيجاد في عالم الاعتبار، أعنى الاعتبار العقلاني بأسبابه (كما عرفت سابقا) و اللازم أن يعرف المنشئ للعقد أنه ليس بصدد الإخبار، بل هو بصدد إيجاد التمليك أو علاقة الزوجية أو غير ذلك و يفرق بين الإخبار و الإنشاء إجمالا، و أمّا أزيد من ذلك ممّا لا يعلمه إلّا العلماء الأعلام فغير لازم قطعا، و المعنى الإجمالى منه معروف لغالب الناس و إن كان لا يعرف معناه التفصيلي إلّا الأوحدي.

المقام الرابع: هل يشترط الماضوية؟

قال في القواعد: لا بدّ من صيغة الماضي، فلو قال اشتر، و ابتع أو أبيعك لم ينعقد و حكى اختيار هذا القول عن الإرشاد و شرحه لفخر المحققين و الروضة و المسالك.

و ادّعى في مجمع البرهان أنه المشهور، و كذا عن المفاتيح و عن التذكرة الإجماع عليه، و نسب إلى الشيخ قدس سره و غيره الفتوى به، و إن قال في مفتاح الكرامة لم أجد في الخلاف و المبسوط تصريحاً بذلك «١».

و قال في مفتاح الكرامة في كلام آخر له في المسألة: «إن كان الإجماع منعقدا على اشتراط الماضوية كان الإجماع قرينه على عدم تسمية الخالي عنها عقدا في زمانهم عليهم السّلام و إلّا فالشهرة معلومة و منقولة، فيحصل لنا بسببها الشك في كونه عقدا في ذلك الزمان، و الشك كاف في المقام، و كون ذلك عقدا الآن لا يجزى كما هو الشأن في المكيل و الموزون فتأمل جيدا» «٢».

و عن غير واحد من القدماء و المتأخرين جوازه بغير الماضي أيضا، و هو الأقوى إذا كان له ظهور عرفي.

(١). مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٦٢.

(٢). المصدر السابق، ص ١٦٣.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١١٢

و عمدة ما استدل به المخالفون عدم صراحة المضارع أو الأمر في الإنشاء، و احتمالهما الوعد أو الاستدعاء، هذا أولا، و العلم بعدم صدق العقد عليهما و لا أقل من الشك، و الشك كاف في الحكم بالفساد ثانيا، و نقل الإجماع عليه ثالثا. و يجاب عن الأول: بعدم اعتبار الصراحة في صيغ العقود، بل يكفي الظهور العرفي، و هو حاصل مع وجود القرائن، بل قد عرفت أن الماضي أيضا ليس بصريح، بل و لا ظاهر فيه ما لم تكن هناك قرينة دالة على أنه ليس في مقام الأخبار بل الإنشاء لاشتراك الماضي بينهما.

و منه يظهر الجواب عن الثاني لصدق العقد عليه قطعا بعد كونه ظاهرا في أداء المقصود.

و أمّا الإجماع المدعى فهو ضعيف لوجود المخالف أولا، و عدم استكشاف قول المعصوم منه ثانيا، بعد ما عرفت من وجود أدلة أخرى في المسألة.

أضف إلى ذلك كله ورود الإنشاء بالمضارع في روايات كثيرة مثل ما روى عبد الرحمن بن سيابة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سمعت يقول: إن المصاحف لن تشتري فإذا اشتريت فقل: إنما اشتري منك الورق» (١).

و ما روى سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن بيع المصاحف و شرائها فقال: لا تشتري كتاب الله و لكن اشتر الحديد و الورق و الدفتين، و قل: أشتري منك هذا بكذا و كذا» (٢).

و كذا روايات أخرى وردت في باب بيع المصحف و أيضا مثل ما روى عثمان بن عيسى عن سماعة قال: «سألته عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلعتها فقال عليه السلام: لا إلا أن يشتري معها شيئا من غيرها رطبة أو بقالا فيقول: أشتري منك هذا الرطبة» (٣...).

و ما ورد في أبواب النكاح الذي أمرها أشد من البيع و أحوط من جواز الإنشاء

(١). وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ٣١ من أبواب ما يكتب به، ح ١.

(٢). المصدر السابق، ح ٢.

(٣). المصدر السابق، ج ١٣، الباب ٣ من أبواب بيع الثمار، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١١٣

بالمضارع مثل ما روى أبان بن تغلب قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال تقول: أتزوجك متعة... الحديث» (١).

و ما روى هشام بن سالم قال: «قلت كيف يتزوج المتعة؟ قال: يقول: أتزوجك كذا و كذا... الحديث» (٢).

و كذا الحديث ٢ و ٤ و ٦ من نفس الباب.

و قد ورد الإنشاء بصيغة الأمر أيضا مثل ما رواه الأحول قال: «سألته أبا عبد الله عليه السلام قلت: ما أدنى ما يتزوج الرجل به المتعة؟ قال: كف من بر يقول لها: زوجيني نفسك متعة على الله» (٣...).

إلى غير ذلك مما هو كثير، و العجب مع وجود هذه الأخبار الكثيرة المتفرقة في مختلف الأبواب من دعوى الشهرة أو الإجماع على

عدم جواز الإنشاء بغير الماضي.

و ليعلم أنّ الإنشاء بالمضارع أكثر من الإنشاء بصيغته الأمر، بل لم نر في أخبار إنشاء البيع الإنشاء به، نعم في النكاح بعض ما يظهر منه ذلك مثل ما عرفت و ما رواه سهل الساعدي في المشهورة (رواه في المستدرک، ج ٢، ص ٦٥).
 بقى هنا شيء: و هو أنّه هل يجوز الإنشاء بالجملة الخبرية مثل قول البائع «هو لك بكذا و كذا»؟ الظاهر ذلك إذا كان بقصد الإنشاء، بل هو أكثر و أشهر من الإنشاء بصيغته الأمر، و له نظائر في الأبواب الآخر، مثل باب العتق: «أنت حرّ لوجه الله» و باب الطلاق «هي طالق» و باب الوقف «هي صدقة في سبيل الله» و باب النذر «لله عليّ كذا» و باب الضمان «أنا به زعيم» و كذلك الوصية «أنت وصي» كما ورد في الآيات أو الروايات، فلا تختص الجملة الخبرية بباب دون باب كما قد يتوهم.

المقام الخامس: تقديم الإيجاب على القبول

إشارة

قال العلامة قدس سرّه في القواعد: و في اشتراط تقديم الإيجاب نظر.

(١). وسائل الشريعة، ج ١٤، الباب ١٨ من أبواب المتعة، ح ١.
 (٢). المصدر السابق، ح ٣.
 (٣). مستدرک الوسائل، ج ٢، كتاب النكاح أبواب المهور، ص ٦٠٥ من الطبعة الحجرية.
 أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١١٤
 و عن المختلف: إنّ الأشهر اشتراطه، و نسب إلى الشيخ قدس سرّه في المبسوط و الاشتراط خيرة الخلاف و الوسيلة و السرائر، و في التذكرة و الايضاح و التنقيح أنّه الأقوى، و في جامع المقصد و صيغ العقود أنّه الأصح.
 و اختار جماعة عدم الاشتراط، كما في الشرائع و المسالك و نهاية الأحكام و في اللمعة و الروضة و مجمع البرهان و غيرها، بل نسب ذلك إلى كل من لم يتعرض لذكر هذا الشرط.
 و قد استدلوا للاشتراط بأدلة ضعيفة:

١- إنّ الأصل عدم تمام العقد و بقاء الملك على ما كان، و حاصله أصالة الفساد في المعاملات ما لم تثبت الصحة.

٢- القبول إضافة فلا يصح تقديمها على أحد المضافين.

٣- القبول فرع الإيجاب، فلا يصح تقديمه و لا يصح إلحاقه بالنكاح لمكان الحياء في النكاح.

هذا ملخص ما ذكره في مفتاح الكرامة من الأدلة التي ذكرها في المسألة «١».

و لكن اللازم قبل كل شيء التحقيق في حقيقة القبول في البيع و غيره و ماهيته، فقد ذكر فيه وجوه:

الأول: أنّ حقيقته تقرير ما أوجد الموجب و تثبته، و أنّه من قبيل «شكر الله سعيك» الذي يقال لمن أوجد فعلاً «٢».

الثاني: ما حكى عن بعض الأعظم و حاصله: أنّ الموجب ينشئ التملك بالمطابقة و التملك بالتبع، و القابل بالعكس ينشئ التملك بالأصالة و التملك بالتبع.

الثالث: أنّه الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ما له في الحال إلى الموجب على وجه العوضيّة.

هذا و الانصاف أنّ العقد أمر يقوم بطرفين لا يتمّ بفعل أحدهما، فما ذكر في الوجه الأول من أنّ عمل القابل هو تثبت ما فعله الموجب غير تام، لأنّ الموجب لا يعمل شيئاً

- (١). مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٦٥.
- (٢). كتاب البيع.
- أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١١٥
- إلّا من قبل نفسه، وإن شئت قلت: الموجب بيني العقد من قبل نفسه فقط، ثم يتبعه القابل، فيتّم أمر العقد المتوقف على الطرفين، فليس فعل القابل مثل «شكر الله سعيك» الذي يقال بعد تمام العمل.
- إلّا أنّ القابل لما كان يعطف عهده إلى عهده، وإنشاءه إلى إنشائه، فلا يحتاج إلى ذكر إنشاء العقد بجميع خصوصياته، وإلّا فلا فرق في الواقع بين فعلهما، وإن اختلفا في اللفظ والظاهر، وكان أحدهما كالفاعل والآخر كالقابل.
- والحاصل: إنّ كلّاً منهما «مملك» و«مملك» و طرف للمعاقده والمعاهده، لا ينقص أحدهما عن الآخر شيئاً، لأنّه مقتضى معنى المعاهده والمعاقده، لأنّه أمر بين اثنين كل واحد منهما طرف له من دون أى تفاوت من هذه الجهه.
- نعم، في مقام البيان و شرح هذا المعنى، فالقابل يعطف إنشاءه على إنشاء البائع من غير حاجه إلى بيان أكثر، فيقول: قبلت هذا العقد، أو قبلت هكذا، أو قبلت، مجرداً عن كل شيء.
- و من هنا يظهر النظر في جميع الوجوه الثلاثه المذكوره و عدم تمامية شيء منها.
- هذا كله على فرض القول بوجوب تركب العقد من الإيجاب والقبول و كون الثاني كالمطوع لفعل الأول، ولكنه بعد محل إشكال بل منع، لإمكان تركبه من إنشاءين متشابهين، سواء سمّيته إيجابين أم لا، بأن يقول كل منهما: ملكتك ملكى هذا بازاء ملكك، أو جعلت هذا المال بازاء هذا المال، أو قالاً: قبلنا المبادله بين المالين.
- و السرّ في ذلك كلّ ما عرفت من أنّ حقيقة العقد معاوده بين الطرفين لا يفترق أحدهما من الآخر من هذه الجهه- و تفاوت البائع و المشتري من بعض الجهات لا- دخل له بأصل العقد- و لا يلزم أن يكون إنشاء أحدهما بلفظ القبول دائماً حتى يشبه المطاوعه، بل للثاني أن ينشئ بلفظ القبول و يعطف إنشاءه على إنشاء الأول، أو ينشئ بلفظ آخر و يذكر فيه جميع خصوصيات العقد، فيقول الأول: ملكتك مالى هذا بازاء مالك، و يقول الثاني: أنا أيضاً ملكتك مالى هذا بازاء مالك، فتدبرّ فانه حقيق به.
- و بهذا تنحل عقده الإشكال في إنشاء النكاح بقول الزوج «أتزوجك على كتاب الله
- أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١١٦
- و سنه نبّيه» إلى آخر ما ورد في الأخبار الكثيره، فأنّه ليس فيه من المطاوعه عين و لا أثر، و كذا ما ورد في البيع بقوله: اشترى منك كذا بكذا، و لا يجترى أحد على رد هذه الأخبار الكثيره.
- فتلخص من جميع ذلك أن تركب العقد من الإيجاب والقبول و إن كان جائزاً إلّا أنّه ليس بلانزم بل يجوز تركبه من إنشاءين متماثلين يدلان على المعاوده.
- إذا عرفت ذلك فاعلم أنّ شيخنا الأعظم قدّس سرّه قسم ألفاظ القبول هاهنا إلى ثلاثه أقسام:
- الأول: أن يكون بلفظ قبلت و رضيت.
- الثاني: أن يكون بطريق الأمر و الاستيجاب نحو: بعنى، فيقول المخاطب: بعتك.
- الثالث: أن يكون بلفظ اشتريت و ملكت محققاً.
- ثم ذكر في الأول ما حاصله عدم جواز تقديمه بل حكى عن بعضهم عدم الخلاف فيه، ثم استدلل له بكونه خلاف المتعارف. أولاً، و كون القبول فرع الايجاب. ثانياً، و ليس القبول مجرد الرضا بشيء حتى يمكن تعلقه بالمستقبل، بل هو عبارة عن الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن الإنشاء.

ثم أشكل على الثاني أيضا بما أورده على تقديم القبول المنشأ بلفظ قبلت، و ذكر أن غاية ما يستفاد من الأمر و طلب المعاوضة هو الدلالة على الرضا بها، و لكن ليس فيه إنشاء و نقل في الحال.

ثم أورد على الاستدلال بالفحوى بالنسبة إلى النكاح بمنع الفحوى، و قصور دلالة الروايات عليه في النكاح أيضا. و لكن اختار الجواز في الثالث نظرا إلى تضمنه إنشاء المعاوضة كالبائع، غاية الأمر أن البائع ينشئ ملكية ماله لصاحبه بازاء ماله، و المشتري ينشئ عكس ذلك، و وجود معنى المطاوعة في القبول غير لازم، و لكن تردد فيه في آخر كلامه نظرا إلى أن المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الإيجاب فقال: الحكم لا يخلو عن شوب الإشكال (انتهى ملخصا).

هذا و لكن يظهر من بعض المحشيين أن القسمين الأخيرين لا ينبغي أن يكونا محطّ

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١١٧

الكلام، أما بالنسبة إلى القسم الثالث فإن قول المشتري: اشتريت كذا بكذا، إيجاب من قبله و لا يبقى بعده محل لا يجاب البائع، بل يبقى قبول البائع و تنفيذ ما أوجبه المشتري.

و أمّا القسم الثاني ففي الحقيقة هو إذن بايقاع العقد بعده، و حقيقة المعاملة تحصل بالإيجاب فقط بعد ما كان ياذن المشتري، فلا يبقى إلّا الأول، ثم قال: و التحقيق جواز تقديمه عليه لأنه و إن كان مطاوعة إلّا أنه يمكن إنشاؤه مقدما على نحوين:

أحدهما: بنحو الاشتراط نظير الواجب المشروط بأن يقول: إن ملكتنى هذا بهذا قبلت.

و الثاني: أن يكون على نحو الواجب المعلق فإنشاؤه حالي و المنشأ استقبالي (انتهى ملخصا) «١».

أقول: و في ما أفاده مواقع للنظر:

١- الصورة الأولى التي ذكرها من جواز الإنشاء على نحو الواجب المشروط ليس من قبيله، بل من قبيل التعليق في الإنشاء الذي يأتي بطلانه.

٢- الصورة الثانية، أعنى الإنشاء على نحو الواجب المعلق، فهو أيضا باطل لما ذكرنا في محله من فساد المبني، و أن الواجب المعلق يعود إلى التناقض في الإنشاء، و هو غير جائز.

٣- سلمنا جواز ذلك كله، و لكن مثل هذا الإنشاء، أعنى تقديم القبول بلفظ قبلت، ممّا لا يعرفه العقلاء من أهل العرف، مع أن عموم «أوفوا» منصرف إلى ما هو المعروف المتداول بينهم قطعا، و إلّا جاز لكل أحد اختراع عقد لنفسه و لزميله و المعاملة على وفقه من دون أن يعرف لدى العقلاء و يتداول بينهم، و لا أظن الالتزام به من أحد.

٤- و أشكل من الجميع الاكتفاء بالإيجاب فقط بعد الاذن، فهل يجوز لمن اذن له في أمر النكاح أن يقول «زوجت فلانة لنفسى» و يتم الأمر من دون إنشاء القبول، و هذا منه مبني على توهم كون الإنشاء تاما من قبل الموجب، و أن موقف القبول موقف «شكر الله سعيك» و أمثاله، و لكنك عرفت بطلان هذا المبني فيما مرّ آنفا و أن العقد و المعاهدة أمر قائم بطرفين.

(١). كتاب البيع، ج ١، ص ٢٢٦.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١١٨

٥- أنه لا يعتبر في حقيقة العقد المطاوعة من أحد الجانبين، بل الظاهر كما عرفت إمكان تركيب العقد من جملتين يدلان على إنشاء العقد من الجانبين و المعاهدة و التوافق و الالتزام بأمر ترتبط بكليهما و إن لم يكن أحدهما من قبيل المطاوعة، كما إذا قال أحدهما: ملكتك هذا بهذا، و قال الآخر، أنا أيضا ملكتك هذا بهذا.

و الذي يتحصل من جميع ما ذكرنا أن تقديم القبول بلفظ «قبلت» و شبهه مشكل جدّا بل ممنوع لما عرفت من صدق العقد عليه عرفا، لعدم تعارفه عندهم قطعا و عدم اعتدادهم بمتله، فلا تشمله عمومات وجوب الوفاء بالعقود و شبهها.

و ما ذكر في توجيهه بمشابهته للواجب المشروط أو المعلق على فرض صحته لا يفيد في ما ذكر.
و أمّا تقديمه بصورة الأمر و الاستيجاب، فلو لا وروده في بعض أخبار أبواب النكاح أو البيع لأمكن الإشكال عليه أيضا، بمثل ما مر في قبلت، مضافا إلى ظهوره في الاستدعاء كما لا يخفى على من تدبّر.
و أمّا ما ورد في هذا المعنى في روايات النكاح من حديث سهل الساعدي فدلالته لا بأس به، و ليس فيه أثر من قبول الرجل بعد تزويج رسول الله صَلَّى الله عليه و آله إياه و كاله عن قبل المرأة، و لو كان لنقل إلينا عادة، و هذا المقدار من الفصل بين الإيجاب و القبول غير قادح كما سيأتي إن شاء الله عن قريب.
نعم فيه إشكال ظاهر من حيث السند نظرا إلى أنه مرسله عوالي اللثالي «١» و لكن بمضمونه رواية أخرى عن الإمام الباقر عليه السلام يحكى قصة امرأة مع رسول الله صَلَّى الله عليه و آله تشبه ما ورد في رواية سهل، بتفاوت يسير، و هي معتبرة الاسناد ظاهرا «٢» و ليس في سندها من يتكلم فيه.
و أوضح من هذه الرواية، دلالة ما ورد في موثقة سماعة (و قد وصفه المحقق اليزدي قدس سرّه في تعليقه بالصحة) «٣» في أبواب البيع في بيع اللبن في الضرع و أنه لا يصح حتى يضم إليه

(١). مستدرک الوسائل، ج ٢، الباب ٢ من ابواب المهر، ص ٦٠٥ من الطبعة الحجرية.

(٢). وسائل الشيعة، ج ١٥، باب ٢ من ابواب المهر، ج ١.

(٣). حاشية المكاسب للمحقق اليزدي قدس سرّه، ص ١٦١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١١٩

شيئا مثل أن يحلب في الاسكرجه فيبيعه مع ما في الضرع و يقول اشتر منى هذا اللبن الخ «١».

فقد ورد الإنشاء فيه بلفظ الأمر، و سند الحديث معتبر، و في مصباح الفقاهة نقل هذه الرواية بلفظ المضارع لا الأمر، و الظاهر أنه خطأ منه، فان المذكور في الرواية أنه من قول صاحب اللبن، و ذكر بعده لفظه «منى»، و هذا كالصريح في كونه «اشتر» بلفظ الأمر لا بلفظ المضارع.

و مع ذلك يشكل نفى الجواز، بل قد عرفت أنه مقتضى القواعد أيضا إذا كان محفوقا بالقرائن الدالة على أن الأمر ليس بصدد الاستدعاء بل ورد في مقام الإنشاء.

و أمّا الإنشاء بقوله «اشترت»، فالانصاف أنه لا غبار عليه، بل يصح عدّه إيجابا من ناحية المشتري يتعقبه القبول من ناحية البائع، و لا دليل على لزوم كون البائع موجبا دائما و المشتري قابلا، كما أنه لا دليل على وجوب كون الزوج قابلا دائما، بل يجوز بالعكس كما ورد في كثير من روايات باب النكاح، و قد مرت الإشارة إليها و هي روايات كثيرة.

بقي هنا أمران:

الأمر الأول: إنّ العلامة الأنصاري قدس سرّه ذكر في آخر كلامه في المقام أن العقود على قسمين، ثم قسم كلا منهما إلى قسمين، و محصل ما ذكره في الأقسام الأربعة ما يلي:

الأول: ما يكون فيه التزام متساويان (كالصلح).

الثاني: ما يكون فيه التزام مختلفان (كالبيع و الإجارة) فان التزام البائع يغير التزام المشتري، و كذا الموجر و المستأجر.

الثالث: ما لا يكون في قبوله إلّا الرضا مع مطاوعة الإيجاب (كما في الرهن و الهبة و القرض).

الرابع: ما لا يكون فيه سوى الرضا بالإيجاب (كما في الوكالة و العارية و شبهها).

(١). اسكرجة بتخفيف الراء الساكنة أو تشديده مع الضم اء صغير و هو فارسي معرب (و لعل اصله شكرچه، شىء مثل ما يسمى قندان).

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٢٠

و ذكر بعد هذه التقسيم أن «تقديم الإيجاب على القبول لا يكون إلّا فى القسم الثانى من القسمين» يعنى القسم الثانى و الرابع ممّا ذكرنا، و لم يذكر فيه أزيد ممّا عرفت، و الظاهر بقريته ما سبق فى كلامه أن الأول، أى المصالحة و شبهها، لا يتصور فيها تقديم القبول على الإيجاب لأنّ إنشاءهما سيات.

و فى الثالث لا يتصور تقدم القبول لما عرفت من لزوم المطاوعة فيه، فلا يبقى إلّا الثانى و الرابع، و يجوز فيهما تقدم القبول بلفظ «اشترت» فى مثل البيع، و بلفظ «رضيت» فى مثل الوكالة و العارية و أشباههما.

هذا و ما أفاده و إن كان جيدا من بعض الجهات إلّا أنّه لا يخلو عن بعض الإشكالات لجواز تقديم القبول فى القسم الثالث أيضا على الأقوى، إذا لم يكن الإنشاء بما يشتمل على مفهوم المطاوعة بأنّ يقول المرتهن: أخذت هذا منك بعنوان الرهن، و كان فى مقام الإنشاء، قول الراهن: أعطيتك هذا بعنوان الرهن، أو أعطيتك إياه كذلك.

فيتحصل من ذلك جواز تقديم القبول فى جميع هذه العقود إذا لم يكن بلفظ «قبلت» و ما أشبهه، و يشكل فى ما كان بهذا اللفظ و شبهه لما عرفت من عدم عرفيته.

الأمر الثانى: أنّه قد تقسم العقود إلى قسمين: «عهديّة» و «إذنيّة».

فالعهدية ما تحتاج إلى إنشاء القبول، و الاذنية ما لا تحتاج إلّا إلى الرضا بالإيجاب فقط، بلا حاجة إلى إنشاء آخر غير ما صدر من الموجب.

و مثلوا للأول بالبيع و النكاح و غيرهما من أشباههما، و للثانى بالوديعة و العارية بل الوصية أيضا، و صرح بعضهم بأنّ الوكالة على قسمين: عهديّة: و هى من العقود تحتاج إلى الإيجاب و القبول، إذنية: و هى ما إذا أذن المالك لزيد مثلا فى بيع داره صحّ له بيعها، و لكن لا يترتب عليه أحكام الوكالة العهديّة، ثم ذكر عدم حاجة شىء من العقود الاذنية إلى اعتبار تقدم الإيجاب على القبول «١».

قلت: أمّا حكم القبول فى العقود المختلفة فقد عرفته، و أمّا كون شىء من العقود لا يحتاج إلى إنشاء غير الإيجاب، فهو محل إشكال بل منع، فإنّ العقد أيا ما كان أمر دائر بين

(١). مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ٤٨.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٢١

اثنين، و يحتاج إلى إنشاءين، لأنّه من الامور القائمة بطرفين، و لا معنى للمعاهدة القائمة بطرف واحد، كما يظهر بمراجعة أهل العرف فى فهم معنى العقد و المعاهدة و ما يسمّى فى الفارسية ب «قرارداد».

و أمّا الوديعة، فهى التزام فى مقابل التزام، لأنّ الودعى يلتزم بحفظ الوديعة، و لذا قد لا يقبلها، و لا يلتزم بحفظها و كذلك العارية و شبهها.

و المتهمب أيضا ينشأ قبول الهبة، أوضح منه الوكالة، و أمّا لو أجاز المالك التصرف فى ماله بالبيع و نحوه أو بالانتفاع منه، فهذا ليس من العقود قطعا بل مجرد اباحة مالكية تستلزم اباحة شرعية، فيجوز للمأذون له التصرف فيه شرعا بل يجوز بيعه إذا أجاز، و عمله يكون من قبيل الأعمال التسببية للمالك و إن لم يكن هناك وكالة.

فكأنّ الخلط هنا نشأ من الخلط بين «الاباحة المالكية» و «العقدية» فتدبر جيدا، و الجملة فالعقد أمر يدور بين اثنين يتوافقان على شىء و

ينشأن العقد عليه، ولا معنى لتركبه من إنشاء واحد ورضى به.

المقام السادس: اعتبار الموالاة في العقد

هل يعتبر التوالى بين الإيجاب والقبول و عدم الفصل الطويل بينهما، أم لا؟ عن جماعة من أكابر الفقهاء اعتباره. ومن العجب أن المحقق قدس سره لم يتعرض له في البيع في الشرائع ولا في النكاح، ولم يذكر صاحب الجواهر قدس سره هنا إلا كلاما موجزا للغاية، فإنه بعد نقل اعتبار الاتصال عن جماعة قال: «قلت: المدار في هذه الموالاة على العرف فإنه الحافظ للهيئة المتعارفة سابقا في العقد، الذي نزلنا الآية عليه، فإن الظاهر عدم تغيرها» انتهى. (١) و على كل حال فغاية ما استدل أو يمكن الاستدلال به على هذا الشرط امور: الأمر الأول: وهو العمدة، عدم صدق العقد إذا كان هناك فصل مفرط بين الإيجاب

(١). جواهر الكلام، ٢٢، ص ٢٥٥.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٢٢

والقبول، لأن للعقد هيئة اتصالية في نظر العرف، بل هو بطرفيه (الإيجاب والقبول) بمنزلة كلام واحد يرتبط بعضه ببعض، فكما لا يجوز الفصل الطويل بين أجزاء كلام واحد وإلا لم يصدق عليه كلام واحد، فكذلك العقد. هذا وقد أورد عليه بوجهين:

أحدهما: إن الدليل على صحة المعاملات عموما والبيع خصوصا، ليس خصوص وجوب الوفاء بالعقود، بل يجوز التمسك بما دل على حلية البيع والتجارة و صدقهما مع الفصل ظاهر.

ثانيهما: المنع من عدم صدق العقد على ما كان فيه فصل بين الإيجاب والقبول، وذلك لأن العقد ليس اسما للفظ المركب منهما، بل هو عبارة عن الأمر النفساني الذي هو العهد، وهذا لا ينفصم بمجرد الفصل بين الإيجاب والقبول، غاية الأمر أن الاعتبار القائم بالنفس يحتاج إلى مظهر، وإن شئت قلت: العقد عبارة عن اتصال الالتزامين، وهذا المعنى حاصل ما لم يرجع الموجب عن التزامه، مهما كانت الفاصلة (انتهى ملخصا).

هذا ولكن الانصاف أن شيئا منهما غير صالح للجواب، لأن البيع وإن كان بعنوان المعاطاة كان خارجا عن محل الكلام، وإن كان بعنوان العقد اللفظي والبيع بالصيغة أمكن المنع عن صدق البيع، إذا قال البائع: بعث هذه الدار بهذا المبلغ، فقال المشتري بعد شهر في مجلس رأى البائع فيه: قبلت ما ذكرت قبل أو سنه، فإن صدق البيع والتجارة على مثل ذلك محل منع أو محل شك، وإن بقى البائع على نيته واعتباره.

و أمّا حديث كون الإنشاء اعتبارا مبرزا فقد عرفت الإشكال فيه بما لا يحتاج إلى التكرار، وأن حقيقة الإنشاء إيجاد الاعتبارات العقلانية بأسبابها، فإنهم يعتبرون الملكية لمن اشترى شيئا وأوجدها في عالم الاعتبار بأسبابها، فليست الملكية أمرا تكوينيا كما أنه ليس مجرد اعتبار في نفس المنشئ بل هي اعتبار عند العقلاء وأهل العرف يوجد بأسبابه.

فالعقد هو هذا الإنشاء اللفظي أو المكتبي أو غير ذلك بماله من المعنى، ولكن بعد ما حصل الإنشاء بأسبابها يرون له بقاء، ولذلك يجعلون للعقد تاريخا معينا، وإن شئت قلت: العقد اسم للعقد السببي.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٢٣

سلمنا، ولكن هذا الأمر النفساني بمجرد لا يصدق عليه العقد إذا لم ينظم إليه إنشاء القبول في زمن مناسب، ولا أقول: إن الالتزام النفساني ينعدم، بل أقول: إن وجوده غير كاف في صدق العقد بدون الانضمام في زمن قريب، وإن شئت اخترت نفسك في ما إذا

انشأت بيعا، بعد عدّة شهور أو سنين جاء المشتري و قبله، فهل تراه عقدا يجب الوفاء به بحكم الشرع و العقلاء؟
 الأمر الثاني: عموم وجوب الوفاء منصرف إلى العقود المتعارفة، سلّمنا صدق العقد على المنفصل في الجملة لكنه خارج عن منصرف
 العموم لأنّه متعارف، و هذا هو الذي أشار إليه صاحب الجواهر قدّس سرّه فيما عرفت، و الانصاف أنّه كذلك حيث ينصرف الذهن
 في هذه الاطلاقات و العمومات بما دارت بين العقلاء من عقودهم و بيوعهم و تجاراتهم إلّا ما خرج بالدليل، و المعمول بينهم هو
 العقد المتصل عرفا.

الأمر الثالث: ما حكى عن بعض المشايخ من أنّ حقيقة البيع و ما يشبهه من العقود هي من قبيل الخلع و اللبس، فإذا وقع خلع لا بدّ أن
 يقاربه لبس و لا يتأخر عنه.

و فيه: إنّ هذا كلام شعري لا يساعد عليه دليل، مضافا إلى أنّ الخلع لا يكون بفعل الموجب، و اللبس بفعل القابل، بل الخلع و اللبس
 كلاهما يقعان في آن واحد بمجموع العقد، أعنى الإيجاب و القبول كليهما.

هذا و قد يستدل على عدم اعتبار الموالاة بالسيره القطعية على ارسال الهدايا من البلاد النائية و وصولها إلى أيدي المهدي إليهم بعد
 شهر أو شهور، و لم يسمع من أحد الإشكال فيها للفصل الطويل بين الإيجاب و القبول.

و كذا ما يقع بين التجار من البيع و الشراء بالكتابة و شبهها مع ما بين الإيجاب و القبول فيها من الفصل الطويل و لم يناقش فيها أحد
 من أهل العرف.

و استدل أيضا بقصة مارية القبطية الموهوبة للنبي صلّى الله عليه و آله من النجاشي بعد إسلامه و لا فرق بين الهبة و غيرها (انتهى
 ملخصا).

و أنت خير بأنّ شيئا من ذلك لا يسمن و لا يغنى، بل هي أجنبية عمّا نحن بصدد.

أمّا مسألة الهدايا، و منها حديث مارية زوجة النبي صلّى الله عليه و آله فلا شك إنّها هبة معاطية و ليس بين إيجابها و قبولها فصل و
 لو بلحظة، إنّ إيجابها إنّما يتمّ عند وصولها إلى يد

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٢٤

المهدي إليه، الذي هو قبول من ناحيته، و في لحظة واحد يتمّ الإيجاب و القبول باعطائها و قبولها.

و كأنّه زعم أنّ إيجابها إخراجها من يد مالكتها و إن لم تصل إلى يد المهدي إليه، بل كان بيد و كيل المهدي أو رسوله، مع أنّه ممّا لا
 ينبغي التفوه به، و ما قد يقال من أنّ المهدي قد يكون في لحظة الوصول غافلا أو نائما، غير مانع قطعاً، بعد كون يد الرسول أو الوكيل
 كيده، و كفاية كون قصد التمليك في صقع نفسه و كمون إرادته.

و أمّا قياس مسألة الكتابة على الألفاظ، فإنّه قياس مع الفارق جدّاً، لأنّ الكتابة بعينها أمر باق حتى تصل إلى يد الطرف الآخر، فيوقع
 عليها، و يحصل الربط المعترف في العقد و الانسجام اللازم بينهما، و أمّا ألفاظ الإيجاب فإنّها تنعدم بمجرد التكلم بها، فلو لم تقع ألفاظ
 القبول بعده بلا فصل طويل فسوف يخلّ بالهيئة الاتصالية المعترفة في العقد عند العرف.

و الحاصل: أنّ العرف يرى الإيجاب الحاصل بالكتابة أمراً باقياً فلذلك لا مانع عندهم في رجوع أحد الطرفين - بعد تمام المقاوله -
 إلى مكاتب الاسناد الرسمية و يتمّ توقيعه، و الآخر يرجع إليه بعد يوم أو أيام مثلاً - و يوقع عليه، و أمّا الألفاظ فليست عندهم بهذه
 المثابة كما هو ظاهر لمن راجعهم في ذلك.

و تلخص ممّا ذكرنا أنّ اعتبار الموالاة في العقود اللفظية ممّا لا ينبغي الريب فيه، و ما قد يدعى من الإجماع عليه أيضا راجع إلى ما
 عرفت، لا - أنّه إجماع تعبدى كما يظهر أنّ مقدار الفصل المعترف فيه هو أن لا يضر بالهيئة الاتصالية المتعارفة بين العقلاء في العقود
 اللفظية فتدبرّ جدّياً.

و من يعرف أنّ الموالاة المعترفة بين إيجاب العقد و متعلقاته أضيق نطاقاً ممّا يعتبر بينه و بين القبول، كما هو كذلك بالنسبة إلى آيات

السورة، و كلمات نفس الآية و حروف كلمه واحده، و لعل ذكر المستثنى و المستثنى منه فى كلام الشهيد قدس سره فى القواعد بعنوان الأصل لهذه المسأله، ناظر إلى شدة ارتباطها من بين أجزاء الكلام كما لا يخفى.

المقام السابع: اعتبار التنجيز فى العقد

إشارة

قد وقع الكلام بينهم فى اعتبار التنجيز فى العقود و عدمه، فعن المشهور، بل ادعى عليه

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٢٥

الإجماع غير واحد من الأصحاب رضوان الله عليهم، اعتباره، نعم حكى التامل فى البطلان عن المحقق الأردبيلي و المحقق السبزواري (رحمهم الله)، بل عن المحقق القمي قدس سره الجزم بالصحة فى الوكالة المعلقة، و اختاره بعض أكابر المعاصرين أيضا فى جميع العقود (١) و عن جماعة من العامة أيضا عدم اعتباره.

و قد تعرض الأصحاب للمسأله فى أبواب الوكالة، و الوقف، و النكاح أكثر من البيع، و الظاهر أن ذلك لعموم البلوى بها فى تلك الأبواب دون البيع، فإن الإنسان كثيرا ما لا يريد اتخاذ الوكيل فى كل حال بل يريد فى حال خاص لا يمكنه القيام بفعل من الأفعال، كما أنه قد لا يريد الوقف حاليا و بدون شرط بل يريد استقباليا أو مع الشرط.

و هكذا فى أبواب النكاح كما لا يخفى، و التعليق فى إنشاء البيع أقل منه.

و كيف كان فقد صرح باعتبار الشرط المذكور العلامة قدس سره فى القواعد فى كتاب الوقوف و العطايا (٢)، و كذلك فى كتاب النكاح (٣) و فى كتاب الوكالة (٤).

و ذكر المحقق قدس سره فى الشرائع، التنجيز من الشرائط الأربعة للوقف فى كتاب الوقف، و من شرائط الوكالة كذلك.

و ذكر المحقق الثانى قدس سره أيضا فى كتاب الوكالة و ادعى إجماع علمائنا حيث قال:

«يجب أن تكون الوكالة منجزه عند جميع علمائنا فلو علقها على شرط و هو ما جاز وقوعه كدخول الدار، أو صفه و هى ما كان وجوده محققا كطلوع الشمس لم يصح، و ذهب جمع من العامة إلى جوازها معلقة لأن النبى صلى الله عليه و آله قال فى غزاة مؤته: «أميركم جعفر، فإن قتل فزيد بن حارثه» ... و التأمير فى معنى التوكيل، و لأنه لو قال: أنت و كيلي فى بيع عبدى إذا قدم الحاج صح إجماعا» (٥) و ذكر هو هذا الشرط فى كتاب الوقف أيضا (٦) و كذا فى النكاح (٧).

(١). مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ٧٠.

(٢). القواعد و الفوائد، ج ١، ص ٢٦٦.

(٣). المصدر السابق، ج ٢، ص ٤.

(٤). المصدر السابق، ج ١، ص ٢٥٢.

(٥). جامع المقاصد، ج ١، ص ٤٨٤ الطبعة الحجرية.

(٦). المصدر السابق، ج ١، ص ٥١٣ الطبعة الحجرية.

(٧). المصدر السابق، ج ٢، ص ٣٠١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٢٦

و ذكره فى المسالك و شرح الإرشاد و غاية المرام و غيرها مع دعوى الإجماع أو عدم الخلاف فى بعضها، كما حكى عنهم.

هذا و الذى يظهر من كلماتهم أنه ليس كل تعليق فى كل عقد عندهم موجبا للفساد أو مجمعا على بطلانه، و لذا صرح غير واحد باستثناء بعض صور التعليق عن هذا الحكم.

فالأولى استعراض الصور المتصورة فى المقام، ثم التعرض إلى أدلة هذا الحكم و البحث فى مقدار دلالتها على المطلوب، فنقول (و منه سبحانه نستمد التوفيق و الهداية):

إن الصور التى ذكرها شيخنا الأعظم قدس سره تبلغ ست عشر صورة، فان التعليق إما أن يكون على أمر معلوم التحقق، و إما أن يكون محتمل التحقق، و على كل تقدير إما يكون تحققه فى الحال أو المستقبل، فيكون لدينا أربع صور، و أمثلتها واضحة، فالأول: كأن يقول: إن كان هذا اليوم يوم الجمعة فقد بعته (مع كون الجمعة معلوم التحقق)، و الثانى: كأن يقول: إذا جاء يوم الجمعة فقد بعته منك، و الثالث: كأن يقول: إن كان والدى راضيا الآن فقد بعته، مع الشك فى رضاه.

و الرابع: كأن يقول: إذا رضى والدى فى المستقبل فقد بعته منك. و كل هذه الصور إما أن يكون الشرط مأخوذا فى مفهوم العقد، أو مصححا له، مثل أن يقول: إن كان هذا لى فقد بعته، أو إن كانت هى زوجتى فقد طلقتها، أو إن كنت تقبل هذا البيع فقد بعته منك، و إما أن لا يكون كذلك، كأن يقول: إن رضى والدى بهذا فقد بعته أو اشتريته منك.

فهذه ثمانية صور، كل واحد إما مصرح به كالأمثلة المذكورة، أو غير مصرح به، بل هو لازم الكلام كأن يقول: ملكتك هذا بهذا يوم الجمعة، يريد به التعليق.

أدلة بطلان التعليق فى الإنشاء:

إذا عرفت ذلك فلنرجع إلى ما قيل أو يمكن أن يقال فى دليل البطلان، فقد ذكر فيه وجوها خمسة:

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٢٧

الوجه الأول: إن التعليق فى الإنشاء محال و غير معقول، فإن الإنشاء بمعنى الإيجاد فى عالم الاعتبار، فهو أمر إما يوجد أو لا يوجد، و لا معنى لكون شىء موجودا على تقدير و معدوما على تقدير آخر.

و إن شئت قلت: الإنشاء نوع من الإيجاد و هو متحد مع الوجود، و الاختلاف بينهما إنما هو بالاعتبار، و بالنسبة إلى الفاعل تارة و القابل اخرى، و من الواضح أن الوجود فى الخارج لا يتصور فيه تعليق.

و أجاب عنه شيخنا الأعظم قدس سره: بأن التعليق فى الإنشاء بمعنى إنشاء الملكية المتحققه على تقدير دون آخر، أمر متصور واقع فى العرف و الشرع كثيرا فى أبواب الأوامر و العقود و الايقاعات (انتهى).

و ظاهر كلامه هذا ارجاع التعليق إلى المتعلق لا إلى نفس الإنشاء، و كأنه اعترف بعدم إمكان التعليق فيه، و هذا نظير ما اختاره هو بنفسه فى ما حكى عنه فى تقريراته فى بحث الواجب المشروط من أن القيد (أى الشرط) راجع إلى المادة لا الهيئه، فكان الواجب المشروط عنده مساوقا للواجب المعلق الذى ذكره صاحب الفصول قدس سره.

و لعله من هنا أخذ عنه مصباح الفقاهة، و صرح بأن المستحيل إنما هو التعليق فى الإنشاء بدهاءه أن الإنشاء - بأى معنى كان - قد فرض وجوده فى الخارج، و عليه فلا يعقل تعليقه على شىء ما (انتهى).

و الظاهر أن مبنى على مختاره من أنه ليس الإنشاء بمعنى الإيجاد، بل «هو ابراز لأمر نفسانى من اعتبار الملكية أو شىء آخر» و كما يمكن اعتبار الوجوب أو الملكية الفعلية، يمكن اعتبار الملكية أو الوجوب على تقرير، و اين هذا من تخلف الإيجاد عن الوجود «١».

أقول: هذه مسألة عويصة غامضة فى بابى «الأوامر» و «المعاملات» و حلها يتوقف على تحقيق امور:

١- إن الظاهر بحسب القواعد العربية، أو قواعد سائر الألسنة، أن الشرط فى القضية

(١). أجدد التقريرات، ج ١، ص ١٣٠.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٢٨

الشرطية قيد للهيئة، أى الوجوب فى الواجب المشروط فى مثل قولك: «إن استطعت فحج» و للتملك فى قولك: «إن جاء زيد فهذا لك» لا أنه قيد «للملكية» المنشأة أو الواجب، أى «الحج» بأن يكون المعنى: يجب عليك الحج المقيد بالاستطاعة، أو: جعلت لك الملكية المقيدة بمجىء زيد.

فصرف هذه الكلمات عن ظاهرها يحتاج إلى دليل قاطع، مع أن الوجدان أصدق شاهد على كون المعلق عليه نفس الوجوب أو التملك لا غير، و لا يرى بالوجدان فى هذا التعليق أمر محال بل و لا مشكل.

فجميع ما قيل بارجاع القيد إلى المادة أو المنشأ، غير قابل للقبول، و ما يدعى من الدليل على استحالة التعليق فى الإنشاء، و شبهة فى مقابل صريح الوجدان لا بد من حلها و سنكشف النقاب عنها.

٢- و من ناحية اخرى فإنّ الدليل المذكور على استحالة التعليق فى الإنشاء صحيح فى بادية النظر، لأنّ الإنشاء إيجاد، و الإيجاد لا يمكن أن يكون معلقا على شىء، بل أمره دائر بين الوجود و العدم.

و ما ذكره بعض الأكابر- فرارا عن هذا الإشكال و أشباهه- من أنّ الإنشاء ليس أمرا إيجاديا، بل هو ابراز ما فى الضمير من الإرادة أو الاعتبار النفسانى أيضا، و مخالف للوجدان كما لا يخفى، لأنّ كلّ واحد يرى فى نفسه أنه إذا أنشأ عقد البيع أو النكاح أو غيره أنه يوجد شيئا لم يكن من قبل، لا أنه كان موجودا من قبل فأظهره، و هذا أمر ظاهر بمراجعة الوجدان الصريح.

و ما قد يقال من أنّ الإيجاد هنا بأى معنى كان لا وجه له، أمّا الإيجاد فى التكوين فغير معقول هنا، و فى نفس المنشئ لا يحتاج إلى ألفاظ و صيغ، فقد عرفت جوابه و أنّ الإنشاء إيجاد فى اعتبار العقلاء، لأنهم اعتبروا الملكية لكل من يتوصل إليها بأسبابها المعروفة عند العقلاء، فتدبر فانه حقيق به.

٣- و بعد ذلك كله نقول: إنّ مفتاح حلّ هذه المشكله هو كشف معنى الشرط، فما حقيقة معناه، و ما حقيقة مفهوم «إن» الشرطية؟

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٢٩

الذى يظهر بالمتأمل أنّ مفهومها و مفهوم أدوات الشرط هو نوع من الفرض و التقدير بمعناه الحرفى، فإذا قال المخبر: إذا طلعت الشمس فالنهار موجود، فأنه يفرض طلوع الشمس أولا، ثم يرى وجود النهار عقبيه فيخبر عنه، و إذا قال الأمر: إن استطعت فحج، فقد فرض الاستطاعة موجودة، فبعث نحو الحج عقيب هذا الفرض.

و الحاصل: أنّ الإنشاء كالإخبار المشروط أمر متحقق فى عالمه، و لكن كل واحد عقيب فرض و مرتبط به، فالإنشاء بمعنى الإيجاد حاصل، و لكن لما كان عقيب فرض خاص لا أثر له فى بعث المكلف إلّا بعد تحقق ذاك الفرض، فالمولى فى الواجب المشروط يفرض نفسه عند استطاعة العبد فيأمره بالحج فى هذا الظرف.

و كذا المخبر بوجود النهار عند طلوع الشمس يفرض أنّ الشمس قد طلعت فيحكم بوجود النهار حينئذ، و الحاصل أنّ حقيقة الاشتراط و التعليق حكم إخبارى أو إنشائى جزمى لكن بعد فرض خاص يفرضه.

و بهذا تنحل مشكله الواجب المشروط و إمكان التعليق فى نفس الإنشاء فى المعاملات جميعا، فتدبر.

٤- لا بد لنا أن نقوم بتحليل معنى القضية الحقيقية و بيان محتواها أيضا، و الفرق بينها و بين القضية الخارجية، فنقول، و منه عز اسمه نستمد التوفيق: إنّ القضية الحقيقية التى يدور الحكم فيها مدار موضوع مفروض الوجود ترجع بالمآل إلى قضية شرطية كما صرح به المنطقيون، كما أنّ القضايا الشرطية تعود إلى قضية حقيقية أحيانا، فقول القائل، إن استطعت فحج، يطابق قول: يجب الحج على المستطيع، لا فرق بينهما أصلا، كما أنّ قولنا «الكر من الماء لا ينجسه شىء» فى قوة قولنا «إذا بلغ الماء قدر كر لا ينجسه شىء».

فعنوان الموضوع في هذه القضايا ينحل إلى شرط وأداته، والمحمول يكون بمتزلة جزائه، و تعبيرهم بأن الموضوع في القضايا الحقيقية مفروض الوجود أيضا يؤكد ما ذكرنا.

فإذا أراد القائل الإخبار عن الموضوع الموجود الخارجى أشار إليه بأى عنوان أراد و ذكر حكمه.

أما إذا أراد حكما عاما يشمل الموجود و مقدر الوجود أخذ عنوانا شاملا لما هو

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٣٠

موجود أو سيوجد، و فرضه فى افق حكمه أمرا موجودا، فأجرى الحكم على الجميع على نحو واحد.

فتلخص من جميع ما ذكرنا أن التعليق فى الإنشاء فضلا عن التعليق فى المنشأ أمر معقول واقع فى الخارج فى أبواب الأوامر و النواهي و العقود و الايقاعات، و لا ينبغى التأمل فى إمكانه و عدم استحالته، فالتمسك بالاستحالة لبطلان التعليق فى العقود لا وجه له.

الوجه الثانى: ممّا استدل به غير واحد منهم على اعتبار التنجيز فى العقود إنها متلقاة من الشارع، يقتصر فيها على ما هو المعلوم من الشرع، و لم تثبت الصحة فى غير ما هو منجز.

وفيه: ما عرفت كرارا من أنها امور عقلانية قبل أن تكون فى الشرع، و أن الشارع امضاها مع قيود خاصة، فاطلاقات أدلته الامضاء و عموماتها شاملة للجميع إلا ما خرج بالدليل، نعم لا يبعد صحة دعوى التوقيفية فى خصوص «النكاح» و «الطلاق» لتصرف الشارع فيها

تصرفا كثيرا أخرجهما عما هو دارج فى العرف و الحقهما بالتوقيفيات، و لذا يقال: إن فيهما شائبة العبادة!

الوجه الثالث: إن التعليق على الشرط تعليق على أمر مجهول، و هو ينافى الجزم المعبر فى المعاملات.

و يظهر ذلك من كلام العلامة قدس سره فى التذكرة حيث قال:

«إنّ التعليق منافع للجزم حال الإنشاء، إلى أن قال: فلو علق العقد على شرط لم يصح، و إن كان الشرط المشيئة للجهل بثبوتها حال العقد و بقائها» انتهى.

وفيه: مضافا إلى أنه يقتضى البطلان فى خصوص بعض فروض المسألة، و هو صورة الجهل بتحقق الشرط لا ما هو معلوم فى حال أو المستقبل، أنه مصادرة بالمطلوب و دعوى بلا برهان، لعدم استناده فى اعتبار الجزم و لزومه فى العقد إلى ركن وثيق.

الوجه الرابع: إن ظاهر أدلته سببية العقد لآثاره أنه تترتب عليه تلك الآثار حين وقوعه و لكن التعليق يوجب انفكاكه عنها.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٣١

وقد أوجب عنه بوجوه: أحسنها أن ترتب الأثر على كل عقد ممّا لا شك فيه، و لكن ذلك تابع لمدلول العقد و محتواه، فلو كان منجزا كان أثره كذلك، و لو كان معلقا كان أثره معلقا.

و أمّا لو اريد لزوم الأثر المنجز فى كل عقد كان هذا مصادرة واضحة.

أضف إلى ذلك أن هذا الدليل أخص من المدعى لخروج التعليق على الشرط الحالى خارجا منه كما هو ظاهر.

الوجه الخامس: إنّ التعليق فى إنشاء العقود خلاف ما تعارف بين أهل العرف و العقلاء فى عقودهم، لأننا لا نرى من يبيع ماله معلقا على مجيء يوم الجمعة، أو قدوم الحاج، أو تزويج امرأة معلقا على شهر فلان أو غير ذلك من أشباهه.

و من المعلوم انصراف أدلته صحة العقود و حليّة البيع و التجارة إلى ما هو المتعارف بين العقلاء كما مرّ مرارا.

و لعمري هذا من أحسن الأدلة فى المقام، و كأن ما يرى فى كلماتهم ممّا يشبه المصادرة على المطلوب من تسلّم اعتبار التنجيز فى العقد، نشأ من هذا الارتكاز العرفى الموجود فى ذهن هؤلاء الأعلام.

نعم التعليق فى بعض العقود أو الايقاعات متعارف، بل لعله جزء لمفهوم بعضها، كالتدبير، فأنه عبارة عن العتق معلقا على وفاة المولى، أو أعم منه، على كلام فيه فى محله، و يظهر من كلماتهم فى التدبير أنه خرج عن حكم بطلان التعليق للنصوص الواردة فيه، و لذا

اقتصرُوا فيه بالنسبة إلى جميع خصوصياته على القدر المتيقن منه «١».

وكذا الوصية التمليكية (بل العهديه من بعض الجهات) أيضا تمليك معلق على الوفاء، ولذا قال في صاحب الجواهر قدس سره في بعض كلماته في كتاب الوصية: «إن التعليق ممنوع في البيع لا في الوصية التي مبناها على ذلك» (٢).
ولكن مع ذلك لم يرخصوا ظاهرا التعليق فيها وفي التدبير بالنسبة إلى غير ما هو

(١). جواهر الكلام، ج ٣٤، كتاب التدبير.

(٢). المصدر السابق، ج ٢٨، ص ٢٤٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٣٢

مقتضى طبيعتهما، قال المحقق قدس سره في باب التدبير من الشرائع: «الشرط الثاني (من شرطى صيغة التدبير) تجريدها عن الشرط والصفة في قول مشهور للأصحاب فلو قال: «إن قدم المسافر فأنت حر بعد وفاتي» أو إذا أهل شهر رمضان مثلا، لم ينعقد» انتهى. وكذا الأمر في النذر شكرا أو زجرا، كأن يقول: إن عافاني الله فله علي كذا، أو إن فعلت هذا الأمر فله علي كذا (لا النذر تبرعا من دون شرط) بل قد يقال: إن الصحيح من النذر هو الأولان، وأما النذر التبرعي فهو أمر مشكوك فيه.
والحاصل: إن بعض العقود بطبيعتها مشتمل على التعليق في الإنشاء لا يمكن تجريده منه، ومن المعلوم أنه لا يضرب ذلك، ولكن غيره مما ليس كذلك، بل ولا نفس هذه العقود بالنسبة إلى الشرائط الزائدة لا يجوز فيها التعليق ارتكاز الفقهاء المأخوذ ظاهرا من ارتكاز العرف في ذلك.

ولعل السر فيه أن المعاقدة والمعاهدة إنما شرعت لحل مشاكل الناس في الامور التي لها صلة بأموالهم وحقوقهم، وهذه المشاكل لا تنحل بالعقود المعلقة على شروط مختلفة، لا سيما المجهولة منها، ولا سيما المستقبلية، بل تزيدهم مشاكل جديدة، فتأمل جيدا.
الوجه السادس: الإجماع المدعى في كلمات الأكابر، والظاهر أنه ثابت، ولا يعاب بخلاف شاذ، أو تردده فيه، هذا ولكن الإشكال كله في كشفه عن قول المعصوم عليه السلام والظاهر أنه غير كاشف بعد احتمال استناد المجمعين إلى ما سبق من الأدلة، مع عدم وروده في شيء من آثارهم، ولكن الأمر سهل بعد ما عرفت من الأدلة السابقة أن بعضها تام لا ريب فيه.
إذا عرفت ذلك فلنرجع إلى تفصيل الحكم المزبور فنقول: إن حكم الأقسام السابقة يتفاوت بحسب الأدلة، والقدر المتيقن من الجميع أن التعليق على أمر مستقبل مجهول لا دخل له في العقد، كما إذا علق العقد على مجيء والده، أو الاستغناء عن المتاع في المستقبل، أو غير ذلك مع كونه مشكوكا.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٣٣

وأما إذا كان التعليق على المستقبل المعلوم كحلول شهر فلان، أو تمام الموسم فإنه لا يفسد على قول من استند إلى عدم جواز الجهل بوقوع العقد، وفسد على المختار لعدم تعارف ذلك أيضا، بل الظاهر أنه داخل في معقد الإجماع.
أما الأمر المشكوك الحالي، فهو باطل على مبنى القائل بقدرح الجهل، وكذا على كثير من الأدلة الأخرى، دون من يستند إلى عدم جواز انفكاك أثر العقد عنه، فإنه يصححه.

وأما المعلوم الحالي فأقل إشكالا منه، ولكن الظاهر دخوله في معقد الإجماع، وكذلك ما اخترناه من الدليل.

يبقى الكلام فيما هو معلق عليه في الواقع، وهو على أقسام ثلاثة:

١- ما يكون من أركان إنشاء العقد، مثل تعليقه على قبول المشتري.

٢- ما يكون من شرائط صحته، كالملكية في البيع والزوجية في الطلاق.

٣- ما لا يكون شيئا من ذلك، ولكن يكون من آثار العقد، كالتعليق على الوفاء بالعقد.

وقد يقال بصحة الجميع لأنه لا يزيد شيئا على العقد، فهي امور ثابتة ذكرت أم لم تذكر، ولكن الانصاف أنها أيضا لا تخلو عن

إشكال، نعم بالنسبة إلى الشرائط كالملكية والزوجية، وأشبههما، ولا يبعد الجواز لتعارفها، لا سيما في موارد الجهل، وإلا اشكل الأمر في العقود التي يؤتى بها احتياطا، كالصلح فيما يشك في وجود الملك فيه، لا في ما يعلم بوجوده ويشك في مقداره. وكذا الطلاق في موارد الشك في الزوجية والهبة في موارد الشك في الملكية، وكذا غيره. وما قد يقال من أن الطريق في الاحتياط في أمثال ذلك هو الإنشاء على سبيل التنجيز لا التعليق، والإنشاء خفيف المثونة، كما ترى، لأن مثل هذا الإنشاء البات لا يصدر من الشاك كما يظهر بمراجعة الوجدان (والله العالم بحقائق الامور).

المقام الثامن: التطابق بين الإيجاب والقبول

و المراد به التطابق بينهما من جميع الجهات، وهو أمر واضح ظاهر يستفاد من التدبير في أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٣٤ مفهوم العقد، وعناوين المعاملات، وشبه ذلك، ولعله لذلك لم يتعرض له الأكثرون على الظاهر. توضيح ذلك: إن حقيقة المعاهدة والمعاقد لا تحصل إلا بالتوافق على أمر واحد، فلو اختلفا في شيء من اصولها وفروعها لم تتحقق مفاهيمها.

وهي تجتمع في امور ثلاثة:

- ١- التطابق في ماهية العقد، فلو أنشأ الموجب، البيع، وقبل القابل بعنوان الهبة أو الإجارة أو الصلح أو غير ذلك، بطل.
- ٢- التطابق في أركان المعاملة من البائع والمشتري والمتاع، وحينه ومقداره وصفه، فلو باع من زيد فقبل عمرو لم يصح، أو باع الكتاب فقبل الثياب لم يصح، أو باع مائة طن من الحنطة فقبل خمسين طنا لم يصح، أو باع الحنطة المستحصلة من البلد الفلاني، فقبل غيرها لم يصح، وهكذا غيرها من أشباهها.
- ٣- التطابق في الشرائط، فلو باع بشرط تحويل الثمن إلى زمن كذا، فقبل إلى زمن آخر لم يصح، أو باع بشرط خياطة ثوبه أيضا فقبل بدونه لم يصح، كل ذلك معلوم ظاهر، ولذا قيل إن هذا الشرط من القضايا التي قياساتها معها، ودليل المسألة هنا هو ما يستفاد من معنى المعاهدة والمعاقد وعناوين المعاملات.

المقام التاسع: بقاء أهلية المتعاقدين إلى آخر العقد

وهذا الشرط أيضا من الشرائط التي قلما تعرضوا له، وأكثر ما ورد الكلام عنه إنما هو في كتب المتأخرين والمعاصرين، ولكن مع ذلك فيه أقوال:

- ١- ما أفاده شيخنا الأعظم قدس سره في مكاسبه من اعتبار ذلك مطلقا، ولزوم كون كل من البائع والمشتري حائزا لجميع شرائط الصحة والأهلية من أول العقد إلى آخره بل جعل المحقق الثاني قدس سره من القضايا التي قياساتها معها.
- ٢- عدم اعتبار هذا الشرط مطلقا، ذكره بعضهم في كتاب البيع.
- ٣- التفصيل بين ما لو كان المشتري في حال إيجاب البائع غير قابل للتخاطب من أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٣٥

جهة الإغماء أو الجنون أو النوم فلا يصح، وأما غير هذه الامور فيصح، ذكره المحقق الطباطبائي قدس سره في حواشيه على مكاسب الشيخ قدس سره.

- ٤- التفصيل بين ما إذا لم يكن للمشتري أهلية الإنشاء حال الإيجاب، فهو صحيح، وإذا كان الأمر بالعكس فهو فاسد، ذكره بعض الأعاظم في حواشيه.

هذا و للمسألة شقوق مختلفة:

فتارة يكون فقدان الشرائط بالخروج عن أهلية التخاطب و التملك كالموت، و اخرى بالخروج عن أهلية التخاطب فقط من دون الموت كالإغماء و النوم، و ثالثة بالخروج عن أهلية التصرف لسفه أو مثل ذلك أو عدم كونه أهلا له بعد كالصغر.

هذا و العمدة في المقام كما يظهر من مراجعة كلماتهم هو الإشكال في صدق المعاقد عرفا بدون هذه الأهلية، فلذا صرح بعضهم بعدم تحقق معنى المعاقد عرفا بدونها، و بعض آخر أن الربط اللازم بين المتعاقدين لا يحصل بدونها، و لكن صرح ثالث بحصولها بدونها، فالأمر يدور مدار الصدق العرفي هنا.

و الانصاف عدم صدقها في صورة الخروج عن الأهلية بالموت، و العجب مّا ورد في كتاب البيع لبعض الأعلام «من أنه لو مات صحت معاوضته و إن احتاجت إلى امضاء الورثة، لأنّ المال قبل القبول انتقل إليهم، و الورثة قائمون مقامه في ذلك فتأمل».

و فيه: ما عرفت سابقا من لزوم التطابق بين الإيجاب و القبول بمقتضى مفهوم العقد، و هو هنا غير حاصل، و البائع لا يتعاقد مع مالك المال أى شخص كان بعنوان القضية الحقيقية كما هو ظاهر.

و أمّا لو خرج عن قابلية التخاطب بالنوم أو الإغماء، فهو أيضا كذلك، سواء كان البائع أو المشتري، و إن كان الأمر في المشتري أوضح من البائع، و لا أقل من الشك و هو كاف في المقام، لعدم إمكان الأخذ بالعمومات حينئذ، و أمّا انتفاء سائر الشروط فهو أيضا لا يخلو عن الإشكال بل المنع، و إن لم تكن بتلك المثابة، فمن عقد مع صغير محجور ثم صار بالغاً عند القبول أو خرج البائع عن الأهلية بالحجر بعد الإيجاب، يشكل تحقق مفهوم العقد معه، و الشك هنا كاف في المنع، فاعتبار هذا الشرط في جميع فروض المسألة قوى جدا.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (للكارم)، ص: ١٣٦

و أمّا التمسك بالسيرة في مثل مكاتبه التجار و الحال أنّ الكتاب قد يصل إلى الطرف الآخر و الكاتب نائم، ممنوع بالفرق بين الإنشاء بالكتابة و الإنشاء اللفظي، و كفى في الفرق بينهما التعارف في أحدهما دون الآخر، و قد مرّ مرارا خروج ما لم يتعارف من العقود بين العقلاء عن العمومات و الاطلاقات.

المقام العاشر: اختلاف المتعاقدين اجتهادا أو تقليدا

إشارة

و هنا مسألة اخرى لها صلة بما مرّ من اختلاف المتعاقدين من شروط العقد، و هى أنه قد يكون كلاهما واجدين للشرائط المعتبرة في المتعاقدين، كل واحد بحسب اجتهاد أو تقليده و لكنه لا يتوافق بحسب اجتهاد الآخر أو تقليده بالنسبة إلى شروط العقد أو العوضين أو الشروط، و الأمثلة هنا كثيرة، فمن جهة شروط المتعاقدين مثلا قد يكون البائع بالغاً في نظره و بحسب تكليفه، و ليس بالغاً في نظر المشتري لاختلافهما في السنّ المعترف في البلوغ اجتهادا و تقليدا.

و قد يكون الاختلاف من جهة شرائط العقد، فقد يصحح البالغ مثلا العقد بالفارسية و لا يصححه المشتري.

أو من جهة العوضين، فقد يكون شيء موزونا في نظر البائع مثلا دون المشتري، أو من جهة الشروط، فقد لا يرى البائع الشرط الفلاني مخالفا لمقتضى العقد و يراه المشتري كذلك، و هكذا أشباهه، و هذه مسألة سيالة لا تختص بباب العقود و المعاملات بل تجرى في العبادات و الشهادات و القضاء و غيرها، مثلا قد يختلف رأى الإمام و المأموم في مسائل الصلاة أو شرائط الجماعة، فتكون صلاة الإمام غير صحيحة بنظر المأموم، كمن صلى في اللباس المشكوك أو صلى بغير أذان و لا إقامة أو اكتفى في التسيحات بمرة واحدة، بينما لا يرى المأموم صحة هذه الصلاة بحسب فتواه أو فتوى مقلده.

و أمثله كثيرة كذلك في أبواب الشهادة و شرائطها و كيفية أدائها، و في باب الوقف و شرائط تملك الأشياء بعد ما أراد وقف هذا الملك، أو هبته أو وصيته لغيره، و كذا في أبواب الطهارات، فقد لا يرى شخص نجاسة أهل الكتاب و لا يجتنب عنهم و يعاشر غيره أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٣٧

ممن يرى نجاستهم، إلى غير ذلك مما هو كثير في أبواب الفقه، و يعم به البلوى، و يتفرع عليها فروع كثيرة و أحكام مختلفة. و قد تعرض للمسألة المحقق اليزدي قدس سره في أبواب صلاة الجماعة في المسألة ٣١ من فصل «أحكام الجماعة» من العروة الوثقى. و قد فصل هناك بين ما يتعلق بالقراءة نفسها التي يأتي بها الإمام عن الجميع، و ما لا يتعلق بها، و كذلك بين صورة علم المأموم بالطلان و ظنه بحسب الأحكام الظاهرية الظنية.

و قد ذكرنا في تعليقاتنا أنه لا دليل يعتمد عليه في القول بالصحة في باب الجماعة من دون فرق بين القراءة و غيرها و العلم و الظن، و لا سيما أنه قد يقال بأنه ليس في أبواب الجماعة عمومات تدل على الصحة تمسك بها عند الشك، و هذا هو العمدة. نعم، عند الشك في اختلاف الفتاوى، أو الشك في العمل بمحل الخلاف مع العلم الإجمالي بوجوده إجمالاً، لا يبعد جواز الاقتداء عملاً بالسيرة المستمرة من زماننا إلى زمن الأئمة عليهم السلام.

نعم، قد ورد الدليل الخاص على جواز الاقتداء بأهل الخلاف، فلو قلنا بصحة الصلاة حينئذ و عدم الحاجة إلى الإعادة كان اطلاق هذه الأخبار دليلاً على جوازه حتى مع العلم بإتيانهم لبعض ما نراه مفسداً للصلاة، كترك البسمة أو الجهر بها في الجهرية و قول آمين و التكفير و غيرها، و لكنه نوع تقيه و إن لم تكن تقيه من موقع الخوف بل من موقع التودد، و اين هو مما نحن بصدده؟

و أما في أبواب البيع و شبهها فقد ذكر فيه وجوه أو أقوال:

١- جواز اكتفاء كل من المتبايعين بما يقتضيه مذهبه مطلقاً.

٢- عدم جوازه كذلك.

٣- اشتراط أن لا يكون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سبباً للنقل، كما إذا كان مذهب أحدهما جواز العقد بغير العربية، و الآخر جوازه بغير الماضي، و لم يكن أحد يقول بجوازه بالمضارع غير العربي، و الحال أن العقد وقع كذلك.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٣٨

٤- التفصيل بين العلم بالطلان من ناحية أحدهما إذا أتى بمقتضى مذهب الآخر، و بين مجرد الظن الحاصل من الأمارات فيبطل في الأول فقط.

٥- التفصيل بينما ثبت الحكم فيه من طريق الاصول العملية فيصح، و بين الأمارات الشرعية فلا يصح، و لازمه البطلان من ناحية المقلد دائماً، لأنه يعتمد على الأمانة، و هي قول الفقيه المجتهد.

و هذه الأقوال تبنى على ما ذكر في محله من باب الإجزاء، و اختلاف الأقوال فيه فاللازم الإشارة إلى تلك المباني إجمالاً فنقول (و منه سبحانه نستمد التوفيق و الهداية).

إن شيخنا الأعظم قدس سره بنى المسألة على أن الأحكام الظاهرية التي اجتهد فيها بمنزلة الأحكام الواقعية الاضطرارية، كصلاة المتيمم أو كإشارة الأخرس في باب البيع، أو أحكام عذرية لا يعذر فيها إلّا من اجتهد فيها أو قلّد.

و قد أورد عليه المحقق الطباطبائي قدس سره: بأن لازمه القول بالتصويب (لكون الواقع تابعا لاجتهاد المجتهد بناء على هذا القول).

و قد ذبّ عنه في كتاب البيع بأنه ليس المراد تبعية الواقع لظن المجتهد، بل المراد أنّ الاستفادة من أدلة اعتبار الاصول و الأمارات هو لزوم ترتب آثار الواقع عند الشك، فالعقد الفارسي عند الشك في اعتبار العربية بمنزلة العقد بالعربية في لزوم ترتيب الآثار عليه، فهو بمنزلة الواقع في الأثر «١».

هذا و لكن التوجيه المذكور مضافاً إلى كونه مخالفاً لظاهر كلام الشيخ الأعظم قدس سره لا سيما ما ذكره من مثال الأخرس و

المتيمم، أن ترتيب آثار الواقع عند الشك إنما هو لمن قامت عنده الأمانة والأصل، لا لمن يعلم ببطلانه لعدم قيامه عنده كما لا يخفى.

أضف إلى ذلك أن مجرد وجود الحكم الظاهري غير كاف في الحكم بالصحة بعد كونه مخالفا للواقع بنظر الآخر، و أما حديث حكومه أدلة الأحكام الظاهرية على أدلة اعتبار الشرط فسيأتي الكلام فيه قريبا إن شاء الله.

(١). كتاب البيع، ج ١، ص ٢٤٣.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٣٩

فالأولى أن يقال: إن المسألة مبيّنة على أن الحكم الظاهري الثابت لبعض المكلفين هل هو ثابت لغير قام عنده أم لا؟ و هل هو معتبر في حقه أم لا؟

و حينئذ نقول: إن الجواب بالنفي و أنه لا حجّة بالنسبة إلى من لم يقدّم عنده لعدم شمول أدلته له قطعاً، فالحكم الظاهري الثابت عند كل واحد منهم لا يجرى إلّا في حقه، كما هو واضح، لأنّ المفروض أن الأمارات المعتبرة أو الأصل المعتبر حصل عنده لا عند غيره، فكيف يكون حجّة في حق الغير؟

هذا و قد يتوهم أن ما ذكره من التفصيل في باب الإجزاء بين الاصول و الأمارات، من القول بالإجزاء في الأول كمن صلب اعتماداً على أصالة الطهارة، و عدم الإجزاء في الثاني كما إذا صلب اعتماداً على قول البيهقي، آت هنا.

و هو توهم فاسد، لأنّ القول بالصحة في الاصول هناك أنّما هو في موارد يكون الأصل حاكماً على أدلة الشرطية لا مطلقاً حتى يكون قوله «كل شيء ظاهر» حاكماً على «لا صلاة إلّا بطهور» مثلاً، و سبباً للتوسعة دائرة الشرط.

و من البعيد أن يقول أحد بأنّ حديث الرفع الجارى في حق من يشك في اعتبار شيء من الشروط البيع حاكماً على دليل الشرطية، لأنّه ليس في مقام توسعة أدلة الشرائط قطعاً بل هو حكم ظاهري يعذر من عمل به لا غير.

و الحاصل: أن مجرد اشتمال الأصل على الحكم الظاهري (دون الأمانة) لا يوجب حكومته على أدلة اعتبار الشرائط، بل لا بدّ أن يكون ناظراً إلى توسعتها كما في دليل أصالة الطهارة مع قوله قدّس سرّه «لا صلاة إلّا بطهور» (بناء على ما اختاره المحقق الخراساني قدّس سرّه و من تبعه) لا مطلقاً.

نعم، هنا شيء آخر ذكرناه في مبحث الإجزاء، و مبحث تبدل رأى المجتهد، و هو أن أدلة حجّة الأمارات و الاصول يشكل شمولها للوقائع السابقة التي قامت أمانة أو أصل فيها، فهي منصرفه إلى الحال و المستقبل، و لعل سيرة العقلاء في أماراتهم أيضاً مستقرة على ذلك، فلا يعتقدون بشمول الأمارات و الاصول للوقائع الماضية و لما سبق من أعمالهم، و لذا قلنا بالإجزاء في الأحكام الظاهرية المستفادة من الأمارات و الاصول، من

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٤٠

دون فرق بين ما قام في خصوص الشرائط أو غيرها، و عليه بنينا عدم وجوب الإعادة و القضاء بعد تبدل رأى المجتهد. و لكن هذا المعنى أيضاً لا يجرى في محل الكلام من شرائط البيع و شبهه عند اختلاف رأى المتعاقدين كما هو ظاهر. فتحصل من جميع ما ذكرنا أن طريق الاكتفاء بأعمال خالفت الأمانة الموجودة عند المكلف فعلاً أو الأصل كذلك و الاجتزاء بها، أحد امور ثلاثه، بعضها فاسدة و بعضها لا يجرى في المقام:

أولها: كون الأحكام الظاهرية الاجتهادية بمنزلة الأحكام الواقعية الاضطرارية، و قد عرفت أنّه لا دليل عليه، لو لم نقل بأنّ الدليل على خلافه، نظراً إلى أنّ فيه نوعاً من التصويب.

ثانيها: حكومه أدلة الاصول على أدلة الشروط، و قد عرفت عدم تماميتها أيضاً إلّا في موارد خاصة.

ثالثها: عدم شمول أدلة الاصول و الأمارات للوقائع المجتهد فيها من قبل، و قد مرّ أن هذا و إن كان صحيحا، إلّا أنّه لا أثر له في اختلاف المتعاقدين و إن كان مفيدا في مباحث تبدل رأى المجتهد.

بقي هنا امور:

١- لا ينبغي الشك في أنّ هذا النزاع إنّما يجرى في غير الشرائط التي تقوم بفعل المتبايعين، مثل الموالاة و تطابق الإيجاب و القبول بل التعليق في الإنشاء، فان كل واحد من هذه الشرائط تكون من فعلهما لا فعل واحد منهما و معه لا يصح لمن يعتقد بطلان عقد فاقد لبعض شرائطه من ناحية ترتيب الآثار عليه كما هو واضح، و الإشكال في بعض مصاديق هذا الأمر لا دخل له في أصل المقصود و الكبرى الكلية.

٢- الاكتفاء بالحكم الظاهري الثابت في حق الآخرين- لو قلنا به- فإنما هو إذا لم

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٤١

يحصل القطع بفساد الأصل و الأمانة، و أمّا في صورة العلم بالخلاف فالأمر فيه أشكل، بل لا دليل عليه مطلقا إلّا على القول بحكومة الاصول هنا على أدلة الشرط فيكون الشرط أعم من الظاهري و الواقعي.

٣- هناك موارد قد يدعى جريان السيرة المستمرة على قبول الأحكام الظاهرية الثابتة للبعض، في حق الآخرين، و هي كثيرة: منها: ما إذا اعتقد صحة العقد بصيغة المضارع أو الأمر، أو بالفارسية، أو مع التعليق في الإنشاء، أو مع بعض شرائط خاصة العقد أو غير ذلك، فتزوج امرأة بمقتضى الفتوى بينما، اعتقد شخص آخر بطلان هذا العقد.

فهل يمكن له العقد على هذه المرأة بعقد جديد لنفسه صحيح عنده؟ و هل يتفوه أحد بجواز ذلك؟!؟

و منها: ما يرى في بعض المذاهب الإسلامية من جواز بيع أشياء نحكم بحرمه بيعها، كبيع جلد الميتة بعد الدباغة أو بيع الحيتان المحرمة عندنا و أشباه ذلك، فلو علمنا بأنّه حصل على أموال كثيرة من خلال هذا البيع فهل يجوز قبول هداياه من ذاك المال و أخذه ثمنا للبيع؟ لا يبعد ذلك.

و منها: من لا يعتقد الخمس مطلقا إلّا في غنائم الحرب من علماء العامة، أو في بعض الأشياء كالهبة و الهداية و شبهها من الخاصة، فهل يمكن الحكم بعدم جواز أخذ بعض أمواله هدية أو ثمنا للإجارة و البيع و بعنوان المهر، الظاهر جوازه بحسب السيرة كما أنّه يشكل أخذ الخمس منه جبرا مع عدم اعتقاده.

و منها: إذا وصى بوصية أو وقف مالا- على أشخاص، و كانت الوصية و الوقف صحيحةً باجتهاده و باجتهاد الموصى و الموقوف عليهم، و لكن لم تكن صحيحةً في اجتهادنا، لا ينبغي الشك في جريان السيرة على التعامل بالحلية مع أموالهم. إلى غير ذلك.

بل و لو لا- ذلك أشكل الأمر في معاشره أتباع المذاهب الإسلامية المختلفة بعضهم مع بعض، و فسدت معاملاتهم، بل في أتباع المذاهب الواحد إذا اختلف الآراء و الاجتهادات،

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٤٢

كما في اتباع المراجع الدينية المختلفين في الفتاوى عندنا.

و من هنا يمكن التمسك بقاعدة نفى العسر و الحرج، و القول بعدم لزوم العسر و الحرج مطلقا لعدم العلم التفصيلي و الإجمالي في محل الابتلاء لا يصدر إلّا ممن لا خبرة له بالآراء و المذهب المختلفة و ما يلزمها من اللوازم.

هذا مضافا إلى السيرة المستمرة من لدن أعصار الأئمة قدس سره إلى زماننا هذا و لا سيما في معاشره أصحابهم مع أهل الخلاف.

بل يمكن القول بعدم الدليل على الحكم بفساد هذه العقود و شبهها بمقتضى اجتهاد من كان أجنيا عنها، فان القدر المتيقن صحة

اجتهاده في نفسه و مقلديه لا في حق غيره، لانصراف الأدلة عنه، فيلقى الحكم بالصحة و حجة اليد و غير ذلك حاكما على أموالهم و ازواجهم و غير ذلك ممّا صدر عنهم.

فالدليل ذلك لا ينحصر بالسيره بل الدليل الأخير أيضا حقيق بالتصديق، القول بأن أدلة حجية الإمارات و الاصول مطلقة لا تنحصر ببعض دون بعض فإذا قامت عنده شملت المجتهد و من خالفه في ذلك الاجتهاد و كذا مقلديه و غيره، ممنوع، بل الانصراف هنا قوى كما لا يخفى.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٤٣

أحكام العقد الفاسد

إشارة

كان الكلام في المباحث السابقة في أحكام العقد الصحيح و شرائطه، و نبدأ هنا بعون الله تعالى في بيان أحكام العقد غير الجامع لشرائط الصحة فنقول: فيه مسائل و أحكام كثيرة:

المسألة الأولى: الضمان

إشارة

و هي أن البيع الفاسد لا يوجب ملكا، و يكون كل من البائع و المشتري ضامنا لما أخذه بعنوان الثمن أو المثل. أما عدم الملك، فهو من الواضحات و القضايا التي قياساتها معها، و أمّا كونه ضامنا لما أخذه فهو المعروف بين الأصحاب، بل حكى الإجماع عليه عن بعضهم، و هذا الحكم من جزئيات القاعدة المعروفة «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» كما أن «كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» فاللازم بسط الكلام في أصل القاعدة و عكسها حتى يظهر حال البيع بعنوان مصداق لها، و تمام الكلام فيها يستدعي رسم امور:

الأول: من تعرض للمسألة

اعلم أنّها من القواعد المشهورة المتداولة على ألسن المتأخرين و المعاصرين، و لكن من المعلوم كما صرح به جمع من أعظم المعاصرين أو ممن قارب عصرنا أنّها لم توجد بهذه العبارة في كلمات أصحابنا الأقدمين، و لا في معقد إجماع و لا في متن رواية.

نعم حكى عن الشيخ قدس سرّه في مبسوطه ما يقرب منه أو يفيد معناه حيث علل الضمان في

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٤٤

واحد من العقود بأنّه «دخل على أن يكون المال مضمونا عليه».

هذا و لكن كثر الاستدلال بها بعين العبارة المذكورة في كلمات المعاصرين بل المتأخرين، و في مقدمهم الفقيه البارع صاحب

الجواهر قدس سرّه فقد استدلل بها أو بعكسها بنفس العبارة في طيات كتب الفقه: منها كتاب «التجارة» في بحث المقبوض بالعقد

الفاسد، و كتاب «الإجارة» في مسألة اشتراط سقوط الاجرة، و كتاب «العارية» في مسألة تلف العين في يد المستعير، و كتاب «الشركة»

في مسألة قسمة الربح على المالكين، و في كتاب «السبق» في شرح قول المحقق قدس سرّه: إذا فسد عقد سبق.

إلى غير ذلك ممّا ذكرناه بعين عبارته في كتابنا «القواعد الفقهية» فلا نعيده هنا «١».

هذا و لم ينقل إنكار من أحد فيما رأينا و إن حكى من بعض كلمات الشهيد الثاني قدس سره في المسالك الترييد فيها في بعض كلماته.

الثاني: مفاد القاعدة

و قد تصدى شيخنا الأعظم قدس سره لتتحيح مفاد القاعدة من شتى الجهات و النواحي. فمن ناحية أن العقد في قولنا: كل عقد يضمن ... يشمل جميع العقود، بل ما يشبه الايقاع كالجعالة. و من ناحية أن المراد بالعقد هل هو أنواعه، أو أصنافه، أو أشخاصه؟ و من أن المراد بالضمان ما ذا؟ و هل هو ضمان المسمى أو المثل؟

و من أن المراد بالباء في قولنا «بصحيحه» أو «بفاسده» للظرفية أو السببية؟ و من أن اقتضاء الصحيح للضمان هل هو اقتضائه بذاته، أو يشمل ما إذا كان بسبب الشرط أيضا (كالهبة المعوضة أو العارية المضمونة)؟ إلى غير ذلك.

هذا و لكن الإنصاف كما أشار إليه جمع من المحققين أنه لا ينبغي اتعاب النفس في هذا الطريق، لما عرفت من أن القاعدة بهذه العبارة لم ترد في نص الكتاب أو السنة أو معقد

(١). راجع القواعد الفقهية، ج ٤، ص ٢١٤.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٤٥

إجماع، بل و لا في فتاوى المتقدمين من أصحابنا، فالبحث عن هذه الخصوصيات مما لا طائل تحته، بل الأولى التصدي للأدلة حتى يعلم منها مقدار دلالتها على هذه القاعدة فإنها المعيار الوحيد في هذا المجال سعة و ضيقا و إثباتا و نفي كما يخفى.

الثالث: مدارك القاعدة

لقد استدل الشيخ قدس سره في المبسوط بقاعدة الأقدام، و الشهيد الثاني قدس سره في المسالك أضاف إليها قاعدة على اليد، فصار الدليل عليها أمرين: «قاعدة الأقدام» و «اليد» ثم اضيفت إليها أدلة أخرى، فنذكر الجميع مع ما هو المختار الذي هو اس الأساس في المسألة، و إن أهمله كثير منهم، فنقول: يمكن الاستدلال على المطلوب بما يلي:

الدليل الأول: و هو العمدة عندنا، قاعدة احترام الأموال و المنافع و الأعمال التي جرت عليها سيرة العقلاء جميعا، في جميع الأعصار و الأمكنة، فان من حصل له مال أو منافع من طريق مشروع قانونية، أو كان له عمل مشروع، لا يرخصون لأحد التغلب عليها و التصرف فيها بغير أذنه و رضاه (إلا في موارد خاص تقتضى قوانينهم ذلك لضرورة تدعو إليها) و يفرضون على من اتلفها أو تغلب عليها و تلفت في يده تداركها بمثلها أو قيمتها.

و الظاهر أن هذه القاعدة نتيجة معنى الملكية و السلطنة و مفهومها، فان حقيقتها ليست إلا اختصاص شخص بشيء على نحو خاص يمنع غيره عنه تكليفا و وضعيا بحيث لو تسلط عليه بدون رضاه كان عليه ردّه في أول زمان ممكن، و إن لم يقدر عليه لتلف أو اتلاف و جب عليه دركه.

و هكذا بالنسبة إلى المنافع التي تحت ملكه و سلطنته شرعا أو بحسب القوانين العقلانية، و كذا أعماله (عند استيفائه منه).

و الظاهر أن جميع ما ورد في روايات المعصومين عليهم السلام من أنه «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه».

و أن «حرمة مال المؤمن كحرمة دمه».

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٤٦

و أنه «لا يصلح ذهاب حق أحد».

و قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» و غير ذلك، كلها تشير إلى امضاء هذا البناء العريق العقلاني، و ليست أحكاما تأسيسية، كما أنها ليست أدلة اخرى مستقلة على المطلوب كما يظهر من كلمات شيخنا الأعظم قدس سره، و مصباح الفقاهة و غيرها، حتى يتكلم فيها بالنقض و الإبرام كما فعلوه.

كما أن السيرة المدعاة في المقام ليست سيرة المسلمين و المتشعبة فحسب، بل سيرة العقلاء جميعا، من قدم الأيام و قبل طلوع شمس الإسلام و بزوغها إلى زماننا هذا، و هذه السيرة مأخوذة - كما عرفت - من حقيقة معنى الملكية و السلطنة.

و الحاصل: أن قاعدة الاحترام وليده الاعتراف بأصل الملكية الشخصية و شئونها كما لا يخفى، و قد أمضاها الشارع، و لكن هناك أمران ينبغي التنبيه عليها:

أحدهما: إن قاعدة «ما يضمن» أوسع نطاقا من قاعدة «الاحترام» لأنها تجرى في الأموال و المنافع و غيرها حتى في مثل النكاح، و لكن قاعدة الاحترام غير جارية في بعضها، اللهم إلا أن يقال باندرج النكاح و مثله في المنافع فتأمل.

ثانيهما: إن تلف العين أو المنافع يكون على أربعة أقسام:

فتارة: يكون بالاتلاف، عمدا أو غير عمد.

و اخرى: من ناحية التفريط في حفظها.

و ثالثها: ما يكون بمتلف سماوى من غير تفريط و لكن لو لم يكن عنده لما تلف كما إذا سرقه سارق من بيته مع سائر أمواله من دون أى تفريط.

و رابعة: ما يكون بمتلف سماوى خاص أو عام و كان التلف في هذا المال حتميا سواء كان عنده أم لم يكن.

و التلف السماوى الخاص مثل أن يكون الحيوان مريضا بمرض يموت به، سواء كان عند صاحبه الأصلي أو عند المشتري أو في البيع الفاسد أو عند الغاصب، الثانى: و هو التلف العام مثل وقوع زلزلة أو سيل في قرية فالتلف الأموال جميعا، أموال البائع و المشتري، المفروضين في محل الكلام، و في ضمنه المقبوض بالعقد الفاسد.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٤٧

و الذى يمكن القول باستقرار بناء العقلاء على تداركه هو الصور الثلاث الاولى، أما الصورة الأخيرة فلا دليل على لزوم تداركه و إن كان ظاهر كلمات الفقهاء (قدس الله اسراهم) عاما شاملا للجميع، و الظاهر انصراف قوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» عن ذلك، نعم لو كان هذا الحكم حكما تعبديا أمكن الأخذ باطلاق الحديث لعدم قصور فيه، و لكن لما كان امضاء لبناء العقلاء، و قد عرفت عدم بنائهم على ذلك ظاهرا، فيشكل إلا بهذا الإطلاق، بل يمكن التردد في بناء الفقهاء على ذلك، و لعل محل كلامهم غير هذه الصورة فتأمل.

و سيأتى إن شاء الله مزيد توضيح ذلك.

الدليل الثانى: قاعدة الاقدام التى استند إليها الشيخ قدس سره فى ما عرفت من المبسوط و حاصلها: أن البائع أو مثله إذا دخل فى المعاملة على أن يكون ضامنا للعين بالعوض المسمى فقد أقدم على ضمانه، و رضى بذلك، و لما كان البيع فاسدا و لم يتم المسمى يكون الضمان بالمثل أو القيمة ثابتا لازما.

أقول: الاقدام بحسب الصغرى و إن كان معلوما لا ريب فيه، و لكن الإشكال فى كبراه، فان كون الإقدام سببا للضمان ممّا لم يدلّ عليه دليل عقلى و لا شرعى.

نعم: إذا كان الإقدام من الطريق المعروفة الصحيحة عند الشرع والعقلاء، أعنى من طريق البيع الصحيح ونحوه، كانت أدلة صحة البيع ونحوه دليلا على المقصود، لكن المفروض كون البيع أو العقد فاسدا فيما نحن فيه.

اللهم إنا أن ترجع هذه إلى قاعدة احترام المال و المنافع والأعمال، و لكن الإنصاف أن قاعدة الاحترام تقضى الضمان و إن لم يكن من قصده الاقدام على الضمان.

و بعبارة أخرى: تمام الموضوع فى قاعدة الاحترام هو التسلط على مال الغير أو منافعه و المزاحمة فى سلطانه بغير إذنه و رضاه، سواء قصد الضمان أو لم يقصد بل قصد المجانية، فرجوع الاقدام إليها بعيد جيدا.

هذا و قد أورد عليها: بإنكار الصغرى تارة، و عدم كونها جامعة مانعة ثانيا.

أما الاولى: فإنه أقدم على المسمى و لم يتحقق، و أما الضمان بالمثل فلم يقدم عليه فالاقدام منتف.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٤٨

و أما الثانى: فللنقض على جمعه بتلف المبيع قبل قبضه، فقد أقدم المشتري الى الضمان مع أن التلف حينئذ من مال البائع، و النقض على طرده بالبيع بلا ثمن و مثله فان الاقدام على الضمان منتف فيه مع أن الضمان ثابت قطعاً.

قلت: و كلاهما قابلان للمنع، أما الأول فلا لأن الاقدام هنا من قبيل الاقدام على العقد مع شرط فاسد (بناء على عدم كونه مفسداً) أو بيع ما يملك و ما لا يملك، الذى ينحل بحسب بناء العقلاء بأمرين، و فساد أحدهما لا يسرى إلى الآخر، و الحاصل: أن الاقدام هنا وقع

على أمرين بحسب القصد النوعى المعتبر فى أمثال المقام:

«أحدهما» أصل الضمان، «ثانيهما» كونه بمقدار خاص، و عدم المضاء الثانى لا يكون دليلا على نفى امضاء الأول.

و أما الثانى فلفساد كلا النقيضين، أما الأول فلا لأننا لا نسلم كون التلف قبل القبض من قبيل الاقدام على الضمان، فإن الضمان فى البيع و نحوه ليس بمجرد الانشاء عند العقلاء بل الإنشاء مع القبض.

و أمّا الثانى فلا لأن البيع بلا ثمن من قبيل التناقض، لصحة سلب مفهوم البيع عنه، فان كان يباع فلا معنى لكونه بلا ثمن، و إن كان بلا ثمن لم يكن يباع، بل كان من قبيل الهبة، و حينئذ لا نسلم كونه من باب الاقدام على الضمان، بل هو أشبه شىء بالهبة التى لا ضمان فيها.

الدليل الثالث: و استدل عليه أيضا بقاعدة الضرر، فان الحكم بعدم الضمان المأخوذ بالبيع الفاسد و نحوه ضرر على البائع قطعاً، و كذا على المشتري بالنسبة إلى الثمن، و قد أورد عليه بوجوه.

الوجه الأول: ما هو المعروف بين المتأخرين من أن قاعدة نفى الضرر إنما تنفى الأحكام الضرورية، و لا تكون مبدء لإثبات حكم كالضمان فيما نحن فيه.

هذا و لكن ذكرنا فى كتابنا «القواعد الفقهية» وجوها ثلاثة لعموم القاعدة و شمولها للعدميات أيضا، و اختار العموم شيخنا الأعظم قدس سره فى رسالته المعمولة فى المسألة.

و العمدة من هذه الوجوه أن مفاد لا ضرر إنما نفى الضرر من ناحية الشرع على المكلفين، أو من ناحية بعضهم على بعض، و لعل ظاهر المشهور هو الأول، و المختار هو

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٤٩

الثانى، و على كل حال لا مانع من عمومها و شمولها لنفى الأحكام و إثباتها.

أما على الثانى و هو المختار فظاهر، فإن جواز أخذ البيع فى العقد الفاسد بلا تداركه بالمثل أو القيمة ضرر عظيم من ناحية المكلفين بعضهم على بعض، لا يرخصه الشارع الأقدس، و معناه هو الضمان لا محالة.

و على الأول فمعنى القاعدة أن الشارع لا يفعل شيئا فى محيط التشريع يوجب الضرر، سواء فى أحكامه و تشريعاته، أو ترك تشريعه

لما يتقرب منه تشريعه، و السر في ذلك أن محيط التشريع بجميع شؤنه محط حكومة الشارع، و الأمر فيه بالنسبة إلى جميع أعمال المكلفين و حركاتهم و سكناتهم إليه، فما ينشأ من اهمال جعل بعض الأحكام من الضرر مستند إليه، كأحكامه المجعولة، من دون أى تفاوت في هذه النسبة.

و الحاصل: أن اسناد الضرر إلى الشارع لا فرق فيه بين جعل الأحكام الضررية، أو عدم جعل ما ينفي الضرر.

الوجه الثانى: أنه قد يعارض هذا الضرر بالضرر الحاصل من الجانب الآخر، لأن قيمة المثل قد يكون أكثر من المسمى بكثير مع أنه لم يقدم عليه.

و فيه: أن الضرر هنا في الجانب الآخر ممنوع جدًا، لأن المفروض أنه أخذ ما يعادل هذه القيمة، و عدم اقدمه على هذا الضمان لا ينافى ما ذكرناه من عدم الضرر، و بالجملة الضرر إنما يصدق إذا لم يصل ما يعادله إليه و لا ربط له بمسألة الاقدام، فتدبر تعرف.

الوجه الثالث: إن قاعدة نفي الضرر أخص من المطلوب لعدم شمولها لما إذا وقع التلف بمتلف سماوى من غير تفريط، لأنه لم يقع ضرر على البائع مثلاً من ناحية المشتري، نعم هي حاكمة في فرض الإلتلاف و شبهه.

أقول: قد عرفت أن الضمان في هذه الصورة (و هي القسم الرابع من الأقسام الأربعة المتقدمة) غير ثابت عندنا، لا سيما إذا كان العذر عامًا، و إن كان ظاهر المشهور ذلك (فراجع).

الدليل الرابع: الإجماع المدعى في المقام في كلمات غير واحد منهم، في ثبوت قاعدة ما يضمن، و الإنصاف أن الاستدلال به في أمثال المقام مما يتوفر فيه أدلة اخرى مشكل

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٥٠

جدًا، لعدم إمكان حدس قول المعصوم منه، مضافًا إلى أن الإجماع قابل للمناقشة.

الدليل الخامس: و استدل أيضا بما ورد في باب الأمة المسروقة من الروايات الكثيرة الدالة على أنه لو سرت الأمة فبيعت من دون علم المشتري فأولدها ترد إلى صاحبها و أن الولد له بالقيمة، مثل ما رواه جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى جارية فأولدها فوجدت الجارية مسروقة قال: «يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بقيمته» (١).

و حيث قلنا بالضمان في المنافع التي لم يستوفها، ففي العين بطريق أولى، و الرواية مرسله، و كون جميل من أصحاب الإجماع لا يوجب انجبارها كما ذكرنا في محله، و لكن العمدة مضمونها متظافر و مؤيد بروايات اخرى في نفس الباب، مثل ما رواه زرارة قال:

قلت لأبي جعفر عليه السلام: الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء الرجل فيقيم البينة على أنها جاريته: لم تبع و لم تهب، فقال: «يرد إليه جاريته و يعوضه بما انتفع» (٢).

و ما روى جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية قال: «يأخذ الجارية المستحق و يدفع إليه المبتاع قيمة الولد» الحديث (٣).

فالإشكال في اسنادها مما لا وجه له، إنما الإشكال في دلالتها و هو من ناحيتين:

الاولى: أنها ناظرة إلى بيع الغاصب، و أين هو ممّا نحن فيه، أى المأخوذ بالبيع الفاسد، و لا يجوز التمسك بالأولوية و لا إلغاء الخصوصية بل الأولوية على العكس.

الثانية: إن الاستيلاء من قبيل استيفاء المنفعة و اتلافها، و هذا خارج عما نحن بصدده، لأن الكلام هنا في التلف، و أما الإلتلاف فحكمه واضح بمقتضى قاعدة من اتلف.

أقول: يمكن الجواب عن الأول بأن مفروض الروايات عدم علم المشتري بالغصب، و حينئذ لا يتفاوت حاله عن المأخوذ بالعقد الفاسد، بل اطلاقها يشمل لما إذا كان البائع

(١). وسائل الشيعه، ج ١٤، الباب ٨٨ من أبواب العيوب و التدليس، ح ٣.

(٢). المصدر السابق، ح ٢.

(٣). المصدر السابق، ح ٥.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٥١

أيضا غير عالم بالغضب، و حينئذ يكون الأمر واضح.

و إن شئت قلت: إنَّ المأخوذ بالعقد الفاسد أعم من أن يكون لعدم مالكيه البائع للبيع أو انتفاء غيره من شرائط العقد و أركانه.

و أما الثاني: فلأنَّ الاستيلاء كما ذكره شيخنا الأعظم قدس سره بمعنى جعل الولد غير داخل في ملك أحد، لأنَّ المفروض أنه يكون حراً فليس هو من الاستيفاء أو الإلتلاف.

إن قلت: نطفه الأمة أيضا دخيلة في تكوّن الولد، و كذا رحمها، فالاستيلاء اتلاف لنطفه المرأة و كذا إلتلاف لمنافع الرحم (كذا قيل). قلت: مضافا إلى أن هذه تدقيقات عقلية لا يساعد عليها العرف، فان لازمها إعطاء قيمة نطفه المرأة أو منافع الرحم، لا قيمة الولد كما هو صريح الرواية فتأمل.

هذا مضافا إلى أنه لا فرق بين «التلف» و «الإلتلاف» فيما نحن فيه، و شمول قاعدة الإلتلاف لأحدهما، و قاعدة على اليد للآخر، لا يكون فارقا، لأنَّ هاتين القاعدتين كلاهما من شئون قاعدة الاحترام كما لا يخفى على الخبير.

فكون الاستيلاء من قبيل الاستيفاء لا يمنع من الاستدلال بالروايات.

إن قلت: في الروايات زرارة أنه يعوضه بما انتفع «١» و في رواية اخرى له أيضا «يعوضه في قيمة ما أصاب من لبنها و خدمتها «٢» و هما غير قيمة الولد.

قلت: أما قوله «يعوضه بما انتفع» فهو شامل لقيمة الولد، بل قد ورد التصريح بذلك في تفسير مذكور في ذيل الرواية، و إن كان لا يعلم أن هذا التفسير من زرارة أو غيره، و لكنه مؤيد للمقصود على كل حال.

و أما اعطاء قيمة اللبن و الخدمة فهو غير مناف لا اعطاء قيمة الولد، و يمكن الجمع بينهما فتأمل.

و الحاصل: أن الاستدلال بهذه الروايات على المقصود وجيه و إن كان مفادها بعض المطلوب.

(١). وسائل الشيعه، ج ١٤، الباب ٨٨ من أبواب العيوب و التدليس، ح ٢.

(٢). المصدر السابق، ح ٤.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٥٢

فتحصل من جميع ما ذكرنا أن العمدة في الاستدلال على القاعدة امور ثلاثة: قاعدة الاحترام، و لا ضرر، و الروايات الواردة في الأمة المسروقة، و إن كان مضمون الأخير أخص من المدعى كما هو واضح.

فالحكم هنا يدور مدار مقدار دلالة هذه الأدلة فإذا لم يكن هناك إضرار و لم يكن داخلا في حريم قاعدة الاحترام و الروايات المذكورة لم يكن وجه للضمان.

و من هنا يعلم أن مثل عقد المسابقة الفاسدة يشكل القول بالضمان فيها و إن كان صحيحها مضمون، لعدم شمول شيء من هذه الأدلة لها، لعدم ما فيه هتك احترام المال أو العمل، فان احترام العمل معناه أنه لو استفاد منه أو أتى به بأمره كان ضامنا لقيمه، لا في مثل المسابقة، لا سيما إذا كانا عالمين بالفساد، أو كان السابق عالما به.

نعم لو كان الدليل الإجماع أو الاقدام و شبهه أمكن القول بدخولها تحت القاعدة.

وجوه البيع الفاسد و صورته:

بقي هنا شيء: وهو أن بيع الفاسد (بعنوان المثل) يتصور على وجوه:

«أحدها»: أن يكون البائع والمشتري كلاهما عالمين بالفساد ومع ذلك أقداما عليه.

«ثانيها»: أن يكونا جاهلين.

«ثالثها»: أن يكون أحدهما عالما والآخر جاهلا.

أما صورة جهلها فالحكم فيه واضح.

و أما في صورة علمهما فقد يتوهم عدم ضمانهما، لأنهما سلطا غيرهما على مالهما مع علمهما بفساد العقد وعدم تأثير، فهل هذا إلّا التسليط المجاني؟ فلو بقيت العين كان له أخذها، أما لو تلفت في يد أحدهما لم يكن ضامنا نظرا إلى هذا التسليط المجاني، ولكن إشكاله واضح، لأن التسليط المجاني غير معقول بل التسليط يتحقق منهما بناء على الصحة لعدم المبالاة بحكم الشارع فيكتفيا بالصحة عند العقلاء أو عندهما فقط، ولذا لا يرضيان بأي نقص في مقدار الثمن والمتاع ولو درهما أو مثقالا، فكيف يكون تسليطهما مجانيا؟
أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٥٣

و توهم كونه من قبيل ضمان الأمين كما ترى، لأنه لم يعطه المال بعنوان الأمانة بل بعنوان الوفاء بالعقد المبني على الصحة غير مبال بالفساد كما هو ظاهر.

و أما في صورة علم أحدهما و جهل الآخر، ففيه إشكال الغرور، فإن الجاهل أقدم على المعاملة بزعم أن الضمان بقيمة المسمى - و كانت قيمة المثل أكثر منه بأضعاف مثلا- فتسليط البائع العالم له على المال مع علمه بالفساد هو الذي أوجب غروره و وقوعه في هذا الضرر، فلو قلنا بضمانه جاز رجوعه إلى البائع الغار بتفاوت ما بين المسمى و المثل لا أقل، و وقع التهاتر بين دينه من ناحية الضمان و حقه من ناحية الغرور، أو بالنسبة إلى الجميع لأنه مغرور في الكل.
هذا و لكن غروره في الكل واضح الفساد، لعدم كونه مغرورا بالنسبة إلى المسمى، لأن المفروض دخوله في المعاملة لا على نحو المجانية.

و أما بالنسبة إلى التفاوت فهو إنما يصح إذا كان البائع هو الباعث له في إلقائه في هذا الضرر، مثل ما إذا قال البائع له: تعال و اشتر هذا المتاع مني و البيع صحيح شرعا، و لا نلتزم بغير المسمى.

أما إذا جاء المشتري و لم يسأله عن صحة المعاملة شرعا و فسادها، و أقدم هو بنفسه على المعاملة فكونه مصداقا لقاعدة الغرور محل إشكال ظاهر.

عكس القاعدة:

هذا كله في أصل القاعدة، أما عكس القاعدة: وهو «كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده» فقد استدل له أيضا بأمور:

١- الإجماع: وفيه ما مر في أصل القاعدة، من عدم حجتيه في أمثال المقام لو سلم قيام الإجماع صغويا.

٢- الأولوية: وقد أشار إليها الشيخ قدس سره في ما حكى من رهن المبسوط، و حاصلها: أن العقد الصحيح مثل الهبة أو الإجارة إذا لم يقتض الضمان و وقع مجانيا ففساده لا يقتضى ذلك

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٥٤

بطريق أولى، و الوجه فيه على ما أفاده شيخنا الأعظم قدس سره أن سبب الضمان إما الاقدام أو حكم الشارع، أما الاقدام فالمفروض عدمه في المقام، و أما حكم الشارع فهو أيضا منفي، لأن العقد الفاسد بحكم العدم.

و أما وجه الأولوية فالصحيح إذا كان مفيدا للضمان، يمكن أن لا يكون فاسده موجبا له، لأنه كالعدم، و الاقدام إنما وقع على المسمى و هو غير حاصل، و أما المثل فلم يقدم عليه، فإذا لم يكن الصحيح موجبا له فالباطل لا يكون موجبا بطريق أولى. لكن الإنصاف أن الأولوية هنا بالعكس، فان نفى الضمان عن الهبة الصحيحة أو الإجارة مثلا إنما هو لاقتضاء الصحة ذلك، بعد تراضى الطرفين و حكم الشارع و إمضائه، و أما إذا كان فاسدا فلا وجه لنتفيه مع أن مقتضى اليد هو الضمان. هذا مضافا إلى ما قد عرفت من أن قاعدة الاقدام لا دليل عليها من رأس و أن الاقدام ما لم ينضم إلى إمضاء الشارع لا أثر له. ٣- و هو العمدة في المقام لإثبات عدم الضمان، و هو عدم جريان الأدلة السابقة الدالة على الضمان هنا، و عدم وجود دليل آخر عليه، و الأصل ينفيه.

توضيحه: إن قاعدة احترام الأموال غير شاملة لما إذا كان التسليط المجاني من ناحية المالك كالهبة، و لو كانت فاسدة، و كذلك إذا رضى بعدم الضمان كالإجارة الفاسدة بالنسبة إلى العين و كذا الأمة الفاسدة. و أما قاعدة الضرر فهي أيضا غير شاملة إذا كان برضى المالك و إجازته، و أما عدم شمول روايات الأمة المسروقة للمقام فهو أوضح من أن يخفى.

و كذلك قاعدتا «على اليد» و «الإتلاف» و قد عرفت رجوعهما إلى قاعدة الاحترام بل هما من شئونها، فحينئذ لا يبقى وجه لضمان العقد الفاسد لا يضمن بصحيحه، و الأصل عند الشك عدم الضمان. نعم، يمكن استثناء صورة واحدة و هي ما إذا كان المالك جاهلا بالفساد، و كان تسليطه على المال بظن صحة العقد، بحيث لو كان عالما بالفساد لم يكن يسلط الغير على ماله، و كان الآخذ عالما بذلك، ففي هذه الصورة يشكل الحكم بنفى الضمان، أما إذا كانا عالمين

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٥٥

أو كان المالك عالما، أو كان جاهلا لكن لو علم بالفساد كان راضيا بالتسليط، كان الحكم بنفى الضمان قويا.

٤- و قد يستدل بقاعدة الاستيمان و أن من استأمنه المالك على ملكه فهو غير ضامن، و هذه قاعدة مستفادة من بناء العقلاء و النصوص الكثيرة الواردة في أبواب مختلفه من الإجازات و غيرها. و لا بأس به، و لكنه في الحقيقة من قبيل الاستثناء لقاعدة احترام الأموال، فان عدم الضمان عند استيمان المالك لا ينافي الاحترام، لذا يمكن القول بخروجه تخصصا أيضا.

نعم، الاستثناء السابق و هو صورة جهل المالك و عدم رضاه على فرض العلم جار هنا، و لعل كلام الأصحاب أيضا غير ناظر إلى هذه الصورة.

و من هنا يظهر أنه لا فرق بين مورد العقد و غيره، و الأول مثل الهبة، و الثاني مثل الإجارة، فان مورد الإجارة هو المنافع، و أما ضمان العين و عدمه خارج عنه، و لكن الحكم جار في الصورتين، و ذلك لا تحاد الدليل في البابين.

المسألة الثانية: وجوب الرد

هذا الحكم، أعنى وجوب ردّ المقبوض بالعقد الفاسد فورا، مما ادعى عدم الخلاف فيه، بناء على عدم جواز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد، فاللازم أولا التكلم في جواز التصرف فيه و عدمه، فنقول «و منه سبحانه نستمد التوفيق»:

إنّ الحكم بعدم جواز التصرف أمر ظاهر في بدو الأمر، نظرا إلى أنه مال الغير، و إنما أراد نقله إلى غيره بعقد فاسد لا- أثر فيه، و المفروض أنه لم يؤذن له بالتصرف فيه على غير هذا الوجه.

و إذا استدل له بما ورد من أنه «لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلّا بأذنه» (١).

أو «لا يحل مال امرئ مسلم لأخيه إلّا بطيبة نفسه»، وقد عرفت أن جميع ذلك من شئون

(١). وسائل الشيعة، ج ٦، الباب ٣ من أبواب الأنفال، ح ٦.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٥٦

قاعدة الاحترام المعروفة عند العقلاء، وقد أمضاها الشرع، وهي أيضا من شئون السلطنة على الأموال المتولدة من مفهوم الملكية الشخصية.

وقد أورد على الاستدلال - والظاهر أن الموارد المحقق الخراساني قدس سره في تعليقه: بأن الاستدلال على وجوب الرد بحرمه الإمساك مبنى على أن النهي عن الشيء يقتضى الأمر بضده، وهو خلاف التحقيق، كما أن الأمر بالشيء أيضا لا يقتضى النهي عن ضده.

وفيه إشكال ظاهر، فإن المسألة غير مبنيّة على دلالة الأمر والنهي، بل لما كان الأمر دائرا بين ضدين لا ثالث لهما كان طريق الخلاص عن الحرام التوصل إلى ضده بحكم العقل، بل لا يبعد دلالاته عليه بالدلالة الالتزامية العرفية كما لا يخفى، وتمام الكلام في محله. هذا وقد فصل المحقق اليزدي قدس سره في تعليقه بين صورة جهل الدافع وعلمه، وقال: لا ينبغي الإشكال في عدم جواز التصرف فيه مع جهل الدافع، أما مع علمه فيمكن الإشكال فيه وإن كان باقيا على ملكه، وذلك للإذن فيه، في ضمن التملك.

وقد أورد عليه في «مصباح الفقاهة» بما حاصله: إن هذا الإذن كان مبنيّا على صحة المعاملة لا أنه اذن جديد بالتصرف في هذا المال. وهذا البيان وجيه في بادى الأمر، وقد مرّ نظيره سابقا، ولكن يرد عليه: أنه إذا علم الدافع بعدم صحة هذا العقد شرعا ومع ذلك اعطاه العين، فلا محالة يكون اقدمه بأحد أمرين: إما بعنوان التشريع، أو بعنوان عدم المبالاة بحكم الشرع والاكْتفاء بحكم العقلاء، أما الأول فهو نادر جدّا، وأما الثاني فمعناه رضاه بالتصرف في هذا المال بازاء التصرف في عوضه، فإن العلم بالفساد لا ينفك منه، فعلى هذا لا يبعد جواز تصرف كل منهما انتقل فيما انتقل منه في مقابل تصرف الآخر فيه، لا مطلقا حتى يحتاج إلى إذن جديد يكون المفروض عدمه.

إن قلت: ما قلت من رضاه بالتصرف في ماله بازاء التصرف في مال الآخر ممنوع، فإن المفروض أن هذا الرضا كان معلقا على عنوان الملك، وهو غير حاصل «١».

(١). كتاب البيع، ج ١، ص ٣١١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٥٧

قلت: نعم لكن المفروض أنه سلط الغير على ماله وهو يعلم أنه ليس بمالك شرعا فلم هذا التناقض؟ فليس هناك إلّا أنه إمّا قصد التشريع والمفروض عدمه، أو الاكتفاء بالملكية العرفية والرضا به وإن لم يأذن به الشرع، وهو حاصل، فيجوز لكل منها التصرف فيما انتقل إليه.

إن قلت: يمكن القول بالجواز من جهة أن الملكية من قبيل الداعي لا-العنوان، ومن المعلوم أن تخلف الداعي غير قاذح بخلاف تخلف العنوان.

قلت: كلا، بل المسألة من قبيل العنوان، فهو يدفع العين للقابض بعنوان أنه مالك لا غير، فالوجه في الصحة ما ذكرناه. فالتفصيل بين صورة العلم والجهل غير بعيد، ومما ذكرناه ظهر أن الاعتماد في حرمة التصرف على «أن الإذن إنّما تعلق بعنوان الملكية لا مطلقا وليس هنا إذن جديد على الفرض»، لا ينفع مع علم الدافع بعدم حصول الملك، وإن شئت اختبره بما إذا اذن واحد للوارد عليه بالتصرف في ماله بعنوان أنه أخ له مع علمه بعدم كونه أخا فالإذن حينئذ لا يكون إلّا بادعاء كونه أخا وما أشبه ذلك، و

إلّا فكيف يجمع الإذن مع العلم بنفى العنوان؟

وأظهر ممّا ذكرنا، الإذن في العقود التي لا تشتمل على المعاوضة، كما إذا وهبه بهبة فاسدة، فإن كان جاهلا لم يجز التصرف بلا إشكال إلّا باذن جديد أو العلم برضاه حتى مع العلم بالفساد، وأما إن كان عالما بالفساد جاز له بغير إشكال، لأنّه المفروض اكتفائه بالملكية بحسب بناء العقلاء وهو حاصل، أو بتشريعه في نيته، وإن كان قصد التشريع في المعاملات الفاسدة نادر جدا. فتحصل من جميع ما ذكرنا:

أولا: إنّ التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد لا يجوز إلّا مع علم الدافع بالفساد، أو جهله بالفساد، ولكن لو علم به رضى به. ثانيا: أنّ الدليل على الجواز في هذه الصور، الرضا الناشئ عن اعتبار القابض مالكا في عرف العقلاء مع علمه بعدم كونه كذلك في عرف الشرع، و الرضا التقديرى في أمثال أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: 158 المقام كالرضا الفعلى كما حققناه في محله.

ثالثا: أنّ عمدة الدليل على حرمة التصرف هو قاعدة احترام الأموال، وكذلك ما ورد في إضاءته من الروايات. إذا عرفت ذلك فلنرجع إلى حكم وجوب الردّ - فقد عرفت دعوى عدم الخلاف في وجوب الردّ واستدل له تارة: بما دلّ على عدم جواز التصرف في مال الغير بغير إذنه، و اخرى: بما دلّ على عدم حلية مال امرئ إلّا بطيبة نفسه، و ثالثة: بقاعدة على اليد، و له بيانان: أحدهما: أنّه يعمّ الحكم التكليفى و الوضعى كليهما، فمفاده وجوب ردّ العين مع وجوده، و ردّ بدله مع تلفه (و هذا محكى عن المحقق الإيروانى قدّس سرّه).

ثانيهما: إنّ مفادها ليس إلّا الحكم الوضعى بالدلالة المطابقية، و لكن يستفاد منه الحكم التكليفى، أعنى وجوب الردّ بالدلالة الالتزامية (و هذا محكى عن المحقق النائينى قدّس سرّه).

هذا و قد يناقش في الجميع، أمّا في الأول: فلعدم صدق التصرف على مجرد الإمساك، و على الثانى: بأن مجرد عدم الحلية لا يدل على حرمة الإمساك، و على الثالث: بعدم دلالة إلّا على الحكم الوضعى و أكثر منه ممنوع. و الإنصاف أنّ وجوب الردّ في الجملة ممّا لا ينبغى الشك فيه، لأنّ إمساك مال الغير بغير إذنه و رضاه مناف لقاعدة احترام الأموال الثابتة عند العقلاء، و إمضاء الشارع المقدس بما دلّ على حرمة التصرف في مال الغير، قاعدة على اليد و غير ذلك من أشباهها. و لكن لا بدّ من تفصيل في المسألة..

فتارة: يكون كلاهما جاهلين بالفساد، فإذا تجدد للقابض علم له فعليه ردّه إليه و لا أقل من تخليته اليد و اعلامه بذلك، فإن الردّ في المقام أعم من ذلك، فحينئذ لا يتعين عليه دفعه إليه فضلا عن كون مؤنثه عليه. و اخرى: يكون مع علم الدافع سواء علم القابض أم لا و هنا أيضا لا يجب عليه إلّا التخليته و عدم المزاحمة للمالك أى منعه عن أخذ ماله مهما أراد.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: 159

و ثالثة: يكون مع علم القابض و جهل الدافع بالفساد فالواجب عليه حينئذ أن لا يأخذ من أول الأمر، و لو أخذه فعل حراما و عليه ردّه إلى صاحبه، و لا يكفى هنا مجرد الإعلام و تخليته اليد، لأنه السبب في خروج المال عن يد مالكة بعد كونه عالما و المالك جاهلا، فعليه أن يرده إلى صاحبه، بل مؤنة الردّ عليه أيضا، سواء كان كثيرا أو قليلا و لا تشمله أدلة نفي الضرر، للأقدام.

المسألة الثالثة: حكم المنافع المستوفاه و غير المستوفاه

من أحكام العقد الفاسد «ضمان المنافع المستوفاء» كما هو المحكى عن المشهور، والمراد به المنافع التي استوفها المشتري من البيع و البائع من الثمن، سواء كان من قبيل سكنى الدار و ركوب الحيوان، أو من قبيل اللبن و التاج و ثمرة الشجرة. و لكن أختار «ابن حمزة» في «الوسيلة» عدم الضمان، و إليك نص عبارته: قال في ما حكى عنه في حكم البيع الفاسد: «فإذا باع أحد بيعا فاسدا و انتفع به المبتاع و لم يعلم بفساده ثم عرفا و استرد البائع المبيع لم يكن له استرداد ثمن ما انتفع به، أو استرداد الولد إن حملت الأم عنده و ولدت، لأنه لو تلف لكان من ماله و الخراج بالضمان» (انتهى).

هذا و مقتضى قاعدة احترام الأموال التي مرّت الإشارة إليها غير مرّة و عرفت مبانيها في الشرع و بين العقلاء، و هو الضمان، لأن المفروض فساد البيع، و عدم نقل العوضين عن ملك صاحبهما، فبقيت المنافع على ملك صاحبها و لم يجز استيفائها و لو استوفها كان عليه عوضها، و قد عرفت أن حديث «على اليد» و «لا يحل» و «لا يجوز» و أشباهها كلها إمضاء لهذه القاعدة. نعم، يمكن استثناء صورة واحدة و هي ما إذا علم المالك بالفساد و مع ذلك رضى بالقبض و الإقباض، و قد عرفت أن هذا دليل رضاه بالبيع الصوري العرفي، و إن لم يكن شرعيا، إنا تشريعا أو تركا لحكم الشرع لعدم المبالاة في الدين، و لكن مقتضاه الرضى أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٦٠ بالتصرف فيه في مقابل التصرف في بدله.

و إن شئت قلت: إنه من قبيل الإباحة المعوضة بالنسبة إلى المنافع. فالضمان ثابت على كل حال، و إنما التفاوت في ضمان المسمى أو المثل، ففي صورة الجهل يثبت ضمان المثل، و في صورة علمهما و رضاهما يثبت ضمان المسمى، (فتدبر).

شيرازي، ناصر مكارم، أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، در يك جلد، انتشارات مدرسة الإمام على بن أبي طالب عليه السلام، قم - إيران، اول، ١٤٢٥ هـ ق أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)؛ ص: ١٦٠

إشارة إلى قاعدة «الخراج بالضمان»:

هذا و الدليل على القول الثاني، أعنى الضمان، و هو القاعدة المعروفة عند المخالفين غير الثابتة عندنا: «الخراج بالضمان» و قد ذكرناها بالتفصيل في كتابنا «القواعد الفقهية» و نشير هنا إلى ملخصها: فنقول: إن مفاد هذه القاعدة و مغزاها أن «كل من ضمن شيئا و انتفع به كانت هذه المنافع له بغير عوض، في مقابل ضمانه لأصل العين».

هذا هو المشهور بين العامة، و لكن الخاصة لم يوافقوا عليه إلّا في موارد خاصة تدل عليها أدلة أخرى، ستأتى الإشارة إليها إن شاء الله، و يظهر ممّا حكى عن أبي حنيفة و غيره، عموم القاعدة عندهم حتى في موارد الغصب و البيع الفاسد، كما صرح به في قضية أبي ولاد المعروفة في قصة «كراء البغل» الذي جاوز به الحد الذي أجازة المالك. و على كل حال يمكن الاستدلال لهذه القاعدة بطائفتين من الروايات:

الطائفة الأولى: ما حكى عن طريق الجمهور من قضائه قدّس سرّه «الخراج بالضمان» الذي رووه بطريق مختلفه «١» كلها تنتهي إلى «عائشة»، و في طريقها «عروة بن الزبير» و لكنها رويت تارة مجردة عن كل شيء، مثل ما رواه أحمد في مسنده عنها عن النبي قدّس سرّه قال:

«الخراج بالضمان» «٢».

و اخرى فى ذيل مسألة بيع المعيب، مثل ما روته هي: أن رجلا اشترى عبدا فاستغله ثم وجد به عيبا فردّه، فقال: يا رسول الله قدس سرّه إنّه قد استغل غلامى. فقال رسول الله قدس سرّه: «الخراج بالضمان» (٣).

(١). قواعد الفقهيّة القواعد، ج ٤، ص ٣٠٨.
 (٢). مسند أحمد بن حنبل، ج ٤، ص ٤٩.
 (٣). سنن ابن ماجه، ج ٢، كتاب التجارات الباب ٤٣.
 أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٦١
 و الظاهر أنّهما و غيرهما من طريق الحديث و متونه كلها ناظرة إلى موضوع واحد و قضية واحدة، فالقدر المعلوم و رودها ذيل بيع المعيب، و من الواضح أنّ هذا البيع صحيح، و بمقتضى صحته تكون المنافع لمن المنتقل إليه، و المراد بالضمان هنا تلفه فى ملكه، و هذا موافق للقواعد، بخلاف ما إذا كان البيع فاسدا، أو كان الكلام فى المغصوب.
 إن قلت: لفظ الحديث عام و إن ورد فى مورد خاص.
 قلنا: نعم لو كانت الألف و للأم للجنس، أمّا لو كانت للعهد المذكور فى الرواية فلا، هذا كله مضافا إلى ضعف اسناد هذه الأحاديث عندنا.

إن قلت: قد ثبت فى محله أنّ التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له، و هذا ينافى كون التلف من المشتري عند خيار العيب.
 قلت: أولا: قد ذكرناه فى محله من بحث القواعد أنّ تلك القاعدة لما كانت بنفسها مخالفة للقواعد، فانه يقتصر فيها على المقدار الثابت شرعا، و القدر المعلوم من أدلتها هو ثبوت القاعدة فى خيار الحيوان أو الشرط إذا كان المبيع حيوانا.
 ثانيا: أنّه فرع كون العيب بنفسه موجبا للخيار لا بظهوره، و هو محل الكلام فى محله.
 أمّا الطائفة الثانية: و ما ورد من طريق الخاصة، و هي عدّة روايات:
 ١- ما رواه فى دعائم الإسلام نظير ما ورد فى كتب العامة (١).

٢- ما رواه اسحاق بن عمار (٢)، قال: «حدثنى من سمع أبا عبد الله عليه السّلام و سأله رجل و أنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه فقال: أبيعك دارى هذه، و تكون لك أحبّ إلى من أن تكون لغيرك، على أن تشتري لى إن أنا جئتك بثمانى إلى سنة أن ترد عليّ، فقال: لا بأس بهذا، إن جاء بثمانى إلى سنة ردّها عليه قلت: فأنّها كانت فيها غلّة كثيرة فأخذ الغلّة، لمن تكون الغلّة؟ فقال الغلّة للمشتري، ألا ترى أنّه لو احترقت لكانت من ماله؟»
 و سند الحديث معتبر إلّا أنّه يظهر من العلامة قدس سرّه فى الخلاصة عدم الاعتماد على ما

(١). مستدرک الوسائل، ج ٢، أبواب الخيار الباب ٦ و ٧.
 (٢). وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ٨ من أبواب الخيار، ح ١.
 أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٦٢
 ينفرد به «اسحاق» نظرا إلى أنّه فطحي، و لكن الإنصاف وثاقته كما صرّح به جمع من أعظم علماء الرجل و لا يضرّ كونه فطحيًا، و باقى السند لا غبار عليه.

إن قلت: ورد فيه أنّ اسحاق رواه عن بعض من سمع الصادق عليه السّلام، و هذا نوع ارسال.
 قلت: التصريح بأنّه سمعه عنه عليه السّلام دليل على اعتماده بالرجل كما لا يخفى، و نظيره ما يظهر من الفرق فى مرسلات الصدوق

قدس سره بين ما يذكره بقوله: روى عن الصادق عليه السلام و بين قوله: قال الصادق عليه السلام فتأمل.

٣- ما رواه معاوية بن مسيرة قال: «سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل و كان بينه و بين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر فشرط أنك إن أتيتي بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله. قال: له شرطه، قال أبو الجارود: فان ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين. قال: هو ماله، و قال أبو عبد الله عليه السلام: أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري» (١).

أبو الجارود و إن كان ضعيفا ينسب إليه مذهب الجارودية و لكن الظاهر أن «معاوية بن مسيرة» كان حاضرا عند سؤاله عنه عليه السلام، فلا يضرّ عدم وثاقته، و لكن معاوية نفسه مجهول لا يعتمد على روايته.

هذا و الاستدلال بها مبنى على كون «قوله ألا ترى أنه لو احترقت كان من ماله» بمنزلة العامة و يؤدي معنى «الخراج بالضمان» و إن لم يكن بلفظه، و لكن الإنصاف أنه و إن لم يخل عن إشعار بذلك لكن يحتمل أن يكون المراد منه بيان الدليل على كونه مالكا للغلة لذكر ما يدل على كونه مالكا لأنه إذا كان الاحتراق من ماله ثبت كونه مالا له منتقلا إليه بالبيع، فالمنافع له على كل حال. و مع هذا الاحتمال لا يصح الاستدلال بها.

و قد يستدل مضافا إلى ما ذكر بما رواه اسحاق بن عمار عن أبي ابراهيم عليه السلام: «الرجل

(١). وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ٨ من أبواب الخيار، ح ٣.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٦٣

يرهن الغلام و الدار فتصيبه الآفة على من يكون؟ قال: على مولاه» الحديث (١).

و الرواية و إن كانت معتبرة ظاهرا بحسب السند، و لكن يمكن أن يناقش في دلالتها بأن الكلام فيها من ناحية الزيادة السوقية، أعنى زيادة قيمة العين في السوق، و هذا غير المنافع المستوفاة، و قياسها عليها بالأولوية كما ترى.

و على فرض دلالتها يأتي فيها ما مرّ في ما قبله من احتمال كونها ناطرة إلى بيان كون المنافع تابعة للملك حيثما كانت.

فتبين من ذلك كله أن شيئا من روايات القاعدة النافية لضمان المنافع لا تقوم بإثباتها بعنوان كل يشمل البيع الفاسد أو المعيوب.

فلا يبقى هنا إلا أحكام الضمان بحسب قاعدة احترام الأموال.

بقي هنا شيء: و هو أنه ما المراد من لفظي «الخراج» و «الضمان»؟

و قد ذكر فيهما وجوه:

الأول: المراد من الخراج ما هو المعروف في الأراضى الخراجية من الضريبة على الأرض و شبهها.

و من الضمان ما يحصل بسبب تقبل الأرض أو الإجارة، أي إجارة الأرض توجب الخراج (و كأن الباء هنا للسببية لا المقابلة).

الثاني: أن المراد بالخراج ما ذكر، أعنى المضروب على الأراضى أو الرؤوس، و المراد من الضمان تكفل والى المسلمين لنظم امورهم و تدبيرهم في مقابل ذلك (و الباء للمقابلة).

الثالث: المراد من الخراج الخسارة الحاصلة للضامن بالنسبة إلى المنافع، كخسارة منافع العبد، و بالضمان ضمان رقبته، يعنى أن خسارة المنافع تتبع ضمان العين، و لما لم يكن في مسألة العبد المعيوب ضمان العين، فليس هناك ضمان للمنافع المستوفاة (٢) (و الباء للسببية).

و هذه الاحتمالات الثلاث كلها بعيدة لا شاهد عليها لا سيما الأول و إن جعله في

(١). وسائل الشيعة، ج ١٣، الباب ٥ من أبواب الرهن، ح ٦.

(٢). كتاب البيع، ج ١، ص ٣٢٠.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٦٤

«مصباح الفقاهة» أقرب ما يحتمل في معنى الحديث، و هو عجيب.

أما الأول: فلائنه لا يتصور في الأراضى الخراجية ضمان، و أما التقبل أو الإجارة ليست إلّا قبول الخراج و تعهده، فيتحدان. و أمّا الثانى: فلأن تعهد والى المسلمين فى تدبير الامور ليس أمرا يصح اطلاق الضمان عليه إلّا بنوع من المجاز و الكناية كما هو ظاهر.

و الثالث: أبعد من الجميع، فان ضمان المنافع لا يسمى خراجا، مضافا إلى أنه ليس بسبب ضمان العين بل هما معلولان لعلّة ثالثة، و هو التسلط على العين بغير رضاه صاحبه، أضف إليه أن الاحتمالين الأولين لا يساعدان مورد الحديث و شأن و روده فى منافع الغلام فى بيع المعيوب، و قد عرفت أن الظاهر أنها حكاية لقضية واحدة روايتها عائشة تارة مستقلة عن موردها، و اخرى مع بيان موردها. الرابع: المراد من الخراج «المنافع المستوفاة»، و من الضمان «الضمان الحاصل فى العقود الصحيحة» فقط، أى هذه المنافع إنّما حصلت له و ابيحت لإقدامه على البيع و قبول الضمان و تعهد الثمن.

و هذا أقرب الاحتمالات بحسب مورد الحديث كما عرفت، و إن كان اطلاق الضمان على ما يحصل بسبب البيع الصحيح، ليس ممّا ينصرف إليه الذهن فى بدء النظر، و لكن مع وجود القرينة الظاهرة الواضحة لا محيص عنه.

الخامس: المراد من الخراج المنافع المستوفاة، و من الضمان أعم من الضمان الحاصل فى العقود الصحيحة أو الفاسدة أو الغصب، و هذا العموم و أن أمرا محتملا فى نفسه و لكن لما لم يدل عليه دليل لا يمكن المساعدة عليه كما هو ظاهر.

فتحصل من جميع ما ذكرنا أن الاستدلال بالرواية على نفي الضمان للمنافع المستوفاة فى البيع الفاسد لا يصح على كل حال، و أنّه لا دليل آخر على نفي هذا الضمان الثالث بأدلتها، فالضمان ثابت على كل حال، نعم إذا علم البائع بالفساد، و رضى بالبيع الصورى العرفى، فقد رضى باتلاف المنافع و استيفائها فى مقابل التسلط على الثمن، و الضمان حينئذ مشكل جدّا.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٦٥

حكم المنافع غير المستوفاة:

هذا كلّه فى حكم المنافع المستوفاة، و أمّا «غير المستوفاة» كما إذا اشترى دارا أو دابة و قبضها و لم ينتفع بمنافعها و مضى عليها مدّة طويلة أو قصيرة، فهل هو ضامن لكراء الدار أو الدابة، أو ليس بضامن؟

المشهور بل ادعى عليه الإجماع فى محكى التذكرة و السرائر الضمان بالنسبة إلى المغصوب، و لكن بعبارات قد يلحق به البيع الفاسد أيضا، و إن كان الإلحاق لا يخلو عن إشكال.

قال فى التذكرة: إن منافع الأموال من العبد و الثياب و العقار و غيرها مضمونة بالتفويت و الفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبدا أو جارية أو عقارا أو حيوانا مملوكا ضمن منافعها، اتلفها بأن استعملها أو فأت تحت يده، بأن بقيت مدّة لا يستعملها عند علمائنا أجمع (انتهى).

و لكن إلحاق البيع الفاسد بالغصب و اليد العادية ممنوع.

و مع ذلك فى المسألة أقوال ثلاثة:

الأول: ما عرفت من الضمان مطلقا.

الثانى: عدم الضمان مطلقا كما أختره فى إيضاح القواعد.

الثالث: التفصيل بين صورة العلم بالفساد (فلا- يضمن) و عدمه (فيضمن) كما حكى عن بعض، و أمّا التوقف فليس قولنا، و شيخنا

الأعظم قدس سره رجح عدم الضمان في أول كلامه، ثم مال إلى التوقف، و مال أخيراً إلى الضمان، و لكن لم يستقر عليه أيضاً. و الذي يدل على الأول، مضافاً إلى ما مرّ من دعوى الإجماع الذي عرفت الإشكال فيه، قاعدة الاحترام في الأموال، فإنها تقتضى عدم التسلط على مال الغير بغير إذنه، و ضمانه لمنافعه لو تسلط عليه، و الاذن الموجود هنا مبنى على فرض صحة البيع و كونه مالكا لا مطلقاً، فهو غير كاف.

و قد يستدل بقاعدتي الاتلاف و على اليد، و لكن الجميع قابل للإيراد.

أمّا الأول (و هو العمدة في هذه الأبواب) فبناء العقلاء بالنسبة إلى المنافع غير

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: 166

المستوفاه غير ثابت، حتى في مورد الغصب، فلو غصب كتاباً أو فرشاً أو حلياً ثم ردّه عليه لا يؤخذ منه كراء الكتاب و الفرش و الحلّي. نعم إذا كان معداً للكراء و الانتفاع بمنافعها من هذا الطريق، كالعبد الكسوب و الدابة المعدّة للكراء أو الآنية و الكتب و الفرش و السيارات التي هي كذلك، فيمكن القول بضمان منافعها و يؤخذ مثل الكراء منه.

و الظاهر صدق الاتلاف عليه في هذه الصورة أيضاً.

و منه يظهر الإشكال في التمسك بقاعدة الاتلاف و أنّه لا يصح إلّا في هذا الفرض.

و اما قاعدة على اليد فالظاهر عدم شمولها لغير الأعيان، لانصراف عنوان «الأخذ» و «الاداء» عنه، و اطلاقهما عليه ببعض التمحلات غير كاف في مقام الأخذ بالظهور.

فالتفصيل بين الأعيان المعدّة للكسب و الانتفاع بها بعنوان الكراء و شبهه، و بين غيرها، قريب جدّاً، و إن لم نر من ذهب إليه، و الظاهر أنّ الحكم في المغصوب أيضاً كذلك.

و إن كان يظهر من بعضهم عدم القول به، و لكن لا يكون هذا إجماعاً، و لو فرض الإجماع فيه كان مستنداً بحسب الظاهر إلى تلك القواعد المعروفة و شبهها بل يكفي احتمال ذلك.

هذا كلّه في الجاهل، أمّا لو كان البائع عالماً بالفساد و اكتفى بالبيع الصوري العرفي و رضى بالتصرفات في مقابل التصرف في العوض أشكال الحكم بالضمان هنا كما عرفت في سابقه.

فيتحصل من ذلك قول رابع في المسألة، و هو التفصيل بين الأعيان المعدّة للانتفاع بكرائها، مع الجهل بالفساد، فتضمن منافعها غير المستوفاه، و بين ما ليس كذلك، فالضمان مشروط بشرطين: الجهل و كون العين معدّة لما ذكر.

و قد يستدل على عدم الضمان هنا بأمور:

الأول: سكوت الروايات الواردة في بيع الجارية المسروقة عن ضمان منافعها غير المستوفاه، مع أنّها في مقام البيان من هذه الجهة، و قد عرفت اعتبار اسنادها في الجملة،

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: 167

ففي بعضها الاقتصار على ردّ ثمن الولد إذا استولدها المشتري، مثل ما روى جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشترى جارية فأولدها فوجدت الجارية مسروقة، قال: يأخذ الجارية صاحبها، و يأخذ الرجل ولده بقيمته» «١».

و أيضاً ما رواه جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية، قال: يأخذ الجارية المستحق، و يدفع إليه المبتاع قيمة الولد»، الحديث «٢».

و في بعضها: يعوضه في قيمة ما أصاب من لبنها و خدمتها مثل روى زرارة قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل: اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً ثم إن أباه يزعم أنّها له و أقام على ذلك البيّنة، قال يقبض ولده و يدفع

إليه الجارية، و يعوضه في قيمة ما أصاب من لبنها و خدمتها» (٣). و في بعضها الآخر: يعوضه بما انتفع (٤).

و كل ذلك دليل على نفع الضمان عن غير المستوفاه من المنافع.

و الظاهر أنّها لا تنافي ما ذكرناه من التفصيل بالشرطين المذكورين.

الثاني: صحيحة أبي ولاد حيث حكم عليه السّلام بلزوم رد المنافع المستوفاه إلى صاحب البغل دون غيره (٥)، و هذا السكوت أيضا دليل على المطلوب.

هذا و لكن فرض المنافع غير المستوفاه في هذه القضية غير ثابت بعد كون أبي ولاد دائما في طلب غريمه من بلد إلى بلد، هذا مضافا إلى ما قيل من عدم الفتوى بذلك في المغصوب، و لكنه سهل لو تمّت دلالة الحديث على الحكم.

الثالث: و استدلل أيضا بقاعدة «كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده» فإنّ

(١). وسائل الشيعه، ج ١٤، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء، ح ٣.

(٢). المصدر السابق، ح ٥.

(٣). المصدر السابق، ح ٤.

(٤). المصدر السابق، ح ٢.

(٥). المصدر السابق، ج ١٣، الباب ١٧ من أحكام الاجارة، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٦٨

المنافع الفائتة بغير استيفاء لا تضمن في البيع الصحيح لأنّها ملك المشتري مجانا، فلا تضمن بفساده.

إن قلت: يجرى هذا الدليل في المستوفاه أيضا.

قلت: نعم و لكنّها داخله في قاعدة الاتلاف بخلاف غير المستوفاه.

إن قلت: لازمه القول بعدم الضمان في الغصب أيضا لعدم الفرق بينه و بين العقد الفاسد.

قلت: كلّا و قياس أحدهما على الآخر قياس مع الفارق، و إلحاق العقد الفاسد بالغصب إنّما هو من بعض الجهات لا من جميعها.

هذا و لكن الانصاف أن المنافع سواء ما استوفاه و ما لم يستوفه ليست مجانا في العقد الصحيح بعد كونها تابعة للملك الذي مضمون

بالعوض، ففي الحقيقة يعطى العوض على المنافع، و إلّا فنفس الملك لا قيمة له مع قطع النظر عن منافعه، فتأمل.

المسألة الرابعة: ضمان المثلي و القيمي بالقيمة

إشارة

و من أحكام البيع الفاسد بعد ما عرفت من ثبوت أصل الضمان فيه، هو ضمان المبيع أو الثمن إذا تلف بمثله إن كان مثليا، و بالقيمة

إن قيميا، و الكلام هنا يتم في مقامين:

الأول: في أصل الحكم كبرويا.

الثاني: في موضوعه صغرويا.

أمّا الأول فقد ادعى الإجماع فيه إلّا عن شاذ، و قد اعتمد عليه شيخنا الأعظم قدّس سرّه في مكاسبه بحيث رأى نفسه غنيا عن إقامة

الرهان عليه لوضوحه، و بعد إشارة قصيرة إلى أصل الحكم تكلم في موضوعه و شرحه شرحا وافيا.

و الظاهر أنّ المسألة من الواضحات و إن تكلف بعض المحشين بإقامة دلائل كثيرة عليه، و الايراد على كل واحد واحد منها، و ذلك

لأن مقتضى قاعدة احترام الأموال ردها لو أخذها بغير إذن صاحبها، فيجب ردّ عينها إن أمكن، وإن لم يمكن ردّ العين لتلفها، وجب ردّ ما يكون أقرب إليها فالأقرب، ولا شك في أن المثل أقرب إليها إذا وجد لها مثل، وإلا أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٦٩

فالمتمتعين القيمة، ولهذا استقر عليه بناء أهل العرف والعقلاء عليه في أحكامهم كما لا يخفى على من راجعهم، ولا يبعد أن الإجماع أيضا نشأ من هنا.

هذا ويمكن الاستدلال عليه، مضافا إلى ما ذكر، بالروايات المختلفة الواردة في أبواب الضمانات، مثل صحيحة أبي ولاد «١» بالنسبة إلى ضمان البغل بقيمته.

و ضمان قيمة الولد في الأمة المسروقة، مثل ما روى جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل اشترى جارية فأولدها فوجدت الجارية مسروقة قال: يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بقيمته» «٢».

و غيرها ممّا ورد في نفس الباب.

و ما ورد في باب اقتراض الخبز و الجوز الذي يظهر منه أنها من المثليات مثل ما روى الصباح بن سيابة، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن عبد الله بن أبي يعفور أمرني أن أسألك قال: انا نستقرض الخبز من الجيران فنرد أصغر منه أو أكبر، فقال عليه السلام نحن نستقرض الجوز الستين و السبعين عددا، فيكون فيه الكبيرة و الصغيرة فلا بأس» «٣».

و ما روى اسحاق بن عمار قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام استقرض الرغيف من الجيران و تأخذ كبيرا و نعطي صغيرا، و تأخذ صغيرا و نعطي كبيرا، قال: لا بأس» «٤».

و ما ورد في أبواب ضمان المستأجر، مثل ما ورد في ضمان الزيت روى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سئل رجل جمل استكرى منه ابلا، و بعث معه بزيت إلى أرض، فزعم أن بعض زقاق الزيت انخرق فاهرق ما فيه، فقال: إن شاء أخذ الزيت»، الحديث «٥».

إلى غير ذلك ممّا يعثر عليه الخبير المتتبع.

(١). وسائل الشيعة، ج ١٣، الباب ١٧ من أبواب أحكام الاجارة، ح ١.

(٢). المصدر السابق، ج ١٤، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء، ح ٣.

(٣). المصدر السابق، ج ١٣، الباب ٢١ من أبواب الدين و القرض، ح ١.

(٤). المصدر السابق، ح ٢.

(٥). المصدر السابق، ج ١٣، الباب ٣٠ من أبواب أحكام الاجارة، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٧٠

و قد يستدل عليه أيضا بقوله تعالى و أنه: **فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ** «١» و صدرها ناظر إلى حكم القتال في الشهر الحرام و أنه حرام إلا بعنوان المقابلة و القصاص، فقال الله تعالى: **الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ** أي إن كان عملكم نقضا لحرمة الشهر الحرام فإنما هو في مقابل نقضهم لذلك، و الحرمت قصاص، أي حرمة الشهر و حرمة البلاد و حرمة الاحرام إن توقفت فإن توقفت قصاصا لنقضهم (و في الآية تفسيرات اخرى و لعل ما ذكرنا أظهر من الجميع) فالحرمت قصاص بمنزلة التعليل لقوله تعالى: **الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ** و أما قوله تعالى: **فَمَنْ اعْتَدَىٰ... فهو تفريع على ما ذكر و اجازة للمقابلة بالمثل في فرض الاعتداء حتى لا يتجاسر العدو على الغارة على المسلمين بظن عدم اقدامهم على الحرب في هذه الأشهر.**

و «ما» في قوله تعالى: «ما اعتدى» أما «مصدريه» فهو يعطى المماثلة بين الاعتدائين و يدخل فيه مورد الآية، أعني نقض احترام الشهر

الحرام وكذا جميع ما يؤتى به بعنوان قصاص النفس و الاطراف، لعموم الحكم و إن كان المورد خاصا. و أما «موصولة» فيدخل فيه الأموال و الأفعال، و لكن التعبير بالقصاص أو الاعتداء عليه بالمثل يناسب الأفعال، فإنه يجوز فيها «النفس بالنفس و الجروح قصاص» و أما الأموال فلا يجوز اتلاف المال في مقابل اتلافه، و أخذ المثل و القيمة لا يعد قصاصا كما هو ظاهر، و لا يصدق عليه الاعتداء عليه بمثل ما اعتدى، هذا أولا.

و ثانيا: أنه لو سلمنا دلالتها على ما نحن بصدده كان مفادها لزوم المثل دائما، و تخصيصه باخراج القيمات لو لم يكن تخصيص الأكثر، لا أقل من أنه تخصيص مستهجن لأن المستثنى لا بد أن يكون قليلا بالنسبة إلى المستثنى منه، مع أن القيمات ليست قليلة، لا بحسب الأفراد و لا العناوين فتأمل.

و ثالثا: سلمنا، لكن يبقى هذا الدليل ناقصا بالنسبة إلى تمام المطلوب كما هو ظاهر. و قد يورد على الاستدلال به أيضا بأن المراد المماثلة في أصل الاعتداء، لا في

(١). سورة البقرة، الآية ١٩٤.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٧١

مقداره، يعنى كما أنهم يعتدون عليكم فاعتدوا عليهم.

و استشهد له بأن الحرب على كل تقدير داخله في مورد الآية و لا يمكن إرادة المماثلة في مورده لأن العدو إذا قتل من المسلمين عددا معيناً لا يلزم عليهم قتل هذا العدد منهم في الحروب.

و لكن ما ذكره مخالف لظاهر الآية، و المماثلة في موردها هي المماثلة في نقض حكم الشهر الحرام كما عرفت. و على كل حال هذه المسألة أوضح من أن تحتاج إلى هذه التكاليف.

ما هو المثلى و القيمي؟

هذا كله في ناحية الكبرى، أما صغرى المسألة:

فقد عرّف «المثلى» و «القيمي» بتعاريف كثيرة تبلغ سبع تعريفات في كلمات شيخنا الأعظم قدس سرّه، و ربما تبلغ اثني عشر تعريفا من طرق الخاصة و تعريفا واحدا من طرق العامة في كلمات صاحب الجواهر قدس سرّه في كتاب الغصب «١» و لكنّها متقارب المضمون و عمدتها ثلاث تعريفات:

١- «المثلى ما تتساوى أجزاؤه من حيث القيمة» و هذا هو المحكى عن المشهور.

٢- «أنه ما قدر بالكيل و الوزن».

٣- «ما هو كذلك و يجوز بيعه سلما».

و من الواضح أن هذين اللفظين لم يردا في نص آية أو رواية حتى يتكلم في مفهومهما، نعم ذكرا في معقد الإجماعات، و لكن قد عرفت الإشكال في دعوى الإجماع في مثل هذه المسائل.

و من هنا يعلم أن الطريقة التي اختارها شيخنا الأعظم قدس سرّه و من تبعه و اقتدى به، من

(١). جواهر الكلام، ج ٣٧ ص ٩٠.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٧٢

الأخذ بالقدر المتيقن في المسألة و هو المجمع عليه، و الرجوع في غيره إلى الأصل، أيضا غير تام بعد عدم الاعتماد على الإجماع

(فتأمل).

كما أن القول بأن هذه التعاريف كلها تعاريف «شرح اسميه» لا تعاريف «حقيقية» يناهى جسدا ما ذكره في نقضها وطردها و سدّ الخلل فيها باضافة بعض القيود أو نقصه، فإنّ هذه الامور لا تجرى في تعريف يبنى على شرح الاسم كما هو ظاهر، بل هي دليل واضح على أنّهم تلقوها بعنوان تعاريف حقيقية.

وقد صرح بذلك في الجواهر حيث قال: لا وقع لما اعتذر به الكركي عن التعريف المزبور بأن الظاهر منه إرادة ضبط المثلي بحيث يتميز فضل تميز... ضرورة أنّك قد عرفت كون المراد بالتعريف المزبور ما لا يحتاج إلى الاعتذار المذكور «١».

هذا و الأمر سهل بعد ما كان المبدأ في هذا الحكم قاعدة احترام الأموال و سيرة العقلاء و شهادة العرف و الذي يظهر من الرجوع إلى هذا الدليل، أنّ المعتمد عند أهل العرف و العقلاء ردّ العين مهما أمكن، و إلّا فيردّ الأقرب فالأقرب. و من الواضح أنّ المثل أقرب إليه من القيمة، و لكن المثل قد لا يوجد إلّا نادرا، و التزام الضامن بوجوده هنا الفرد النادر غير متعارف بينهم، فالزموا الضامن بالمثل إذا وجد بمقدار معتد به، و هذا هو المثلي أي ما يوجد مثله كثيرا، و لا أقلّ أنه ليس مثله من الأفراد النادرة، و القيمي بخلافه. ثم ليعلم أنّ المراد من المماثلة، هو التقارب في الصفات التي يختلف فيه الرغبات و يختلف بها القيمة لا- ما ليس كذلك كما هو ظاهر.

و يحتمل قويا رجوع جميع التعاريف الاثني عشر أو الثلاث عشر أيضا إلى ذلك، فإنّ التعريف المشهور بين فقهاءنا رضوان الله عليهم و هو أنّه «ما يتساوى قيمة أجزائه» الذي أشار إليه المحقق قدس سرّه في الشرائع في «كتاب الغصب» حاصله أنّه يوجد له أجزاء أو أفراد متماثلة في القيمة و الأوصاف التي تختلف بها الرغبات، و من الواضح أنّ المراد من التساوى هو التقارب، و إلّا قلّمّا يوجد ما يستاوى بالدقة العقلية، كما أنّ المراد من

(١). جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٩١.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٧٣

الأجزاء هو الأفراد، أو الأجزاء التي يصدق عليها اسم النوع، ففي الحنطة، هي ما يسمى حنطة من الحبات لا القشور أو الألباب فقط، كما أنّ الظاهر أنّ مرادهم من ذلك هو ملاحظة الاصناف من كل نوع مع ما هو من صنفه، و إلّا فالأصناف المختلفة من نوع واحد كالحنطة من هذا البلد و ذاك البلد، و الحنطة من بذر فلان و بذر فلان تختلف جدّا و لا تكون مثلية.

فبالنظر إلى هذه التفسيرات الثلاث التي تفهم من أمثلتهم في المقام يظهر أنّ الإيراد على التعريف بمثل ما اعترضه في المسالك من أنّه «إن اريد بالأجزاء كل ما تركب عنه الشيء لزم أن لا تكون الحبوب مثلية لتركبها من القشور و الألباب، و إن اريد الأجزاء التي يقع عليها اسم الجملة لزم أن لا تكون الدراهم و الدنانير مثلية لما يقع في الصحاح من الاختلاف في الوزن و الهيئة» (انتهى ملخصا). و ذلك لأنّ المراد كما عرفت ما يقع عليه الاسم، كما أنّ المراد هو الأصناف ففي الدراهم من الصنف الواحد لا اختلاف في الوزن، كما أنّ الهيئات غير المؤثرة في القيمة لا أثر له كما عرفت.

بقي هنا امور تتعلق بالمثلي و القيمي:**الأمر الأول: اختلاف المثلي و القيمي باختلاف الأزمان**

لا ينبغي الشك في اختلاف المثلي و القيمي باختلاف الأزمان، ففي الأزمنة السابقة كانت الفرش و الألبسة و الأحذية و أشباعها من

القيميات، وكذا الآنية المصنوعة من أنواع الفلزات أو الخزف وغيرها، وكذا ما كان يصنع من الأخشاب من السرير والباب وأنواع ما يستعمل في البيوت، وذلك لأنها كانت مصنوعة بالأيدى.

ومن المعلوم عدم المساواة بين مصنوعات أرباب هذه المشاغل، بل بين مصنوعات صانع واحد غالباً، ولو وجد المثل له كان قليلاً لا كثيراً.

و أما في زماننا هذا حيث اتسعت فيه عملية نسج الملابس أو صناعة الأحذية

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٧٤

بالمكائن الحديثة، وكذا الأبواب والسرر، وما ينتفع منها في البيوت من أنواع الآنية وغيرها فقد لا يكون بين مئات من أفرادها أى تفاوت بحيث يشتبه بأدنى سبب، ولا يمكن تشخيص أحدها من غيره، بل قد يكون تماثلها أشد وأكثر من تماثل حبوب الحنطة والشعير وغيرهما كما هو واضح.

ولا شك أنها مثلية عندئذ بشرط صنعها في معمل واحد على نهج واحد، لا في معامل مختلفة على مناهج متفاوتة.

بل يمكن أن يقال: إن أنواع الحيوان التى كانت كلها على الظاهر قيمية، تكون في زماننا من المثليات كالدجاج الذى يتم انتاجه في المصانع الحديثة، بل وبعض أنواع الغنم، لا سيما إذا كان يرغب فيها باعتبار اللحم فقط، وكذا المراكب الحديثة من أنواع السيارات وغيرها.

و ذلك كله لانطباق ما عرفت من تعريف المثلى على ذلك أجمع، بل وسائر ما ذكره القوم من التعاريف.

الأمر الثانى: هل يجوز للمالك أن يطلب من الضمان القيمة بدل المثل؟

و هل يجب عليه قبوله، أو يجوز له الامتناع منه والاكْتفاء بآداء المثل؟ لم أر من تعرض له، ولكن الظاهر أنه لا يلزم بغير المثل فى المثلى، وأن كانت القيمة أنفع للمالك فإنه حكم نوعى لا شخصى، والقول بأن آداء المثل لمراعاة حال المالك لكونه أقرب إلى التالف من القيمة، فإذا لم يرض به بل رضى بالقيمة كان على الضامن أداؤها، هو كما ترى.

فإن الدواعى الشخصية غير معتبرة فى باب الضمانات، بل المعاملات كلها تدور مدار الأغراض النوعية، وكذا الكلام فى عكسه، وهو ما إذا قال الضامن: خذ منى المثل بدل القيمة فى القيميات، فإنه وإن كان أقرب إلى العين منها ولكن لا يجبر المالك على قبولها، بل له إلزام الضامن فى القيميات، لما عرفت من أن المدار فى هذه الامور الأغراض النوعية التى استقرت عليها سيرة العقلاء، واقتضتها قاعدة الاحترام فى الأموال.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٧٥

الأمر الثالث: بعض الاشياء فى بعض البلاد مثليا و فى بلد آخر قيميا

يمكن أن يكون بعض الأشياء فى بعض البلاد مثليا و فى بلد آخر قيميا، وذلك إما لوفور المثل فى بلد دون آخر، أو عدم الاعتداد ببعض الصفات فى تفاضل العين فى مكان دون مكان، ففى البلد الذى لا يراد من الشاة إلا لحمها مثلا تكون قيمية، و فى البلد الذى يرغب فى سائر أوصافها فهى مثلية.

الأمر الرابع: قد يكون شىء مثليا فى بعض فصول السنة

قد يختلف شيء باختلاف الزمان في عصر واحد فقد يكون شيء مثلها في بعض فصول السنة، إمّا لوفور مثله في ذلك الزمان أو عدم الاعتداد ببعض الصفات النادرة فيها، وعدمه في زمان آخر. والظاهر معاملة كل مكان أو زمان بما يقتضيه. ولا مانع من اختلاف الأمكنة والأزمنة في ذلك، بعد كون جميع ذلك تابعا للاعتبار و سيرة العقلاء في ذلك، لا عجب في اختلاف سيرهم باختلاف الأزمنة والأمكنة كما لا يخفى.

الأمر الخامس: إذا شك في شيء أنه مثلي أو قيمي

إذا شك في بعض الأشياء أنه مثلي أو قيمي، فما هو مقتضى الأصل والقاعدة فيه؟ كبعض الحيوان والفرش والألبسة والأثواب التي لا يعلم أنها مثلية أو قيميّة.

الانصاف أنّ موارد الشك كثيرة في المقام، فلا بدّ من تبيين مقتضى الأصل والقاعدة في ذلك فنقول، ومنه عزّ اسمه التوفيق: ذكر شيخنا الأعظم قدس سرّه في المسألة وجوها أربعة:

١- الضمان بالمثل.

٢- الضمان بالقيمة.

٣- تخيير المالك.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٧٦

٤- تخيير الضمان.

وقد يذكر هنا وجهان آخران:

«أحدهما»: الرجوع إلى القرعة.

«ثانيهما»: الرجوع إلى الحاكم ليصلح بينها صلحا، ولكنهما ضعيفان جدّا، أمّا القرعة فأنما هي للموضوعات المشبهة الخارجية التي لا طريق إلى حلّها من الأمارات والأصول، وهذا ليس كذلك لأنّه من الشبهة في الحكم، ولو جاز القرعة في مثله رجع المجتهد إلى القرعة في جميع ما يشك فيه من الأحكام! وهو واضح البطلان، هذا أولا، وثانيا للمسألة طريق حل أخرى من الأصول العملية أو غيرها كما سيأتي إن شاء الله، ومعه لا يبقى مجال للقرعة.

و أمّا الثاني، أي الرجوع إلى الحاكم، فهو أيضا كذلك، لأنّ الرجوع إليه للصلح إنّما هو في الشبهات الموضوعات التي هي محل الخلاف بعد وضوح الحكم، وهنا نشك في أصل حكم الشرع.

واستدل للأول من الصور الأربع بأن اشتغال ذمّة الضامن يقتضى ذلك، لأن المثل أقرب إلى التالف وإنّما ينتزل منه إلى القيمة لقيام الدليل فيه، وهو سيرة العقلاء وشبهها، فالأصل عدم براءة ذمّة الضامن إلّا بالمثل، فهو مقتضى قاعدة الاشتغال.

كما أنّه يمكن الاستدلال للثاني بأصالة براءة ذمّة الضامن عمّا زاد على القيمة، أو أنّ المقام من قبيل دوران الأمر بين الأقل والأكثر، لأنّ المثل يشتمل على القيمة والأوصاف.

ويمكن الاستدلال على تخيير المالك بين المطالبة بالمثل أو القيمة بأنّ ذمّة الضامن مشغولة بأحدهما بحسب العلم الإجمالي، ولا تفرغ إلّا بالاحتياط أو تخيير المالك ورضاه به، ولما لم يكن الأول واجبا بالإجماع بقي الثاني.

و أمّا تخيير الضامن بين أداء القيمة أو المثل فلأن العلم الإجمالي باشتغال ذمته بأحدهما وإن كان يقتضى الجمع، وكان لما كان

الجمع غير واجب بالإجماع كان مخيرا بينهما.

هذا إذا قلنا إن المثل والقيمة من قبيل المتباينين، أما إن قلنا إنهما من قبيل الأقل

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٧٧

و الأكثر لاشتمال المثل على القيمة مع إضافة الأوصاف كان مقتضى القاعدة الأخذ بالأقل وهو القيمة.

هذا والأقوى من بين هذا الوجوه هو القول بتخيير المالك، وذلك لأن المقام من موارد قاعدة الاشتغال، لأن شغل الذممة بالعين التالف معلوم، ولا بد من الخروج عن عهده، ولا يعلم الخروج منه بأداء المثل أو القيمة، ولا يجب عليه الاحتياط بالجمع بينهما لقاعدة نفي الضرر، ولا تحصل البراءة بتخيير الضامن، فلا يبقى إلّا تخيير المالك، وإن شئت قلت: إذا جعل الضامن المثل والقيمة تحت اختيار المالك، وقال: اختر ما شئت، فقد برئت ذمته مما عليه من الضامن على كل تقدير.

هذا ولكن يرد الإشكال عليه: بأن الضامن وإن كانت ذمته تبرأ بذلك، ولكن كيف يجوز للمالك أن يختار ما لا يعمل به حقه؟ فعلى الضامن أن يخيره، وعلى المالك أن لا يختار!

فلا يبقى طريق لتخلصهما عما عليهما من الوظيفة إلّا بالتصالح بأحدهما.

اللهم إلّا أن يقال: إن قاعدة الأقرب إلى التالف فالأقرب الجارية في ضمان التالف تقتضى المثل أولاً، إنما يتعدى منه إلى القيمة إذا ثبت كونه قيمياً، وحيث لم يثبت في المقام فالأصل هو الأخذ بالمثل، وهذا هو الأحوط لو لم يكن أقوى.

الأمر السادس: إذا لم يوجد المثل إلّا بأكثر من قيمته

المثل قد يوجد بأقل من المثل، وقد يوجد بأكثر منه مما يكون مجحفاً أو غير مجحف، وقد يكون ساقطاً عن القيمة لوفوره كالماء على الشاطى، فهذه صور ثلاث.

لا ينبغي الشك في عدم كفاية المثل في الأخير لأنه لا يقوم مقام التالف قطعاً ووجوده كعدمه، لكثرة الوجود، وحينئذ ينتقل إلى القيمة، ولا يبعد قيمة يوم التلف كما سيأتى إن شاء الله، وما احتمله بعضهم من كفاية المثل حينئذ كما ترى.

أما إذا وجد بأقل منه لنقصان القيمة السوقية، فالظاهر كفايته في الجملة، وقد ذكر السيد قدس سره في الحاشية: «أن الظاهر إجماعهم على ذلك، وأنه مطابق للقاعدة أيضاً، إذ لا فرق بين المقام وسائر الموارد التي يكون في ذمته كلي من حنطة أو شعير أو نحو ذلك

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٧٨

قرضاً أو ثمناً للمبيع أو مثماً أو نحو ذلك، وكان مما طلا في أدائه زمان علو قيمته ثم أعطاه في زمان نقص قيمته، فإنه لا شىء عليه غيره، وكذا الحال لو نقص قيمة العين مع بقائها، فإنه لا ينتقل إلى البدل ولا يضمن التفاوت نعم يشكل الحال في بعض الصور، كما إذا صدق عليه أنه فوت عليه مقداراً من ماله، وهذا إنما يكون فيما لو كان بانياً على بيع غيره، عينه في حال زيادة قيمتها فغصبها منه ثم ردّها بعد ما نقصت لكن الظاهر عدم التزامهم بذلك فإنهم صرّحوا بعدم ضمان تفاوت القيمة من غير تفصيل، ومن غير خلاف بينهم» (١).

وحاصل ما أفاده أن العين إذا كانت كلياً في الذمة، سواء كان بسبب البيع أو القرض، أو بسبب ضمان التالف، فعليه أداء المثل سواء نقصت قيمة أو لا، وكذلك إذا كانت العين الخارجية موجودة عنده فلا يضمن نقصان القيمة مطلقاً ولو كان غاصباً.

والانصاف أنه مشكل جداً إذا لزم منه الضرر، كالمثال الذي ذكره، وغيره من أشباهه، كما إذا غضب منه شاة يوم العيد في منى مع وجود البازل للقيمة الغالية وقد هيا شياهاه للبيع ذاك اليوم، ثم ردّها عليه بعد تلك الأيام التي لا يشتري فيها الغنم بعشر قيمته، لعدم البازل وعدم الطالب لها مثلاً.

و كذا إذا اشترى منه الشياه فى الذمّة بثمان غال (بناء على صحة السلم فى مثل ذلك كما قالوا) و كان وقت تسليمها قبل العيد مثلا لبيعها إلى الحجاج، لكنه سلّمها إليه بعد تلك الأيام مما لا تشتري فيها بعشر قيمتها أو بنصفها، و كذا سائر ما تعد للموسم و غيره (و كذا لو كان من قبل الدين).

الظاهر صدق الإضرار هنا، لا سيما إذا كان متعمدا، فيشملها أدلة نفي الضرر نعم يمكن دفع الضرر فى السلم بفسخ البيع، و لكنه لا يجرى فى مثل القرض أو صورة غضب نفس العين، فالقول بلزوم اعطاء التفاوت و تدارك الضرر حينئذ لو لم يكن أقوى فلا أقل أنه أحوط، و دعوى الإجماع فى هذه المسائل مشكله جدا.

(١). حاشية المكاسب للسيد المحقق اليزدى الطباطبائى قدس سرّه، ص ٢١٢.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٧٩

و أما إذا وجد بأكثر من قيمة المثل، إما لزيادة القيمة السوقية، أو لأجل عدم وجدانه إلّا عند من لا يعطيه إلّا بأزيد ممّا يرغب الناس فيه، فقد نفى شيخنا الأعظم قدس سرّه الإشكال فى وجوب اعطاء المثل فى الصورة الاولى، بل و قد ذكر عدم الخلاف فيه و نقل الإجماع عليه.

ثم احتمل شمول أدلة نفي الضرر للثانى، ثم رجع عنه و قوى وجوب الشراء، و الإنصاف هنا أيضا التفصيل بين ما إذا طالب المالك بأداء المثل و لم يعطه الضامن أو ما طل فى أدائه، فحصل هنا ضرر من جهة انحطاط القيمة جدا، فشمول أدلة لا ضرر له غير بعيد و لا أقل أنه أحوط، بخلاف ما إذا لم يكن قصور من ناحية الضامن بل كانت المسامحة من المالك أو لعلل اخرى.

و ليعلم أنّ ما ذكرنا لا يجرى فى تفاوت القيم السوقية المتعارفة، فان السوق قد يزداد و قد ينقص و هذا حاله دائما، إنّما الكلام فى غير ذلك.

الأمر السابع: حكم تعذر المثل فى المثلى

إشارة

لو تعذر المثل فى المثلى، إمّا لكون المبيع ممّا يتغير حاله فى فصول السنة كالفواكه (إذا قلنا بأنّها مثليه أو بعضها على الأقل) أو لكونه ممّا يؤتى به من خارج البلاد، و انقطع الطريق للحرب أو السيل أو عدم أمن السيل و أمثال ذلك، فهنا صورتان: الاولى: إذا رضى المالك بالصبر إلى حصول المثل و القدرة عليه، الظاهر عدم جواز إجبار المالك بأخذ القيمة و إفراغ ذمّة الضامن، كما صرح به غير واحد منهم، و لا ينافيه كلمات الآخرين، و الدليل على ذلك أنه مشغول الذمّة بالمثل (بل بأصل العين على احتمال) و لا دليل على تبدله بالقيمة إذا لم يطالب بحقه، فالأصل بقاء اشتغال ذمته و عدم الفراغ منه بالقيمة كما لا يخفى. الثانية: إذا طالب بحقه، فلا شك فى الانتقال إلى القيمة حينئذ لأنها أقرب الأشياء إلى العين فى هذا الحال و لا طريق آخر إلى اعطاء ذى الحق حقه.

و هذا أوضح من أن يحتاج إلى الاستدلال له بقوله تعالى: **فَمَنْ اَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا**

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٨٠

عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ (نظرا إلى أنّ الاعتداء بالمثل هنا هو بأخذ القيمة) كما فعله شيخنا الأعظم قدس سرّه، و ذلك لما عرفت من عدم شمول الآية لغير أبواب القصاص و ما أشبهها، مضافا إلى أنّ اطلاق المثل على القيمة هنا لا يخلو عن شيء، و إن كان المراد منه معناه اللغوى.

هذا كله واضح، إنما الكلام في أن المدار عند اختلاف القيم «قيمة يوم الدافع» لأنه يوم الانتقال إلى القيمة و قبله يكون المثل في ذمته

...

أو «قيمة يوم المطالبة» لأنه زمان التكليف بالاداء...

أو «قيمة يوم الإعواز» و تعذر المثل لأنه وقت الانتقال إلى القيمة...

أو «أعلى القيم من زمان الإعواز إلى زمن المطالبة...»

أو «أعلى القيم من زمان الاعواز إلى زمن الدافع» لأن الغاصب يؤخذ باشق الأحوال؟

فهذه عمدة الوجوه المتصورة في المقام (وجوه خمسة).

و ذكر بعضهم وجها آخر و هو الاعتبار بقيمة يوم تلف العين، كما ذكره بعنوان الاحتمال في «مصباح الفقاهة» و الإنصاف أنه لا وجه

له بعد فرض المثل موجودا حين التلف، فكان عليه اعطائه، و لم يكن هناك دليل على الانتقال إلى قيمة حينئذ.

و الإنصاف أن الأقوى من بينها هو «قيمة يوم الدفع» لعدم الدليل على الانتقال إلى القيمة في أي زمن قبله، لا- في زمن التعذر و

الإعواز، و لا في زمن المطالبة، بل اشتغال الذمة باق إلى زمن الأداء و لذا لو صبر المالك إلى زمن حصول المثل كان حقه باقيا.

تنبيهات:

«الأول»: إذا تعذر المثل من أول الأمر

، أعنى من حين التلف، فهل الحكم فيه أيضا ما مرّ في صورة التعذر بعد التلف، من الانتقال إلى قيمة المثل حين الأداء، أو المدار فيه على القيمة حين التلف؟

الذى يظهر من تقييد غير واحد منهم كالعلامة في التذكرة و الشهيد الثاني قدّس سرّه في المسالك، بكون التلف بعد الإعواز، هو الفرق بينها.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٨١

بل حكى عن جامع المقاصد استظهار دفع قيمة التالف في هذا الفرض.

و استدل له بأن المال يصير قيميا حين التلف لفقد مثله، و لعله لمنافاة ضمان المثل مع تعذره.

و قد ناقشه في الجواهر في كتاب الغصب بعدم المنافاة بين ثبوت المثل في الذمة، و بين تعذر أدائه في ذلك الوقت، و دعوى صيرورته قيميا واضحة المنع «١».

و يمكن الجواب عن هذه الدعوى بوجهين:

أولا: لازمه الحكم بذلك في المسألة السابقة أعنى صورة تعذر المثل بعد التلف، مع أنك قد عرفت أن المشهور و المختار تلك الصورة هو وجوب قيمة يوم الأداء، لا يوم الإعواز.

ثانيا: لازم ذلك عدم وجوب أداء المثل لو تعذر عند التلف ثم وجد مثله قبل الأداء مع أنه لا يقول به من أحد حسب الظاهر.

و القول بأنه صار قيميا بالإعواز، ثم صار مثليا بعد الوفور غير مفيد، لأنه إذا اشتغل ذمته بالقيمة عند الإعواز فكيف يتبدل بالمثل؟ لعدم تحقق سبب الضمان و هو التلف مجددا، اللهم إلا أن يقال: إن استقرار القيمة في الذمة كان لأنه أقرب إلى التالف عند ذاك، فإذا وجد ما هو أقرب منها و هو المثل استقر في الذمة.

و العمدة هنا أن المثل لا ينقلب عن كونه مثليا بهذه العوارض الخاصة، بل يبقى بحاله، و لذا لو صبر المالك إلى حين وجدان المثل

لم يضره و كان له ذلك، فالأقوى لزوم قيمة يوم الأداء على كل حال، و يشهد لذلك أنه لو استقرض مقدارا من الحنطة مثلا أو

دراهم و دنانير مما هو مثلي استقر في ذمته المثل، و كان عليه قيمة يوم الأداء سواء كان تعذر المثل حينه أو بعده.

ولعله لذلك كله لم يفرق بين المسألتين في المقام الشيخ قدس سره في المبسوط، والعلامة قدس سره في الإرشاد، والشهيد قدس سره في الدروس و كذا المحقق قدس سره في الشرائع في كتاب الغصب، و صاحب الجواهر أيضا.

(١). جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٩٧.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٨٢

«الثاني» ما المراد بالاعواز في أمثال المقام؟

فيه وجوه أو أقول:

«أحدهما» ما حكاه في الجواهر عن التذكرة و المسالك من أن المراد بالفقدان أن لا يوجد في ذلك البلد و ما حوله.

«ثانيها» ما عن جامع المقاصد من أن المراجع فيه العرف.

«ثالثها» أن المراد فقده مطلقا و لو في البلاد النائية.

و حيث لا- يوجد في المسألة نص و لا- دليل إلا الرجوع إلى سيرة العقلاء، فاللازم الرجوع إليها، و الظاهر أنها مستقرة على ما ذكره

العلامة و الشهيد الثاني قدس سره و لا يلزمون الضمان على تحصيل المثل من البلاد النائية بل يكلفونه بأداء القيمة.

نعم، في زماننا هذا الذي يسهل النقل من بلد إلى بلد فالمدار فيه على ما يشكل نقله منه إليه عادة، و لا يمكن الوصول إلى المثل

بسهولة، و حينئذ القول بوجود تحصيله بأي صورة كانت، لا سيما إذا كان غاصبا يؤخذ بأشق الأحوال، كما ترى.

«الثالث» كيف يمكن معرفة القيمة مع عدم وجود المثل

، و هل المراد فرضه موجودا في غاية القلة، أو في غاية الوفور، أو المتوسط بين ذلك؟ الظاهر أن خير هذه الوجوه هو الأخير كما

يعرف من أشباهه في الفقه و سيرة العقلاء، لعدم وجود دليل هنا إلا سيرتهم، و لو شك في بعض المصاديق فإصالة الاشتغال محكمة

كما لا يخفى.

الأمر الثامن: حكم القيمي و مدار القيمة.

إشارة

قد عرفت أن القيميات مضمونة بالقيمة، كما عرفت الدليل عليه من الأخبار و بناء العقلاء في ذلك، و قد أمضاه الشرع، و ما يحكى

من الخلاف في ذلك من بعض، لا يعاب به، و الظاهر أنه لا فرق بين وجود المثل له اتفاقا كمن يملك فرسين توأمين شبيهين من جميع

الجهات، فباع أحدهما ثم اتلفه بعد الاقباض، فهل يمكن إلزامه بتداركه بما عنده من الفرد الآخر الذي يكون مثله في جميع الجهات؟

لا- يبعد عدم الإلزام، كما أنه لا يمكن إلزام المشتري بقبوله، فإن الأحكام في هذه الامور تدور مدار الأنواع لا الأفراد الخاصة كما

يظهر بمراجعة سيرة العقلاء في أمثاله.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٨٣

و لكن مع ذلك لا يترك الاحتياط فيه، لا سيما مع ملاحظة قاعدة الأقرب فالأقرب، و مع ملاحظة ما ورد من طريق أهل الخلاف من

«أن النبي صلى الله عليه و آله أخذ قصعة امرأة كسرت قصعة اخرى» (١) مع أن القصعة في ذلك الزمان كانت قيمية و الظاهر أنه

أخذه صلى الله عليه و آله لمشابهة القصعتين، و كذلك ما روى من حكمه صلى الله عليه و آله بضممان عائشة إناء حفصة و طعامها

بمثله (الذى يظهر من سنن البيهقي أنها كانت صفة لا حفصة و كانت من أحسن النساء طبخا كما اعترفت به عائشه).

«٢». و إذا قال المحقق قدس سره في الشرائع في كتاب القرض «و لو قيل يثبت مثله (في القيمي) أيضا كان حسنا».

و قال في محكي التذكرة «مال القراض إن كان مثليا و جب ردّ مثله إجماعا، و إن لم يكن مثليا فإن كان ممّا ينضبط بالوصف و هو ما يصح السلف فيه كالحيوان أو الثياب، فالأقرب أنّه يضمن بمثله من حيث الصورة» ثم استدل له بأن النبي صلى الله عليه و آله استقرض بكرا و أمر برد مثله «٣».

و لقد أجاد صاحب الجواهر قدس سره في كتاب القرض بعد ذكر أقوال المخالفين: إنّ الإنصاف عدم خلو القول به من قوة... فالاحتياط فيه لا يترك «٤».

بل الظاهر تعميم الحكم بغير القرض، فلا يترك الاحتياط في أبواب الضمانات كلّها عند وجدان مثل للقيمي.

ثم إن المهم في المقام تعيين مدار القيمة، و أنّ المعتبر هل قيمة يوم الضمان، أو التلف، أو المطالبة، أو الأداء، أو أعلى القيم؟ (فهذه وجوه خمسة)، و المحكى عن الأكثر هو الاعتبار بقيمة يوم الضمان، كما أشار إليه المحقق قدس سره في الشرائع في كتاب الغصب و إن

(١). سنن البيهقي، ج ٦، ص ٩٦ و لكن، الحديث طويل و ما ذكر هو ملخصه و الحديثان لا يخلوان عن الإشكال سندا و دلالة.

(٢). المصدر السابق.

(٣). جواهر الكلام، ج ٢٥، ص ٢٠.

(٤). المصدر السابق، ص ٢١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٨٤

وقع التردد فيه من صاحب الجواهر قدس سره، و عن جماعة كثيرة من قدماء الأصحاب و المتأخرين منهم الشيخ قدس سره في الخلاف و المبسوط و ابن ادريس و الشهيد الأول و العلّامة «أعلى القيم من زمان الغصب إلى حين التلف» و لكن هذا بالنسبة إلى الغاصب المأخوذ بأشق الأحوال، و أمّا غيره فلعل نظرهم إلى حين التلف. و ذكروا لأعلى القيم وجوه لا يهمننا التعرض لها بعد ضعف أصله.

و على كل حال اللازم التعرض لمقتضى القاعدة، ثم الرجوع إلى ما يقتضيه النص في الباب.

فنقول، منه سبحانه نستمد التوفيق: إن مقتضى القاعدة يختلف باختلاف الأنظار، فأما أن نقول بأن المستقر في الذمة هو العين، و عدم إمكان تداركها بشخصها لا ينافي استقرارها في الذمة لوجود الأثر لهذا الأمر الاعتباري (و قد ذهب إليه بعض أعظم المحشين على المكاسب و هو السيد السند المحقق اليزدي قدس سره).

أو نقول بأن الذمة مشغولة دائما بالمثل، سواء في المثلى أو القيمي كما يظهر من بعضهم.

فعلى هذين الفرضين تجب قيمة يوم الأداء لأنّه يوم الانتقال إلى البدل، و البدل الذي يسد فراغها عندئذ هو قيمة ذاك اليوم.

و أمّا لو قلنا بأن المستقر في الذمة هو القيمة في القيميات، فلا ينبغي الشك في أنّها قيمة يوم التلف، و بما أن الأقوى هو الأخير، لأنّ استقرار نفس «العين» في الذمة ممّا لا محصل له، فالخارج المعدوم لا يمكن جعله في الذمة، بل و لا الخارج الموجود، لأنّ المستقر في الذمة دائما أمر كلي و ذلك لا يتصور إلّا في المثل لا «العين» و أمّا المثل فقد عرفت أنّه خلاف التحقيق في القيميات.

أضف إلى ذلك أنّ اللازم تدارك الخسارة يوم حصلت و تداركها يومئذ لا يكون إلّا بقيمة ذلك اليوم إن كان قيميا، و بمثله إن كان مثليا.

فمقتضى القاعدة هو قيمة يوم التلف، و هو يوم الانتقال إلى القيمة و جبران الخسارة.

و أمّا بالنظر إلى روايات الباب فالعمدة فيها هو صحيحة أبي ولاد، و يمكن الإشكال في كونها صحيحةً باعتراف في متن الحديث يكونه غاصبا للبغل، و لرضاه بالرجوع في

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٨٥

القضاء إلى من لا يصلح له، اللهم إلّا أن يقال أنّه كان يعلم بشاهد الحال برضا صاحب البغل باعطائه ما يرضاه من الثمن، و الرجوع إلى ما لا يصلح لتصدى القضاء كان بسبب التقيّة فتأمل.

هذا و لكن الوثائق في الحديث لا تلازم العدالة، مضافا إلى أن الأصحاب تلقوها بالقبول.

و أمّا دلالتها فإنّها مشتملة على أحكام كثيرة نافعة تبلغ سبعة أحكام.

و لكن محل الاستشهاد به هو قوله «نعم قيمة بغل يوم خالفته» في جواب سؤال أبي ولاد «أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمني؟! و لكن في بعض نسخ الحديث «نعم قيمة البغل يوم خالفته».

و استدلال القائلون باعتبار قيمة يوم الضمان بهذه الفقرة، و طريق الاستدلال بها من وجوه:

«الأول»: القيمة مضافا إلى البغل، ثم اضيفت ثانيا إلى اليوم، و حاصله وجوب قيمة البغل يوم المخالفة (كأنه قال: نعم قيمة بغل، قيمة يوم خالفته).

«و فيه»: أن إضافة شيء مرتين غير مانوس في كلام العرب و غير معروف في كلمات أهل الأدب.

«الثاني»: اليوم ظرف و قيد للاختصاص المفهوم من إضافة «القيمة» إلى «البغل»، و حاصله القيمة المختصة للبغل يوم المخالفة.

و هذا أحسن من السابق، و لكن يرد عليه أن ذكر البغل بصورة النكرة على هذا ممّا لا يرى وجهه، و المفروض أن البغل نفسه موجود يوم المخالفة، غير معدوم حتى يفرض مثله.

بل يستشتم منها كون القيمي مضمونا بالمثل الذي هو خلاف القاعدة و خلاف متفاهم الأصحاب، مضافا إلى أن البغل إذا كان نكرة شمل أي بغل و لو لم يكن مثله، اللهم إلّا أن يقال بانصرافه إلى مثله و ليس ببعيد.

«الثالث»: القيمة مضافا إلى البغل، و المجموع مضاف إلى اليوم، فحذف اللام في البغل للإضافة فيكون مثل قولنا «خاتم فضة عمرو» أو «ماء ورد زيد» فليس لزيد في هذا

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٨٦

المثال ورد بل «ماء ورد» و لا لعمر و فضة بل «خاتم فضة».

و فيه: أنّه و إن كان ممكنا بحسب قواعد اللغة، و لكنه تركيب غير مانوس، يشكل حمل الرواية عليه، و لا أقل أنّه ليس من الاحتمالات الظاهرة فيها.

«الرابع»: اليوم ظرف للقيمة بأن يكون للقيمة معنى حديثا، و معناه أنّه يقوّم البغل يوم المخالفة.

و فيه: إن استفادة معنى الحديثية من القيمة بعيد جدا، لا يساعده الذوق العرفي.

«الخامس»: أن يكون القيمة مضافا إلى البغل، و البغل مضافا إلى اليوم فيكون من تتابع الإضافات يعني تعتبر قيمة البغل في يوم المخالفة.

و فيه: إن إضافة البغل إلى اليوم بأن يقال: بغل هذا اليوم، و بغل أمس، و بغل غد، أيضا غير مانوس و مخالف للظاهر.

و الحاصل: أن الاستدلال بها لهذا القول لا يساعده ظاهر الصحيحة بأي احتمال من احتمالات.

و قد يؤيد الاستدلال بها بفقرة أخرى منها، و هو قوله: «أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أنّ قيمة البغل حين اكرت كذا و كذا فيلزمك» حيث إنّ ظاهره لزوم قيمة يوم الإجارة، و لكنه لما لم يقل له واحد، و الغالب أنّ الاكتراء لمثل هذه المسافة القريبة التي كان أبو ولاد بصدددها (و هي المسافة بين الكوفة و ابن هبيرة) يكون في زمن قريب للسفر، كما أنّ مفروض الرواية وقوع التخلف في أول

يوم من سفره، و من الواضح عدم تغيير القيمة في هذه المدّة القليلة بحسب العادة، فينطبق على قيمة يوم الضمان لا محالة، فالفقرتان متوافقتان بالمآل.

هذا و لكن يمكن أن يقال بأن ذكر يوم الاكتراء إنّما هو من باب إمكان إقامة الشهود عليه لكونه بمرئى و منظر من جماعة، ثم بعد ذلك تستصحب على ما كان.

هذا، و لعل الأظهر فى معنى الفقرة الأولى من الرواية كون «نعم» بمعنى «يلزمك» و «كون اليوم» ظرفا له فيكون مفهوم الجملة نعم يلزمك فى يوم المخالفة قيمة البغل لو عطب أو هلك.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٨٧

و هذا و إن كان ساكتا عن ملاك التقويم و لكنه ينصرف إلى قيمة يوم التلف لا يوم المخالفة، لأنّه إذا قيل: يلزمك قيمة العين إذا تلف، يفهم منه قيمة ذلك اليوم لا سيما بملاحظة سيرة العقلاء المستقرّة على ذلك، و لأنّ تلك القيمة قائمة مقام العين التالفة. و يؤيد هذا المعنى امور:

١- المحكى عن بعض النسخ هو ذكر «البغل» مع الألف و اللام، و هو ظاهر فيما ذكرنا كما لا يخفى.

٢- من البعيد إلزام الشارع فى هذه الأبواب بحكم تعبدى على خلاف سيرة العقلاء و لا سيما أنّهم لا يرون قيمة يوم المخالفة تداركا للمال التالف، و موجبا لجبران خسارة إذا فرض كون القيمة يوم التلف أكثر من يوم المخالفة و لازمه عدم وجوب تدارك التالف تعبدا، و هو و إن لم يكن محالا إذا قام الدليل عليه، و لكن احتماله بعيد فى أمثال المقام.

٣- الظاهر عدم تفاوت قيمة البغل فى خلال هذه المدّة القليلة (خمسة عشر يوما) إلّا أن تحدث حادثة مهمّة كما إذا هلك كثير من البغال، أو وقعت حرب يحتاج فيها إلى البغال، أو شبه ذلك ممّا هو نادر، فليست الرواية ناظرة إلى خصوصية هذه الأيام المختلفة و إنّما ينصرف إلى ما ذكرنا لما عرفت من السيرة.

٤- قد ورد فى ذيل الحديث قوله: «عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم تردّه عليه» فى جواب سؤال «أبى و لاد» عن حكم العيوب الواردة على البغل و هذه الفقرة دليل على أن الاعتبار بيوم الردّ مطلقا فى العيوب و غيرها، لعدم الفرق بين ضمان العيوب و ضمان أصل المال، و هذا لا يساعد القول باعتبار يوم الضمان فينافى صدر الحديث، و لكنه ينافى القول باعتبار قيمة بغل يوم التلف، أيضا فلا بدّ من حمل هذه الفقرة على كون «يوم تردّه» ظرفا لقوله عليه السّلام «عليك» (بمعنى يلزمك) فيكون شاهدا لكون اليوم فى قوله عليه السّلام: «قيمة بغل يوم خالفته» أيضا كذلك فتكون الرواية بصدرها و ذيلها بصدد بيان أصل الضمان، و أمّا ملاك القيمة فيعرف من سيرة العقلاء التى أمضاها الشرع، و هو قيمة يوم التلف فتدبرّ جيدا.

هذا و لكن الذى يسهل الخطب عدم ورود كلمة «يوم» فى بعض النسخ بل ورد فيه

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٨٨

«عليك قيمة ما بين الصحة و العيب تردّه عليه» من دون ذكر اليوم.

هذا مضافا إلى إمكان كون اليوم قيّدا للعيب، لأنّ العيب لو تناقض لم يبعد كون العبرة بيوم الردّ لا يوم حدوثه، خلافا لما أفاده شيخنا الأعظم قدّس سرّه، و تمام الكلام فيه فى محله.

و الحاصل: أن الاستدلال بها على اعتبار يوم الضمان مشكل جدّا و لا أقل من كونها مجملّة، لو لم نقل بظهورها فى اعتبار يوم التلف بما عرفت بيانه، فالاستدلال بها لا اعتبار يوم الضمان مشكل جدّا.

إشكالات ترد على صحبة أبى و لاد:

ثم إنّ على نفس الرواية إشكالات اخرى من نواح آخر، و طريق دفعها ربّما يؤيد بعض الأقوال السابقة:

١- إذا وقع الخلاف بين المالك و الضامن في مقدار القيمة فظاهر الصحيحة كون القول قول المالك مع يمينه، مع أنه مدع للزيادة و الضامن منكر لها، و القاعدة تقتضى كون القول قول الضامن.

هذا مضافا إلى أن ظاهرها تخيير المالك بين إقامته البيئة و الحلف، و هذا أيضا ممّا لا تساعده القواعد، لأنّ من كان القول قوله بحلفه، فالبيئة بيئته صاحبه.

و الحاصل: أن «البيئة للمدعى» «و الحلف لمن أنكر» و الجمع بينهما غريب لا يساعده القواعد المعروفة في أبواب القضاء. و قد اجيب عنه: تارة بأنّ البيئة هنا على القاعدة لأنه مدع، و أما الحلف فليس حلفا قضائيا، بل حلف متعارف لإثبات الامور، كما هو المعمول من قول أحد المتحالفين للآخر أحلف على هذا الأمر و خذ المال، و به يختم النزاع. و لكنه مخالف للظاهر كما لا يخفى، لا سيما مع رجوع المتخاصمين هنا إلى القاضى فى ما هو أقل منه و هو الكراء، فكيف يحمل الحلف على غير القضاء؟

«و اخرى» بأنّه تعبد خاص ورد فى خصوص الدابة المغصوبة، أو مطلق القيمي، لإمكان تخصيص القواعد بنص خاص.

و الانصاف أنّ تخصيص القواعد العامة الجارية فى مواردّها بمثل هذا مشكل جدًا،

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٨٩

لا سيما مع عدم ظهور استقرار فتوى الأصحاب عليه، مضافا إلى أنّ ذلك يكون دائما ذريعة لدعوى المالك إلى كل زيادة أرادها، و هو بعيد جدًا من مذاق الشرع، و كون الضامن غاصبا هنا لا يرخص ذلك.

«و ثالثة» بأنّ البيئة إنّما هى على القاعدة فيما يدعى صاحب البغل الزيادة، و أما الحلف فأنّما هو فيما إذا اتفقا على قيمته سابقا ثم اختلفا فى تنزيل قيمته بعد ذلك، فإنّ القول قول مدعى عدم النقصان، فيكون مساعدا للقول بكون القيمة قيمة يوم التلف، لأنّه قد ينفك عن يوم الاجارة، و أمّا يوم المخالفة و الضمان المفروض فى مورد الرواية اتحاده معه أو قربه منه جدًا. هذا و لكن ظاهر الصحيحة تخيير المالك بين الأمرين لا اختصاص كل واحد من الحلف و البيئة بصورة خاصّة، مضافا إلى أنّه يبقى بعض صور الاختلاف لم يذكر حكمه فيها، كما إذا ادعى المالك زيادة قيمة يوم التلف على يوم الاجارة، و لا يمكن توجيهه إلّا ببعض التكاليفات.

و الاولى ترك العمل بذيلها و ردّ علمه إلى أهله، أو القول بأنّ الذيل ممّا يضعف الركون على أصل الرواية.

٢- حكمه بأنّ العلف على المستأجر لأنّه كان غاصبا عند المخالفة مع أنّ العلف عليه و إن لم يكن غاصبا.

و يمكن الجواب عنه بأنّه لعل المتعارف فى تلك الأزمنة كون العلف على المالك فى الاجارات الصحيحة و كان يحسبه المستأجر من الكراء فتأمل، أو يقال بأنّ التعليل بكونه غاصبا فى مقابل الأمين الذى يجوز له حفظ الدابة بتعليقها ثم أخذ قيمة العلف من صاحبها، كما صرح به غير واحد منهم فى كتاب اللقطة.

٣- ظاهر الصحيحة كون الاجارة بحسب طى مسافة الدابة، لا بحسب مقدار زمانها، مع أنّ المتعارف خلافه.

و يمكن أن يقال بعدم التفاوت بينهما فى مورد الرواية، أو أنّ المدار عليهما جميعا و الأمر فيه سهل.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٩٠

القول بضمان أعلى القيم:

إشارة

بقى الكلام فيما عرفت سابقا من أنّ جماعة من الأصحاب (منهم الشيخ قدّس سرّه فى الخلاف و ابن ادریس قدّس سرّه فى السرائر و صاحب الوسيلة و الغنية، و جماعة من متأخري الأصحاب كالشهيد و العلّامة و ولده الفاضل (قدّس الله اسرارهم) اختاروا ضمان أعلى

القيم من حين الغضب إلى حين التلف، و مال إليه المحقق و الشهيد الثاني قدس سرهما في الشرائع و المسالك.
و استدل له بامور عمدتها:

١- أنه مقتضى القاعدة، لأَنَّ العين في ضمان الضامن في جميع الحالات إلى يوم التلف، و من جملتها أعلى القيم، مضافا إلى أخذ الغاصب بأشق الأحوال (إذا فرض الكلام في الغضب).

و فيه: أنه من قبيل الخلط بين الضمان التقديرى الحاصل عند ثبوت العين و الضمان الفعلى عند فقدانه، و الأول لا أثر له إذا لم يتلف العين فارتفاع القيمة غير مضمون إلا إذا وقع التلف حينه، و لو كان ضمانه لارتفاع القيمة فعليا لزم ردّه إلى المالك مع ردّ العين، و هو ممّا لم يقل به أحد كما صرح به في الجواهر في «كتاب الغضب».

و أخذ الغاصب بأشق الأحوال لا دليل له، بل هو مأخوذ بما يقتضى العدالة من تدارك العين و الخسارات الحاصلة، و قد عرفت أنه يتم بأداء قيمة يوم التلف.

و لقد أجاد الشهيد الثاني قدس سرّه في ما قال في المسالك «و مؤاخذه الغاصب بالاشق لا يجوز بغير دليل يقتضيه و قد تبين ضعفه» (١).

٢- إن الغاصب أو الضامن حاصل بين المالك و العين بما له من المالىة في كل زمان، و من تلك الأزمنة زمان ارتفاع القيمة السوقية، فهو ضامن لهذه القيمة و الباقي مندرج تحتها.

و فيه: إن مدار الضمان الفعلى هو التلف و مجرد الحيلولة حرام تكليفى لا يوجب ضمنا إلا تقديرا، أعنى على تقدير التلف، نعم قد تدخل المسألة في «قاعدة لا ضرر» كما

(١). مسالك الافهام كتاب الغضب.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٩١

إذا كان العين في معرض التجارة و المعاملة الحاضرة بأعلى القيم فمنعه الظالم الغاصب، و لكن هذا فرض خاص لا دخل له بجميع فروض المسألة.

٣- التمسك بقاعدة الاشتغال للشك في براءة الذمة بغير أعلى القيم، أو استصحاب بقاء العين في ضمانه بدونه.

و فيه: التمسك بالأصل إنما هو على فرض الشك، و نحن نعلم أنّ الضامن غير مأمور بما عدا تدارك العين على فرض التلف، و تداركه إنما هو بقيمة يوم التلف لا غير.

٤- و قد استدل بصحيحه أبى و لاد أيضا كما أشار إليه الشهيد الثاني قدس سرّه في المسالك و شرح اللمعة، و أحسن ما يمكن أن يقال في توجيه الرواية و دلالتها على هذا المعنى إنما هو من ناحية قوله: «نعم قيمة بغل يوم خالفته» لأنّ يوم المخالفة و هو يوم

الغضب، و الضمان ليس خصوص اليوم الأول، بل جميع هذه الأيام إلى يوم التلف مصداق ليوم المخالفة و تكون نتيجته أعلى القيم. و إن شئت قلت: ذكر يوم المخالفة في الحقيقة من قبيل تعليق الحكم على الوصف، فالمخالفة كانت سببا للضمان، و هذا المعنى

حاصل في سائر الأيام إلى التلف و لا خصوصية لليوم الأول.

و لكن الانصاف أنه أيضا لا يخلو عن تكلف و ارتكاب لخلاف الظاهر، مضافا إلى ما عرفت من الإشكال في أصل دلالة الحديث على أنّ المدار هو يوم المخالفة.

فالقول بأعلى القيم ضعيف هنا و في جميع أبواب الضمانات.

و العجب أنه ذكر في المسالك بعد تقوية القول بكون المدار على قيمة يوم التلف، ما نصه: «إلا أنّ في صحيحه أبى و لاد فيمن اكرى البغل و تجاوز به محل الشرط ما يدل على وجوب أعلى القيم بين الوقتين و لولاها لما كان عن هذا القول عدول (١)».

وقد عرفت ما يمكن توجيهه به و الا يراد عليه فتوقفه في الفتوى بيوم التلف نظرا إلى اشعار ضعيف في الصحيحة غير صحيح.

(١). مسالك الافهام كتاب الغصب.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٩٢

فتحصل من جميع ما ذكرنا عدم وجود دليل يدل على أعلى القيم و إن كان الاحتياط حسنا في كل باب، و ربّما استدل عليه بامور ضعيفة اخرى نحن في غنى عنه بعد ما عرفت و الله العالم.

و هنا فرعان:

الأول: كل ما مرّ في ارتفاع القيمة و انخفاضها كان بحسب الأزمنة و الأيام المختلفة

فلو كان الاختلاف بحسب الأمكنة بأن كانت قيمة العين في مكان الضمان مقدارا، و في مكان التلف مقدارا آخر، و كذا في محل المطالبة، أو الأداء، فهل المدار على مكان التلف، أو غيره، أو أعلى القيم؟ فإذا كان قيمته في الكوفة مثلا مائة، و في بغداد عند تلفه مائة و خمسين، و في البصرة عند المطالبة أو الأداء مائتين فالواجب عليه أداء أى هذه القيم؟ لم أر كلاما للأصحاب هنا و لكن ذكروا نظيره في باب المثلى.

و كلمات الأصحاب هناك مختلفة، فعن ابن ادریس أنه لو ظفر المالك بالغاصب في غير مكان الاتلاف فله إزمه به في ذلك المكان، و إن كان أعلى قيمته من مكان الغصب، لأنه الذي تقتضيه عدالة الإسلام و الأدلة و اصول المذهب. و قد حكى ذلك عن الشهيد و العلامة و فخر المحققين و المحقق الثاني (قدس الله اسرارهم)، و استدلوا عليه بأنّ وجوب ردّ المظلمة فوری.

و لكن عن القاضي و الشيخ في المبسوط، الاعتبار ببلد الغصب.

و لكن الانصاف أنّ الأمر في المثلى واضح، فإنّ الذمّة، مشغولة بالمثل فللمالك مطالبته في أى مكان كان، نعم يشكل القول بجواز إزم المالك بقبوله إذا استلزم عليه الضرر لسقوط القيمة في ذاك المكان، لأدلة نفي الضرر، و أمّا القيمي فالظاهر أنّه يختلف على المباني.

فمقتضى القاعدة العقلائية السابقة هو تدارك العين بقيمته في نفس زمان التلف و مكانه فإنها هي التي تقوم مقامه و تسد فراغه.

و لكن بناء على كون المدار قيمة يوم المخالفة استنادا إلى صحیحه أبي ولاد فلا يبعد الاعتبار بمكان المخالفة، لأنّ اطلاق الحديث يقتضيه كما لا يخفى.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٩٣

و لكن قد عرفت ضعف الاستدلال بها هناك فكيف هنا، بل الانصاف أنّها ليست في مقام البيان من هذه الجهة حتى يؤخذ باطلاقها. هذا و لكن لم يثبت لنا طريقة خاصة للعقلاء عند اختلاف هذه القيم حتى تكون سيرة أمضاها الشرع بل لو غصبه غاصب و قيمته غال جدا، ثم أتاه في مكان يكون قيمته رخيصا، ثم تلف هناك (كما إذا أتى الماء على فرض كونه قيميا، من «المفاوز» إلى «قريب الشاطي» لا نفسه حتى يسقط عن القيمة بالمرّة) لم يكن أداء القيمة الرخيصة كافيا في جبران خسارة العين عندهم قطعا، كما أنّه لو كان الأمر بالعكس فعصب الماء من قريب الشاطي ثم ذهب به إلى مفازة يكون قيمته غاليا جدا فتلف، فهنا يشكل إزمه بأداء الغالي لأنّ الخسارة الواردة على المالك لا تكون بهذا المقدار، فلذا لا يبعد أن يكون المدار هنا بقيمة يوم الضمان أو الغصب. و الفارق بينه و بين اختلاف الأزمنة أنّ الأوّل حصل بفعل الضامن، و الثاني كان بدون دخالته.

و لكن كفاية هذا المقدار في الفرق لا يخلو عن تأمل، فلا يترك الاحتياط بالمصالحة بينهما.

الثاني: إذا زادت قيمة العين لا لارتفاع القيمة السوقية بل لزيادة نفس العين، فهل يضمنها أم لا؟

قال شيخنا الأعظم قدس سره بأن الظاهر عدم الخلاف في ضمان أعلى القيم هنا لأجل الزيادة العينية الحاصلة فيه النازلة منزلة الجزء الفات.

وقال المحقق النحرير صاحب الجواهر قدس سره في كتاب الغصب: إذا استند نقصان القيمة إلى حدوث نقص في العين ثم تلفت فان الأعلى مضمون اجماعاً (١).

والظاهر أن محل كلامه غير ما ذكره الشيخ قدس سره، فلو كان إجماعه مستنداً إلى ما أفاده في الجواهر كان محلاً للإشكال ولكنه بعيد.

وقال بعض الأعاظم في «مصباح الفقاهة»: «كما أن العين مضمونة على الغاصب كذلك

(١). جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٠٧.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٩٤

أوصافها الدخيلة في ماله العين أيضاً مضمونة، سواء في ذلك أوصاف الصحة و أوصاف الكمال» (١).

أقول: الحق أن وصف الزيادة على أنحاء مختلفة، تارة تكون الزيادة باقية حال تلف العين و لا كلام في كونها مضمونة، و اخرى تكون في ما هو معرض للبيع من ناحية المالك، و الغاصب حال بينه و بين المالك حتى زالت، و هذه أيضاً مضمونة على الظاهر، و ثالثة يكون زوالها بسبب غصب الغاصب و مستنداً إليه مع كونها ثابتة من أول الأمر و هذه أيضاً مضمونة، و رابعة ما إذا زادت العين عند الغاصب ثم زالت بمقتضى طبيعتها كالحوانات التي تزداد في بعض فصول السنة و تنقص في فصل آخر، و لم تكن معرضاً للبيع، فان الحكم بضمان مثله و اطلاق الضرر عليه لا يخلو عن إشكال، و الله العالم.

الأمر التاسع: أحكام بدل الحيولة:

إشارة

إذا غصب شيء أو ضمنه فله ثلاث حالات:

١- إذا كان العين موجودة و لم يكن هناك مانع من ردّها فالواجب على الضامن فيه ردّها، و الحكم بضمانه يكون من قبيل الضمان التقديرى، بمعنى أنه لو هلك كان عليه مثله أو قيمته، لا غير.

٢- إذا هلكت العين و الحكم هنا دفع العوض من المثل أو القيمة، و يلحق به ما إذا تعذر ردّه بحيث يلحق عرفاً بالتلف، كما إذا سرقه سارق لا يرجى ردّه أبداً، أو ألقى في بحر لا يمكن اخراجه منه عادة، فهذا كله ملحق بالتلف.

٣- ما إذا كان موجوداً و لكن يتعذر ردّه فعلاً مع أنه يعلم أو يرجى القدرة عليه في مستقبل قريب أو بعيد، بحيث لا يراه العرف تالفاً، فظاهر كلمات الأصحاب هنا عدم الخلاف في وجوب ردّ بدله حتى يتمكن من أصله فيردّه و يسترد البدل.

(١). مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ٢٠٣.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٩٥

و هو المسمى عندهم ببديل الحيولة، و صرح به الشيخ و ابن ادریس و العلامة و الشهيد و المحقق الكركي (قدس الله اسرارهم) و في

الخلاف و الغنية فيما حكى عنهم، بل يظهر عن غير واحد نفى الخلاف فيه أو دعوى الإجماع عليه.

و اللازم أولا التكلم في أصل هذا الحكم، ثم في الفروع الكثيرة المتفرعة عليه، فنقول:

إنّ الدليل على أصل الحكم على ما يظهر من كثير منهم، كالمسالك و الجواهر و مكاسب الشيخ و كلمات المحشين و الشارحين امور (بعد ضمّ بعض كلماتهم إلى بعض):

١- عدم الخلاف، بل الإجماع و ارسال الحكم ارسال المسلمات، و الانصاف أنّ المسألة و إن كانت كذلك، و ارسالها ارسال المسلمات، بل قد يدعى كون الحكم كذلك عند أهل الخلاف أيضا، و لكن كشفه عن فتوى المعصوم عليه السلام بعيد، بعد وجود أدلة اخرى في المسألة كما لا يخفى.

٢- الروايات الكثيرة الواردة في أبواب العارية و الوديعة و الاجارة و غيرها و كان نظرهم إلى ما يلي و اشباهه، مثل ما روى محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن العارية يستعيرها الإنسان فتهلك أو تسرق، فقال: إن كان أمينا فلا غرم عليه» «١». و ما روى أبان مثله و زاد قال: «و سألته عن الذى يستبضع المال فيهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان؟ فقال عليه السلام: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أمينا» «٢».

و ما روى مسعدة بن زياد عن جعفر بن محمد عليه السلام قال: «سمعتة يقول: لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت أو سرقت أو ضاعت إذا كان المستعير مأمونا» «٣».

و أيضا ما روى يحيى عن محمد بن الحسن قال: «كُتبت إلى أبي محمد عليه السلام رجل دفع إلى رجل وديعة، و أمره أن يضعها في منزله أو لم يأمره، فوضعها في منزل جاره فضاقت، هل يجب عليه إذا خالف أمره و أخرجها عن ملكه؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن لها ان شاء الله» «٤».

(١). وسائل الشيعة، ج ١٣، الباب ١ من أبواب أحكام العارية، ح ٧.

(٢). المصدر السابق، ح ٨.

(٣). المصدر السابق، ح ١٠.

(٤). المصدر السابق، الباب ٥ من أبواب أحكام الوديعة، ح ١.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٩٦

و ما روى اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه أنّ عليا عليه السلام كان يقول: «لا ضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب لأنه إنّما أخذ يجعل على الحمام و لم يأخذ على الثياب» «١».

و ما روى أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن قصار دفعت إليه ثوبا فزعم أنّه سرق من بين متاعه، قال: فعليه أن يقيم البيئته أنّه سرق من بين متاعه و ليس عليه شيء فان سرق متاعه كلّه فليس عليه شيء» «٢».

إلى غير ذلك ممّا يدل على لزوم البدل عند السرقة و الضياع عند التفريط (منطوقا أو مفهوما) و لكن الانصاف أنّها ناظرة إلى صورة الحاق المسروق أو الضائع بالهلاك لا فيما يرجى عوده.

٣- قاعدة «لا ضرر» نظرا إلى أنّ قطع سلطنة المالك عن ملكه و لو في زمن قصير ضرر عليه بلا إشكال، و لا يندفع إلّا بالبدل حتى يرجع إليه متاعه، و لكن أورد عليه:

أولا: بأن لا ضرر ينفي الأحكام الضرورية لا أنّه يثبت حكما شرعيا كوجوب أداء البدل وقت التعذر.

و ثانيا: بأنّ ضرر المالك معارض بضرر الضامن حيث يجب عليه ردّ العين عند القدرة و ردّ بدله وقت التعذر، لا سيما بناء على ملكية البدل مع بقاء المبدل في ملكه كما هو المشهور.

و ثالثا: بأن نسبة أدلة نفي الضرر مع ما نحن بصدده نسبة العموم من وجه، لأن الصبر قد لا يوجب ضررا، فالدليل لا ينطبق على المدعى.

و لكن يمكن الجواب عن الجميع، أميا عن الأول: فيما عرفت سابقا من أن لا- ضرر يثبت الحكم كما ينفي الأحكام الضررية كما حققناه في محله.

و عن الثاني: بأن ضرر الضامن إنما أتى من قبل نفسه، لأنه هو الذى قطع سلطنة المالك عن ملكه، و إلا كان كل غرامة على غارم ضرر عليه منفي بأدلة نفي الضرر و لا يقول به أحد.

(١). وسائل الشريعة، الباب ٨٢ من أبواب أحكام الاجارة، ح ٣.

(٢). المصدر السابق، الباب ٢٩ من أبواب أحكام الاجارة، ح ٥.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٩٧

و عن الثالث: بأن قطع سلطة المالك عن ملكه ضرر دائما، و لا- أقل من أنه لا- يقدر على بيعه و تملكه لغيره مع تسليمه إليه، فالاستدلال بلا ضرر في محله.

و ذكر السيد المحقق اليزدى قدس سره في حواشيه إشكالا آخر، و هو أن قاعدة لا ضرر ساكتة عن كون الأخذ من باب الغرامة (بل يمكن أن يقال: غاية ما يستفاد منها جواز مطالبه مالية المال بالمصالحة أو البيع، فيجبر الغاصب على المصالحة إن أرادها المالك لا أن يؤخذ الغرامة حتى يبقى إشكال الجمع بين العوض و المعوض، و دعوى تخيير المالك بين أخذه بعنوان الغرامة أو بعنوان المصالحة، أو البيع الاجبارى، أيضا مدفوعة بأن القدر المتيقن بعد إجمال لسانها هو ما إذا كان بعنوان أحد المعاملات مع إمكان التمسك بحرمه أكل المال بالباطل هنا (انتهى ملخصا) «١».

و فيه أولا: إن أخذ البديل إنما هو للجمع بين حق المالك و الضامن، أما المالك فلائنه قد لا يصرف النظر عن أصل ماله عند رجاء حصوله بعد مدة، مع إرادة الانتفاع ببذله فى هذه المدة أيضا، و هذا لا يتحقق مع البيع أو المصالحة أو غير ذلك كما هو ظاهر. ثانيا: إشكال الجمع بين العوض و المعوض سيأتى جوابه إن شاء الله، و حاصله: إن البديل إنما يكون ملكا موقتا للانتفاع به، فهو قائم مقام العين فى الانتفاع فى هذه البرهة من الزمان لا فى أصل المال مطلقا.

ثالثا: الأخذ بالقدر المتيقن غير تام بعد ما عرفت من عدم حصول حق المالك بالمعاملة و المصالحة كما عرفت.

رابعا: ما ذكره من كون المال هنا من الأكل بالباطل ممنوع جدا بعد كونه لإحقاق حق المالك الذى لا يحصل حقه إلا به.

و من هنا يظهر الجواب عن إشكال آخر فى المقام، و هو أنه كما يمكن استيفاء حق المالك بتملك البديل يمكن جبران المنافع الفائتة منه بأداء غرامتها.

و ذلك لأن أداء غرامة المنافع غير كاف، لأنه قد يريد بيع متاعه أو هبته أو غير ذلك،

(١). حاشية المكاسب للسيد الطباطبائى اليزدى قدس سره، ص ٢٣١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٩٨

و هذا لا يحصل ببدل قيمة المنفعة فقط (فتدبر جيدا).

٤- قوله صلى الله عليه و آله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» فان مقتضاه وجوب أداء المالية إذا لم يمكن أداء نفس العين، و إن شئت قلت: إن الضمان المستفاد منه أعم من صورة التلف و صورة التعذر فى برهة من الزمان.

و لكن يمكن الجواب عنه: بأن ظاهرة وجوب رد العين عند وجوده، و ردّ بذله عند تلفه، و لا- دلالة له على حكم صورته التعذر

الموقت.

و أما الإشكال على سنده فهو ضعيف جدًا بعد اشتهاره غاية الاشتهار.

٥- قاعدة من اتلف، فان الضامن قد اتلف سلطنة المالك على ماله، فلا بد له من اعاتتها، و حيث إنه لا يمكن بعينها فلا أقل أن يكون بديلها.

هذا و لكن الانصاف أنها أيضا ناظرة إلى تلف العين أو المنافع، و أما غير ذلك فلا دلالة لها عليه كما لا يخفى، فهو ضامن لتدارك العين عند التلف، و المنافع عند فوتها، و أما تبديلها بعين اخرى و لو في زمن موقت فلا.

٦- قاعدة تسلط الناس على أموالهم و هي مقتضية لمطالبة العين، فلما تعذرت فاللازم جعل البديل مكانها.

و فيه: إن معنى التسلط على المال التقلب فيه كيف يشاء و أخذه حيثما وجده، و هو ساكت عن فرض التعذر، حتى أنه لا دلالة له على جواز اخذ العوض عند التلف بل لا بد من التمسك بقاعدة الاتلاف و شبهها.

و قد أورد عليه السيد المحقق اليزدى قدس سره بمثل ما عرفت في قاعدة لا- ضرر من عدم دلالة على أزيد من اجبار الغاصب بالمصالحة أو البيع.

و فيه ما عرفت من أنه لا يتدارك معه خسارة المالك و حقوقه من جميع الجهات كما عرفت نظيره هناك.

٧- التمسك بقاعدة احترام الأموال، بضميمة الجمع بين الحقوق، فأنها تقتضى جبران خسارات المالك مع رد ماله إليه عند التمكن منه، و ذلك لا يكون إلا باعطاء البديل و لو مؤقتا.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ١٩٩

و أما بذل قيمة المنافع، أو المصالحة و البيع الاجبارى مع الضامن، فهو غير كاف في جبران الخسارة كما عرفت.

فتحصل أن المعتمد من بين هذه الأدلة هو خصوص الدليل الأخير مع قاعدة لا ضرر بالبيان الذى عرفته، هذا بالنسبة إلى أصل الحكم.

بقي هنا امور:

١- مورد بدل الحيلولة:

إن تعذر الوصول إلى العين تارة يكون مع العلم بعدم الظفر عليها ابدا أو في زمن بعيد جدًا بحيث يلحق بالعدم، و اخرى مع الظن، المعبر عنه بعدم رجاء الوصول إليها، و ثالثة مع العلم أو الظن الغالب أو احتمال معتد به في عودها و التمكن منها.

كلام غير واحد من الأصحاب و إن كان أعم، و لكن الظاهر أن مرادهم ما إذا كان يرجى عودها، قال المحقق قدس سره في الشرائع فى كتاب الغصب: «و إذا تعذر تسليم المغصوب، دفع الغاصب البديل، و يملكه المغصوب منه، و لا يملك الغاصب العين المضمونة، و لو عادت كان لكل منهما الرجوع».

و تعبيره بقوله «و لا يملك» ... ظاهر فيما إذا لم يحلق عرفا بالتلف، فتأمل.

و كيف كان، لا إشكال فى كون الأولين خارجين عن محل الكلام فى بدل الحيلولة و ملحقان بالتلف فى أحكامه التى مرّت سابقا، و لا يظهر من كلام شيخنا الأعظم قدس سره ما ينافى ذلك كما يظهر لك بالدقّة فى كلامه، و إن نسبة إليه بعض، فحمل الكلام هنا لا يصحّ إلا على الصورة الأخيرة، و ذلك لما مر من الأدلة، و الحاصل إن اعطاء البديل الموقت فرع رجاء عودة لعين أو العلم بها و هذه من القضايا التى قياساتها معها و لا تحتاج إلى مزيد بيان و إقامة برهان، و أما إذا كانت عرفا ملحقة بالتلف فالبديل بدل التالف لا بدل الحيلولة.

نعم، لا بد أن يكون فقد العين فى زمان معتد به، فلو كان الزمان قصيرا جدًا لا دليل على لزوم التدارك ببديل الحيلولة، لعدم شمول أدلته لهذه الصورة.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٠٠

نعم، لا فرق في الزمان المعتد به بين ما يكون عوده خارجا عن اختيار الضامن أو ما يكون باختياره، و لكن اعداد المقدمات له يحتاج إلى الزمان، لا تحاد الدليل في البابين.

٢- هل يملك البدل الذي يعطى للحيولة؟

ظاهر كلمات الأصحاب كما حكى عنهم ملكية البدل، بل قد يدعى الإجماع عليه و لكن استشكل عليه المحقق الثاني و الشهيد الثاني قدس سرهما في «جامع المقاصد» و «المسالك» بما حاصله «أنه كيف يدل البدل في ملكه، مع أنه لم يخرج المبدل عن ملكه، فلازمه أن لا يكون البدل مقابلا للعين، و يلزم الجمع بين العوض و المعوض».

و عن المحقق القمي قدس سره في أجوبة مسألة القول بكون البدل مباحا له اباحة مطلقه لا يدخل في ملكه إلا بالتلف، أي تلف العين. و لكن الموجودة في جامع الشتات (الذي هو أجوبة مسألة) خلاف ذلك، بل صرح بأن البدل ملك محض له من جميع الجهات، و إن كان ملكا مترلزلا و مراعى بظهور العين المغصوبة (انتهى ملخصا) «١».

و عن صاحب الكفاية الميل إلى كون البدل ملكا لملك العين و المبدل ملكا للغاصب ملكية مترلزلة من الجانبين لا تستقر إلا بالتلف. ففي المسألة أقوال ثلاثة و إن كان المشهور المعروف هو الأول.

و عمدة ما كان سببا للعدول عن الملكية إلى الإباحة هو الإشكال الجميع بين العوض المذكور في كلمات المحقق الثاني و الشهيد الثاني قدس سرهما و لكن أجاب عنه في الجواهر بأن البدل غرامة، الدليل الشرعي «٢» إشارة إلى أنه ليس بدلا حتى يجرى أحكامه بل هو حكم تعبدى من باب الغرامة.

و أجاب عنه شيخنا الأعظم قدس سره في المكاسب بطريق آخر، حاصله: إن ملكية البدل إنما هي لتحقق السلطنة الفاتئة على العين، فالواجب إعادة تلك السلطنة، و لكن لما كان

(١). جامع الشتات، ج ٢، ص ٥٤٠.

(٢). جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٣١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٠١

عودها متوقفا على الملك كان ملكا له مقدمة لذلك.

أقول: الأوفق بما عرفت من الأدلة المعتبرة الدالة على أصل الحكم هو القول بالاباحة المطلقة لانتفاع الضرر بها، و كفايتها في احترام المال، و الجمع بين الحقوق، اللهم إلا أن يقال، إن القول بالملكية آنا ما هنا قبل التصرفات الناقلة المتوقفة على الملك - مثل ما ذكره بعضهم في المعاطاة - بعيد جدا، قلما يوجد له نظير في الفقه، و كون الإرادة من المملكات أعجب، فالقول بالاباحة مشكل من هذه الناحية، و المسألة لا تخلو من شائبة و طريق الاحتياط معلوم، و هو ترتيب آثار الإباحة عليه فقط.

نعم، أو قلنا بالإجماع أمكن الحكم بالملكية فتدبر.

٣- ما هو حكم النماءات هنا؟

الظاهر أن البدل إنما هو للمالك لا للضامن، بل هو من الأغراض المهمة لدفع البدل، و هذا الحكم إن قلنا بالملكية واضح، و أن قلنا بالاباحة المطلقة فالظاهر أن النماءات مباحة له أيضا كإباحة أصل العين، تدخل في ملكه بالتصرفات المتوقفة على الملك آنا ما قبله، أو يقال بتمليك المنافع و إن كانت العين مباحة.

و أما نماء أصل العين فالظاهر أنّها غير مضمونة على الغاصب، لأنّ المفروض دفع بدله، نعم لو بقي نتاجه و نماؤه إلى حين التمكن منه أمكن القول بدخوله في ملك المالك، و وجوب دفع المثل أو القيمة بالنسبة إلى المنافع التي استوفها عن البدل، أو فأت تحت يده، فتأمل يده، فتأمل فأنه حقيق به.

٤- هل يضمن ارتفاع القيمة بعد أداء البدل؟

الظاهر أنّه لا يضمن ارتفاع القيمة بعد اعطاء البدل، لأنّ الغرض من دفع البدل الخروج عن مثله، اللهم إلّا أن يقال إنّه بدل عن السلطنة الفائتة غير، هذا إذا قلنا بالملكية، و لو قلنا بالاباحة لم يبعد الضمان، و المسألة لا تخلو من الإشكال، و الاحتياط سبيل النجاة. أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٠٢

٥- إذا تمكن من ردّ العين وجب ردّها فوراً.

لقاعدة على اليد، و كون البدل بدلا موقتا لا دائما، نعم يجب على المالك أيضا ردّ البدل، و الظاهر جواز حبسه من ناحية الغاصب ذريعة للتراد، و العجب من شيخنا الأعظم قدّس سرّه في مكاسبه حيث منع من ذلك و قال: إنّ العين بنفسها ليست عوضا و لا معوضا، و لذا تحقق للمالك الجمع بينها و بين ملك الغرامة، فالمالك مسلط عليها، و المعوض للغرامة هو السلطنة الفائتة التي هي في معرض العود بالتراد، اللهم إلّا أن يقال، له حبس العين من حيث تضمنه لحبس مبدل الغرامة، و هي السلطنة الفائتة، و الأقوى الأول «١». و الظاهر أنّه في ذلك صاحب الجواهر قدّس سرّه حيث قال: «الأقوى خلافه (أى لا يجوز حبس الغاصب العين إلى أن يقبض ما دفعه بدلا) ضرورة عدم المعاوضة التي مقتضاها ذلك في المقام هي معاوضة معنوية، فليست هي إلّا نحو من كانت عنده عين لمن له عنده كذلك» «٢».

قلت: المفروض أنّ السلطنة على البدل عوض عن السلطنة على المبدل كما أشار إليه شيخنا الأعظم قدّس سرّه، فلا يجوز له الجمع بينهما بحفظ البدل، و مطالبته المبدل فلا مناص عن التراد، فيجوز حبس العين حتى يسترد البدل، هذا على القول بالملك و أما على القول بالاباحة فهو كذلك، هذا مضافا إلى جوازه من باب التقاص فتدبر.

هذا و قد يتوهم بقاء البدل على ملك مالك العين دائما! فيكون كلاهما له، نظرا إلى كونه بدلا عن السلطنة الفائتة، و هو توهم فاسدا جدّا، و التفوه به عجيب لأن السلطنة الفائتة كانت محدودة بمدّة معينة، و كان البدل أيضا محدودا بها، فإذا عادت عاد، كما هو واضح.

٦- هل يدخل العين في ملك الغاصب

قد يتوهم ذلك نظرا إلى تحقق المبادلة بينها، فيكون البدل ملكا لمالك العين و العين ملكا للغاصب و لو موقتا.

(١). المكاسب للشيخ الأنصاري قدّس سرّه، ص ١١٣ السطر الآخر من الطبعة الحجرية.

(٢). جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٣٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٠٣

هذا و لكن التوهم المذكور إنّما نشأ من شبهة الجمع بين العوض و المعوض التي عرفت الجواب عنها، فالانصاف أنّ كليهما داخلتان في ملك المالك بناء على القول بالملك، و إن كانت أحدهما موقتا، و أمّا بناء على الإباحة فالأمر أوضح.

٧- إذا تصرف المالك في البدل تصرفا يخرج عن الملكية

كما إذا باعه أو وهبه أو أوقفه، فإن ذلك يصح له بل الغرض من بذل البدل أن يكون قادرا عليه لو شاء، فإذا تمكن من العين استردّه و ردّ عوض البدل، ويمكن القول بلزوم البدل و عدم جواز استرداد العين نظرا إلى لزوم البيع و ابدية الوقف، و قد يقال أنه مخالف لما عرفت من الدليل على أصل الحكم.

٨- إن كان المالك قادرا على أخذ العين و الغاصب عاجزا

كما إذا ألقاه في قعر بحر أو نهر يقدر المالك على اخراجه دون الغاصب، فالظاهر عدم دخوله في مسألة بدل الحيلولة، نعم لو كان اخراجه يحتاج إلى مؤنة كانت على من ألقاه سواء كان هو البائع أو غيره.
أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٠٥

شروط المتعاقدين

إشارة

بعد تمام الكلام في شروط العقد فالآن نشرع في شروط المتعاقدين و المتبايعين، فنقول و منه سبحانه نستمد التوفيق و الهداية:

الشرط الأول: «البلوغ»

إشارة

و اشترطه في الجملة مجمع عليه بين الأصحاب، بل بين علماء الإسلام، و إن اختلفوا في تفاصيله، قال في الجواهر بعد كلام له في الصبي البالغ عشر سنين ما نصه:

«فصَحَّ حينئذ للفقهاء نفى الخلاف في المسألة على الإطلاق، بل صحَّ له دعوى تحصيل الإجماع على ذلك، كما وقع من بعضهم، بل ربّما كان كالضرورة و خصوصا بعد ملاحظة كلام الأصحاب و ارسالهم لذلك ارسال المسلمات، حتى ترك جماعة منهم الاستدلال عليه اتكالا على معلومته» (١).

ثم استغرب من كلام المحقق الأردبيلي قدس سرّه و بعض من تأخر عنه، حيث اطنبوا في تصحيح عقد من بلغ عشرة بل ربّما كان ظاهر عبارته عدم الفرق بين بلوغه عشرة و عدمه، ثم قال: و هو مع سبقه بالإجماع بل و لحوقه، محجوج بالأصل المزبور (و الظاهر أصالة الفساد) (٢).

و ذكر في الحقائق: «إنّ ظاهر كلام جمهور الأصحاب أنّه لا يصحّ بيع الصبي و لا

(١). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٤٠.

(٢). المصدر السابق، ص ٢٤١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٠٦

شراؤه، و أنّه لا فرق بين الصبي المميز و غيره، و لا فرق بين كون المال له أو للولي أو لغيرهما، أذن مالكة أو لم يأذن» (١).
و عن العلامة قدس سرّه: «إن الصغير محجور عليه بالإجماع، سواء كان مميزا أو لا- في جميع التصرفات إلّا ما استثني، كعبادته و إسلامه و احرامه و تدبيره و وصيته و إيصال الهداية و إذنه في دخول الدار على خلاف في ذلك».

و أمّا العامة، فمن الشافعية بطلان عقده مطلقا، و عن الحنابلة الحكم بفساد تصرف غير المميّز أيضا، إلّا إذا أذن الولي، و يقرب منه قول

المالكية.

و أما الحنفية، فقد قالوا بفساد عقد غير المميز مطلقا، و أما المميز فقد ذكروا أنه على ثلاثة أقسام: إن كان تصرفه ضارا فلا شبهة في عدم نفوذه، و إن كان نافعا كقبول الهدية و دخول الإسلام يقع صحيحا قطعا، و إن تردد أمره فهو موقوف على اجازة الولي «٢».

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام يقع في مقامات:

الأول: استقلال الصبي بالتصرف في أمواله.

الثاني: تصرفه في ماله باذن وليه.

الثالث: تصرفه في مال غيره باذنه و اذن وليه.

الرابع: قبول شيء كالهدايا و الهبات و الوصايا.

الخامس: اجراء صيغة العقد لغيره أو لنفسه.

السادس: إسلامه.

السابع: عباداته.

المقام الأول: استقلال الصبي بالتصرف في أمواله

أما «المقام الأول» - فلا إشكال و لا نزاع في فساده و بطلانه، و قد أجمع الكل عليه و إن وقع الكلام في مستنده، و يدل عليه قبل كل شيء السيرة المستمرة بين العقلاء على حجر

(١). الحدائق الناضرة، ج ١٨، ص ٣٦٧.

(٢). الفقه على المذاهب الأربعة، ج ٢، ص ٣٦٦-٣٦٣.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٠٧

الصبي عن جميع تصرفاته المالية، و عن استقلاله في أمواله من دون فرق بين أرباب الديانات و غيرها و بين القديم و الحديث إلى يومنا هذا، فإنهم لا يزالون يعتبرون حدا معينا من السن القانوني و إن اختلف حده بين المجتمعات المختلفة. و الشارع المقدس أمضى هذه الطريقة إجمالا، و لكنه جعل حدا خاصا لسن البلوغ ذكره الفقهاء رضوان الله عليهم في كتاب الحجر.

و مما يؤكد هذا المعنى أنه لم يسأل في الأخبار المختلفة الواردة في هذا الباب عن هذا الحكم، و إنما وقع السؤال عن حده، و ذلك يدل على كون أصل اعتبار السن القانوني من الواضحات عند الروايات أيضا، فتدبر جيدا.

و يدل عليه، مضافا إلى ما ذكر، قوله تعالى: وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ «١».

و ظاهرها اعتبار أمرين: بلوغ حد النكاح بالاحتلام و تكوّن المنى، و ايناس الرشد.

و الظاهر أن كلا منهما معتبر في هذا الحكم، و له موضوعية، لا أن بلوغ النكاح طريق للرشد، حتى يقال بكفايته و لو حصل قبل البلوغ كما توهمه بعض الشراح للمكاسب.

و قد يقال: إن الآية على خلاف المطلوب أدل، لأن ظاهرها وقوع الابتلاء قبل البلوغ و هذا لا يكون إلا بتصديه للبيع و الشراء مستقلا.

و فيه: أولا: إن الابتلاء لا يكون بهذا، بل يمكن اختباره بمقدمات البيع و يمكن أن يكون بنفسه تحت اشراف الولي من دون استقلاله،

قال في كنز العرفان: «اختلف في معنى ابتلائهم، قال أبو حنيفة: هو أن يدفع إليه ما يتصرف فيه، و قال أصحابنا و الشافعي و مالك:

هو تتبع أحواله في ضبط أمواله و حسن تصرفه بأن يكمل إليه مقدمات البيع» «٢».

و يظهر من رواية عن الإمام الصادق عليه السلام أن المراد القدرة على حفظ الأموال فقد سئل عنه عن قول الله عز و جل: فَإِنْ آنَسْتُمْ

مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ:

«إناس الرشد حفظ المال» (٣).

- (١). سورة النساء، الآية ٦.
- (٢). كنز العرفان، ص ٢٦٣ من الطبعة القديمة.
- (٣). وسائل الشيعة، ج ١٣، الباب ٢ من أحكام الحجر، ح ٤.
- أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٠٨
- و ثانيا: الروايات الدالة على أنه لا يجوز أمر الغلام أو الجارية حتى يبلغ كذا و كذا، و اطلاقها دليل على عدم نفوذ أمرها في أى شىء من الأشياء و أى عقد من العقود مثل ما يلى:
- منها: عن الإمام الباقر عليه السلام قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام قلت له: متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامة، و يقام عليه و يؤخذ بها؟ قال: إذا خرج عنه اليتيم و أدرك ... و الغلام لا يجوز أمره فى الشراء و البيع و لا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة، أو يحلم، أو يشعر أو ينبت قبل ذلك» (١).
- و منها: مرسله الصدوق قال قدس سره: قال أبو عبد الله عليه السلام: «إذا بلغت الجارية تسع سنين دفع إليها مالها و جاز أمرها فى مالها، و أقيمت الحدود التامة لها و عليها» (٢).
- و منها: ما رواه أبو الحسين بياع اللؤلؤ عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سأله أبى و أنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: حتى يبلغ أشده قال: و ما أشده؟ قال: احتلامه، قال:
- قلت قد يكون الغلام ابن عشرة سنة أو أقل أو أكثر و لم يحتلم، قال: إذا بلغ و كتب عليه الشىء (و نبت عليه الشعر - ظ) جاز أمره» (٣) الحديث.
- و منها: ما رواه زرارة عن الباقر عليه السلام قال: «إذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف و حق فهو جائز» (٤).
- و منها: ما رواه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: «سأله أبى و أنا حاضر عن قول الله عز و جل «حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ» قال: الاحتلام، قال: فقال يحتلم فى ست عشرة، و سبع عشرة سنة و نحوها، فقال: لا إذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات و كتبت عليه السيئات و جاز أمره إلا أن يكون سفيها أو ضعيفا» (٥) (الحديث).

(١). وسائل الشيعة، ج ١، الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات، ح ٢.

(٢). المصدر السابق، ج ١٣ الباب ٢ من أحكام الحجر، ح ٣.

(٣). المصدر السابق، ح ٥.

(٤). المصدر السابق، الباب ٤٤ من أحكام الوصايا، ح ٤.

(٥). المصدر السابق، ح ٨.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٠٩

و منها: ما رواه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «انقطاع يتم اليتيم الاحتلام و هو أشده» (١).

و الظاهر أن دلالتها على عدم صحة عقود الصبى و استقلاله فى أمواله ظاهرة جدا لظهور نفي جواز أمره فى ذلك.

نعم، بعضها ضعيف من حيث السند، و بعضها محدود من حيث الدلالة، و لكن إذا ضم بعضها إلى بعض لم يبق إشكال لا فى سندها

و لا فى دلالتها.

و ثالثا: ما دل على أن «عمد الصبى خطأ»، و هى عدة روايات ما بين صحيحة و ضعيفة.

فمنها: ما رواه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «عمد الصبى و خطاه واحد» (٢).

و منها: ما رواه اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه أن عليا عليه السلام كان يقول: «عمد الصبيان خطأ، يحمل على العاقلة» (٣).

إلّا أن المذكور فيها حمل عمد الصبيان على عاقلتهم، فلو كان توضيحا «لقوله عمد الصبيان خطأ» اختصت بأبواب الجنائيات، و لم يكن لها دخل بما نحن بصدده من معاملات الصبى، و إن كان من قبيل ذكر الخاص بعد العام، كان باطلاقها دليلا على المقصود، و لكنه مشكل و لا أقل من إجمالها لو لم نقل بظهورها فى خصوص باب الجنائيات.

و منها: ما رواه أبو البخترى عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أنه كان يقول فى المجنون و المعتوه الذى لا يفىق و الصبى الذى لم يبلغ: «عمدهما خطأ تحمله العاقلة»، و قد رفع عنها القلم (٤).

و كيفية الاستدلال بها مثل ما سبق فى ما قبله، فأنه عليه السلام ديه المجنون و المعتوه - أى

(١). وسائل الشيعة، ج ١٣، الباب ٤٤ من أحكام الوصايا، ح ٩.

(٢). المصدر السابق، ج ١٩، الباب ١١ من أبواب العاقلة، ح ٢.

(٣). المصدر السابق، ح ٣.

شيرازى، ناصر مكارم، أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، در يك جلد، انتشارات مدرسه الإمام على بن أبى طالب عليه السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٥ هـ ق أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)؛ ص: ٢٠٩

(٤). المصدر السابق، الباب ٣٦ من أبواب قصاص النفس، ح ٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢١٠

ناقص العقل - و الصبى غير البالغ على عاقلتهم، و ظاهرها أنه تفسير لكون عمدهم بمنزلة الخطاء، إلّا أن فيها شيئا زائدا ربما يقوى الاستدلال بها، و هو قوله «قد رفع عنهما القلم» (أى المجنون و من يلحق به و الصبى) و احتمال فيه شيخنا الأعظم قدس سره أن يكون علة للحكم (أى ثبوت الديه على العاقلة) أو معلولة لقوله «عمدها خطأ» (أى كان قصدهما بمنزلة العدم فقد رفع الشارع القلم عنهما).

فعلى الأول يكون بمنزلة أن يقول «لأنه رفع عنهما القلم»، و على الثانى بمنزلة قوله «و لذا رفع عنهما القلم».

و على كل تقدير لا يستقيم الاستدلال إلّا أن يكون رفع القلم أعم من رفع المؤاخذه حتى يشمل الأحكام الوضعيه، و حينئذ يكون عمومها دليلا على المقصود إلى بطلان معاملات و عقود.

و الحاصل: أن هذه الفقرة دليل على كون مضمونها عاما شاملا.

هذا و لكنه يرد عليه أولا: ليس من الاستدلال بقوله «عمدهما خطأ» بل من الاستدلال بحديث رفع القلم، غاية الأمر أنه يستفاد من قرينه المقام كون رفع القلم أعم من رفع قلم المؤاخذه.

ثانيا: إنها ضعيفة السند بأبى البخترى.

فلم يبق إلّا صحيحة محمد بن مسلم، و العمل باطلاقها مشكل بعد إمكان حملها على خصوص باب الجنائيات، لا أقول ذكرها فى هذه الأبواب دليل عليه، لأن ذكر روايه فى باب خاص مستند إلى استنباط الجامعين لروايات أهل البيت عليهم السلام و لا يكون دليلا على شىء بعد كون مضمون الحديث عاما، بل أقول كون هذا التعبير ناظرا إلى أحكام الجنائيات فى غير هذه الروايات بل و فى أحكام المجنون (راجع الحديث ابن الباب ١١ من العاقلة) و أحكام الأعمى (الحديث ١ من الباب ١٠) شاهد قوى على تخصيص هذه العبارة

بأحكام الجنائيات و ظهورها فيها.

فالاستدلال بعمومها مشكل جداً لا سيما أن العبارة في الجميع واحد كما لا يخفى على من راجعها و تأملها.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢١١

أضف إلى ذلك أن هذا التعبير غير متعارف في أبواب العقود و الإيقاعات، و التعبير بالعمد و الخطأ معمول في أبواب الجنائيات.

ثم إنه قد أورد على الاستدلال بها في مصباح الفقاهة «١» بأمرين يمكن الذبّ عنهما:

١- إن العمل لها يوجب تأسيس فقه جديد، لأن لازمه عدم بطلان صوم الصبي بالمفطرات المعهودة، لأن عمده بمنزلة الخطأ، و كذا صلاته بالتمعد بترك سجدة واحدة مثلاً مما لا يوجب البطلان إذا صدر سهواً من البالغين، هذا من ناحية. و من ناحية أخرى يلزم بطلان جميع عباداته، لاعتبار التية فيها عن إرادة و اختيار، و قد فرض كون إرادته كالعدم، فعباداته باطلة خالية عن التية.

و فيه: أنه حكم امتناني و لا منه في بطلان عبادته كما هو ظاهر، و أمّا بالنسبة إلى المفطرات و قواطع الصلاة فالانصاف انصرافه عنها كما هو ظاهر، و بعبارة أخرى: ظاهر الأدلة مطابقة عبادات الصبي للبالغين في جميع أجزائها و شرائطها و موانعها.

٢- إن تنزيل عمده الصبي بمنزلة خطئه على وجه الإطلاق يقتضى أن يكون هنا أثر خاص لكل منهما، و من الواضح أنه لا مصداق لهذه الكبرى إلّا في أبواب الجنائيات لا غير.

و فيه: إن تنزيهه يمكن أن يكون من حيث عدم الأثر للخطأ كأن يقول إن اختيار الصبي في أبواب العقد كالإكراه، أى لا أثر له كعقد المكره، و مثل هذا التعبير صحيح قطعاً، و لا يعتبر في تنزيل شيء بمنزلة آخر أن يكون لكل واحد منهما أثر فعلى بل يكفي كون أحدهما لا أثر له، و تنزيهه بمنزلته إنما هو من جهة عدم التأثير كما لا يخفى.

المقام الثاني: تصرف الصبي في أمواله بأذن الولي و أجازته

و الظاهر أنه أيضاً ممنوع و داخل في اتصالات كلمات القوم، و لذا ذكر في الجواهر الإجماع بقسميه عليه أى على عدم صحة بيع الصبي و لو اذن له الولي قبل البيع أو بعده «٢».

(١). مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ٢٦٤.

(٢). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٦٠.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢١٢

و يدل عليه: مضافاً إلى ذلك، ما عرفت سابقاً من آية سورة النساء، حيث تدل على منع اليتامى من أموالهم قبل البلوغ و إيناس الرشد منهم، و هو عام يشمل ما كان مع اذن الولي.

و هكذا اتصالات ما دلّ على عدم جواز أمر الصبي في عقود و معاملاته، و كذلك حديث رفع القلم عنه، بناء على شموله لقلم التكليف و الوضع، و قد مرّ بيانه لا سيما مع ذكره في ذيل حكم جنائية الصبي في رواية أبي البختری.

المقام الثالث: في تصرفه في مال غيره بإذنه

و منه يظهر الكلام في «المقام الثالث» و هو تصرفه في مال غيره بإذنه بعنوان الوكالة، فان أيضا باطل، و يشمله اطلاق كلمات الأصحاب و فتاواهم بعدم صحة تصرفات الصبي.

و آية اليتامى و إن كانت تختص بأموالهم و لا تشمل أموال غيرهم، إلا أن اطلاق ما دلّ على رفع القلم منه و عدم جواز أمره يشمله أيضا.

نعم، في بعضها مثل رواية حمران «١» التعبير بقوله «دفع إليها مالها» و كذلك غيرها «٢» و لكن غير واحد منها مطلقاً لا تختص بماله فتدبر.

هذا مضافاً إلى ما عرفت من بناء العقلاء و إمضاء الشارع له، و الظاهر شموله لما نحن بصدد.

و قد ذهب بعض أعلام العصر في «مصباح الفقاهة» إلى القول بالجواز، نظراً إلى العمومات و الاطلاقات الدالة على الصحة. و فيه أن اللازم رفع اليد عنها بعد ما دلّ على منعه، مضافاً إلى أن انصراف العمومات و الاطلاقات منه قوى جداً.

بقي هنا شيء:

و هو أنه صرح بعض الأصحاب بالفرق بين المعاملات الخطيرة و اليسيرة، فأجاز تصرفات الصغير في الأخير، كما ذكره المحدث الكاشاني قدس سره فيما حكى

(١). وسائل الشيعة، ج ١، الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات، ح ٢.

(٢). المصدر السابق، ج ١٣، الباب ٢ من أبواب الحجر، ح ٣.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢١٣

عنه، بل ادعى في الرياض إجماع المسلمين عليه حيث قال: «الأظهر جوازه فيما كان بمنزلة الآلة لمن له أهليته، لتداوله في الأعصار و الأمصار السابقة و اللاحقة من غير نكر، بحيث يعد مثله إجماعاً من المسلمين كافة».

و أجب عنه بأمور:

١- عدم الاعتبار بهذه السيرة لعدم اتصالها بزمن المعصومين عليهم السلام و احتمال نشؤها عن التساهل في الدين، كما ذكره شيخنا الأعظم قدس سره في مكاسبه، و احتمله صاحب الجواهر قدس سره في كلامه «١».

٢- كون الآخذ عن الصبي هنا موجبا قابلاً، كما استقر به كاشف الغطاء قدس سره فيما حكى عنه.

٣- كون الصبي من قبيل الآلة هنا، فيكون نوع معاطاة و لو على القول بالملك تجرى بين البالغين، و قد تصح المعاطاة بما يكون أقل من ذلك كما في دخول الحمام و جعل الاجرة في صندوق الحمامي، أو أخذ باقة بقل و جعل الثمن في المحل المعد له، كما يظهر من كلمات الرياض و غيره.

٤- كونه مجرد الإباحة بالعوض تدور مدار رضاه المالكين البالغين.

أقول: يرد على الأول: إن انكار مثل هذه السيرة بالنسبة إلى شراء الخبز و الماء و البقل و شبهها، إنكار لأمر واضح، فقد جرت السيرة على ذلك حتى فيما قبل الإسلام و في جميع الأعصار بحسب طباع الناس، و لا يتوقف أحد في إرجاع هذه الامور إلى الصبي حتى يبلغ، و لو ردع عنه الشارع لظهر و بان قطعاً، و لا تختص هذه السيرة بالمتساهلين في الدين بل يجرى عليه أهل الإيمان و اليقين أيضا.

أما الثاني: فهو مخالف للوجدان، غير معمول عند الناس الذين استقر عليه سيرتهم، ولا يكون ذلك على فرض وجوده إلا عند الفقهاء منهم.

أما الثالث: فلازمه المنع عن التصرفات المتوقفة على الملك، أو القول بالملكية آنا ما قبلها، و كلاهما بعيد لا تساعد عليهما القواعد.

(١). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٤٣.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢١٤

فلم يبق إلا الرابع، وهو قوى.

إن قلت: إنما يصح ذلك في خصوص الموارد التي يكون الثمن والمثمن والبائع والمشتري معلومة كما في اشتراء البقل أو اجرة الحمامي وليس جميع الموارد كذلك، فقد لا يكون البائع أو المشتري معينا بل ولا مقدار الثمن كما لا يخفى.

قلت: أما معلومية البائع والمشتري بشخصهما فغير لازم، كما إذا لم يكن الحمامي حاضر وكذا صاحب البقل، وأما معلومية العوضين فهي حاصله إنما في بعض الموارد، وفيه أيضا يعلم بعد رجوع الصبي إلى وليه وأعلامه بالحال، وحينئذ يتحقق منه الإنشاء ويكون الصبي في هذا الحال كالألة، والإنشاء الفعلي حاصل هنا من الطرفين، ولا يرد عليه الإشكال من ناحية الموالاة بين الإيجاب والقبول بعد ما عرفت في المباحث السابقة من كفاية هذا المقدار.

وقد يستدل هنا أيضا بروايتين:

إحدهما: مروية من طريق العامة من أن أبا الدرداء اشترى عصفورا من صبي فأرسله، ولذا ذهب الحنابلة إلى صحة بيع الصبي في الأشياء اليسيرة ولو لم يأذن وليه، كما حكى عنهم وحكى عن الشافعية خلافه.

وفيه: إن فعل أبي الدرداء لا يكون دليلا، مضافا إلى عدم صحة سند الحديث ويمكن حمله على عدم كون الصبي مالكا، بناء على عدم تأثير حيازته، وإنما اشتراه ظاهرا ليطيب قلبه.

ثانيهما: ما ورد من النهي عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده معللا بأنه «إن لم يجد سرق» وهو ما رواه النوفلي عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن كسب الإماء فأنها أن لم تجد زنت، إلا أمة قد عرفت بصنعة يد، ونهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فانه أن لم يجد سرق» (١).

(١). وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢١٥

و ثانيا: يمكن أن يكون المراد من الكسب فيه الكسب باليد، لا البيع والشراء بقريته قوله عليه السلام: «لا يحسن صناعة بيده»، وليس في المقام البيان من ناحية اخرى، فتأمل.

ثالثا: يمكن أن يكون المراد من الغلام، العبد، لقريته ذكره في مقابل الأمة فيكون المراد بكسبه إجارته، فأنها لا تصح إلا باذن المولى.

المقام الرابع: في حكم قبول الصبي للهدايا والهبات وشبهها

قال في المكاسب إن مقتضى ما تقدم من الإجماع المحكى في البيع وغيره من العقود والأخبار المتقدمة بعد انضمام بعضها إلى بعض، عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعبر فيها القصد إلى مقتضاها، كإنشاء العقود أصالة ووكالة، والقبض والإقباض، وكل التزام على نفسه من ضمان أو اقرار أو نذر أو إيجاد (انتهى).

أقول: يمكن أن يقال: إن قبول الهدايا والهبات ليس التراما على نفسه بشيء ولا يوجب ضررا عليه، وهي من العقود الاذنية، فلا إشكال فيهما، وليس هذا من قبيل اعطاء أمواله بيده، ولكن الإنصاف شمول أدلة نفى جواز أمره ورفع القلم عنه، ولأن قبول الهدية وغيرها قد يكون منقصة و ضررا عليه من بعض الجهات ولا يدرك ذلك إلّا وليه.

المقام الخامس: وكالته عن غيره في اجراء صيغ العقود

مقتضى ما عرفت من كلام الشيخ الأعظم قدس سرّه عدم الجواز أيضا، و ذهب بعض أعلام المحشين إلى عدم المنع منه، نظرا إلى العمومات و الاطلاعات مع عدم دليل على التخصيص أو التقييد، فيجوز للصبي اجراء العقود لغيره، بل على مال نفسه إذا كان بأذن الولي، و كان الصبي وكيلا في اجراء الصيغة فقط كما يجوز استقلاله بهذا النحو في مال غيره (انتهى).
و الإنصاف أنّ شيئا من ذلك غير جائز بعد اطلاق عدم جواز أمر الصبي، و قد عرفت عدم اختصاصه بماله «١».

(١). راجع وسائل الشيعه، ج ١٣، الباب ٤٤ من أبواب الوصايا، ح ٨ و ١١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢١٦

هذا و الوكيل في اجراء الصيغة و كيل في نفس البيع، و لا معنى لكونه وكيلا في اجرائها فقط، نعم هو و كيل في المعاملة بقيودها و شروطها المعينه من قبل المالك و إلّا فلا معنى للوكالة في مجرد الصيغة فقط، فتدبر فأنه حقيق به.

المقام السادس: من أحكام الصبي «في حكم إسلامه»

الصبي إمّا مميز أو غير مميز، و المراد من المميز هنا تمييز الإسلام و الكفر و قبول أحدهما عن علم و بينه بحسب حاله، أمّا غير المميز فلا ينبغي الإشكال في إلحاقه بأبويه، كما صرح به كثير منهم في أحكام النجاسات في باب نجاسة الكافر، منهم الشيخ قدس سرّه في المبسوط، و صاحب الايضاح، و نهاية الأحكام، و العلامة قدس سرّه في التذكرة، و الشهيد قدس سرّه في الذكرى، فيما حكى عنهم بل قد يدعى عدم الخلاف أو الإجماع عليه.

و هو المعروف بينهم في أحكام النجاسة، و الأسر، و الاسترقاق، و غيرها.

و اختلف كلمات العامة هنا.

فعن الحنفية إن تصرف الصبي على ثلاثة أقسام:

«الأول»: أن يتصرف تصرفا ضارا بماله و هذا لا ينعقد.

«الثاني»: أن يتصرف تصرفا نافعا يتنا كقبول الهبة و الدخول في الإسلام، و هذا ينعقد و ينفذ و لو لم يجزه الولي.

«الثالث»: أن يتردد بين النفع و الضرر، كالبيع و الشراء، و هذا القسم ينعقد موقوفا على أجازة الولي «١».

و عن الشافعية: لا يصح تصرف الصبي سواء كان مميزا أو غير مميز، فلا تنعقد منه عبارة، و لا تصح له ولاية، لأنه مسلوب العبارة و

الولاية، فإذا نطق الصبي من أبوين كافرين بالإسلام، فلا ينفذ إسلامه «٢».

(١). الفقه على المذاهب الاربعه، ج ٢، ص ٣٦٣ (ملخصا).

(٢). المصدر السابق، ص ٣٦٥.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢١٧

و لم ينقل من الحنابلة و المالكية هنا كلام في هذا المعنى.

و العمدة في السيرة المستمرة بين العقلاء و قد أمضاها لشرع عند عدّهم في عداد آبائهم عند عدّ الكفار و المسلمين، فلا يزالون يقولون عدد اليهود كذا، و عدد المسلمين كذا، و يعدّون أولادهم في عدادهم، و هذا أمر ثابت في جميع البلاد و الأعصار من غير فرق بين جميع الفرق.

مضافا إلى ما ذكره صاحب الجواهر قدّس سرّه من دعوى الإجماع أو التسالم.

و كذا الكلام بالنسبة إلى المميز إذا لم يختار مذهباً أو اختار مذهب أبيه مثلا، و أمّا إذا اختار مذهباً على خلاف مذهب أبيه، كما إذا أسلم ولد الكافر أو كفر ولد المسلم، و هو غير بالغ، و لكن كان ذلك عن علم و قصد، فهل يحكم عليه بأحكام الإسلام و الكفر، و هو المعنون في كلماتهم بقبول اسلام الصبي، أو عدمه فيكون تابعا لأبويه حتى يبلغ أشده؟ غاية ما يمكن الاستدلال به على قبوله امور:

١- شمول العمومات و الإطلاقات له، و قد ورد في غير واحد من الروايات أن حقيقة الإسلام شهادة أن لا إله إلا الله و التصديق برسول الله صلّى الله عليه و آله «١».

نعم، قد ورد في غير واحد منها التصريح بحقن الدماء الذي يكون قرينه على كون الكلام في البالغين، لأنّ غير البالغ لا يجري عليه حكم عدم الحقن بعد عمومية رفع القلم عنه، كما هو واضح، و لكن في بعضها الآخر الذي ليس فيه هذه القرينة الصارفة غنى و كفاية.

٢- إنّ الإسلام و الكفر ليسا من الامور التعبدية حتى يحتاج إلى العمومات و الإطلاقات، بل هما ينشأن عن اعتقاد هذا أو هذا، و قبوله كعقيدة و إيمان، و هذا أمر حاصل من المميز بالمعنى الذي ذكرنا.

٣- ما ورد من كون على عليه السلام أول الناس إيمانا، و النصوص به كثيرة مع أنّ المعروف كونه عليه السلام ابن عشر سنين حينئذ، و النبي صلّى الله عليه و آله لم يقنع بقبوله إسلامه و هو صبي فقط، بل جعله

(١). الأصول من الكافي، ج ٢، ص ٢٥.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢١٨

وزيرا له و وصية صلّى الله عليه و آله كما هو المعروف من حديث الدار، و هذا من أقوى الأدلة على قبول إسلام الصبي.

و القول بأنّ قبول إسلامهم من خواصه عليه السلام كما عن صاحب الجواهر قدّس سرّه لا دليل عليه، مضافا إلى أنّ المخالف لا يقبل هذا الاستثناء لو كان الاستدلال في مقابله.

٤- أضف إلى ذلك كله أنّ العمدة في الحكم بالتبعية هو ما عرفت من السيرة المستمرة بين العقلاء، و هذه السيرة غير ثابتة في الصبي الذي يتخلف عن أبويه في إسلامه أو كفره، و هو عالم بما يقبله، و مميز له غاية التمييز، و إن لم يجر عليه الأحكام التكليفية و الحدود و شبهها نظرا إلى حديث رفع القلم و شبهه.

و قد يستدل على عدم القبول بامور:

الأمر الأول: اطلاق ما دلّ على دخول أولاد الكفار و المشركين و كذا المؤمنين مداخل آبائهم «١».

و يمكن الجواب عنها، أولا: بأنّها شاذة مخالفة للعقل، و عدالته تعالى و حكمته إن كان المراد بدخولهم مداخل آبائهم دخول أولاد الكفار في جهنم كما هو ظاهرها.

و ثانيا: إنّها منصرفة عما إذا اختار الولد مذهباً غير مذهب أبويه كما هو ظاهر.

و ثالثا: إنّها معارضة بغيرها، فقد ورد في هذا الباب طوائف ثلاثة من الروايات.

«الاولى» ما عرفت.

«الثانية» ما يدل على أن الله أعلم بما كانوا عاملين (٢).

فان كان المراد أنه يجازيهم على ما كانوا يعلمون لو بقوا في الدنيا فهذا أيضا لا يمكن المساعدة عليه، لأن من ضروريات المذاهب عدم جواز المجازاة بمجرد الشأنية لا سيما مع عدم سبق نية منهم كما في المقام.

الثالثة: ما يدل على تأجيل نار يوم القيامة و أمرهم بدخولها فمن دخلها كانت عليه

(١). راجع الفروع من الكافي، ج ٣، ح ٢ و ٥، ص ٢٤٨.

(٢). المصدر السابق، ح ١ و ٣، ص ٢٤٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢١٩

بردا سلاما و دخل الجنة، و من عصى دخل النار (١).

و قد جمع بينهما في الوافي بحمل إلحاق الأولاد بالآباء على البرزخ، و حمل هذه على يوم القيامة، و هو كما ترى، و القول بأن يوم القيامة ليس يوم عمل بل يوم حساب، يمكن الجواب عنه بجواز الاستثناء فيه.

و على كل حال فالظاهر انصراف جميعها عن أسلم أو كفر عن بصيرة و تمييز على خلاف أبيه.

الأمر الثاني: حديث رفع القلم، فإنه باطلاقة يدل على رفع جميع الأحكام الاصولية و الفرعية، فلا أثر لإسلام الصبي و لا لكفره، فان هذه الامور مرفوعة عنه كلها، و لكن الإنصاف أن اطلاقه محل إشكال و منع، لأنه يدل بمقتضى كونه في مقام الامتنان على رفع الأحكام الإلزامية التكليفية، و أما غير الإلزامية، و كذا بعض الأحكام الوضعية غير مرفوعة عنه.

فلو كفر الصبي لم يعذب، و كذا لو ارتد لا يجرى عليه حد الارتداد، لكن لا يبعد أبانته زوجته و توريث أمواله، بل قد يقال بعدم ذلك أيضا، و لعله لانصراف الأدلة، لأن ذلك أيضا من قبيل المجازات المرفوعة عنه فتأمل.

و تظهر ثمره المسألة في امور:

١- طهارة بدن الصبي بعد إسلامه بناء على القول بنجاسة الكفار.

٢- صحة عباداته بعد ذلك من الصلاة و الصيام و الحج و احرامه، و لكن في جواز استيجاره أو الاكتفاء بصلاته على الميت إشكال مذکور في محله، و ذلك لعدم ملازمة الصحة للاكتفاء به.

٣- عدم جواز أسره و استرقاقه و إن كان في دار الحرب إذا لم يحارب المسلمين بعد ما أسلم، إلى غير ذلك.

(١). راجع فروع من الكافي، ح ١ و ٢ و ٦ و ٧، ص ٢٤٨ و ٢٤٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٢٠

المقام السابع: في شرعية عبادات الصبي

و اعلم أنه وقع الكلام في كون عباداته شرعية أو تمرينية، و حكى في الجواهر في أبواب الصوم قولاً ثالثاً عن الشهيد الثاني قدس سره، و هو الاعتراف بصحة عباداته و إن لم تكن شرعية، نظراً إلى أن الصحة لا تستلزم كون صومه شرعياً لأنها من خطاب الواضح و هو لا يتوقف على التكليف (١).

أقول: الظاهر أن مراده أن صومه غير مأمور به بأمر تكلفي و إن كان محكوماً بالصحة بعنوان حكم وضعي، و لكن يرد عليه: إن الشرطية و الجزئية في العبادات لا تنتزع إلا من الأحكام التكليفية، و إن شئت قلت: الحكم الوضعي، أي الصحة هنا، إنما ينتزع من

مطابقة الأمر، لا أنه حكم مستقل برأسه.

نعم، في غير هذا الباب قد يكون الحكم الوضعي مستقلا في الجعل لكن هنا ليس كذلك، وتمام الكلام في محله من مباحث الاستصحاب (مباحث الحكم الوضعي).

و على كل حال فالأقوال هنا ثلاثة: أحدها: إنها صحيحة و أمور بها، الثاني: صحيحة ليست مأمورا بها، الثالث: ليست صحيحة و ليست مأمورا بها بل هي مأمور بها بأمر تمريني لا واقعي.

ثم إن القول بكونها شرعية لا يلازم القول بسقوط الفرض به كما إذا بلغ الصبي في أثناء الوقت بعد ما صلى، فلذا حكم في الشرائع بعدم الاكتفاء به مع أنه قائل بشرعية عبادات الصبي، كما يظهر من كلماته في أبواب الصيام بل حكى عدم الاكتفاء به من أكثر الأصحاب، و صرح صاحب الجواهر قدس سره بشرعية عباداته مع أنه أشكل في الاكتفاء به إذا بلغ في أثنائها أو في الوقت فراجع «٢». و الحق شرعية عباداته و صحتها، و أستدل القائلون بها تارة بالاطلاقات و الأدلة العامة، و اخرى بالأدلة الخاصة الواردة في المسألة. أما الأدلة العامة، أعنى اطلاقات الصلاة و الصيام و غيرها فلا دلالة فيها على خصوص

(١). جواهر الكلام، ج ١٦، ص ٣٣٠.

(٢). المصدر السابق، ج ٧، ص ٢٤١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٢١

حكم البالغين بل تشمل غيرهم أيضا كما في قوله تعالى: «وَأَنْ تَصُومُوا خَيْرٌ لَكُمْ» (١).

و كذا قوله تعالى: «وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ» (٢) و شبهه، و كذا ما دلّ على أنّ الصلاة خير موضوع من شاء استقل و من شاء استكثر ... و دعوى الانصراف في جميعها إلى البالغين لا يخلو من إشكال، و إن كان في بعضها مقبولا، و يجمع بينها و بين ما دلّ على رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم بالحمل على الاستيجاب، لأن القلم قلم الإلزام. و لكن أورد عليه: بأن الإلزام ليس مركبا من طلب الفعل و المنع من الترك حتى يرتفع أحدهما بأدلة رفع القلم و يبقى الباقي و هو الطلب، بل هو أمر بسيط إما موجود و إما مرفوع.

و فيه: إن مقتضى الجمع العرفي هو الحمل على الاستيجاب و هذا أمر شائع في أبواب الفقه و لا ربط له بمسألة التركب.

و اخرى بالأدلة الخاصة الواردة في خصوص الصبي، و هي طوائف:

الطائفة الاولى: ما يدلّ على وجوبها عليهم في سنين خاصة قبل البلوغ حيث تحمل على الاستيجاب جمعا بينها و بين ما يدلّ على عدم وجوبها قبل أوان البلوغ.

مثل ما روى محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام: «في الصبي متى يصلي؟ قال: إذا عقل الصلاة، قلت: متى يعقل الصلاة و تجب عليه؟ قال: لست سنين» (٣).

و ما روى العمركي عن علي بن جعفر، عن أخيه موسى عليه السلام قال «سألته عن الغلام متى يجب عليه الصوم و الصلاة؟ قال: إذا راهق الحلم و عرف الصلاة و الصوم» (٤).

و أيضا ما روى اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام و حسن بن قارون عن الرضا في نفس هذا الباب.

(١). سورة البقرة، الآية ١٨٤.

(٢). سورة البقرة، الآية ١١٠.

(٣). وسائل الشريعة، ج ٣، الباب ٣ من أبواب أعداد الفرائض، ح ٢.

(٤). المصدر السابق، ح ٣.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٢٢

و كذا ما ورد في أبواب صلاة الجنائز مثل ما روى زرارة و الحلبي جميعا عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن الصلاة على الصبي متى يصلى عليه؟ قال إذا عقل الصلاة قلت: متى تجب الصلاة عليه؟ فقال إذا كان ابن ست سنين و الصيام إذا طاقه» (١).
و ما روى الصدوق في مرسله قال «و سئل أبو جعفر عليه السلام متى تجب الصلاة عليه؟ فقال إذا عقل الصلاة و كان ابن ست سنين» (٢).

و ما روى زرارة قال: «مات ابن لأبي جعفر عليه السلام فأخبر بموته فأمر به فغسل و كفن و مشى معه و صلى عليه و طرحت خمره فقام عليها، ثم قام على قبره حتى فرغ منه، ثم انصرف و انصرفت معه حتى أنى لأمشى معه، فقال: أما أنه لم يكن يصلى على مثل هذا و كان ابن ثلاث سنين، كان على عليه السلام يأمر به فيدفن و لا يصلى عليه و لكن الناس صنعوا شيئا فنحن نصنع مثله، قال قلت: فمتى تجب عليه الصلاة؟ فقال: إذا عقل الصلاة و كان ابن ست سنين» الحديث (٣).
و لكنها قابلة للحمل على الصلاة على الطفل الميت.

و كذا ما ورد في أبواب من يصح منه الصوم مثل ما روى سماعة قال «سألته عن الصبي متى يصوم؟ قال: إذا قوى على الصيام» (٤).
و ما روى إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: «إذا أطاق الصبي الصوم و جب عليه الصيام» (٥).
و أيضا ما روى السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام و ما روى محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام و ما روى سماعة عن الصادق عليه السلام في نفس الباب المذكور.
و دلالتها من حيث المجموع على المقصود واضحة فأنها تدل على شرعيتها التي تساوق الصحة.

(١). وسائل الشيعة، ج ٢، الباب ١٣ من أبواب صلاة الجنائز، ح ١.

(٢). المصدر السابق، ح ٢.

(٣). المصدر السابق، ح ٣.

(٤). المصدر السابق، ج ٧، الباب ٢٩ من أبواب من يصح منه الصوم، ح ٢.

(٥). المصدر السابق، ح ٨.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٢٣

الطائفة الثانية: ما دل على أمرهم بها و أخذهم عليها، مثل ما روى معاوية بن وهب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام في كم يؤخذ الصبي بالصلاة؟ فقال: فيما بين سبع سنين و ست سنين» (الحديث) (١).
و كذا ما روى محمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال: «يؤخذ الغلام بالصلاة و هو ابن سبع سنين، و لا تغطي المرأة شعرها منه حتى يحتلم» (٢).

و ما روى عيسى بن زيد يرفعه إلى أبي عبد الله عليه السلام قال: «يئغر الغلام لسبع سنين و يؤمر بالصلاة لتسع، يفرق بينهم في المضاح لعشر» (الحديث) (٣).

و ما روى ابن القداح، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أنا نأمر الصبيان أن يجمعوا بين الصلاتين الأولى و العصر، و بين المغرب و العشاء الآخرة ما داموا على وضوء قبل أن يشتغلوا» (٤).

و هي أيضا تدل على المقصود، لأن الأمر بالأمر، أمر (كما ذكر في محله).

و مثل ما روى معاوية بن وهب في حديث قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام في كم يؤخذ الصبي بالصيام؟ قال: ما بينه و بين خمس

عشرة سنة» (٥).

وما روى الزهري عن علي بن الحسين عليه السلام في حديث قال: «و أما صوم التأديب فأن يؤخذ الصبي إذا راهق بالصوم تأديبا و ليس بفرض» (٦).

و دلالة الأخيرين لا تخلو عن تأمل.

الطائفة الثالثة: ما هي ظاهرة في التمرين و أنها غير صحيحة، مثل ما دل على صيامهم بمقدار يقدرها عليه اليوم الذي لا يكون صياما صحيحا قطعاً.

(١). وسائل الشيعة، ج ٣، الباب ٣ من أبواب أعداد الفرائض، ح ١ و ما ورد في ذيل روایت ٧ و ٨ من نفس الباب و روایت ١ و ٢ من الباب ٤.

(٢). المصدر السابق، ج ١٥، الباب ٧٤ من أبواب أحكام الأولاد، ح ١.

(٣). المصدر السابق، ح ٥.

(٤). المصدر السابق، ح ٧.

(٥). المصدر السابق، ج ٧، الباب ٢٩ من أبواب من يصح منه الصوم، ح ١.

(٦). المصدر السابق، ح ٤.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٢٤

مثل ما روى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: قال: «أنا نأمر صبياننا بالصيام إذا كانوا بنى سبع سنين بما أطاقوا من صيام اليوم» (الحديث) (١).

و ما روى الصدوق قدس سره، قال الصادق عليه السلام: «الصبي يؤخذ بالصيام إذا بلغ سبع سنين على قدر ما يطيقه» الحديث (٢). إلى غير ذلك، و لكن الإنصاف أنها لا تعارض ما مر، لعدم المنافاة بين تمرينهم إذا لم يقدرها على الصيام كاملاً، و استحباب فعلهم ذلك إذا أطاقوه.

و كذا لا- منافاة بين تمرين الوضوء بغسل بعض اعضائه كما يظهر من رواية عبد الله بن فضالة عن أبي عبد الله أو أبي جعفر عليه السلام قال: «سمعت يقول: يترك الغلام حتى يتم له سبع سنين، فإذا تم له سبع سنين قيل له اغسل وجهك و كفيك، فإذا غسلها قيل له: صل ثم يترك حتى يتم له سبع سنين، فإذا تم له علم الوضوء و ضرب عليه، و امر بالصلاة و ضرب عليها» (٣). و بين فعل الصلاة و الوضوء تاماً، و ذلك باختلاف سني عمرهم و على حسب استعداداتهم.

بقي هنا امور:

١- إن ظاهر كلماتهم و فتاواهم (قدس الله اسرارهم) و إن كان رفع جميع التكاليف الإلزامية منهم، و لكن يشكل الأمر بالنسبة إلى بعض الكبائر الفاحشة إذا كان له عقل تام و رشد كامل، مثل قتل النفوس البريئة و احراق الدور و قطع الحرث و النسل و ما أشبهها الاستقلال عقله بقبحها و استلزام الفتوى بالجواز، ترغيبه إلى هذه الامور، فالأحوط لو لا الأقوى حرمة ذلك عليهم إذا كانوا شاعرين عاقلين.

٢- اختلاف الروايات بحسب ما ذكر فيها من السنين من الست في بعضها، و السبع

(١). وسائل الشيعة، ج ٧، الباب ٢٩ من أبواب من يصح منه الصوم، ح ٣.

(٢). المصدر السابق، ح ١١.

(٣). المصدر السابق، ج ٣، الباب ٣ من أبواب أعداد الفرائض، ح ٧.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٢٥

و التسع، و المراهق في بعضها الآخر، أما يكون بتفاوت درجات الاستحباب أو تفاوت الصبيان في ذلك بحسب استعدادهم.

٣- لا ينبغي الشك في شمول أدلة الأحكام الوضعية له مثل إحداث الوضوء، و وجوب الغسل بمس الميت و الجنائز، كما ذكره في

باب عرق الجنب من الحرام، و يصح منه الغسل، و كذا أدلة الضمانات و الديات، إلّا إذا كان أدلتها منصرفه إلى خصوص البالغين.

٤- و في شمول أدلة الخمس له إشكال، و يمكن أن يقال، فرق بين ما دلّ على أن في المعدن الخمس (مثلاً) و ما فيه أمر بأداء

الخمس، و الثاني ظاهر في خصوص البالغين دون الأول، فتأمل.

الشرط الثاني: «العقل و الرشد»:

ذكر في الشرائع اعتبار العقل في المتعاقدين بعد ذكر البلوغ و أدعى في الجواهر الإجماع عليه بقسميه، ثم قال: لا لعدم القصد فأنه قد

يفرض في بعض أفراد المجنون بل لعدم اعتبار قصده، و كون لفظه لفظ النائم.

أقول: المسألة إجماعية قطعاً و يدل عليه مضافاً إلى ذلك أمور:

١- بناء العقلاء من غير تكبير و قد أمضاه الشارع المقدس لا بعدم الردع بل بالامضاء أيضاً، فهم قائلون بخروج المجنون كالصبي عن

دائرة الأحكام و القوانين و المعاقبات و لا يرون لعقدهم و عهدهم و تصرفاتهم المالية اعتباراً.

٢- ما دلّ على عدم جواز ايتاء الأموال للسفهاء سواء اليتامى و غيرهم مثل قوله تعالى:

وَ ابْتَلُوا اليتامى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ (١).

و قوله تعالى: وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَ ارزُقُوهُمْ فِيهَا وَ اكسُوهُمْ (٢).

(١). سورة النساء، الآية ٦.

(٢). سورة النساء، الآية ٥.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٢٦

و قوله تعالى: فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَفِيعُ أَنْ يُمَلَّ هُوَ فَلْيَمْلِكْ وَ لِيَهُ (١). فإذا لم يجز العقود بالنسبة إلى

السفهاء ففي المجانين بطريق أولى.

فاللزام «الرشد» مضافاً إلى «العقل» و من الواضح أن المدار على الرشد المالي لا الرشد في سائر الامور، فربّ رشيد في غير الأموال

غير رشيد فيه.

٣- ما دلّ على رفع القلم عن المجنون حتى يفيق، فان رفع القلم إشارة إلى خروجه عن حكم العقلاء الذين هم مشمولون للأحكام

الإلزامية مطلقاً حتى الناشئة عن العقود و الإيقاعات، بل هم خارجون عن دائرة شمول أمثال هذه القوانين بحكمهم، فهذا إمضاء له، و

لا فرق بين المجنون المطلق و الأدوارى في دور جنونه، كما هو واضح.

و لعل وضوح هذه المعاني دعى شيخنا الأعظم قدس سرّه على ترك البحث عنه في مكاسبه، و لكن الصبي أيضاً كذلك في كثير من

أحكامه، هذا و لا يأتي في المجنون ما مرّ في الصبي من وكالته في إنشاء العقد فقط أو وكالته عن غيره و إن كان يجري بالنسبة إلى

السفيه.

الشرط الثالث: «القصد»

و قد صرحوا باعتبار القصد، تارةً باعتباره في شرائط المتعاقدين، و اخرى في قوام مفهوم العقد، و كلاهما صحيح. و المراد به القصد الجدى إلى إنشاء مفهوم العقد، و ينعدم بأحد امور:

١- عدم القصد إلى اللفظ، كما إذا أراد النكاح، فسبق لسانه إلى البيع غلطا في الالفاظ.

٢- ما إذا قصد اللفظ و لكن لم يرد معناه الإنشائي بل أراد منه الإخبار و شبهه.

٣- ما إذا قصد الإنشاء و لكن لم يكن عن جد، بل كان هازلا في كلامه.

هذا بالنسبة إلى مقام الثبوت، أمّا مقام الإثبات فلا يقبل منه هذه الدعاوى إذا لم تكن عليها قرينة، و كان ظاهر الحال القصد و الجّد.

(١). سورة البقرة، الآية ٢٨٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٢٧

و اعتبار القصد بهذا المعنى من القضايا التي قياساتها معها، لعدم تحقق المعاقدة و المعاهدة بدون ذلك، فلا يصدق عنوان العقد و غيره من عناوين البيع و شبهه، حتى يشمل أدلة و جوب الوفاء بها كما هو ظاهر.

بل لا بد أن يكون القصد إلى ما هو مبين في الشرع، أو دائر بين العقلاء من أهل العرف و لم يردع عنه، و ما ذكره بعض أعظم المحشيين «من أن حقيقة البيع عبارة عن الاعتبار النفساني المظهر بمبرز خارجي سواء أمضاه العرف و الشرع أم لا و سواء كان في العالم شرع و عرف أم لا» كما ترى، لعدم صدق هذه العناوين قطعا بدون ما ذكرناه.

الشرط الرابع: «في اعتبار تعيين المالك و من له العقد»

ذكر المحقق الأنصاري قدس سرّه هنا كلاما عن صاحب المقاييس في تعيين المالك و من له العقد، و حاصله التفصيل بين صور المسألة، فتارةً لا يتعدد وجه وقوعه كما إذا قال: بعت عن موكلتي، و كان و كيلا عن واحد، و اخرى يتعدد وجه وقوع العقد كما إذا كان و كيلا أو وليا عن اثنين، فحينئذ يجب التعيين، و ثالثه يكون له انصراف كما إذا اشترى أو باع شيئا في الذمة و لم يعين أنه لنفسه، أو لموكله فحينئذ ينصرف إلى نفسه، أمّا إذا لم يكن معينا في الواقع، و لا عينه بنفسه، و لم يكن هناك انصراف، وقع باطلا و لا يجوز ايقاع العقد مبهما و تعيينه بعد العقد.

و استدلل عليه: بأنه لو لم يعين لزم كون الملك بلا مالك، و لازمه أيضا عدم الجزم بشيء من العقود، و لا فائدة في التعيين بعد العقد (انتهى ملخصا).

و أورد عليه شيخنا الأعظم قدس سرّه و غيره بما حاصله: إن تعيين العوضين كاف من دون حاجة إلى تعيين المالكين فإن كان العوض شخصا وقع البيع و الشراء لملكه، و إن كان كليا فما لم يكن مضافا إلى شخص، لم يصح بيعه و لا شرائه لأن الكلي إنما يكون مالا إذا أضيف إلى ذمة معينه و إلا فلا.

أقول: هذا مبني على عدم جواز بيع شيء لغير ملكه، أو اشتراء شيء لغير مالك الثمن،

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٢٨

كما إذا قال: بيع هذا الفرس لنفسك، بأن يكون الثمن له بمجرد البيع، أو اشترى بهذه النقود خبزا لنفسك، بأن يكون الثمن له بنفس العقد، و قد ادعى وضوح بطلانه، لأن حقيقة البيع هي خروج الثمن عن ملك من دخل في ملكه المثل، و بالعكس و إنما مبادلة مال بمال و إنما تبديل العلقتين.

و لكن الانصاف كما ذكرنا في محله أنه لا يخلو من إشكال بعد وجود موارد كثيرة في العرف على خلافه، مثل ما إذا قال: اشترى بهذا

التمن خيزا لنفسك، و يتصور ذلك في أموال بين المال و مال الزواج عند صرفه في حق الزوجه أو غير ذلك، و أى دليل على لزوم توجيهه بالتوكيل في العقد، ثم نقل المضمن إلى نفسه بعد العقد، أو الهبة له قبله؟ و أى استحالة عقلية في جواز ذلك بعد كون المسألة من الامور الاعتبارية التي أمرها وسيع جدًا؟

و تعريف البيع بمبادلة مال بمال ناظر إلى الغالب، و مضافا إلى أنه لا ينافى ذلك فإنها أيضا مبادلة في الواقع، و المسألة تحتاج إلى مزيد تأمل.

بقي الكلام في حكم تعيين من يكون طرفا للعقد و أنه لازم أو لا؟

توضيح ذلك: إنَّ البائع قد يبيع لنفسه تارة، و اخرى يبيع لموكله و يقصده فضولا و كذلك المشتري، فحينئذ يقع الكلام في أنه هل يجب على كل منهما أن يعلم من يكون طرفا لعقده، أو يكفي الخطاب الأعم بأن يقصد وقوع المعاملة لمن قصده المشتري، لنفسه أو لموكله أو لمن يشتري له فضولا.

صرّح بعضهم بلزوم تعيين طرف العقد، إلّا أن يعلم من الخارج أنه لا خصوصية له، كما في غالب البيوع و الإجازات، حيث إنَّها تعقد مع المخاطب من غير إرادة خصوص نفسه أو من يكون و كيلا من عنده.

قلت: كأنه وقع الخلط هنا بين أصل لزوم التعيين و صورة تعيين شخص على خلاف تعيين الآخر.

توضيحه: أنه تارة يكون الكلام في لزوم تعيين من يكون في الواقع طرفا للعقد، و الظاهر أنه لا يجب في مثل البيع بل يكفي العلم به إجمالا، و لا يجب تفصيلا، فلو أوقع

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٢٩

العقد مع المخاطب من دون علمه بأنه أصيل أو وكيل أو فضولى لم يكن إشكال في العقد، نعم لا- يجوز ذلك في مثل النكاح و الوصاية و شبهها التي تدور الحكم مدار الأشخاص.

و اخرى يكون فيما إذا قصد كل منهما شيئا مخالفا للآخر، بأن قصد المشتري الاثراء لموكله، و قصد البائع تملكه لخصوص نفسه، أو بالعكس قصد المشتري أن يكون البيع له، و قصد البائع لموكله، و لا ينبغي الإشكال حينئذ في فساد المعاملة لعدم التطابق بين الإيجاب و القبول، لأنَّ هذا يقصد تملك شخص و هو يقبل من غيره.

هذا مضافا إلى ما يرتبط بنفس العوضين، فإنه إذا قصد خصوص المشتري مثلا كان الثمن في ذمته، و إذا قصد موكله كان في ذمّة موكله (بناء على عدم جواز خروج المعوض عن ملك أحد و دخول عوضه في ملك آخر).

فالفاسد ينشأ من عدم التطابق بين الإيجاب و القبول و عدم تعيين المالك و الملكين، و هنا يعلم ربط هذه المسألة بالمسألة السابقة و عدم انفكاكهما أصلا.

الشرط الخامس: «اعتبار الرضا من المتعاقدين»

إشارة

المذكور في عبارات الأصحاب و غيرهم عنوان المسألة بعنوان اعتبار «الاختيار» في العقد في مقابل «الإكراه» مع أن عنوان «الرضا» أبلغ و أحسن، و ليس ذلك إلّا لكونه في مقابل الإكراه.

و أكثر ما ورد ذكر هذه المسألة هو في أبواب النكاح، فهذا شيخ الطائفة قدس سرّه عنوانه بعنوان عام في كتاب الطلاق من الخلاف حيث قال:

«طلاق المكره و عتقه و سائر العقود التي يكره عليها لا- يقع منه، و به قال الشافعي و مالك و الأوزاعي، و قال أبو حنيفة و أصحابه

طلاق المكره و عتاقه واقع، و كذلك كل عقد يلحقه فسخ، فأما ما لا يلحقه فسخ مثل البيع و الصلح و الإجارة فإنه إذا أكره عليه انعقد عقدا موقوفاً فإن أجازها، و إلا بطلت».

ثم استدل عليه الشيخ قدس سره بإجماع الفرقة، و أخبارهم، و أصالة البراءة، و حديث الرفع، رواها عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه و آله و آله «١».

(١). الخلاف، ج ٢، المسألة ٤٤ من كتاب الطلاق.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٣٠

و الظاهر أن ذكر المسألة في باب الطلاق لشدة الابتلاء بها هناك، كما أن ظاهر كلام أبي حنيفة صحة الإيقاعات من المكره، و كذا العقود الجائزة، و كأنه اعتبر الرضا في خصوص العقود التي لا يمكن جبران الكراهة فيها بالفسخ و إن كان قوله باطلا قطعاً. و سيأتي أن كلمات القوم غير محررة في المقام، و أن الذي يفقده المكره هو القصد إلى مدلول العقد، أو قصد الجد، أو خصوص الرضا؟ و من هنا وقع التضارب و التهافت في كلماتهم حتى لمثل الفقيه الماهر صاحب الجواهر قدس سره.

و لكن لا بد من أن نتكلم أولاً في دليل المسألة، ثم نبحث عن الذي يفقده عقد المكره، فنقول و منه سبحانه نستمد التوفيق و الهداية: استدلو على اعتبار هذا الشرط، أي الاختيار بعد الإجماع بأمر:

١- قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ «١».

دل صريحاً على اعتبار الرضا و أن ما ليس كذلك كان من الأكل بالباطل، فيدل على المقصود باعتبار الاستثناء و المستثنى منه كليهما، و الظاهر أن الاستثناء هنا منقطع، لأن فيه الرضا ليس أكلاً بالباطل.

٢- النهي عن أكل المال بالباطل من دون ذكر التراضي في قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ «٢» و ذمه تعالى اليهود على أكلهم أموال الناس بالباطل «٣» و كذا الأحبار و الرهبان و أنهم: ﴿لَيَأْكُلُونَ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ﴾ «٤». كل ذلك شاهد على المطلوب.

٣- ما دل على اعتبار طيب النفس و الرضا في حلية أموال مثل قوله صلى الله عليه و آله في الحديث المعروف: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه».

(١). سورة النساء، الآية ٢٩.

(٢). سورة البقرة، الآية ١٨٨.

(٣). سورة النساء، الآية ١٦١.

(٤). سورة التوبة، الآية ٣٤.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٣١

و قوله صلى الله عليه و آله: «لا يحل مال أمراء مسلم إلا عن طيب نفسه».

و قوله صلى الله عليه و آله: «لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير أذنه» «١».

٤- حديث الرفع الذي وصفه الشيخ الأنصاري قدس سره بأنه حديث متفق عليه بين المسلمين و قد عرفت استدلال شيخ الطائفة قدس سره به و روايته عن طريق الجمهور عن ابن عباس، في عبارة الخلاف.

فان قوله «رفع ما اكرهوا عليه» (أو ما استكرهوا عليه) دال على المقصود، إمّا بنفسه لإطلاق الحديث و شموله للأحكام الوضعية و التكليفيه، أو لبعض الروايات المعتمدة الذي استدل فيها بالحديث لنفي بعض الأحكام الوضعية المستكره عليها كما سيأتي إن شاء الله.

توضيح ذلك: إن الحديث دليل على رفع هذه الامور، في مقابل وضعها، وقد يقال: إن هذه الامور المرفوعة هو خصوص الموضوعات المجهولة أو المنسية أو المكروه عليها، بقرينة ذكر الإكراه، والاضطرار و ما لا يطاق، فان هذه الامور الثلاثة لا يتصور إلا في الموضوعات لعدم معقولية الإكراه على الأحكام، وكذا الاضطرار و شبهه.

ولكن الانصاف أن هذا المقدار من وحدة السياق لا يمنع من الأخذ بالعموم فيما يتصور فيه العموم، لأن مفاد «ما» الموصولة وسيع، يؤخذ بعمومه أو اطلاقه، في كل موضع بحسبه، فتدبر.

ولنا بيان آخر للعموم هنا، وحاصله: أن «الرفع» في مقابل «الوضع»، والظاهر أن الموضوع و المرفوع في باب الأحكام أيضا هو نفس المتعلقة، قال الله تعالى: **لِلّٰهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ** «٢». وقال تعالى: **وَعَلَى الْمُؤَلَّدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ** «٣».

وقال تعالى: **وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامٌ مِّشْكِينٍ** «٤». إلى غير ذلك مما لا يحصى

(١). وسائل الشريعة، ج ٦، الباب ٣ من أبواب الأنفال، ح ٦.

(٢). سورة آل عمران، الآية ٩٧.

(٣). سورة البقرة، الآية ٢٣٣.

(٤). سورة البقرة، الآية ١٨٤.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٣٢

في الأخبار الواردة عنهم، فالموضوع على عاتق المكلف هو نفس الحج، لا- وجوبه، و نفس الرزق و الكسوة، لا- وجوبها كما هو صريح الآيات، و كأن الأفعال ذات ثقل توضع على عاتق المكلفين، و الوجوب متترع من وضعها عليهم، لا- أن الوجوب و الحرمة بأنفسهما توضعان على المكلف، فالرفع أيضا بهذه العناية، و من هنا يظهر أن العمومية في الرواية لا- تنافي تعلق الرفع و الوضع بالمتعلقات، فلا- يكون الرفع في الأحكام متعلقا بنفس الحكم و في الموضوعات متعلقا بالموضوع حتى يكون التخالف بينهما، بل الرفع و الوضع في الجميع باعتبار المتعلقة، و لكنهما تارة يكون من الأحكام الكلية و اخرى في الجزئية و هي الشبهات الموضوعية. و لو تدبرت فيما ذكرنا من عناية الوضع و الرفع في الحديث لوجدت الحكم بالعموم في الحديث قريبا جدا فتدبر.

هذا و لكن الأمر سهل بالنسبة إلى مورد الإكراه، لانحصاره- كما عرفت- بالموضوعات، و لكن هل الرفع و الوضع المتعلقة بالموضوعات بعناية رفع المؤاخذه (بأن تكون نتيجتها هي رفع العقاب فقط)، أو يعم الأحكام الوضعية بحسب مفاده؟ لا يبعد العموم، لا- يكون هذا من قبيل اللفظ في أكثر من معنى واحد بعد وجود الجامع القريب بينهما، هذا مضافا إلى الاستدلال به في كلام الصادق عليه السلام في ما رواه محمد بن عيسى في نوادره عن أبي الحسن عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما يملكك أ يلزمه ذلك؟ فقال: لا، ثم قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله وضع عن امتي ما اكرهوا عليه و ما لم يطيقوا و ما أخطئوا» (١).

و الحلف بالطلاق و العتاق و إن كان باطلا في نفسه لعدم الأثر له عندنا، بل ليس من الحلف في شيء، إلا أن استدلاله عليه السلام بحديث الرفع دليل على عمومه و الاستناد إليه مع بطلانه ذاتا إنما هو لكون هذا الاستدلال مقبولا عند الكل، فتدبر.

٥- و يدل على ما ذكرنا أيضا بناء العقلاء على بطلان عقود المكروه، من دون فرق بين

(١). وسائل الشريعة، ج ١٦، الباب ١٦ من أبواب الايمان، ح ٦.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٣٣

المؤمن بالمذهب و المخالف له، من أى فرقة من الفرق، بل الأصل فى المسألة هو هذا، وقد أمضاه الشارع المقدس لا بعدم الردع، بل بالتصريح بالنهى عنه، وقد عقد فى الوسائل بابا لعدم صحة اليمين فى الإكراه روى فيه روايات كثيرة «١» و كذا عقد بابا فى عدم صحة طلاق المكره روى فيه أيضا روايات كثيرة «٢».

و هاهنا مسألتان:

الاولى: هل المكره فاقد للتصد؟

كما يظهر من غير واحد من أصحابنا حتى أنه فى الشرائع عطف المكره على المجنون و الصبى، الذين لا- قصد لهما أو قصدهما كالعدم حيث قال: «أما الشروط فمنها ما يتعلق بالمتعاقدين، و هو البلوغ و العقل و الاختيار، فلا يصح بيع الصبى و لا شراؤه و كذا المجنون و المغمى عليه و السكران غير المميز، و المكره»، و لكن صرح بعد ذلك بأنه و لو رضى كل منهم بما فعل بعد زوال عذره (لما يصح) عدا المكره للوثوق بعبارته.

و قال فى الجواهر بعد نقل هذا الكلام: «إنه إن لم تكن المسألة إجماعية فللنظر فيها مجال، كما اعترف به فى جامع المقاصد ضرورة عدم اندراجها فى العقود بعد فرض فقدان قصد العقدي و إن صدور اللفظ فيه كصدوره من الهازل و المجنون و نحوهما و قصد نفس اللفظ بمعنى الصوت غير مجد» «٣».

ثم ذكر فى أواخر كلامه أنه لو تصور قصد المكره معنى اللفظ مع عدم الرضا منه و قلنا أن الإكراه لا يخرج عن صلاحية التأثير جرى عليه حكم الفضولى، و عليه حمل كلمات الأصحاب فى صحة عقد المكره بعد لحقوق الرضا. و صرح شيخنا العلامة الأنصارى قدس سره أن المراد بعدم قصد المكره إلى اللفظ الوارد فى

(١). وسائل الشيعة، ج ١٦، الباب ١٦ من أبواب الايمان، ح ٦.

(٢). راجع المصدر السابق، ج ١٥ الباب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

(٣). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٤٧.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٣٤

كلمات جماعة منهم الشهيدان قدس سرهما عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد فى الخارج، و أن الداعى إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه فى الخارج (فراجع المكاسب).

أقول: اللزم فى العقد امور:

١- قصد اللفظ (فى مقابل الغالط).

٢- قصد معناه الإنشائي (فى مقابل اللافظ من غير قصده كمن يريد اصلاح مخارج الحروف).

٣- قصد الجدد (فى مقابل الهازل و العاقد صوريا كما فى بيع الثلجته الذى ذكره العلامة و غيره للنجاه عن الظالم).

٤- الرضا بمضمون العقد (فى مقابل الإكراه).

و الظاهر أن الذى يفقده المكره هو الأخير.

إن قلت: إن المكره غير مكره على القصد، لأنه خارج عن دائرة الإكراه بل الإكراه يتعلق بالألفاظ فقط.

قلت: نعم و لكن الغالب أن المكره - لا سيما إذا كان من العوام - لا- يقدر على تفكيك الألفاظ عن معانيها، فيسرى الإكراه على

الألفاظ، إلى الإكراه على قصد المعنى، كما لا يخفى على من راجع موارد الإكراه في العرف ليتضح ذلك كمال الوضوح، والحاصل أن هذا إذا لم يقدر على تخليئة ألفاظ العقود عن معانيها كما هو كذلك في كثير من الناس، فأنهم إذا اجبروا على صيغة الطلاق لم يمكنهم ذكر ألفاظه بدون قصد معناه غالباً، لعدم قدرتهم على التورية، أو عدم انتقالهم إليها وإن قدروا عليها، وأما القادر والعالم بذلك فيمكنه رفع أثر الإكراه من هذه الطرق.

فالانصاف أن المكره على قسمين: قسم يفقد الرضا فقط، فهذا الذي ذكره الأصحاب في كلماتهم وأنه يصح عقده بالرضا كالفضولي وهو الغالب من مصاديقه، وقسم يفقد الجذ أو قصد الإنشاء والمعنى، فهذا لا يصح عقده ولو لحقه الرضا.

ويشهد لذلك استدلال غير واحد منهم بأن الذي ليس في عقد المكره هو الرضا، فلو حصل بعده كان كافياً، لعدم وجود دليل على لزوم مقارنته للعقد، وكذا الاستدلال له بما

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٣٥

دلّ على لزوم الرضا في العقود، وحكمهم بعدم وجوب التورية عليه، فلا مناص عن التفصيل في المسألة فتدبر جيداً، وإن كان الغالب من مصاديقها ما فيه قصد المعنى.

ومن هنا يظهر النظر في ما ذكره صاحب الحدائق قدس سرّه، فقد أورد عليهم في هذا المقام إشكالا وهو أنهم قد حكموا بفساد عقد الهازل ولم يذكروا لزومه لو لحقه الرضى، مع أن ظاهر حاله أنه قاصد إلى اللفظ دون مدلوله، كما في المكره لأنه بالغ عاقل، فاللازم حينئذ إما الحاقه بالمكره في لزوم عقده مع لحوق الرضا به، أو بيان وجه الفرق بينهما.

ثم قال: و دعوى كونه غير قاصد اللفظ، بعيدة عن جادة الصواب، انتهى (١).

قلت: قياس المكره على الهازل عجيب بعد ما عرفت من وجود الجذ في المكره غالباً دون الهازل، ولو كان الأمر كما ذكره كان الحكم بالبطلان ولو بعد لحوق الرضا من الواضحات مع أن الأصحاب لم يقولوا به.

الثانية: في حقيقة الإكراه

اعلم أن الدليل على اعتبار هذا الشرط في البيع لو كان هو أدلة اشتراط الرضا دار الأمر مداره، سواء صدق الإكراه عليه أم لا، كان هناك تخويف بالضرر أم لا، وكانت التورية و سائر طرق التخلص ممكنة أم لا، لدوران الأمر مدار طيب النفس و الرضا الباطنى، فلا نحتاج حينئذ إلى التكلم في معنى الإكراه.

و أما لو كان المستند حديث الرفع و شبهه مما يدل على بطلان عقد المكره، فسيأتى الكلام في حقيقة الإكراه لغه و عرفاً.

و يظهر من كلام شيخنا العلامة الأنصارى قدس سرّه اعتبار امور فيها:

«أولها»: وجود حامل له على فعله، أى المكره بالكسر.

«ثانيها»: اقترانه بوعيد منه مطنون الترتب مضر بحال الفاعل أو من يتعلق به أو ما يتعلق به.

(١). الحدائق الناضرة، ج ١٨، ص ٣٧٥.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٣٦

«ثالثها»: عدم إمكان التفصى و التخلص عن الضرر المتوقع به بطريق آخر (على تفصيل فيه).

و لازم الأول أنه لو خاف من ضرر السلطان أو غيره مثلاً من دون تخويف و أتى بالعمل، لم يصدق عليه عنوان الإكراه، و الانصاف إلحاقه به حكماً لو لم نقل بالحقاقه به موضوعاً، لوحدة الملاك في نظر أهل العرف كما لا يخفى، فما ذكره السيد قدس سرّه في بعض

حواشيه «من أن الاقدام على العقد قبل اطلاع الجائر بتخيل أنه إذا اطلع على الترك أوصل إليه الضرر لا يعدّ من الإكراه» منظور فيه، لأنه إكراه في نظر العرف حكما لو لم نقل بالحاقة به موضوعا، فأدلة رفع الإكراه تشملته.

و إن شئت قلت: قد يكون الاقتران بالوعيد بالفعل، وقد يكون بالقوة القريبة من الفعل، و في هذا القسم أيضا يصدق عنوان الإكراه موضوعا، مضافا إلى الحاقة به حكما.

ثم اعلم أنه لا يعتبر في صدقه، العلم بتحقيق الوعيد، بل يكفي الظن بل الاحتمال العقلائي، و لو لم يكن على حدّ الظن كما في الموارد المشابهة له من عنوان الخوف وغيره.

و لازم الثاني أنه لو لم يقترن بوعيد منه و لكن علم من الخارج أن الوعيد يكون لا محالة، أو كان الوعيد من حواشيه و تابعيه من غير تصريح به، أو كان الوعيد عذاب إلهي ينزل عليه لم يصدق الإكراه، و الأخير و إن كان صحيحا، إلا أن الوعيد المقدر المعلوم من الخارج من ناحيته أو من يكون له صلة كاف في صدق عنوانه.

و لو كان الوعيد بحق كالتهديد بالقصاص، أو أخذ الدين منه حاليا، أو العذاب الإلهي، لم يصدق الإكراه كما لا يخفى، و ليس الكلام هنا في طيب النفس و الرضا الباطني كما يظهر من كلمات بعض الأعظم «١» بل الكلام في نفس عنوان الإكراه مع قطع النظر عن عنوان الرضا كما عرفت، و لا ينبغي الخلط بينهما لما عرفت من اختلاف الأدلة في المسألة، و إلا لو كان المدار على الرضا و عدمه كان الأمر واضحا و لا يحتاج إلى هذه التفصيلات.

(١). مصباح الفقاهة، ج ٣، ص ٢٢٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٣٧

و لازم الثالث أنه لو أمكن التفصي لم يصدق عنوان الإكراه، أو يصدق عنوانه و لكنه خارج عنه حكما.

توضيح ذلك: أنه قد اضطربت كلماتهم في اعتبار هذا الشرط و عدمه أو التفصيل بين التورية و غيرها أو بين المعاملات و غيرها (مثل الإكراه على شرب الخمر)، و الظاهر أن الوجه فيه تضارب الأدلة هنا، فمن ناحية ترى عدم صدق عنوان الإكراه مع القدرة على دفع ضرر المكروه (بالكسر)، فمن كان له خدم أو أعوان يمكنه دعوتهم على نصره و دفع ضرر المكروه، و لكن لا يدعوهم إلى ذلك بغير محذور لا يصدق في حقه عنوان الإكراه، و كذا لو كان له طريق إلى الفرار عن ذلك المكان و الخروج إلى غيره بسهولة، و لذا لو حصل ذلك في موارد الإكراه على المعاصي لا يجوز ارتكابها و الاعتذار بأنه كان مكرها عليها بعد إمكان دفع المكروه بما عنده أو بمن عنده.

و من ناحية أخرى لم يرد في روايات الباب من حديث الرفع و الأحاديث الكثيرة الواردة في باب طلاق المكروه و غيره تقييدها بعدم القدرة على التورية، مع أن باب التورية مفتوح غالبا، و هذا دليل على عدم اشتراط عدم القدرة على التخلص في باب الإكراه.

هذا مضافا إلى ما ورد في رواية عبد الله بن سنان قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «لا يمين في غضب و لا في قطيعة رحم و لا في جبر و لا في إكراه، قال: قلت: أصلحك الله فما فرق بين الجبر و الإكراه؟ فقال: الجبر من السلطان و يكون الإكراه من الزوجة و الام و الأب و ليس ذلك بشيء» «١».

و ظاهرها صدق عنوان الإكراه على ما كان من ناحية الأب و الام و الزوجة مع أن التفصي فيها ممكن (و إن كانت الرواية ضعيف بعدد الله بن القاسم).

و من هنا يظهر من كلمات شيخنا الأعظم قدس سرّه تارة التفصيل بين التورية و غيرها من طرق التفصي، و أخرى التفصيل بين المعاملات و غيرها (كالإكراه على شرب الخمر و سائر المعاصي).

(١). وسائل الشيعة، ج ١٦، الباب ١٦ من أبواب الايمان، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٣٨

أقول: الانصاف أنه وقع الخلط هنا بين معاني الإكراه و كذا بين أدلة اعتبار الرضا في المعاملات، و توضيحه:

١- لا ينبغي الشك في عدم صدق الإكراه (بمعنى الإلزام بشيء مع الإيعاد على تركه بضرر) في كل مورد يقدر على دفع المكروه و ضرره، بما لا يلزم منه محذور آخر، و لذا لا يجوز ارتكاب شيء من المعاصي إذا كان الاجبار و الإكراه ممكن الدفع، و هذا أمر ظاهر لا غبار عليه و لا كلام فيه.

٢- لو كان دليل بطلان المعاملات مع الإكراه منحصرا بما دلّ على رفع الإكراه كان الحكم بالصحة في جميع موارد القدرة على التفصي مما لا ينبغي الشك فيه، و لكن المهم أنّ دليله غير منحصر فيه بل العمدة في هذا الشرط ما دلّ على اعتبار الرضا، و نحن نعلم أنّ مفاد هذا الدليل أعم، فربّ إنسان لا يرضى بمعاملة مع عدم الإكراه المتوعد على تركه الضرر، كما إذا أكرهه زوجته أو أبوه أو أمّه على شيء و هو لا يرضى به في قلبه مع عدم إيعادهم الضرر على تركه.

و الحاصل: أنّ النسبة بين ما دلّ على اعتبار الرضا، و ما دلّ على نفى الإكراه عموم مطلق، و الخلط بينهما يكون منشأ لتخيل عدم اعتبار العجز عن التفصي في معنى الإكراه، مع أنّ العجز عن ذلك غير معتبر في ما دلّ على اعتبار الرضا، لا ما دلّ على نفى الإكراه، لاعتباره في مفهومه قطعاً.

٣- الإكراه- على ما يظهر من موارد استعماله- له معنيان:

أحدهما: حمل المكروه (بالتفتح) على فعل يكرهه و لا يرضى به، و إن لم يكن هناك اجبار و إيعاد على الضرر، و هذا المعنى هو الذي يستفاد من رواية ابن سنان، و قد جعل الإكراه فيها مقابلاً للإجبار.

ثانيهما: و هو المعروف من معناه في الفقه، و هو حملة على ما يكرهه مع إيعاده على الضرر، و الخلط بينهما كان سبباً للاستدلال برواية ابن سنان فيما نحن فيه.

و إن شئت قلت: الإكراه في الرواية مساوق لعدم الرضا و الكراهة الباطنية القلبية، لا الكراهة المعروفة المذكورة في كلمات الفقهاء الواردة في حديث الرفع، و الأول راجع إلى

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٣٩

اعتبار الرضا في المعاملات، و الثاني مفهوم أخص منه، بل الظاهر من الرواية أنّ الإجبار الوارد فيه هو أمر مساوق للإكراه بمعناه المشهور عند الفقهاء المأخوذ من حديث الرفع.

٤- قد مرّ في أبواب الكذب أنّ حقيقة «التورية» التي تكون في اللغة بمعنى «الاخفاء» و الستر (من مادة الورا) ليست مطلق ذكر اللفظ و إرادة معنى غير ما هو ظاهر فيه عرفاً، بل اللازم أن يكون اللفظ قابلاً لإرادة ذلك المعنى و محتملاً له، سواء كان اللفظ بذاته مشتركاً لفظياً أو معنوياً، أو قابلاً لهما من ناحية القرائن كما في القضية المعروفة أنّه سئل بعض العلماء من كان خليفة النبي صلى الله عليه و آله بعده قال «من بنته في بيته» أو كان له معنى ظاهر منصرف إليه اللفظ مع إمكان إرادة غيره منه بحسب عرف اللغة و ارباب اللسان، كما إذا دقّ الباب رجل و قال: هل فلان في البيت؟ فقليل له: ما هو هنا (الذي ظاهره عدم كونه في البيت، مع أنّه يشير بموضع خلف الباب و يريد عدم كونه هناك).

و الحاصل: أنّ التورية لا تجرى في جميع الكلمات و الجمل و لا تصحّ في كل عبارة، بل في خصوص عبارات تحتمل معنيين مختلفين في عرض واحد، أو كان أحدهما أظهر و الآخر غير أظهر مع إمكان استعماله فيه، و هذا إنّما يكون في عبارات خاصة و لا يقدر الإنسان عليه في كل زمان و كل محاوره.

و من هنا يظهر لك أنّ التورية ليس من الكذب، لاحتمال الكلام له، كما أنّه يظهر أنّ كل كلام لا يحتمل التورية، و أنّها ترد في

مقامات خاصة و عبارات محدودة معينة، كما أن كل إنسان لا يقدر عليها، بل تحتاج إلى لطف قريحة و مزيد عناية، كما هو المنقول من كلمات أمثال عبد الله بن جبير و غيره في مقابل الحجاج و غيره من الجبارين و أنه عمل بالتورية في كلامه بلطف قريحته، فتوهم إمكان التورية في كل كلام و لكل أحد توهم باطل، و عدم ذكرها بعنوان الاستثناء في روايات طلاق المكره و غيرها لعله من هذه الجهة، حتى أن قول البائع «بعت دارى لك» لا يمكن فيه التورية بأن ينوى الأخبار لا الإنشاء، لأن الأخبار به كثيرا ما يكون كذبا لعدم بيع داره من غيره.

فتلخص مما ذكرنا: أولا: أنه لا فرق في مفهوم الإكراه الوارد في حديث الرفع و شبهه بين العقود و غيرها

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٤٠

كالمحرمات و لا يجوز التفصيل بينهما.

ثانيا: لا يصدق عنوانه فيما إذا أمكن التخلص بطريق لا ضرر فيه و لا حرج شديد.

ثالثا: لا فرق بين إمكان التخلص بالتورية و غيرها من انحاء طرق التخلص.

رابعا: أن العقود قد لا يشملها عنوان الإكراه و لكن يشملها عنوان عدم الرضا و عدم طيب النفس فيفسد من هذه الناحية، فتأمل جيدا.

بقي هنا امور:

أحدها: أنه إذا أكره على أحد العقدين، فاختار أحدهما دفعا للضرر وقع باطلا، كما إذا أكرهه على بيع أحد أمواله، أو طلاق إحدى زوجته، كما هو المعروف بين أصحابنا، و ما يرى من بعضهم من الحكم بالصحة لا بد من توجيهه لوضوح فساده، لأن المفروض عدم طيب نفسه ببيع شيء من أمواله، و طلاق زوجاته أبدا، فكيف يصح مع عدم الرضا؟ مضافا إلى صدق عنوان الإكراه قطعاً بحسب متفاهم العرف، و بناء العقلاء أيضا على البطلان في هذه الموارد، و القول بأنه يختار أحدهما بطيب نفسه فاسد جداً، لأن طيب النفس بالخصوصية لا يدل على طيب النفس بأصل المعاملة، مضافا إلى أن اختيار أحد الضررين قد يكون لكونه أقل ضررا من غيره، لا لعدم كونه مضراً أصلاً، فلذا لو أكره على شرب أحد الخمرين كان معذورا قطعاً.

ثانيها: إذا أكره أحد الشخصين أو الأشخاص على أمر محرم أو بيع شيء أو طلاق امرأة كان الحكم كذلك أيضا لعين ما مر في الإكراه على أحد الأمرين، لصدق عنوان الإكراه لغه و عرفاً قطعاً، و لعدم طيب نفس واحد منهما بالفعل، نعم اللازم عليهما التأخير إلى آخر زمن الإمكان في المحرمات كشرب الخمر، و حينئذ كل من تقدم كان جائزاً، و أما في العقود فإذا لم يكن طيب النفس حاصلًا كان باطلاً تقدم أو تأخر.

ثالثها: إذا أكره على إجراء الصيغة لغيره فقصد العقد و أنشأ صح العقد، لأن اعتبار الرضا إنما هو في نقل المال و شبهه لا في صحة الإنشاء، كما أن حديث رفع الإكراه بحكم كونه في مقام الامتنان لا يشملها، بل هو مع قطع النظر عنه منصرف إلى الامور التي لها ثقل أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٤١

على المكلف، و من المعلوم أن مجرد إنشاء الصيغة و لو من قبل الغير لا ثقل له عليه من ناحية حكمه الوضعي.

رابعها: إذا رضى المكره بعد العقد بلا فصل، أو مع الفصل القصير، أو الطويل، فهل يصح العقد أم لا؟ فيه كلام بينهم، المشهور نقلاً أو تحصيلاً، كما عن بعضهم، الصحة، بل عن الرياض و الحدائق أن ظاهرهم الاتفاق عليه، و لكن مع ذلك ذكر المحقق الثاني في جامع المقاصد و صاحب الجواهر في الجواهر أن المسألة لو لم تكن إجماعية فللنظر فيها مجال.

و الظاهر أن عمدة الإشكال فيه من جهات:

الاولى: من ناحية عدم اندراجه في عنوان العقود بعد فقدان قصد العقد في المكره (بناء على إشكالهم في صحة قصد المكره و أنه كالهازل عندهم) و هذا الذي أشار إليه في الجواهر و اعتمد عليه في كثير من عباراته، و لكن قد عرفت فساده و أن المكره قاصد

لحقيقة العقد غالباً، وإن لم يكن راضياً بمفاده.

الثانية: من ناحية عدم اقترانه للرضا، وهو من الشرائط المقارنة، واجيب عنه: بأن الاستفادة من أدلته اعتباره إنما هو لزومه في تأثير العقد، أمّا مقارنته له فلا- دليل عليه، ولذا حكموا بصحة عقد الفضولي مع أن الرضا فيه لا- يكون إلا بعده ولو شك في اشتراط المقارنة فالاطلاقات تدفعها كما لا يخفى.

الثالثة: إن عدم الرضا إذا بقي بعد زوال الإكراه كان في حكم الفسخ، كما إذا فسخ في الفضولي (و ردّ العقد بعد العلم به) ثم أجازه فانه لا تصح الإجازة بعد الرد و كذلك ما نحن بصدده.

وفيه: أنه لو سلمنا عدم كفاية الإجازة بعد الرد في الفضولي و شبهه لا نسلم كون مجرد عدم الرضا الباقي بعد زوال الإكراه بحكم الرد الإنشائي، هذا مضافاً إلى أنه لا يشمل جميع صور المسألة.

هذا و لكن مع ذلك كله في النفس شيء من أصل المسألة، نظراً إلى أنه غير معروف عند العقلاء من أهل العرف و أنهم لا يرون مجرد الرضا زوال الإكراه كافي إلا أن يرجع إلى عقد جديد- و هو ممّا لا كلام فيه- و من الواضح أن العمومات و الاطلاقات ناظرة إلى ما عند

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٤٢

العقلاء من أهل العرف في ذلك، فتدبر.

و الظاهر أنه يتفاوت مع الفضولي كما سيأتي إن شاء الله.

بقي هنا شيء: و هو أنه لو سلمنا صحته بالرضا اللاحق، فهل هو ناقل، أو كاشف مقتضى القاعدة هو الأول؟ و ذلك لأن أدلته اعتبار الرضا ظاهرة في عدم الانتقال قبله فإذا رضى صح العقد و انتقل الملك، و أمّا قبله فلا، و لكن قد يقال: إن ظاهر صحيحة «أبي عبيدة» أو «محمد بن قيس» الآتية في البيع الفضولي هو الكشف، و تمام الكلام في البيع الفضولي إن شاء الله.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٤٣

[الشرط السادس أن يكونا مالكين أو مأذونين من قبل المالك]

بيع الفضولي

[في صحة بيع الفضولي و بطلانه]

المسألة الأولى: عدم صحة عقد الفضولي و وقوفه على الإجازة

إشارة

و من الشرائط المعتمدة في المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من قبل المالك أو الشارع، و الأول معلوم، و الثاني كالولي و الحاكم الشرعي و المقتص و غير ذلك مع شرائطه.

و فرعوا على ذلك عدم صحة عقد الفضولي و وقوفه على الإجازة، و قد بسط القول فيه المتأخرون بعد إجماله عند القدماء، و قبل الورود في البحث لا بدّ من تقديم امور:

١- الفضولي: على ما ذكره بعض أرباب اللغة- هو من يتعرض لما لا يعنيه، و المراد هنا من يتعرض لعقد أو إيقاع لا يتسلط عليه شرعاً، و هو منسوب إلى الفضول و هي الزوائد، فإضافة العقد إليه من قبيل الاضافة إلى الفاعل، لا من قبيل الوصف و الموصوف.

و قد يجعل وصفا للعقد و يقال أنه تسامح، و لكن لا يبعد صحته بدون التسامح نظرا إلى كفاية أدنى مناسبة في الاضافة، فتأمل.

٢- المراد بعدم الصحة هنا عدم ترتب الأثر عليه بدون الإجازة، لا عدم صحته مطلقا، فهو مساوق للقول بتوقفه عليها، و إن شئت قلت: إن عقد الفضولي من قبيل جزء المؤثر، لا تمام العلة، فإذا انضم إليه الجزء الآخر و هو الإجازة تم العقد، و هذا هو معنى عدم صحته بنفسه، و ما في كلام شيخنا الأعظم قدس سره من أن معنى عدم الصحة عدم ترتب لزوم، فيه تسامح واضح، للاتفاق منه و من غيره على عدم النقل بدون الإجازة (سواء قلنا بالكشف أو النقل) لا أنه ينقل من غير لزوم.

٣- ينبغي أن يكون محل الكلام ما يتعارف الفضولي فيه عند العقلاء، مثل ما نراه في أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٤٤

الدلال أو الوكيل المأذون في شيء إذا تعداه إلى غيره، ثم يخبر الموكل و يستأذنه، أو الأب يتزوج ابنته ثم يستأذنها، أو العكس، تتزوج البنت ثم تخبر الأب و تستأذنه، بناء على اشتراط اذنه في الصحة، و هكذا الأمر في مثل بيع الراهن بغير اجازة المرتهن، و بيع العبد بدون اذن السيد، أو الصديق مال صديقه ثم اخباره و استيذانه.

أما ما لا يتعارف فيه ذلك كمن يبيع دار رجل اجنبى لا يرتبط به في شيء و لا يمسه أبدا و ينكح صبية أجنبية لا صلة بينهما أصلا ثم يخبره و يستأذنه، فجريان أحكام الفضولي فيه لا يخلو عن إشكال، نظرا إلى عدم عقده عند العقلاء بل يشكل صدور القصد الجدى من مثله، فتأمل.

٤- ظهر ممّا ذكرنا، أن محل الكلام وسيع جدا لا ينحصر بالبيع، بل يجرى في سائر العقود أيضا، و كذا لا يختص بغير المالك، بل يجرى في كل من لا يملك الاذن التام من جميع الجهات و لو كان مالكا كالراهن و شبهه، لأن الملاك في الجميع واحد، سواء شمله عناوين كلماتهم أم لا، لو حدة الدليل لا يخفى، فعقد الراهن بغير اذن المرتهن، و كذا المحجور بدون اذن الغرماء داخلان في محل النزاع، و كذا عقد البنت بدون اذن الأب على قول.

٥- قد ادعى شيخنا الأعظم قدس سره خروج الايقاعات كلها عن حريم البحث للإجماع على بطلانها، و تبع في ذلك الشهيد قدس سره في غاية المراد.

و لكن قد وقع التشكيك في ثبوت هذا الإجماع مطلقا، أو في غير العتق و الطلاق عن غير واحد ممن تأخر عن الشيخ قدس سره. و الانصاف أن دعوى الإجماع في هذه المسألة و أمثالها مشكل جدا، بعد احتمال استنادهم فيها إلى نصوص تأتي الإشارة إليها إن شاء الله، بل قد استند بعضهم في بطلان طلاق الفضولي و عتقه بقوله «لا عتق إلّا في ملك» و قوله «الطلاق بيد من اخذ بالساق».

فالحكم بالبطلان لا بد أن يستند إلى دليل آخر، و إن قلنا بأن صحة الفضولي في العقود إنما هي على القاعدة أخذنا بعمومات صحة العقود و شبهها لم يبعد دعوى مثله في الايقاعات لإطلاق أدلة صحتها أو عمومها.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٤٥

نعم، لو استند فيها إلى رواية عروة البارقي أو روايات خاصة أخرى وردت في البيع أو النكاح أو شبههما، لم يمكن التعدي منها إلى الايقاعات، بل و لا غيرها من العقود.

قال السيد المحقق اليزدى قدس سره في الحاشية في أول كلامه بثبوت الإجماع في خصوص العتق و الطلاق، و لكن رجع عنه في ذيل كلامه و استشكل في ثبوته فيهما أيضا نظرا إلى إمكان استناد المجمعين إلى بعض الروايات، ثم قال: نحن إلى الآن لم نجد دليلا على بطلان الفضولي في الايقاعات بعد كون صحته على القواعد، و لكن لما كان مختاره قدس سره كون صحة الفضولي على خلاف القاعدة، أشكل في الحاق الايقاعات بالبيع «١».

و سيأتي تتمه الكلام في ذلك إن شاء الله بعد ايراد روايات الباب و توضيح مقتضى القواعد في العقود فانتظر.

و قال في الشرائع في كتاب العتق، لو اعتق غير المالك لم ينفذ عتقه و لو أجازه المالك، و قال في الجواهر في شرحه: «على المشهور

كما فى المسالك بل فى كشف اللثام و الرياض نفى الخلاف فىه بل فى الروضة الإجماع علىه قىل لقوله صلى الله علىه و آله: «لا عتق إلاً بعد ملك» ... و لأنه عبادة أو فىه شائبة العبادة و هى لا يقبل الفضولى» ثم أشكل على الجميع «٢». أقول: و الجواب عن جميع ذلك ظاهر، فان كون العتق بعد الملك لا- ينافى صحة الفضولى، و لذا لا- نقول بتأثيره إلاً بعد اجازة المالك كما هو كذلك فى قوله: لا بيع إلاً فى ملك، أو قوله: لا تبع ما ليس عندك. و كونه عبادة أيضا لا ينافى ذلك لأن المفروض أنه لا يتم أمر العتق إلاً بعد اجازة المالك، فهو ينوى القرية بفعله و لا يحصل العتق إلاً بعده، و إن هو إلاً نظير التوكيل فى العتق أو أداء الزكاة و الخمس الذى لا- ريب فى جوازه مع كونها عبادة، و قد يقال فى بعض روايات الطلاق إشارة إلى صحة الفضولى فىه، و لكن لم نظفر بمثل هذه الرواية عاجلا.

٦- حكم الرضا بدون الإجازة- فقد يكون المالك راضيا بالعقد، سواء علم به الفضولى أولا و لكن لم يصدر منه إنشاء الإجازة، فهل يخرج بمجرد ذلك عن الفضولية،

(١). حاشية المكاسب للسيد الطباطبائى اليزدى قدس سره، ص ٢٩٠.

(٢). جواهر الكلام، ج ٣٤، ص ١١٢.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٤٦

و يصح بلا- حاجة إلى الإجازة، أو هو داخل فى الفضولى يحتاج إليها، أو يفصل بين ما كان العقد صادرا من غير المالك، و ما كان صادرا عن مالكة و لكن كان موقوفا على رضا غيره، كما فى بيع الراهن بدون اذن المرتهن أو نكاح العبد و الباكرة بدون اذن السيد و الولى؟ فىه وجوه أو أقوال:

ظاهر كثير من كلماتهم هو الثانى، و مال شيخنا الأعظم قدس سره إلى الأول، و اختار التفصيل السيد المحقق اليزدى قدس سره فى الحاشية و هو الأقوى.

و استدلل للأول، أعنى دخوله فى الفضولى، بعدم ملك التصرف بمجرد العلم بالرضا من دون اذن صريح أو فحوى، و بما يظهر من حديث العروة، لاستدلالهم به على صحة بيع الفضولى، مع أن الظاهر علمه برضاه صلى الله علىه و آله و إلاً لم يجز له التصرف فى العوضين و لم يصح تقريره صلى الله علىه و آله له، و كلا الوجهين ضعيفان، أمّا الأول: فلأن ملك التصرف حاصل بالرضا و لا يحتاج إلى الأذن (إلاً أن يرجع إلى ما سنذكره من الدليل) و أمّا الثانى؛ فلائنه لا يبعد علم عروة البارقى بالرضا بهذا المقدار من التصرف فقط من ناحية النبى صلى الله علىه و آله و البائع لعلمه بتعقبه للإجازة، فلم يكن حراما. مضافا إلى أنه لا يتم على مبنى الكشف كما هو ظاهر.

و العمدة فى ذلك أن معنى «وجوب الوفاء بالعقد» هو إزام كل إنسان بما يلزمه على نفسه، فهو من قبيل قوله صلى الله علىه و آله: «المؤمنون عند شروطهم» و من قبيل قوله تعالى: «وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ» (١) أى ما جعلوه على أنفسهم بإنشاء العقد أو النذر لا مجرد الرضا. و الوجه فىه مضافا إلى التبادر منه، أن قاعدة وجوب الوفاء بالعقد قاعدة عقلانية معروفة بينهم قبل أن تكون قاعدة شرعية و لكن أمضاها الشارع المقدس، و من الواضح أنهم يلزمون كل إنسان بما صدر منه من العهود و العقود و المواثيق و الالتزامات، فالواجب وفاء كل إنسان بعقده لا مجرد ما رضى فى قلبه من دون عهد و عقد.

و حينئذ لا بد من استناد العقد إلى كل إنسان فى وجوب الوفاء علىه، و لا يكون ذلك إلاً

(١). سورة الحج، الآية ٢٩.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٤٧

أن يكون قد صدر منه العقد مباشرة أو تسيباً، و المباشرة منتفية هنا على الفرض، و التسيب يتوقف على الاذن أو التوكيل أو الإجازة بعد العقد، و لا يصح بمجرد الرضا، فلا يقال «بنى الأمير الحديقه» بمجرد رضاه به قلباً، من دون أى إذن و أمر، نعم إذا أظهر الرضا بقصد إنشاء الاذن صح، و ما ورد من صحة اسناد أعمال العصاة إلى غيرهم من الراضين بأفعالهم كما ورد فى تفسير قوله تعالى: فَكَذَّبُوهُ فَعَقَرُوهَا^١»، إنما هو ناظر إلى الشركة فى العقاب لا كونهم فاعلين حقيقه، و هل يصح أن يقال لمن رضى الآن بفعل يزيد أنه قاتل الحسين عليه السلام؟ نعم يصح اسناد القتل إلى يزيد و من هو مثله ممن أمر بقتل سلاله النبى صلى الله عليه و آله و كان سبباً له. و بالجملة لا ينبغى الشك فى عدم صحة اسناد الفعل إلى غير فاعله بمجرد رضاه به، بل يحتاج إلى تسيبه من طريق الاذن أو الأمر أو التوكيل، و فى باب العقود من طريق الإجازة بقاء.

و من هنا يعلم أنه إذا صدر العقد من المالك للعقد غير المستقل فيه، بل يتوقف على رضا غيره، كما فى بيع الراهن بدون اذن المرتهن، و نكاح العبد بدون اذن سيده، كفى الرضا الباطنى فى الصحه، لأن الاستناد قد حصل، غاية الأمر أنه كان متعلقاً لحق الغير، و مع رضاه يرتفع المانع و يحصل شرطه و هو التصرف برضاه. و من هنا يرجح القول بالتفصيل.

و من هنا أيضاً يظهر الإشكال فى ما استدلل به العلامة الأنصارى قدس سره لما اختاره من كفايه الرضا الباطنى فى الخروج عن الفضولية بعموم و جوب الوفاء بالعقود، خرج منه ما إذا لم يرض به المالك و بقى الباقي، و لقوله تعالى: إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ^٢ و كذا ما دل على «عدم حل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه».

ثم أضاف إلى هذه العمومات بعض الروايات الخاصة، مثل رواية عروة البارقي، حيث إنه قبض المتاع و قبض الثمن، و لو كان فضولياً يحتاج إلى إجازة المالك لم يجز التصرف

(١). سورة الشمس، الآية ١٤.

(٢). سورة النساء، الآية ٢٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٤٨

قبلها بلا إشكال، مع أن النبى صلى الله عليه و آله قرره على ما فعل، و هذا كله دليل على كفايه الرضا فى حصول الملك. و مثل ما دل على أن علم المولى بنكاح العبد و سكوته إقرار منه «١» (انتهى محل الحاجة).

و لكن فى جميعها النظر، أما عمومات «أوفوا بالعقود» فقد عرفت الجواب عنه بلا مزيد، و حاصله أن الواجب الوفاء بالعقد الذى قصده الإنسان و تعهده و التزمه، و ينسب إليه تسيباً لا كل عقد صدر من أى شخص، و مجرد الرضا الباطنى غير كاف فى الاسناد كما عرفت.

و لبعض المحشين (فى كتاب البيع) هنا كلام حاصله «إن الاذن و الرخصة لا يوجب أن يصير العقد عقده لا بالتسيب و لا بالمباشرة، و الاذن غير الوكالة و غير الأمر المولوى من القاهر الغالب بل الإجازة عبارة عن تثبيت ما صدر من الغير، فاعتبرها ملازم لصدور الفعل من الغير، و بنفسها تدفع انتساب الفعل إلى المجيز» (انتهى ملخصاً) «٢».

أقول: حقيقة الاذن و الإجازة فى الامور الاعتبارية كالعقود هى قبول التعهد الذى أنشأه الغير و الالتزام به، و من الواضح أنه بعد قبول هذا التعهد و إمضائه يكون العقد عقده، و ان هو إلا من قبيل أن يكتب إنسان كتاباً أو يصدر بياناً أو مقالاً ثم يوقع عليه غيره، و من الواضح أن التوقيع على تلك المقالة أو ذلك البيان و الكتاب يجعله بحكم كتابه و مقالته، و الأصيل لا ينفذ عقد الفضولى بما هو عقد صادر منه بل ينفذ أصل العقد و يجعله عقد نفسه بعد الإمضاء، و لا أدرى كيف غفل عن هذا الأمر.

و أما عموم التجارة عن تراض فهو أيضاً فرع تحقق التجارة، و هى لا تكون إلا بالترام المالك بها، و الترام الأجنبى لا اثر له، ما لم يكن

التزامه بإنشاء الإجازة.

و أما حديث عروة، فقد عرفت الجواب عنه و أنه لما كان عالما بتحقيق الإجازة من النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله بعده، كان عالما أيضا برضاه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله بهذا المقدار من التصرف مقدمة في ماله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله،

(١). راجع وسائل الشيعة، ج ١٤، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الاماء، ح ٣ و ١.

(٢). كتاب البيع، ج ٢، ص ١٠١ و ١٠٠.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٤٩

و كذا في مال البائع كما هو كذلك عادة في أشباهه أيضا من أمر الدلال و الوكيل الذي يتعدى عن حدود الوكالة مع علمه برضا المالك و إمضائه و يتم الأمر.

و أما مسألة نكاح العبد فقد عرفت أنه مالك لأمر العقد و إنشائه لنفسه، غاية الأمر حيث كان التصرف في ما يتعلق بالمولى كان منوطا برضاه، و بالجملة طرف العقد هو العبد لا المولى، و إنما يعتبر رضاه لتعلق حقه بالموارد، و هو نظير بيع الرهن بدون إذن المرتهن مع لحوق الرضا بعده.

و قد عثرت بعد ذلك على بعض الروايات التي قد يظهر منها كفاية مجرد الرضا في صحة العقد استدلل بها المحقق الخوانساري قدس سره في جامع المدارك «١»، و هي رواية الحميري أنه كتب إلى صاحب الزمان عليه السلام أن بعض أصحابنا له ضيعة جديدة بجنب ضيعة خراب للسلطان... فأجابته: الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالها أو بأمره رضى منه «٢».

و صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: «سأله رجل من أهل النيل عن أرض اشتراها بفم النيل، و أهل الأرض يقولون: هي أرضهم، و أهل الاسنان يقولون: هي من أرضنا، فقال: لا تشتريها إلا برضا أهلها» «٣».

و لكن شيء منها لا دلالة له على ذلك، لأنّ الاستفادة منهما هو اعتبار الرضا في صحة البيع و لا ينكره أحد، و اعتبار شيء في الصحة غير الاكتفاء به فقط، و هو نصير قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله:

«لا صلاة إلا بطهور» حيث يدل على اعتبار الطهور لا على الاكتفاء به فقط.

و العجب من المحقق المذكور حيث قال: «لا بدّ من توجيههما لعدم إمكان الالتزام بظاهرهما». (انتهى) مع أنك قد عرفت عدم ظهور لهما فيما ذكر.

بقي هنا أمران:

١- ذكر في المكاسب أن الاذن قد يكون صريحا، و اخرى فحوى

، و كلاهما كاف في

(١). جامع المدارك، ج ٤، ص ٨٣.

(٢). وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ١ من أبواب عقد البيع، ح ٨.

(٣). المصدر السابق، ح ٣.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٥٠

معنى العقد، و المراد بالفحوى هنا أن يكون قد أجاره في ما هو أهم و أعظم من ذلك.

و قد أضاف إليه السيد قدس سره في الحاشية «شاهد الحال» و اخراجه من الفضولي أيضا، و أورد على الشيخ قدس سره من جهة عدم

ذكره له و جعله دليلا على عدم اكتفائه به.

و المراد منه ظهور حال المالك ظهورا قائما مقام الإنشاء اللفظي، فان الحال أيضا له لسان قد يكون أقوى من لسان القول: مثل ما يكون بين بعض الاخوة مع بعض في أموالهم و حقوقهم و ما يرى في مثل الخانات و الفنادق و الحمامات.

أقول: هذا كله صحيح إذا رجع إلى إنشاء الإذن.

٢- ذكر الشيخ قدس سره في ذيل كلامه في المكاسب أنه لو سلم كون هذا الفرض فضوليا، و لكن ليس كل فضولى يتوقف لزومه على الإجازة انتهى.

قلت: هذا منه عجيب، لأن النزاع ليس في اطلاق لفظ الفضولى الذى لم يرد فى أى حديث أو آية، إنما الكلام كله فى الحاجة إلى الإجازة و عدمها، فإذا لم يتوقف على الإجازة كان خارجا عن الفضولى الذى هو محل الكلام للأعلام.

إذا عرفت هذا فلنعد إلى أصل المسألة فنقول:

إن المعروف و المتداول من الفضولى هو ما إذا باع للمالك من دون سبق إجازة أو منع منه، و لكن هناك صورتان أخريان: «إحدهما»: ما إذا باع للمالك مع منعه منه «ثانيتها»: ما إذا باع لنفسه كالغاصب.

فلنتكلم فى الأولى أولا، ثم نبين حال المسألتين الأخريين فنقول و منه جل سبحانه التوفيق و الهداية:

حاصل أقوال العلماء فى المسألة كالاتى:

قال فى جامع المدارك نقلا عن المحقق قدس سره فى المختصر النافع: لو باع الفضولى فقولان: اشبههما وقوفه على الإجازة «١».

(١). جامع المدارك، ج ٢، ص ٨٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٥١

و قال فى القواعد: بيع الفضولى موقوف على الإجازة على رأى «١».

و يظهر منهما كون المسألة مختلف فيها جدا.

و حكى فى المفتاح عن المسالك و المفاتيح، أن وقوفه على الإجازة قول الأكثر و أنه المشهور كما فى مجمع البرهان و الكفاية بل كاد أن يكون إجماعا كما فى الحدائق.

و أشهر القولين كما فى الروضة و إيضاح النافع و ظاهر التذكرة فى موضع منها الإجماع عليه حيث قال: أنه جائز عندنا و لكنه موقوف على الإجازة «٢».

و لكن مع ذلك يظهر من غير واحد من أكابر الفقهاء البطلان و لو مع الإجازة.

قال فى الخلاف: إذا باع إنسان ملك غيره كان البيع باطلا، و به قال الشافعى و قال أبو حنيفة ينعقد البيع و يقف على إجازة صاحبه، و به قال قوم من أصحابنا، دليلنا إجماع الفرقة، و من خالف لا يعتد بقوله، و لأنه لا خلاف فى أنه ممنوع التصرف فى ملك غيره و البيع تصرف (انتهى) «٣».

و يظهر من هذا الكلام أن القول بالصحة كان قولنا شاذا عند الشيعة، حتى ادعى الإجماع على خلافه، و إن اشتهر بعد ذلك، و لكن كانت المسألة بين العامة خلافة.

و ممن حكى عنه البطلان أيضا صاحب الغنية (مع دعوى الإجماع) و صاحب الحدائق و إيضاح القواعد و المحقق الأردبيلي قدس سره فى مجمع البرهان.

و العجب أنه حكى عن الشيخ قدس سره في النهاية الصحة، مع ما عرفت من دعواه الإجماع على البطلان في الخلاف!
و يتخلص من جميع ذلك أن القول بالصحة كان قليلا في العصر الأول و لكن أشتهر و كثر بعد ذلك، و لا سيما بين المتأخرين، و لكن لا يمكن دعوى الإجماع على شيء من القولين كما هو ظاهر.
إذا عرفت ذلك فاعلم أنه استدل على صحة الفضولي تارة بالقواعد و أخرى بالأدلة الخاصة.

(١). مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٨٤.

(٢). المصدر السابق.

(٣). المصدر السابق، ص ١٨٥.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٥٢

أما الأولى: فقد عرفت بيانها، و نزيدك وضوحا: إن المدار في وجوب الوفاء بالعقد المستفاد من قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» استناد العقد إلى إنسان بحيث يكون من تعهداته و التزاماته، فإنه يجب على كل إنسان الوفاء بما التزمه على نفسه و تعهده في مقابل غيره في عقد، و عقد الفضولي و إن لم يكن مستندا إلى المالك ابتداء و لكن بعد الإجازة يستند إليه.
فهو من قبيل سند أو كتاب صدر إنشاؤه من واحد، ثم جاء آخر فوقع عليه و أمضاه فصار سندا كاملا و كتابا كذلك، و عدّ بحكم كتابه و سنده.

و لكن يظهر من غير واحد منهم عدم الالتزام بكونه موافقا للقاعدة، و لو لحقته الإجازة.

منهم السيد اليزدي قدس سره في حاشيته، و ملخص كلامه «إن الإجازة لا تغير ما وقع عليه بحيث تنقلب النسبة، ألا ترى أنه لو أمر بضرب أحد فضربه و اطلع عليه إنسان بعد ذلك فرضى به لا يصدق أنه ضربه» (١).

و ذكر في كلام آخر له في المقام أن المستفاد من أدلة اعتبار الرضا اعتبار المقارنة، فالمراد العقد الصادر من الرضا كما هو المفهوم من الشرط في سائر المقامات كقوله صلى الله عليه و آله:
«لا عمل إلّا بالتيه و لا صلاة إلّا بطهور» فالمقارنة شرط (٢).

و يجاب عن الأول، بالفرق الواضح بين الضرب و غيره من الامور التكوينية و بين الامور الإنشائية، فإنها إذا وجدت كان لها نوع بقاء في وعاء الاعتبار، يمكن لحقوق الرضا به في كل حال و آن، فقد يكتب الإنسان كتابا إلى آخر و يوقعه بنفسه و يريد أن يشترك معه آخر في هذا الأمر، و يطلب منه أيضا التوقيع عليه، فإذا وقع عليه اسند الكتاب إليها معا، و هكذا بالنسبة إلى الثالث و الرابع و العقد المنشأ من الفضولي هكذا، و العجب منه أنه قاسه على الامور الخارجية التكوينية.

و منه يظهر الجواب عن الإشكال الثاني فإن المقارنة مع الرضا و ان لم تكن حدوثا و لكنها حاصلة بقاء و عند صحة اسناده إليه، فهو يوقع على العقد الصادر من غيره توقيعا

(١). حاشية المكاسب، للسيد الطباطبائي اليزدي قدس سره، ص ٢٩٢.

(٢). المصدر السابق.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٥٣

مقارنا للرضا، فيصدق عليه أنه عقد مع الرضا، و بالجملة اسناد العقد الفضولي إليه مقارن للرضا كما لا يخفى، فحينئذ لا نحتاج إلى القول بأن أدلة اعتبار الرضا عام يشمل الرضا اللاحق و السابق فتدبر.

و يظهر من بعض آخر إشكال ثالث على الاستدلال حاصله: أن العمومات منصرفة إلى المتعارف، و الفضولي ليس متعارفا. و أوجب

بأن الانصراف بدوى.

أقول: و أولى منه فى الجواب أن يقال: الفضولى متعارف فى محله أعنى فيما كانت صلة بين المالك و بين غيره تقتضى ذلك، و من أوضح الشواهد على ذلك قضية عروة البارقى التى تأتى الإشارة إليها إن شاء الله و لا تختص بعروة، مثلها كثير رائج بين أهل العرف و العقلاء فيما يصدر عن الدلال و الوكلاء إذا جاوزوا حدّ الوكالة كما فى قضية عروة، و كذلك فى الأولياء إذا جازوا حدود ولايتهم. بل يمكن جعل هذا دليلاً مستقلاً على المطلوب بأن يقال: قد جرت السيرة العقلائية على العقود الفضولية فى كثير من المقامات و لم يردع عنها الشارع و هذا دليل على إيمانه.

نعم، لو صدر العقد الفضولى من أجنبى لا مساس له بالمالك أصلاً خرج هذا عن المتعارف، و قد ذكرنا أن الالتزام بصحته مشكل جداً، بل صدور الإنشاء الجدى من هذا الشخص بعيد.

و هنا إشكال رابع يستفاد من كلمات بعض الأعظم و حاصله: أن الإنشاء الصادر عن الفضولى قبل الإمضاء ليس اعتباراً عقلياً لعدم تحقق النقل و الانتقال فليس هنا شيء يتعلق به الإمضاء و الإجازة «١».

أقول: و يمكن دفعه أيضاً بأن البيع و النقل و الانتقال حاصل بحسب اعتبار الفضولى و إنشائه و لكن العقلاء لا يرونه مبدأً للآثار حتى تحصل الإجازة من المالك، فالإجازة متعلقةً بذلك العقد و الاعتبار الحاصل من الفضولى.

(١). جامع المدارك، ج ٢، ص ٨٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٥٤

و هنا إشكال خامس ذكره فى الحقائق، فقد ذكر أولاً استدلال المسالك على الصحة بوجود المقتضى للصحة و عدم المانع منها، ثم عقبه بذكر دليل المختلف من أن العقد صدر عن أهله فى محله (و من المعلوم أنهما فى الحقيقة دليل واحد و هو التمسك بالعمومات على نحو مّ ذكره).

ثم أورد على كل واحد منها بأمر يرجع الجميع إلى شيء واحد، و هو أن أهل العقد هو المالك لا غيره، و العقد الصادر عن غيره مفيد، و لحوق الرضا غير كاف، بل لا بدّ من الاقتران (هذا ملخص كلامه).

و لكن قد عرفت سابقاً الجواب عنه و أنّ العقد بعد الإجازة يكون عقد المالك منسوباً إليه، مقارنة لرضاه، غير منفك عنه، فليس هنا أى مخالفة للقواعد، و لذا نقول: إنّ مقتضى القاعدة فى تأثير الإجازة هو النقل لا الكشف، فتدبر جيداً. فتلخص من جميع ذلك أن تصحيح الفضولى على القواعد ممكن جداً.

الأدلة الخاصة على صحة الفضولى:

الأولى: رواية عروة البارقى

فاشهرها رواية «عروة البارقى» التى رواها الفريقان فى كتبهم المعروفة، و إليك أسانيدنا قبل البحث فى مغزاها:

١- روى فى عوالى اللئالى عن عروة بن الجعد البارقى أن النبى صلّى الله عليه و آله أعطاه ديناراً ليشتري به شاة، فاشترى به شاتين، ثم باع إحداهما بدينار فى الطريق، قال: فأتيت النبى صلّى الله عليه و آله بالدينار و الشاة فآخبرته فقال صلّى الله عليه و آله: «بارك الله لك فى صفقة يمينك» «١».

و روى مثله فى المستدرک عن الشيخ الطوسى قدس سرّه عن عروة و لكن فى آخر بعده قوله:

ثم أتيت النبى صلّى الله عليه و آله بشاة و دينار، قوله فرده علىّ و قال: «بارك الله لك فى صفقة يمينك» «٢».

و هذا السند مرسل على كل حال.

- (١). عوالى اللئالى، ج ٣، ح ٣٦، ص ٢٠٥.
- (٢). مستدرک الوسائل، الباب ١٨ من أبواب آداب التجارة، ح ١، ص ٤٦٢ من الطبعة الحجرية.
- أنوار الفقهاء - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٥٥
- ٢- روى المجلسى قدس سره فى البحار بسنده عن «حكيم بن حزام» أن النبى صلى الله عليه وآله بعث معه بدينار يشتري له اضحية، فاشترها بدينار و باعها بدينارين فرجع فاشترى اضحية بدينار و جاء بدينار إلى النبى صلى الله عليه وآله فتصدق به النبى صلى الله عليه وآله و دعا أن يبارك له تجارته «١».
- و لكن سند الحديث يشتمل على بعض المجاهيل.
- ٣- و من طريق العامة ما رواه أحمد فى مسنده.
- هذا و لكن سند الحديث غير معتبر عندنا، أما عروة فهو رجل مجهول بحسب رجال الشيعة فقد ذكره فى رجال الكبير من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله من دون إضافة شىء آخر نعم ذكر فى أسد الغابة ما ملخصه:
- إن عروة بن الجعد، و قيل ابن الجعد البارقي و قيل الأزدي ... سكن الكوفة روى عنه الشعبي ... و كان ممن سيره عثمان إلى الشام من أهل الكوفة و كان مرابطا و معه عدة أفراس، و قال: شبيب بن غرقدة رأيت فى دار عروة بن الجعد سبعين فرسا مربوطة للجهاد فى سبيل الله، و تسميته بالبارقي إنما هو لاسم بعض أجداده، و هو بارق بن عدى، و إنما قيل بارق لأنه نزل عند جبل اسمه بارق فنسب إليه «٢».
- و أميا «حكيم بن حزام» أو «حكيم بن حزام» فى جامع الرواة هو أبو خالد عم الزبير بن العوام مات سنة ٦٠ و كان له ١٢٠ سنة و فى هامش كنز العمال أسلم يوم الفتح و مولده قبل عام الفيل بثلاث عشر سنة و عاش مائة و عشرين سنة «٣».
- أقول: لو كانت وفاته عام ٦٠ كان عمره أكثر من ١٢٠ سنة على هذا الحساب و على كل حال لا يمكن تصحيح سند الحديث من طريق رجاله، و لكن الرواية مشهورة عند أرباب الحديث، و استدل به كثير من فقهاءنا فى باب الفضولى، حتى قال: صاحب الجواهر قدس سره: «مضافا إلى خبر عروة البارقي الذى اغنت شهرته عند الفريقين عن النظر فى مسنده» «٤».

- (١). بحار الأنوار، ج ١٠٣ كتاب العقود و الإيقاعات باب متفرعات أحكام البيوع، ح ٤، ص ١٣٦ من طبعة المكتبة الإسلامية.
- (٢). أسد الغاية، ج ٣، ص ٤٠٣.
- (٣). كنز العمال، ج ١، ص ٦٧.
- (٤). جواهر الكلام، ج ٢٣، ص ٢٧٧.
- أنوار الفقهاء - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٥٦
- و لا يبعد الركون على هذه الشهرة فى جبر ضعف اسناده.
- و أما دلالتها من جهة اشتغالها على بيعين فضولين فظاهرة، و كذا رواية حكيم، و لكن قد يقال: ليس فى رواية عروة إلّا فضولى واحد فإن جواز اشتراء اضحيتين بدينار يفهم من إجازة النبى صلى الله عليه وآله بالفحوى، و فيه إشكال ظاهر، و لو سلمنا لم يمنع عن الاستدلال به.

و لكن مع ذلك فقد ذكر فبهما احتمالات و إشكالات:

- ١- منها ما حكاها فى «جامع المدارك» من احتمال كون عروة و كيلا مفوضا إليه، و لا أقل من أنه قضية واقعة لا يمكن الاستناد إليه، و لكن الإنصاف أن كونه و كيلا مفوضا خلاف ظاهر الحديث، و كونها قضية فى واقعة غير مانع عن الاستدلال به بعد ظهوره فيما هو

المراد كما في نظائره.

٢- الظاهر أنّ كلاً من العقدين كان مقروناً برضا المالك، وهذا يخرج عن الفضولية (ذكره شيخنا الأعظم قدس سرّه في بعض كلماته في المقام).

وفيه: ما عرفت سابقاً من أنّ مجرد الرضا الباطني غير كاف في اخراجه عن الفضولية ما لم يكن هناك إنشاء إذن أو اجازة.

٣- لا يجوز في عقد الفضولي التصرف في العوضين قبل الإجازة إلّا على القول بالكشف الحقيقي مع العلم بلحوق الرضا، وفيه ما فيه، فكيف قرره النبي صلّى الله عليه وآله على تصرفاته.

أقول: ويدفعه ما عرفت من علمه عادة برضاه صلّى الله عليه وآله ورضى المشتري بهذا المقدار من التصرف الذي تتعقبه الإجازة و صحّة البيع، وهذا أمر ظاهر لا ستره عليه كما يظهر من الرجوع إلى نظائره من امور الوكلاء إذا تجاوزوا عن حد الوكالة إلى بعض ما هو أنفع منه.

٤- كان هناك إذن فحوى عن النبي صلّى الله عليه وآله بالنسبة إلى جميع أعماله، فلا يكون فضولياً، وفيه أيضاً إن هذا المقدار لا يدخل في إذن الفحوى، فإذا إذن زيد لعمرو، و وكله في شراء طعام معين له نفع فيه، ثم وجد الوكيل لباساً هو أنفع له من الطعام قطعاً، فهل يكون لبيعه له يباع صادراً عن الوكالة؟ وكذا لو وجد طعاماً آخر غيره أنفع له.

وقد عرفت أنّ مجرد الرضا غير كاف في استناد العقد إلى إنسان بل لا بدّ من إنشاء الإذن والإجازة.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٥٧

و ذكر صاحب الجواهر قدس سرّه في كتاب الوكالة: «بعد قول المحقق لو خالف لم يصح و وقف على اجازة المالك»: بل قد يقال: ذلك (وجوب مراعاة المصلحة) فيما لو عين له البيع بمقدار و الشراء كذلك، فاتفق حصول البازل للأزيد و الأنقص حملاً للتعين على ما هو المتعارف من عدم وجود البازل، اللهم إلّا أن يحتمل الغرض له به، و لعله على ذلك ينزل خبر عروة البارقي لا- على الفضولية (١).

و هذا مناقص صريح لما ذكره في كتاب البيع من عدم الإشكال في دلالة الخبر على المطلوب (و هو صحّة الفضولي مع الإجازة) (٢) و أنّ الفحوى لا تجزى في الوكالة قطعاً لعدم الإنشاء و عدم الرضا فعلاً (٣).

و غاية ما يمكن أن يقال: انصراف اجازة الوكالة إلى ما لم يكن باذل بالأزيد في البيع، و الأنقص في الشراء فيما إذا عين المثلث، أمّا جوازهما بالفحوى فلا، فتدبّر في المقام فأنّه من مزال الإقدام.

و هناك روايات اخرى استدلت بها للصحّة أو ذكر تأييداً لها:

الاولى: ما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر عليه السلام قال: «قضى في وليدة باعها ابن سيدها، و أبوه غائب، فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثم قدم سيدها الأول، فخاصم سيدها الأخير، فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير أذني، فقال: خذ وليدتك و ابنها فنا شده المشتري، فقال: خذ ابنة، يعنى الذي باع الوليدة حتى ينفذ لك ما باعك، فلما أخذ البيع (المشتري) الابن قال: أرسل ابني، فقال: لا أرسل ابنتك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنة» (٤).

و الرواية معتبرة الإسناد رواها المحمدون الثلاث في الكتب الأربعة، و المتون متفاوتة

(١). جواهر الكلام، ج ٢٧، ص ٣٦٦.

(٢). المصدر السابق، ج ٢٢، ص ٢٧٧.

(٣). المصدر السابق، ص ٢٧٦.

(٤). وسائل الشيعة، ج ١٤، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبد و الاماء، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٥٨

في كثير من جمالاتها، والمحتوى واحد، ولكن في فقه الحديث إشكالات لا بدّ من حلّها أولاً:

١- منها إنّها ظاهرة في صحة الإجازة بعد الردّ مع دعوى الإجماع على فساده.

٢- ومنها أنّ الولد هنا حر لتولده من حر ولو من طريق الشبهة، فكيف يمكن أخذه من ناحية مالك الوليدة؟

٣- ومنها كيف يجوز أخذ ولد المالك - أي البائع فضولاً - وهو حر وإتّما المجاز أخذ الغرامة منه للتدليس والغرور بالنسبة إلى المشتري وإرائته أنّه ملكه؟

٤- ومنها أنّه ما المراد بالوليدة هنا؟ فإن كانت بمعنى أم الولد فلا إشكال في بطلان بيعها، وإن كانت بمعنى ما سيأتي ويؤول إليه كان مجازاً، ولكن العمدة الإشكال الأول، لأنّ الجواب عن غيرها سهل.

أمّا عن الثاني: فلائن أخذ الابن لعله كان للتقويم لأنّ المشتري قد فوته على المالك، فلا بدّ من اعطاء قيمته فتأمل، أو يقال: بأن المشتري كان عالماً بحقيقته الحال وفيه إشكال.

و عن الثالث: بأن أخذ ولد المالك إنّما هو لأخذ الغرامة حيث لم يكن له طريق سواه.

و عن الرابع: بأن المراد من الوليدة من تولد في بيته من عبد و أمه أو كانت أم ولد له كانت في مورد يجوز بيع أم الولد (كما إذا مات ولدها و..).

و أجب عن الأول: بعدم التصريح أيضاً بالفسخ ورد البيع وإتّما كان ذلك في العمل، ولم يحصل منه إنشاء الرد.

و لكن في أصل الحكم، أعني بطلان الإجازة بعد الردّ، إشكال سيأتي الإشارة إليه إن شاء الله.

و قد يقال: إن الاستناد إليها كقاعدة كلية لا ينافي وجود هذه الإشكالات فيها بعنوان حكم جزئي، وهو كما ترى، فإنّ أمثال هذا التفكيك في مضمون أخبار الآحاد غير معروف عند العقلاء من أهل العرف، الذين هم الأساس لحجية خبر الواحد، كما لا يخفى.

فلو لم تنحل إشكالات الرواية يشكل الأخذ بها، ولكن قد عرفت إمكان دفعها وإن كان دفع بعضها لا يخلو عن صعوبة، وقد أورد عليها السيد قدّس سرّه بايرادات أخرى وأجاب

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٥٩

عنها، لا بأس بالإشارة إلى بعضها:

٥- منها تعليم الإمام عليه السلام الحيلة لبعض أطراف الدعوى، مع أنّ ذلك ليس من وظيفة الحاكم.

و أجب عنه: بأن ذلك لعله كان من باب مصلحته يقتضيها المقام.

و الأولى أن يقال: إنّ تعليم الحيلة كان بعد القضاء لإحقاق حق صاحب الحق

بقي هنا شيء: وهو أنّ ظاهر الصحيحة هو القول بالكشف في الفضولي، لأنّه لو كان الحكم هو القول بالنقل ظهرت ثمرته في النماء المتخلل (وهو الولد فيما نحن فيه) وكان النماء للبائع مع حكمه عليه السلام بكونه للمشتري، وسيأتي تحقيق ذلك والبحث عن

الفرق بين الكشف الحقيقي والحكمي وغيرها.

الثانية: ما ورد في باب النكاح

١- ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «أنّه سأله عن رجل زوّجته امه وهو غائب، قال: النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل، وإن شاء ترك» (الحديث) «١».

- ايران، اول، ١٤٢٥ هـ ق أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)؛ ص: ٢٥٩

٢- منها ما ورد في باب نكاح العبد بغير إذن مولاه، مثل ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال: ذاك إلى سيده إن شاء أجازته وإن شاء فرق بينهما» الحديث «٢».

و أيضا ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل تزوج عبده «امرأة» بغير إذنه فدخل بها، ثم اطلع على ذلك مولاه، فقال: ذاك لمولاه إن شاء فرق بينهما وإن شاء أجاز نكاحهما» (الحديث) «٣».

٣- منها ما رواه أبو عبيدة عن الباقر عليه السلام قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوجهما وليان لهما، و هما غير مدركين، قال: فقال: النكاح جائز، أيهما أدرك كان له

(١). وسائل الشيعة، ج ١٤، الباب ٧ من أبواب عقد البيع، ح ٣.

(٢). المصدر السابق، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، ح ١.

(٣). المصدر السابق، ح ٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٦٠

الخيار فان ماتا قبل أن يدركا، فلا ميراث بينهما، و لا مهر إلا أن يكونا قد أدركا و رضيا» «١».

أقول: أمّا الأول: و هو رواية الكاهلي (و هو عبد الله بن يحيى لم ينقل في حاله توثيق صريح، نعم حكى له من موسى بن جعفر عليه السلام إلى علي بن يقطين، و كذا حكى بشارته عليه السلام له بأنه من شيعته بعد إخباره بموته في سنته، و يستفاد من جميعه مدح قوى له) رواه عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر الباقر عليه السلام أنه سأله عن رجل الخ.

و لكن الذى يرد عليها تضمنها لزوم المهر الام التى قد اقدمت على نكاح ولده و حمل على دعواها الوكالة، و يمكن حملها على ما إذا دخلها من أجل هذا النكاح ضرر بمقدار المهر فتأمل، غاية الأمر التفكيك بين الصدر و الذيل، و هذا أمر شائع فى السنة العلماء و لكن لا يخلو عن إشكال كما عرفت.

و أمّا الثانى: فهو أيضا لا إشكال فى دلالتة، و المراد بالولى فى أوله هو الولى العرفى لا الشرعى، بقريته ما ورد فى آخره، و هو معمول به فى أبواب النكاح (و قد تعرض لها فى الشرائع فى المسألة الثامنة من أحكام أولياء العقد و ذكره صاحب الجواهر أيضا) «٢».

و لكن مع ذلك لا يخلو الحديث عن الإشكال من جهات عديدة، منها أن مثل هذا العقد الذى مات أحد طرفيه من قبل و ليس لإجازته أثر فعلى إلا بالنسبة إلى ما سبق و انقضى و خرج عن محل البلوى، غير معروف عند العقلاء- و العقود امور عرفية لا تعبدية- فلا يمكن تصحيح هذا الحكم إلا بالتعبد المحض و لا يخلو عن صعوبة إذا لم يكن إجماعيا.

هذا مضافا إلى أنه أى مانع فى أن يكون الداعى إلى اجازة العقد بعض آثاره مثل الميراث؟ اللهم إلا أن تكون الإجازة صورية غير واقعية، مضافا إلى أنه لا يتم إلا على القول بالكشف مع كفاية الإجازة و لو عند خروج أحد طرفى العقد عن قابلية العقد، و هو مشكل آخر فتأمل جيدا.

أمّا الثالث: أعنى ما دلّ على صحه عقد بدون إذن مولاه إذا لحقته إجازته أو رضاه،

(١). وسائل الشيعة، ج ١٧، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، ح ١.

(٢). جواهر الكلام، ج ٢٩، ص ٢١٦.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٦١

فلاستدلال بها واضح إذا كان الحكم فى باب الإجازة و الرضا واحدا، و قد عرفت و هو الإشكال فيه فيما سبق.

بقي هنا شيء: وهو أنه لا يصح الاستدلال بهذه الروايات الواردة في أبواب النكاح بالنسبة إلى البيع وغيره من أشباهه إلا بضميمة قياس الأولوية قال في الرياض: «مضافا إلى ثبوت الفضولي في النكاح مطلقا بالإجماعات المحكية المستفيضة بل المتواترة، فإن ثبوته فيه بناء الأمر فيه على الاحتياط التام كما يستفاد من النصوص و إجماع العلماء الاعلام مستلزم لثبوته هنا بطريق أولى لأضعفيته عنه جدا».

ثم قال: «و لعمري أنها من أقوى الأدلة هنا، و لولاه لأشكل المصير إلى هذا القول.

و بمثل هذا الفحوى استدل جماعة من أصحابنا في مقامات عديدة منها: عدم اشتراط تقديم الإيجاب على القبول في الصيغة» (انتهى محل الحاجة) «١».

و لكن مع ذلك كله أورد على هذا الفحوى شيخنا الأعظم قدس سره في المكاسب بوهن الفحوى بما ورد في أبواب الوكالة من النص الوارد في الرد على العامة الذين فرقوا بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل و بين بيعه، بالصحة في الثاني لأن المال له عوض، و البطلان في الاول لأن البضع ليس له عوض، قال: الإمام عليه السلام في مقام ردّهم في وجه الفرق: سبحان الله! ما أجور هذا الحكم و أفسده؟ فان النكاح أولى و اجدر أن يحتاط فيه، لأنه الفرج و يكون منه الولد (... انتهى محل الحاجة).

و هو إشارة إلى ما رواه في الوسائل في أبواب الوكالة من حديث العلاء بن سيبأ «٢» و لكن الحديث ضعيف بجهالة العلاء، مضافا إلى أن قياس ما نحن فيه على باب الوكالة قياس مع الفارق كما لا يخفى، و الإنصاف أن الأخذ بالأولوية و التعدى من صحة الفضولي في النكاح إلى صحته في البيع قريب جدا، و ما في الحديث المذكور إنما هو من قبيل الجدل في مقابل الخصم، حيث إنهم حكموا بعدم صحة النكاح في مورده احتياطا في الفروج، و يقولون إن المال منه عوض لصاحبه و الفرج ليس منه عوض إذا وقع منه ولد، فأجاب عنهم بأن

(١). رياض المسائل، ج ١، ص ٥١٢.

(٢). وسائل الشيعة، ج ١٣، الباب ٢ من أحكام الوكالة، ح ٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٦٢

الاحتياط هنا إنما هو في الحكم بالصحة، لئلا يلزم منه الزنا بذات البعل، فقد استندوا إلى قياس ظني في المقام فأشار عليه السلام إلى ما هو أولى منه، و إلا ليس مبدأ الحكم هنا شيء من ذلك، بل الأصل عدم عزل الوكيل إلا بالاعلام، و هذا حكم إلهي كما يظهر من نقل قضاء أمير المؤمنين عليه السلام فيه.

الثالثة: في أبواب المضاربة

الأحاديث الكثيرة المتظاهرة الواردة في أبواب المضاربة الدالة على أن العامل إذا تعدى عن الشرائط ضمن المال لو تلف، و لو ربح كان الربح بينهما على الشرط (أو كان الربح بينهما من دون تقييده بذلك).

مثل ما روى محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «سألته عن الرجل يعطى المال مضاربة و ينهى أن يخرج به، فخرج قال: يضمن المال و الربح بينهما» «١».

و مثل ما روى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «في الرجل يعطى المال فيقول له:

رأيت أرض كذا و كذا و لا- تجاوزها و اشتر منها، قال: فان تجاوزها و هلك المال فهو ضامن و إن اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه و إن ربح فهو بينهما» «٢».

و أيضا أحاديث رقم ٥، ٦، ٩، ١٠، ١١، من نفس هذا الباب فلا ينحصر الدليل في خصوص موثقة جميل.

و من الواضح أنّ هذا من أوضح مصاديق بيع الفضولى و لذا يجوز له ردّ المعاملة.
أقول: و يمكن الجواب عنه بأنّ نفس المعاملة لم تقع فضوليا إنّما خالف الشرط فى خروجه بالمال من البلد و جعله معرضا للآفات، أو خروجه إلى أرض خاص غير مطمئنّة فى نظر المالك، فضمنه، و يشهد له التصريح بعدم اخراجه إلى أرض كذا و شبهه فى أكثر هذه الروايات، فلا دلالة لها على المطلوب أصلا، و الشاهد على ذلك التصريح بأن الربح

(١). وسائل الشيعه، ج ١٣، الباب ١ من أبواب أحكام المضاربه، ح ١.

(٢). المصدر السابق، ح ٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٦٣

بينهما على الشرط يعنى السهام التى ذكرها، و لو كان البيع فضوليا خارجا عن حدود المضاربه الواقعة بينهما لم يكن وجه لهذا القيد، بل للمالك إمضاء المعاملة على شرط آخر، بل جاز له أخذ تمام المنفعة لعدم استحقاق العامل شيئا بعد مخالفته للمضاربه كما لا يخفى.

و يؤيد ما ذكرنا، ما نسب إلى ظاهر الأصحاب من عدم توقف ملك الربح هنا على الإجازة و أنّه خارج عن الفضولى بالنص (تعديا) كما عن المسالك و غيره، و لكن قد عرفت أنّه ليس خارجا عن القواعد حتى يحتاج إلى نص تعدي، بل هو جار على القاعدة، من غير حاجة إلى الإجازة، لأنّ العامل عمل بما هو وظيفته فى البيع و الشراء و إنّما خالف فى شرط ناظر إلى حفظ المال، فلا أثر لهذه المخالفه إلّا الضمان لو تلف.

و إن شئت قلت: هنا مطلوبان: أحدهما: حفظ المال، و الثانى: التجارة به، و الشرط ناظر إلى الأول، فليس فى هذه دلالة بل و لا أشعار و استيناس لحكم الفضولى أصلا خلافا لما أفاده شيخنا الأعظم قدس سره.

الرابعة: فى الاتجار بمال اليتيم

الروايات الواردة فى الاتجار بمال اليتيم، و أنّه إن ربح كان لليتيم و إن تلف كان عليه، رواها فى الوسائل تارة فى الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به «١».

و اخرى فى أبواب من تجب عليه الزكاة «٢».

بناء على أن التجارة وقعت بغير إذن الولي، فإذا ظهر الربح تلحقه الإجازة عادة فهو حيثنذ من أظهر مصاديق الفضولى.

أقول: و لكن الإنصاف ظهور أكثرها أو جميعها فى تجارة الولي أو الوصى بمال اليتيم،

(١). وسائل الشيعه، ج ١٢، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢، و أيضا أحاديث رقم ١ و ٣ و ٥ من نفس الباب.

(٢). المصدر السابق، ج ٦، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ٨، و أحاديث رقم ٢ و ٧.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٦٤

و هذا مأذون من قبل الشرع بشرطين: أحدهما: أن يكون الربح لليتيم، و الثانى: أن يكون للتاجر مال لو تلف خرج عن عهده ضمانه، فلا ربط له بالفضولى أصلا.

و توضيح ذلك: أنّ جماعة من الأصحاب فهموا من هذه الروايات الكثيرة بعد ضم بعضها إلى بعض امورا ثلاثة:

أحدها: أن يتجرد الولي بمال اليتيم لليتيم، فالربح له و يستجب الزكاة منه.

ثانيهما: أن يقترض ماله و يتجرد به لنفسه و كان مليئا، كان الربح به و يستجب عليه الزكاة.

ثالثها: الصورة بحالها إلا أنه لا يكون مليًا، أو لم يكن وليا رأسا كان ضامنا و كان الربح لليتيم و لا زكاة هاهنا. و من الواضح أن الأولين ليستا من الفضولي من شىء، غاية ما يتوهم فيه ذلك هي الصورة الثالثة، و لا يبعد أن يكون هذا بأذن إلهي يخرج عن الفضولي، أضف إلى ذلك أن فهم هذه الصور من روايات الباب لا يخلو عن صعوبة بل أكثرها كما عرفت ناظرة إلى صورة تجارة الولي لنفسه أو لليتيم، و يمكن حمل غيرها عليها، فالاستدلال بها لما نحن مشكل جدًا، و تمام الكلام فيه في أبواب الزكاة في شرائط وجوبها و منها البلوغ «١».

الخامسة: ما روى في العبد المأذون

ما رواه ابن اشيم في العبد المأذون الذي دفع إليه مال ليشتري به نسمة و يعتقها و يحجه عن أبيه، فاشترى أباه و اعتقه ثم تنازع مولى المأذون و مولى الأب و ورثه الدافع و ادعى كل منهم أنه اشتراه بماله، فقال: أبو جعفر عليه السلام يرد المملوك رقًا لمولاه و أى الفريقين أقاموا البيئنة بعد ذلك على أنه اشتراه بماله كان رقًا له «٢».

(١). راجع جواهر الكلام، ج ١٥، ص ١٨ و ما بعدها.

(٢). عوالى اللئالى: ج ٣، ص ٢٢٩، ح ١١٧، و رواه فى الوسائل فى ج ١٣ الباب ٢٥ بيع الحيوان، ح ١ مع تفاوت.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٦٥

نظرا إلى أن إقامته الدعوى دليل على الإجازة بالنسبة إلى البيع الفضولى الذى وقع على ماله، و تظهر ثمرته فى خصوص مولى المأذون، و أمّا مولى الأب فهو مدع لفساد البيع لأن اشتراء عبده بماله موجب للفساد، و أمّا الدافع فقد كان يبيع من قبيل بيع الأصيل فلا يبقى إلا مولى المأذون.

هذا و يجوز أن يكون المراد منه كونه و كيلا من قبله، فإنّ اشتراؤه من ماله لا يكون إلاّ بكون ماله عنده، و هذا يتحقق مع التوكيل غالبًا، و كون العبد مأذونا شاهد عليه، بل ظاهر الحديث أنه كان مأذونا فى البيع و الشراء من قبل أقوام مختلفة و كانت أموالهم عنده و كان يتجر لهم.

مضافا إلى ما فى سنده من جهة ذكره فى كتاب العوالى، مع كون الراوى ابن اشيم و هو موسى ابن أشيم ظاهرا، و لم يوثق فى الرجال، بل ورد رواية فى ذمه و أنه كان من أصحاب أبى الخطاب المعروف، و سنده فى الوسائل (نقلا عن التهذيب) أيضا يتصل بابن أشيم و فيها إشكالات اخرى:

منها: أنه كيف حكم بعود المعتق رقًا مع أن الأصل فى المعاملة و العتق الصحة و لا يقبل قول مدعى الفساد، اللهم إلا أن يقال: يظهر من رواية الوسائل أن اشتراء الأب كان بعد فوت الدافع، فكان البيع من قبل ورثته فضوليا.

و منها: أنه كيف لم يسأل عن العبد المأذون مع أنه صاحب اليد و هو اعرف بنيته من غيره، و لعله لجميع ذلك أو لبعضه قال السيد قدس سرّه فى الحاشية: لم يعمل بها المشهور.

السادسة: صحيحة الحلبي

صحيحة الحلبي المروية عن الصادق عليه السلام قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه، ثم رده على صاحبه، فأبى أن يقبله (يقبله) إلا بوضيعة، قال: يصلح له أن يأخذ بوضيعة، فان جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على الأول ما زاد» «١».

(١). وسائل الشريعة، ج ١٢، الباب ١٧ من أحكام العقود، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٦٦

و ظاهرها بطلان الفسخ و الاقالة لأنها لا تصح إلا بنفس الثمن لا يزيد و لا ينقص، و هذا هو معنى الفسخ و إلا كان بيعا جديدا، فاذن تكون العين باقية على ملك المشتري و يكون البيع فضوليا و يصح له بعد إجازته.

و لكن يرد عليه: أنه ليس فيها أثر من الإجازة، و القول بأنه يرضى عادة بعد ظهور النفع و يجيز البيع الثاني، مدفوع بأن التفاوت قد يكون أقل من الوضعية فلا يرضى إلا بالفسخ.

مضافا إلى أن اللازم ردّ الوضعية على المشتري أيضا بعد بطلان الإقامة مع أنه لم يصرح به في الرواية مع كونها في مقام البيان، و لكن الإنصاف إمكان الاستدلال بالصحيحة، و دفع هذه الإشكالات ممكن.

السابعة: ما ورد حول السمسار

ما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله «١» عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السمسار أ يشتري بالأجر فيدفع إليه الورق و يشترط عليه أنك تأتي بما تشتري، فما شئت أخذته، و ما شئت تركته، فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع فيقول: خذ ما رضيت، ودع ما كرهت؟ قال عليه السلام: لا بأس» «٢».

و ذكر فيه احتمالات ثلاثة: «أحدها»: اقتراض السمسار على نفسه ثم البيع لنفسه و جعله تحت اختيار المقرض.

«ثانيها»: اشتراؤه لصاحب المال وكالة مع الخيار.

«ثالثها»: البيع له فضوليا فما شاء أخذه و اجازته و ما شاء تركه و رده و ترك استفصال الإمام عليه السلام دليل على العموم.

وفيه: إن ظاهر قوله يشتري بالأجر كونه وكيلا عن صاحب المال، فيشتري وكالة مع الخيار، و حمله على بيان أصل حرفته لا خصوص مورد السؤال، تكلف محض، لا سيما

(١). رواه الشيخ رحمه الله في المكاسب عن عبد الله و لكن في الوسائل عن عبد الرحمن ابن أبي عبد الله فتذكر.

(٢). المصدر السابق، الباب ٢٠ من أحكام العقود، ح ٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٦٧

مع ذكر جميع الأفعال فيه بصورة المضارع الدال على الاستمرار.

هذا مضافا إلى ذكر عنوان السمسار، فإنه - كما في لسان العرب - هو الذي يتوكل من الحاضرة للبادية فيبيع لهم ما يجلبونه. (انتهى) (و هو الذي يعرف بالدلال عندنا).

أضف إلى ذلك أنه يحتمل أن يكون الموضوع معروفا عندهم في تلك الأزمنة، فكيف يستفاد من ترك الاستفصال فيه العموم؟

الثامنة: ما ورد من التعليل في الباب نكاح العبد بغير إذن مولاه

ورد أنه لم يعص الله بل عصى سيده، فإذا أجازة جاز (دلّ على أن المانع هو عصيان الله، و أما رضا السيد فيجوز احرازه بعدا) مثل ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام و رواية أخرى له في نفس الباب «١».

و الأولى منهما الصحيحة، و هذا التعليل جار في الفضولي بعينه فإنه لم يعص الله (بعد عدم إتيانه ببيع محرم) فيصح البيع بأجازة المالك و رضاه.

وفيه: ما عرفت سابقا من أن العقد هنا صدر عن مالك العقد و هو الزوج و إن كان الحمل متعلقا لحق الغير، بخلاف عقد الفضولي

فأنه صدر عن غير مالكة ولا يصح قياس أحدهما على الآخر.

التاسعة: النصوص الواردة في الباب الخمس

وهي ما أشار إليه في الجواهر من النصوص الواردة في الباب الخمس المشتمل بعضها على التصرف فيه من بعض الشيعة وطلب الإجازة من الإمام عليه السلام فإجازه عليه السلام أو غيرها من النصوص التي هي كذلك في غير الخمس مما لهم الولاية فيه، بل في نصوص المناكح والمساكن أنهم عليه السلام أجازوا ذلك لجميع شيعتهم «٢».

(١). وسائل الشيعة، ج ١٤، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١ و ٢.

(٢). المصدر السابق، ج ٦، الباب ٤ من أبواب الانفصال، ح ٩ و ١٨.

أنوار الفقهاء - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٦٨

ومحل الشاهد منه قوله عليه السلام بعد قول الراوي: «إن أبي كان ممن سباه بنو امية وقد علمت أن بنى امية لم يكن لهم أن يحرموا ولا يحلوا وإنما ذلك لكم، فإذا ذكرت الذي كنت فيه دخلني من ذلك ما يكاد يفسد عليّ عقلي ما أنا فيه، قال: أنت في حل مما كان من ذلك وكل من كان في مثل حالك من ورائي فهو في حل ذلك». (انتهى محل الحاجة منها). ويمكن حمل جميع ذلك على الإذن السابق بالنسبة إلى من يتصرف في المستقبل، إلا أن ذلك لا يخلو عن بعد بالنسبة إلى بعضها مثل ما اشرنا إليه من روايات الأنفال الواردة في النكاح كما لا يخفى بل ظاهرها كون الإجازة كاشفة.

العاشرة: ما دلّ على أن من خان في الوديعة وأنكرها

من خان في الوديعة وأنكرها، ثم جاء بها بعد سنين مع ربح ربحه في مال الوديعة يجوز أخذ ربحه منه، ومن المعلوم أنه لا يتم إلا على صحة الفضولي.

مثل ما روى أبو سيار قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أنى كنت استودعت رجلا مالا فجددني و حلف لي عليه ثم جاء بعد ذلك سنين بالمال الذي كنت استودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذ، وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك... وأتيت حتى استطلع رأيك فما ترى؟ قال: فقال عليه السلام: خذ الربح وأعطه النصف وأحله» الحديث «١». ودلالته على المقصود واضحة ظاهرة ولكن في سنده «الحسن بن عمارة» وهو مجهول في رجالنا.

(١). وسائل الشيعة، ج ١٣، الباب ١٠ من كتاب الوديعة، ح ١.

أنوار الفقهاء - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٦٩

الحادية عشرة: ما ورد في امضاء الورثة الوصية الزائدة على الثلث بعد وفات الميت

ومن المعلوم أنها ليست إلا من قبيل الفضولي.

مثل ما روى أحمد بن محمد قال: «كتب أحمد بن اسحاق إلى أبي الحسن عليه السلام أن ردة بنت مقاتل توفيت وتركت ضيعته أشقاها في مواضع، وأوصت لسيدنا في أشقاها بما يبلغ أكثر من الثلث، إلى أن قال: فكتب عليه السلام بخطه: ليس يجب لها في تركتها إلا الثلث وإن تفضلتم وكنتم الورثة كان جائزا لكم إن شاء الله» «١».

وهي رواية صحيحة ظاهرا وفي سندها جمع من الاجلاء منهم أحمد بن اسحاق القمي من خاصة أبي محمد العسكري عليه السلام و

شيخ القميين و كان ممن رأى صاحب الأمر عليه آلاف التحية و الثناء.
و دلالتها على المقصود ظاهرة، إلا أن التعدي من موردها إلى غيره مع أن أمر الوصية أسهل لا يخلو عن إشكال.

الثانية عشرة: ما ورد في جواز التصدق بمجهول المالك

و أنه إذا جاء صاحبها و رضى كانت الصدقة له مثل ما روى على بن جعفر عن أخيه قال:
«و سألته عن الرجل يصيب اللقطة فيعرفها سنة ثم يتصدق بها فيأتي صاحبها، ما حال الذي تصدق بها ... قال عليه السلام: هو ضامن لها و الأجر له إلا أن يرضى صاحبها فيدعها و الأجر له» (٢) و يدل عليه الحديث الأول من الباب ١٨ منه أيضا.
و لا أقل من صحة سند الحديث الأول، و ظاهرها في بدو النظر أنه لو رضى بالصدقة كانت الصدقة له فإن الأجر لا يكون له بدون إمضاء الصدقة بعد وقوعها، و هذا دليل على صحة الفضولي أيضا، مضافا إلى أن الضمان لا يرتفع عن اللاقط إلا بذلك.

(١). وسائل الشيعة، ج ١٣، الباب ١١ من أحكام الوصايا، ح ١.

(٢). المصدر السابق، ج ١٧، الباب ٢ من أبواب اللقطة، ح ١٤.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٧٠

نعم، يمكن أن يقال بأن المراد منه إبراء الضامن من ضمانه في مقابل اهداء أجر الصدقة له، و لكنه بعيد عن لحن الحديث و يحتاج إلى تكلف، فالاستدلال به ليس ببعيد سندا و دلالة.

اللهم إلا أن يقال: إن التعدي عن الصدقة إلى البيع و غيره من أشباهه غير ثابت هذا و إلغاء الخصوصية ليس ببعيد بعد عدم كون أبواب العقود من الامور التبعية المحضة.

إلى غير ذلك مما يعثر عليه المتتبع.

هذا غاية ما أردنا ذكره في المقام، و يتحصل من جميع ما ذكرنا أن العمدة في المقام مضافا إلى كون صحة الفضولي موافقا للقواعد الثابتة من الشريعة امور:

١- حديث عروة البارقي.

٢- فحوى ما ورد في النكاح (ذكرناه تحت الرقم الثالث).

٣- صحيحة الحلبي (ذكرناها تحت الرقم السادس).

٤- ما ورد في باب تحليل الخمس (ذكرناها تحت الرقم التاسع).

٥- ما ورد في الوديعة، مع قطع النظر عن ضعف السند (الرقم العاشر).

٦- ما ورد في صدقة مجهول المالك (الرقم الثاني عشر).

بقي هنا شيء: و هو أنه يجوز الاستدلال لصحة الفضولي بجريان السيرة المستمرة بين العقلاء من أهل الشرع و غيرهم أيضا و جعلها دليلا مستقلا على المقصود، لأننا نجد موارد كثيرة يقع فيها البيع الفضولي و غيره ثم تلحقها الإجازة، و ذلك كثيرا ما يكون من ناحية الوكيل أو العامل أو الولي إذا خرجوا عن حدود و كالتهم و ولايتهم و عقد المضاربة و شبهها كما وقع ذلك من عروة البارقي، و بالنسبة إلى ما كان متعلقا لحق الغير كما في مورد بيع العين المرهونة، أو تصرف المحجور في أمواله، و بالنسبة إلى الوصية الزائدة على الثلث و ما أشبهها و هو كثير جدا لا يكاد ينكر.

و لم يرد هناك ردع من ناحية الشارع المقدس قطعا بل قد عرفت إمضائه بشتى البيان و إن لم يكن إليه حاجة.

فالمسألة بحمد الله خالية عن شوب الإشكال و صافية عن النقص و الإبهام.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٧١

أدلة القائلين بطلان الفضولي

و استدلل القائلون بفساده- وقد عرفت أنهم أفراد قليلون- بأمور:

١- «الأصل» وهو أصالة الفساد الثابتة في جميع أبواب المعاملات، فإن الأصل يقتضى عدم النقل و الانتقال إلا بسبب معلوم. وفيه: أنه منتقض بالأدلة الكثيرة السابقة لا سيما العمومات الناقضة له.

٢- «الإجماع» المذكور في كلمات الشيخ الطوسي قدس سره و غير، قال في الخلاف ما لفظه:

«إذا باع إنسان ملك غيره بغير اذنه كان البيع باطلا... دليلنا إجماع الفرقة، و من خالف منهم لا يعتد بقوله، و لأنه لا خلاف انه ممنوع من التصرف في ملك غيره و البيع تصرف (انتهى محل الحاجة) «١».

و الأوّل إجماع على خصوص محل الكلام، و الثانى من قبيل الإجماع على القاعدة، و قد ذكر الإجماع في مفتاح الكرامة في عداد أدلة القائلين بالبطلان «٢».

و كلاهما كما ترى، أما الأوّل فلما عرفت من ذهاب المعظم إلى الصحة بل الشيخ نفسه أفتى في بعض كتبه بذلك، و أما الثانى فلأن مجرد إجراء الصيغة مع انتظار رضى المالك ليس من التصرفات الممنوعة، إنما ممنوع التصرف الخارجى أو إجراء الصيغة بلا انتظار رضا مالكة مع إشكال فيه أيضا.

٣- «الآية» الدالة على لزوم كون التجارة عن تراض «٣».

فأنها ظاهرة في وجوب كون التجارة صادقة عن الرضا من الطرفين، فإذا لم تكن كذلك كانت باطلة و إن لحقها الرضا بعد ذلك.

و قد أجاب عنها شيخنا الأعظم قدس سره بوجهين:

أحدهما: أنه لا دلالة على الحصر بعد كون الاستثناء منقطعاً، و لو كان الاستدلال بمفهوم الوصف في مقام التحديد في قوله تعالى:

تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ أَمْكَنَ حَمْلَهُ عَلَى الْقَيْدِ

(١). الخلاف كتاب البيوع، المسألة ٢٧٥.

(٢). مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٨٥.

(٣). سورة النساء، الآية ٢٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٧٢

الغالبى، مضافاً إلى إمكان حملة على كون «عن تراض» خبراً بعد خبر فلا دلالة له على مطلوبهم.

ثانيهما: إن الخطاب للمالكين و العقد إنما يكون عقداً للمالك بعد إجازته و العمدة هو الأخير، و حاصله ما عرفت سابقاً من أن أدلة لزوم الوفاء بالعقود و شبهها إنما تشمل العقد المستند إلى كل إنسان، و من الواضح أن عقد الفضولى لا يكون عقداً للمالك إلا بعد إجازته، و حينئذ يكون ناشئاً عن رضاه كما هو ظاهر.

و أما ظهور الآية في الحصر فلا ينكر و إن كان الاستثناء منقطعاً، و كذا كون «عن تراض» وصفاً في مقام الاحتراز و احتمال كونه خبراً بعد خبر بعيد جداً.

نعم، يمكن أن يقال: إن طريق الحلية و نفي كون الأكل أكلاً للباطل لا ينحصر في التجارة بل الهبة و القرض و الجعالة و الصلح و الإرث و الوقف و غيرها من أشباهها طريق الحلية، فلو حمل على الحصر لزم تخصيص الأكثر.

و يمكن الجواب عنه بأن الحصر ناظر إلى تداول الأموال بين المسلمين من طريق الكسب و الاكتساب و عمدتها هي التجارة، و أما

الهبه و شبهها امور نادرة بالنسبة إليها ليست من طريق الكسب و الاكتساب العام.

٤- «أنه تصرف في ملك الغير» و هذا التصرف قبيح عقلا و داخل في عنوان الظلم، كما أشرنا إليه إجمالا عند ذكر الإجماع، و قد أخذ هنا كدليل عقلي على المطلوب.

و فيه: ما قد عرفت من عدم القبح في مجرد إجراء الصيغة لمن ينتظر إجازة المالك كما هو محل البحث، بل و لو لم يكن منتظرا لإجازته كما في بيع الغاصب لنفسه و تسليم قبحة كما قد يظهر من بعض كلمات شيخنا الأعظم قدس سره فإنه دليل، إلا من باب التجري على القول بقبحه، و أما التصرفات الأخرى فالمفروض عدمها قبل تحقق الرضا كما لا يخفى.

و قد يجاب عنه أيضا بأن الحرمة على فرض ثبوتها لا تدل على الفساد في باب المعاملات، مع أنه لو دلت عليه لدلت على الفساد بمعنى بطلان البيع مع استقلاله و هو مفروغ عنه بين الجميع، و أما مع الرضا و الإجازة فلا.

و لكن يرد على الوجه الأول: أن المختار دلالة النهي في المعاملات على الفساد إذا كان

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٧٣

راجعا إلى المسبب أو التسبب، لأن الشارع الحكيم إذا أبغض شيئا من هذه الامور الاعتبارية لا يرضيها، و من الواضح أن القبح هنا إنما هو من جهة تسبب العقد للملكية، فالنهي فيه يدل على الفساد.

و أما عن الوجه الثاني: فلأن النهي عنه يدل على الفساد بمعنى عدم صلاحيته للحقوق الرضا لا عدم تأثيره باستقلاله، لأن هذا ليس من آثاره قبل النهي، حتى يرتفع بالنهي، و الحاصل أن الحرمة مانعة عن الصحة التأهيلية لا الاستقلالية، لعدم الترقب منه حتى مع قطع النظر عن الحرمة، فتأمل.

٥- «ما حكاها في مفتاح الكرامة و غيره» أن من شرائط صحة البيع قدرة البائع على التسليم و هي هنا غير حاصلة «١».

و ممن استدل به «ابن قدامة» في «المغنى» حيث ذكر في دليل البطلان بعد حديث حكيم بن حزام قوله: «ولأنه باع ما لا يقدر على تسليمه، فاشبهه ببيع الطير في الهواء» «٢».

و الجواب عنه ظاهر، أما أولا: فإن على التسليم إنما تكون معتبرة عند حصول النقل و الانتقال، لا عند إجراء صيغة العقد إذا لم يتم شرائط الانتقال، لعدم الدليل على أزيد منه، فيكون كبيع السلف، فهل يشترط فيه القدرة عند العقد، أو عند الأداء؟ و كذا في غير من أشباهه من الإجارة على فعل شيء بل النذر و أشباهه.

و قد نقض عليه بما إذا كان قادرا على تسليمه لنفوذ رأيه في المالك و قبوله منه قطعا.

و فيه: إن هذا قضية خاصة لا يصح الركون عليه في حكم كلي مثل ما في المقام.

٦- «الأحاديث الواردة في المسألة»:

منها: ما حكاها الفريقين في كتبهم عن «حكيم بن حزام» أنه نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع ما ليس عنده.

ذكره ابن ماجه في سننه «٣» و كذا الترمذى في صحيحه «٤».

(١). مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٨٥.

(٢). المغنى لابن قدامة، ج ٤، ص ٢٩٧.

(٣). سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٧٣٧، ح ٢١٨٧.

(٤). الصحيح للترمذى، ج ٣، ص ٥٣٤، ح ١٢٣٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٧٤

و حكاها المحقق العاملي قدس سره في مفتاح الكرامة بعنوان أخبار عامية «١».

و النراقى قدّس سرّه فى المستند «٢».

و قال شيخنا الأعظم قدّس سرّه فى مكاسبه النبوى المستفيض: و هو قوله: صلّى الله عليه و آله لحكيم بن حزام «لا- تبع ما ليس عندك».

و الظاهر أنّهم تلقوه بالقبول، و لعل هذا كاف فى انجبار سنده.

و قد روى هذا من طرقنا أيضا عن الحسين بن زيد عن الصادق عليه السّلام فى مناهى النبى صلّى الله عليه و آله قال: «و نهى عن بيع ما ليس عندك و نهى عن بيع و سلف» «٣».

و عن سليمان بن صالح عن أبى عبد الله عليه السّلام قال: «نهى رسول الله صلّى الله عليه و آله، إلى أن قال: «نهى عن بيع ما ليس عندك» «٤».

و لعل المراد من النهى عن «بيع و سلف»، أن يبيع شيئا كليا سلفا مع عين شخص ليس عنده، و بيان الاستدلال به أن عدم الحضور عنده كناية عن عدم كونه مالكا له. و الجواب عنه: أنّه يحتمل امورا:

أحدها: أن يبيع شيئا بعينه، يكون ملكا لآخر ثم يذهب ليشتري منه و يبيعه، و هذا باطل قطعاً للغرر و غيره.

ثانيها: أن يبيع مثل السمك فى الماء و الطير فى الهواء ممّا ليس عنده، و هو أيضا باطل.

ثالثها: أن يبيع بيعا كليا حاليا مع أنّه ليس شىء من أفراد الكلى عنده، بل يريد شراءه من غيره و قد لا يبيعه و لا يقدر على تسليمه، و هو أيضا قابل للكلام.

و جميع ذلك إنّما هو فى ما إذا باع شيئا لنفسه ليس يملكه، و أمّا البيع لمالكة مع انتظار إجازته فهو خارج عن نطاقه، فلا دخل لهذه الروايات بمسألة الفضولى.

و إن شئت قلت: البيع الفضولى لا يكون بيعا تاما إلّا مع الإجازة فإذا تمّ و كمل

(١). مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٨٥.

(٢). مستند الشيعة، ج ٢، ص ٣٦٥.

(٣). وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، ح ٥.

(٤). المصدر السابق، ح ٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٧٥

و انتسب إلى المالك دخل فى بيع ما هو موجود عنده، فلا يشمل ما دلّ على النهى عن بيع ما ليس عنده مطلقا.

و ممّا يدل على صحّة بيع الكلى الذى عنده سواء كان حالا أو سلفا و يكون قرينة على أن المراد بالبيع فى الروايات السابقة خصوص بيع عين شخصى ليس عنده لنفسه، ما روى اسحاق بن عمار و عبد الرحمن بن الحجاج جميعا قال: «سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده، فيشتري منه حالا، قال: ليس به بأس، قلت:

إنّهم يفسدونه عندنا، قال: و أى شىء يقولون فى السلم؟ قلت: لا يرون به بأسا» الحديث «١».

و ما روى عبد الرحمن بن الحجاج قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: الرجل يجيئنى يطلب المتاع فأقوله على الربح ثم أشتريه فأبيعه منه، فقال: أليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك؟

قلت: بلى، قال: فلا بأس به» الحديث «٢».

و ما رواه أبو الصباح الكناني عن الصادق عليه السّلام «فى رجل اشترى من رجل مائة منّ صفرا بكذا و كذا و ليس عنده ما اشترى منه

قال: لا بأس به إذا وفاه الذى اشترط عليه» (٣).

ومنها: ما رواه المخالفون فى كتبهم من قوله صلى الله عليه وآله: «لا- طلاق إلاً فيما يملكك ولا عتق إلاً فيما يملكك ولا بيع إلاً فيما يملكك».

رواه فى الخلاف فى كتاب البيع فى المسألة ٢٧٥ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه عنه صلى الله عليه وآله و اعتمد عليه فى إثبات مدعاه فى بطلان الفضولى مع أدلة اخرى.

و فى معناه روايات متظافرة وردت من طرقنا:

منها: ما رواه محمد بن القاسم بن الفضيل عن أبى الحسن الأول و فى آخره: ليمنعها أشد المنع فأنها باعته ما لم تملكه (٤).

(١). وسائل الشيعه، ج ١٢، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، ح ١.

(٢). المصدر السابق، ح ٣.

(٣). المصدر السابق، ح ٤.

(٤). المصدر السابق، ج ١٢، الباب ١، من أبواب عقد البيع، ح ٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٧٦

ومنها: ما رواه اسحاق بن عمار عن عبد الصالح عليه السلام و فى ذيلها «ما أحب أن يبيع ما ليس له» (١).

ومنها: مكاتبه الحميرى إلى صاحب الزمان (عليه آلاف التحية و الثناء) و فى ذيلها «الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالها أو بأمره أو رضى منه» (٢).

منها: مكاتبه محمد بن الحسن الصفار إلى العسكرى عليه السلام و فى ذيلها «لا يجوز بيع ما ليس يملكك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملكك» (٣).

و تظافرها يغنى عن ملاحظة اسنادها.

و أما تقريب الاستدلال بها فهو أنّ الفضولى يبيع ما ليس يملكه و ما ليس له، فهو باطل.

و جوابه يظهر ممّا مرّ فى سابقها، و هو أن مورد جميعها بيع العين المملوكة من قبل من لا يملكها، حتى الحديث النبوى، بقريته ذكر الطلاق و العتق اللذين لا يتعلقان بالكلية قطعاً، فالمراد منها أنه لا يجوز بيع عين مملوكة من قبل من لا يملكها لنفسه، بل صريح كثير منها و ظاهر بعضها أنه باع شىء لنفسه من دون أن يملكه بعد ذلك، و فساد ظاهر، بل و إن ملكه و إجازة كان خارجاً عن محل الكلام، فانه فيما إذا باع للمالك متوقفاً لإجازته ثم أجازته بعد ذلك، و لا دخل لهذه الإخبار به قطعاً.

إلى هنا تمّ الكلام فى المسألة الاولى من مسائل الفضولى.

المسألة الثانية: إذا سبق المنع من المالك

و هى ما إذا سبق من المالك المنع عنه، ثم رضى المالك فأجاز المعاملة، و حكى عن المشهور صحتها أيضاً، و لكن عن فخر المحققين قدس سرّه حكاية القول بالبطلان عن بعض من لم يسمه، و أمّا ما استظهره شيخنا الأعظم قدس سرّه فى مكاسبه من المنع من كلام العلامة قدس سرّه فى

(١). وسائل الشيعه، ج ١٢، الباب ١ من أبواب عقد البيع، ح ٥.

(٢). المصدر السابق، ح ٨.

(٣). المصدر السابق، الباب ٢ من أبواب عقد البيع، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٧٧

التذكرة بقوله و يلوح إليه ما عن التذكرة في باب النكاح من جملة النبوى «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر» بعد تضعيف السند على أنه نكح بعد مولاه و كراهته فأنه يقع باطلا- (انتهى) فالانصاف أنه لا دلالة على مخالفته في المسألة بل لعل مراده نهى المولى عنه مطلقا و عدم اجازته بعد ذلك، و النكاح معه واضح البطلان.

و على كل حال فالمعدة في المسألة ملاحظة الأدلة السابقة حتى يعلم أيها عام يشملها أيضا، و أيها مختص بالمسألة الاولى، و هي ما لم ينفه عنه المالك.

فنقول: و منه جل سبحانه التوفيق و الهداية: أما القاعدة المستفادة من العمومات فالظاهر أنها شاملة لما نحن بصدد، لأن العمدة فيها هو لحوق الإجازة و انتساب العقد إلى المالك و المنع السابق لا أثر له في هذا الأمر، بل كثيرا ما يتفق في الخارج أن المالك يمنع عن بيع لكن الدلال أو شبهه يساوم و يعاقد البيع مع المشتري علما بأنه إذا علم به المالك يرضى و يجيز، و هكذا بالنسبة إلى عقد الباكرة الرشيدة أو غير الرشيدة بالنسبة إلى اجازة الولي لو قلنا باشرطه بها، و كذلك العبد بالنسبة إلى مولاه.

و أما الروايات الخاصة الواردة في الفضولى فرواية «عروة» «و حكيم بن حزام» الظاهر اختصاصهما بغير ما نحن فيه.

أما رواية «محمد بن قيس» فليس فيها تصريح بالنهى، إلا أن رد البيع الفضولى قد يكشف عنه فتأمل، مضافا إلى أن الرد اللاحق إذا لم يكن مانعا فالنهي السابق بطريق أولى.

أما روايات النكاح الفضولى فما كان ناظرا إلى نكاح العبد بغير إذن سيده لعله شامل لمحل الكلام لا سيما مع التعليل بقوله إنما عصى سيده و لم يعص الله فإذا أجاز فهو له جائز «١».

قد يقال: أنه يدل عليه أيضا روايات باب المضاربة، فان العامل إذا اشترط عليه شيء و خالفه كان من مصاديق النهى عن المعاملة بدونها، و لكن قد عرفت عدم دلالتها على صحة

(١). راجع وسائل الشيعه، ج ١٤، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، ح ١ و ٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٧٨

الفضولى، و أن أصل المعاملة ليست فضوليا لأن مخالفته للشرط إنما هي من جهة اخراجه المال عن البلد مثلا و جعله معرضا للتلف الذى هو موجب للضمان، و لا دخل له بأصل المعاملة، فراجع ما ذكرناه آنفا.

و يمكن الاستدلال له أيضا بما ورد في روايات تحليل الخمس، فان موردها تصرف الخمس من ناحية الغاصبين من بنى امية و نظرائهم، و هو من أظهر مصاديق المسألة، بل و يمكن الاستدلال من حكم الغاصب على ما نحن فيه بالأولوية كما لا يخفى.

و كذا يستدل له بما ورد في باب من خان فى الوديعه و أنكرها، ثم اتجر بها ثم تاب و جاء بها مع ربحها، لأن هذا الخائن كان ممنوعا و منهيها عن المعاملة معها و لو بشهادة الحال، و لكن قد عرفت ضعف سندها بالحسن بن عماره فراجع «١».

و مما يمكن الاستيناس منه على المقصود، صحة عقد المكره بعد لحوق الرضا فان المالك كان كارها عند العقد بل و ما بعده إلى أن لحقه الرضا، اللهم إلا أن يقال: فرق ظاهر بينه و بين ما نحن فيه، لأن العقد صدر من أهله مستندا إليه و إنما فقد بعض شرائطه و هو

الرضا، بخلاف ما نحن بصدد، لأن العقد غير مستند إلى المالك أصلا إلا بالإجازة اللاحقة و تأثيرها محل كلام، فتأمل.

إن قلت: قد اجمعوا على أن الإجازة بعد الرد غير نافعة لأنه من قبيل الفسخ، و إذا نهى المالك و كان مستمرا إلى ما بعد العقد و لو آنا ما، كان فى حكم الرد فلا تنفعه الإجازة اللاحقة.

قلنا: أولا: الإجماع هنا غير ثابت كما سيأتى إن شاء الله و كون الرد مانعا، غير ثابت.

و ثانيا: هذا إذا كان بعنوان إنشاء فسخ و ابطال، لا مجرد الكراهة الباقية عن النهى السابق، و الحاصل إن صحة الفضولى هنا أيضا ظاهرة.

(١). وسائل الشريعة، ج ١٣، الباب ١٠ من كتاب الوديعه، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٧٩

المسألة الثالثة: بيع الفضولى لنفسه

إشارة

و قد ذكروا هذه المسألة غالبا تحت عنوان «بيع الغاصب» و لكن قد يتصور فيه الغاصب كالمشتبه. و الأ-كثر كما حكاها في مفتاح الكرامة عن الإيضاح أن بيع الغاصب من أفراد الفضولى، و به صرح في التذكرة و المختلف و نهاية الأحكام و الدروس و حواشى الشهيد و التنقيح و جامع المقاصد و غيرها «١». و قال: ابن قدامة «المغنى» «تصرفات الغاصب كتصرفات الفضولى على ما ذكرنا من الروايتين، أحدهما بطلانها و الثانية صحتها و وقوفها على اجازة المالك».

ثم حكى عن أبى الخطاب: «إن فى تصرفات الغاصب الحكيمه رواية أنها تقع صحيحة و سواء فى ذلك العبادات ... أو العقود كالبيع و الإجارة و النكاح، و هذا ينبغى أن يتقيد فى العقود بما لم يبطله المالك، و أما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه أن الغاصب تطول مدته و تكثير تصرفاته فى القضاء بطلانها ضرر كثير و ربما عاد الضرر على المالك، فان الحكم بصحتها يقتضى كون الربح للمالك و العوض بنمائه و زيادته له، و الحكم بطلانه يمنع ذلك» «٢».

و كيف كان، التعبير فى كلام الإيضاح بالأ-كثر دليل على مخالفة جماعة فى خصوص هذا القسم كما يظهر من بعض العبارات التفصيل بين صورة علم المشتري بالغصبيه فلا-تصح، و بين صورة جهله فتصح، فاذن المسألة ذات أقوال ثلاثة: القول بالصحة فى المقامين، و القول بالبطلان كذلك، و التفصيل بين صورتى الجهل و العلم.

فلنرجع إلى الأدلة: الإنصاف أن كثيرا من «الأدلة السبعة» التى اخترناها فى الفضولى يجرى هنا، أما القاعدة فالظاهر أنها شاملة بعد كون هذا العقد من مصاديق العقود بعد لحوق اجازة المالك، لما قد عرفت من أن العمدة أن الإنشاء صدر صحيحا، و بعد لحوق الإجازة يصح استناده إلى المالك فىكون العقد عقده.

(١). مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٨٧.

(٢). المغنى لابن قدامة، ج ٥، ص ٤١٥.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٨٠

أما حديث «عروة» و «حكيم بن حزام» فلا يشملان المقام، و كذا صحيحة «الحلبى» و ما ورد فى صدقة مجهول المالك. أما صحيحة محمد بن قيس فالمورد من مصاديقه الظاهرة، لكون الابن غاصبا قطعاً، و كذا ما ورد فى باب تحليل الخمس بالنسبة إلى ما غصبه الغاصبون من بنى امية و نظرائهم لعنة الله عليهم أجمعين، إذا وقع فى أيدي المؤمنين بعد وقوع البيع عليه و كذلك ما ورد فى باب الخيانة فى الوديعه.

و ما استدل به للبطلان امور:

الأول: و هو العمدة- أن الفضولي غير قاصد لحقيقته البيع، لأنّ البيع هو اخراج المعوض عن ملكك من يدخل في ملكه العوض، و بعبارة اخرى: تبادل علاقة الملكية و استقرار كل في محل الآخر، لأنّ حقيقة المعاوضة و المبادلة لا تتحقق إلّا بذلك، و هذا المعنى غير موجود في البيع لنفسه، فما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع.

و لذا قال: بعض الأعلام في مكاسبه ما لفظه: «إن ماهية البيع عبارة عن تبادل المالكين في الملكية أو تملك العين بالعوض ... و لا يمكن للفضولي في البيع لنفسه قصد هذا المعنى جدّا لا التملك الجدى فعلا و لا تملك الثمن كذلك».

و أجاب عن الإشكال شيخنا العلامة الأنصاري قدّس سرّه بما حاصله: «إن الغاصب و إن كان يقصد وقوع المعاملة لنفسه و لكنه بعد جعل نفسه مالكا ادعاء ففي الحقيقة يبيع للمالك و لكن يرى نفسه مصداقا له».

و أورد عليه السيد المحقق اليزدي قدّس سرّه بأنّ هذا الجعل و لو كان غالبا و لكن ليس دائما فلا بدّ من الحكم بالفساد عند العلم بعدم هذا الجعل مع أنّه لم ير هذا التفصيل من أحد من القائلين به، مضافا إلى أنّه لا بدّ من احرازه عند الشك، و هو مشكل لعدم إمكان حمل فعله على الصحة.

ثم ذكر في طريق حل المسألة أنّ حقيقة البيع هي مبادلة مال بمال، و هذا هو الذي

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٨١

يعتبر في قوامه، و أمّا المال فممن ينتقل؟ و إلى من ينتقل؟ فلا دخل له في حقيقتها و لذا لا يعتبر احراز كون البائع مالكا أو وكلا أو وليا على المالك (و لو لا ذلك وجب احرازه).

قلت: الاتصاف أنّ هذا الجعل أمرا كثير المثوثة، بل كل غاصب إذا كان في مقام البيع يرى نفسه مالكا، و إن شئت قلت: لا شك في أنّ الغاصب عند بيعه يكون قاصدا جدّا للبيع، و ليس هازلا، و لا قاصدا للبيع، الصوري، و هذا لا ينفك عن الجعل المذكور لو قلنا بأن حقيقة البيع هي دخول العوض في ملكك من خرج عن ملكه المعوض، و قد عرفت أنّ هذا الجعل أمر خفيف المثوثة جدّا. نعم، ما أفاده من أنّ حقيقة البيع ليست إلّا مبادلة مال بمال، أمر ظاهر لا ينكر و لكن بما أنّ المال هنا بمعنى الملك و الملكية لا تنفك عن مالك، كان لازمه ادخال العوض في ملكك من خرج عن ملكه المعوض كما لا يخفى على المتدبر.

هذا كله إذا قلنا بأنّه لا يمكن دخول العوض في غير ملكك من خرج المعوض عن ملكه، أمّا لو قلنا بجواز ذلك مثل ما إذا قال: اشتر بهذا الدينار لباسا لنفسك، أشكل الأمر هنا، لأنّ الفضولي إذا قصد نفسه مالكا للعوض من هذا الطريق لم يمكن لحوق الإجازة، و لكن صحته هذا المعنى محل نظر، مضافا إلى أنّ الفضولي الغاصب ليس كذلك بل يرى نفسه مالكا.

فتلخص من جميع ما ذكر إمكان تصحيح بيع الفضولي إذا قصد لنفسه من طريقين؛ من طريق ادعاء الغاصب كونه مالكا للمعوض و جعل نفسه بمنزلة المالك (و أوضح حالا منه المشتبه الذي يرى نفسه مالكا) و من طريق كون حقيقة البيع مبادلة مال بمال من دون نظر إلى المالكين و إن كان يشملهما بالدلالة الالتزامية.

هذا كله إذا كان المتاع غاصبا، و لو كان المشتري غاصبا و البائع أصيلا، فقال المشتري: تملك هذا المتاع منك بهذه الدراهم فقد يستشكل في صحته بعد اجازة المالك، لأنّ المشتري إنّما قصد التملك لنفسه، و الانصاف أنّه لا فرق بينه و بين الصورة السابقة، و كذا لا فرق بين قول المشتري «تملكت» ... و قول البائع الأصيل «ملكتك هذا بهذه الدراهم» و يجري ما ذكرنا من تصحيح المعاملة بالوجهين السابقين فيهما أيضا، من

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٨٢

دون أي فرق بينهما و بين غيرهما كما لا يخفى.

الثاني: أنّ هذا المسألة داخله فيما سبق من صدور المعاملة بعد نهى المالك، لأن الغصب اماره النهى و عدم الرضا و لو بشهادة الحال. و فيه: مضافا إلى أنّ هذا الدليل أخص من المدعى، ما عرفت سابقا من صحة الفضولي على ذلك النحو أيضا إذا لحقته الإجازة.

الثالث: الأخبار الكثيرة التي استدلت بها القائلون ببطالان الفضولي تارة في المسألة الأولى، أعنى ما إذا باع الفضولي للمالك، و أخرى في هذا المسألة أعنى ما إذا باع انفسه.

وقد تفتن لذلك صاحب الحدائق حيث أورد على نفسه بعد ذكر هذه الأخبار بقوله «إن قلت: إن البيع الفضولي عند الأصحاب هو أن يبيع مال غيره أو يشتري بأن يكون ذلك البيع والشراء للمالك لكنه من غير اذنه ولا رضاه وما دلت عليه هذه الأخبار إنما هو البيع أو الشراء لنفسه لا للمالك».

ثم أجاب عن الإشكال: أولاً: بأن محل نزاع الأصحاب أعم، و ثانياً: بأن السؤالات الواردة في الأخبار وإن كانت في خصوص هذه الصورة، ولكن يستفاد من الجواب الأعم منه «١».

و على كل حال هذه الروايات كثيرة.

١- منها ما رواه محمد بن الحسن الصفار أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليه السلام «في رجل له قطاع أرضين فيحضره الخروج إلى مكة، و القرية على مراحل من منزله و لم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه، و عرّف حدود القرية الأربعة فقال للشهود: اشهدوا أنني قد بعت فلانا يعني المشتري جميع القرية التي حدّ منها كذا... فوقع عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس يملك، و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك» «٢».

٢- ما رواه محمد بن القاسم بن الفضل قال: «سألت أبا الحسن الأول عليه السلام عن رجل

(١). الحدائق الناضرة، ج ١٨، ص ٣٩٠.

(٢). وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، ح ١.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٨٣

اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم، و كتب عليها كتاباً بأنها قد قبضت المال و لم يقبضه، فيعطيها المال أ يمنعه؟ قال عليه السلام: قل (فليقل) له ليمنعها أشد المنع فإنها باعتها ما لم تملكه» «١».

٣- ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: «سأله رجل من أهل النيل عن أرض اشتراها بفم النيل، و أهل الأرض يقولون: هي أرضهم... فقال لا تشتريها إلّا برضا أهلها» «٢».

٤- و ما رواه الحميري أنه كتب إلى صاحب الزمان عليه السلام: «أن بعض أصحابنا له ضيعة جديدة بجنب ضيعة خراب للسلطان... فأجاب الضيعة لا يجوز ابتياعها إلّا من مالكةا أو بأمره أو رضى منه» «٣».

٥- ما رواه شعيب بن واقد عن الحسن بن زيد عن الصادق عن آبائه عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله في حديث المناهى قال: «و من اشترى خيانة و هو يعلم فهو كالذى خانها» «٤».

٦- ما رواه أبو بصير قال: «سألت أحدهما عليه السلام عن شراء الخيانة و السرقة، قال لا إلّا أن يكون قد اختلط معه غيره فأما السرقة بعينها فلا» الحديث «٥».

٧- ما رواه جراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يصلح شراء السرقة و الخيانة إذا عرفت» «٦».

٨- و ما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل سرق جارية ثم باعها يحل فرجها لمن اشتراها؟ قال: إذا أنبأهم أنها سرقة فلا يحل و إن لم يعلم فلا بأس» «٧».

(١). وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، ح ٢.

(٢). المصدر السابق، ح ٣.

(٣). المصدر السابق، ح ٨.

(٤). المصدر السابق، ح ١.

(٥). المصدر السابق، ح ٤.

(٦). المصدر السابق، ح ٧.

(٧). المصدر السابق، ح ١٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٨٤

٩- ما رواه سماعة في نفس الباب.

١٠- ما رواه زريق عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث طويل مذكور في الباب الثالث من أبواب عقد البيع فليراجع.

فهذه عشر روايات استدلت بها في الحدائق على البطلان في المسألتين، وإنما أشار شيخنا الأعظم قدس سره في مكاسبه إلى شيء قليل منها فقط و لم يذكر الباقي.

ولكن الجواب عن جميعها ظاهر، فأنها بأجمعها ناظرة إلى بيع الغاصب أو المشتبه مال غيره لنفسه، وأنه لا يقع له و يكون باطلا من هذه الجهة، من دون أن تكون ناظرة إلى لحوق الإجازة و وقوع البيع للمالك، و العجب أن صاحب الحدائق (قدس سره الشريف) لم يتفطن له حتى زعم أن الأصحاب غفلوا عن ذلك.

بقي هنا امور:

الأول: قد ظهر ما ذكرنا أنه لا فرق بين كون الغاصب الفضولي بايعا لمال غيره أو مشتريا بمال غيره شيئا

، كما أنه لا فرق بين أن يكون إنشاء المشتري هنا بقول: تملك منك هذا بهذا، و بين غيره من عبارات الإنشاء، و القول بأنه قصد تملكك نفسه، فلا يبقى مجال لإجازة المالك مدفوع، لما عرفت من أنه يجعل نفسه مالكا ادعائيا، فهو يشتري في الواقع للمالك الثمن لا لنفسه بالخصوص، و إلا لم يصدر منه قصد إنشاء البيع.

مضافا إلى ما عرفت من أن حقيقة البيع مبادله بين المالين و إنما يتعين المالكان بتعين المالين.

فلا فرق أصلا بين البائع الفضولي و المشتري الفضولي، و العجب من شيخنا الأعظم قدس سره حيث فرق بينهما في بعض كلماته و اطنب الكلام هنا بما لا يحتاج إليه بعد عدم الفرق بين الصورتين أصلا.

الثاني: و قد حكى عن بعض الأصحاب طريق آخر لحل مشكل عدم تطابق الإجازة

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٨٥

و العقد الواقع (نظرا إلى أن العقد وقع للفضولي و الإجازة تقع للمالك) و هو أن الإجازة إنما تتضمن تبديل العقد السابق و يجعله للمالك بعد أن كان للفضولي، فهي في الواقع عقد مستأنف (حكى ذلك عن بعض كلمات المحقق القمي قدس سره).
و فيه: «أولا»: أنه خارج عن محل الكلام بين الأعلام، لأن المراد لحوق الإجازة بالعقد السابق و جعله عقدا تاما، و أما العقد الجديد فلا يحتاج إلى هذه التفاصيل و لا ينبغي وقوع الخلاف فيه.

و ثانيا: لو كانت الإجازة عقدا جديدا كانت بحكم الإيجاب و احتاج العقد إلى قبول جديد، لأن القبول السابق لا ينفع كما هو ظاهر.

الثالث: هل يصح إجازة عقد الفضولي، البائع لنفسه أو المشتري لنفسه

، حتى يتم العقد لنفس الفضولي (لا للمالك) أم لا؟

حكى عن بعض الأعظم من شراح القواعد جواز ذلك، و ذكر بعضهم فى توجيهه أمرين:

«أحدهما»: إن الإجازة كما تكون إجازة للعقد، تكون تمليكا ضمينا للمال بحيث ينتقل المال إلى الفضولى أولا ثم ينتقل عن ملكه.
«ثانيهما»: أنه ما المانع عن انتقال المال إلى ملك من لم ينتقل العوض عن ملكه؟ مثل أن يقال: اشتر بهذه الدراهم طعاما أو لباسا لنفسك (انتهى ملخصا).

لكن فساد الوجه الأول ظاهر، لأن الإجازة لو تضمنت تمليكا احتاج إلى القبول من ناحية الفضولى و المفروض عدم وجود قبول له لا قبلا و لا بعدا، هذا أولا.

و أمّا ثانيا: إن اللازم صدور الإجازة حينئذ من الفضولى نفسه، لأنه باع ثم ملك فعليه الإجازة حتى يقع البيع له، و لا دخل لإجازة المالك الاصلى لأنه صار كالأجنبى بعد تمليكه المال للفضولى، و أمّا الوجه الثانى فهو غير بعيد لما عرفت من أنه أمر واقع بين أهل العرف و العقلاء و له مصاديق كثيرة، و كثيرا ما يأخذ الغنى بيد الفقير و يذهب به إلى السوق و يشتري له بماله لباسا أو قميصا أو نعلا أو شبه ذلك له، أو يذهب به إلى دفتر الاسناد
أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٨٦
و يشتري له دارا بتوقيعه السند و هو يعطى ثمنه.

و القول بأنه يشتري أولا لنفسه ثم يملكه، أو يعطيه الوكالة فى التملك قبل البيع أو بعد تملك الثمن أو تملك المثل، خلاف مرتكر العرف.

و لكن المسألة غير خالية من الإشكال و تحتاج إلى مزيد تأمل كما مر.

الرابع: و قد يورد إشكال آخر هنا على صحة بيع الفضولى لنفسه

إذا كان المشتري جاهلا- بأنه غاصب، فانه يقصد تمليك نفس البائع الغاصب، فلا تنفعه الإجازة بعد ذلك، فاللازم التفصيل فى المسألة.

و الجواب: يعلم ممّا سبق فإن المشتري لا- يقصد الفضولى بشخصه، بل بما أنه مصداق للمالك، ففى الحقيقة طرف المعاملة هو المالك، و لذا ترى الوكلاء و الأوصياء و الأولياء لا يزالون يبيعون أو يشترون لمن لهم الولاية أو الوكالة من قبلهم، لا لأنفسهم مع جهل الطرف المقابل بذلك، و لا شك أن معاملاتهم صحيحة، و ليس ذلك إلا لأن قصد الطرف المقابل التمليك للمالك الواقعى لا لشخص البائع.

الخامس: و هاهنا تفصيل آخر عكس التفصيل السابق فى مسألة الفضولى الغاصب البائع لنفسه

، بين صورة علم المشتري بالحال و جهله، ففى صورة الجهل يصح مع الإجازة، و أمّا فى صورة علمه لا- يصح، لأنه يسلط البائع الغاصب على الثمن مع علمه بعدم تملكه، فيكون تسلطا مجانيا، فيكون الثمن له، و حينئذ كيف تصح بعده الإجازة لأنه يصبح البيع حينئذ بلا ثمن فلا تنفع الإجازة.

و الجواب: يظهر أيضا ممّا تقدم لأن المشتري لا يعطى الثمن إلا بناء على كون البائع مالكا و إن علم بالغصب، فالاعطاء إنما هو بعد هذا البناء كما أن إنشاء البيع من قبل الغاصب أيضا يكون بعد هذا البناء.

فكما أن الإشكال مندفع فى طرف البائع بينائه على الملكية الادعائية، فكذلك من قبل تسليط المشتري إياه على الثمن، و من هنا يعلم أن ما يظهر من بعض الأصحاب من عدم كون البائع هنا ضامنا للثمن بعد التسليط المجانى من قبل المشتري كما ترى،

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٨٧

و سنزيدك وضوحا إن شاء الله في المباحث الآتية.

السادس: لا إشكال في جريان الفضولي في العين الخارجي، و أما الكلي في الذمة

فان اضيف إلى شخص البائع أو أطلق و كان منصرفا إليه كما هو كذلك، فلا كلام و لا دخل له بالفضولي و أما إن اضيف إلى غيره، كما إذا قال: بعثك كذا و كذا من الحنطة في ذمة زيد بكذا درهما، فهو داخل في الفضولي قطعا، و كذا بالنسبة إلى الثمن إذا اضيف إلى ذمة غير المشتري.

و حينئذ إن أجاز صاحب الذمة، فالباع يقع له، و تشمله أدلة صحة الفضولي، لعدم الفرق بين الذمة و العين الشخصى الخارجى فى شىء من أحكامه، و مجرد كون روايات صحة الفضولي واردة فى الاعيان الشخصية لا يضرنا كما هو ظاهر.

إنما الكلام فيما إذا ردّ صاحب الذمة، فهل تقع المعاملة فاسدة، أو تلزم شخص البائع و يكون فى ذمته؟ و الكلام قد يقع فى مقام الإثبات و اخرى فى مقام الثبوت...

اما مقام الإثبات: فان لم يصف الفضولي الذمة إلى غيره صريحا و أطلق فى ظاهر كلامه، فلا شك إنّه يلزم ظاهرا، لانصراف الذمة المطلقة إليه، و لا يصحى إلى دعواه أنّه قصد المعاملة لغيره، و لا يدخل فيما لا يعلم من قبله بعد ظهور كلامه فى إرادة نفسه، و إلا لم يتم ظهور فى شىء عن الأقارير و شبهها.

قال المحقق قدس سره فى الشرائع فى كتاب المضاربة: «و كذا يجب أن يشتري بعين المال و لو اشترى فى الذمة لم يصح البيع إلا مع الاذن، و لو اشترى فى الذمة لا معه و لم يذكره تعلق الثمن بدمته ظاهرا».

و ذكر فى نفس الكتاب ما نصه: «و إن كان فى الذمة (أى شراء العامل) وقع الشراء للعامل إلا أن يذكر رب المال» و ذكر فى الجواهر فى شرح هذا الكلام عند قوله «وقع الشراء للعامل» قوله ظاهرا و باطنا، ثم قال ما حاصله: إنّه لو نوى المالك واقعا يكون فضوليا و إن الزم به ظاهرا «١».

(١). جواهر الكلام، ج ٢٦، ص ٣٨٤.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٨٨

و أما بالنسبة إلى مقام الثبوت: فلا شك فى أن مقتضى القاعدة الفساد إذا اضاف الذمة إلى غيره و لو فى ذهنه بعد عدم اجازة الغير بل رده.

و لكن يظهر من كلمات بعض أساطين الفقه صحته و لزومه للبائع و أن الذمة تنصرف إليه قهرا.

قال العلامة قدس سره فى القواعد فى كتاب المضاربة: «و لا يشتري (أى العامل) إلا بعين المال، فان اشترى فى الذمة من دون اذن وقع له إن لم يذكر المالك و إلا بطل» «١».

و ظاهرا العبارة الوقف له ظاهرا و باطنا، و اظهر منه ما حكى عن تذكرته حيث قال:

«و ان كان - أى الشراء فضولا - فى الذمة لغيره، و أطلق اللفظ، قال علماؤنا يقف على الإجازة، فان أجاز صح و لزم أداء الثمن، و إن ردّ نفذ عن المباشر... و إنما يصح الشراء لأنه تصرف فى ذمته لا فى مال غيره... فان أجاز لزم و إن رده لزم من اشتراه» «٢».

هذا و لا ينبغى الشك فى عدم نفوذه عن المباشر واقعا إذا قصد الغير، و عدم القدرة على إثباته لا ينافى فساده فيما بينه و بين الله، و ثمرته أن الطرف المقابل إن علم بذلك من قرائن خارجية لزم، و لا أثر للحكم الصادر من الحاكم المبني على الظاهر.

كذلك لا ينبغى الشك فى أنّه إذا لم يصف الذمة إلى أحد بل أطلقه و لو فى قصده و لكن قصد و لكن المعاملة للغير، فان الذمة تضاف إليه قهرا، أما لكون حقيقة المبادلة دخول الغوض فى ملك من خرج عن ملكه المعوض، و إنما لانصرافها إلى ذلك و لو قلنا

بجواز غيره.

و ما يظهر من بعض العبائر من التردد فيما ذكر ليس في محله، و أما التعليل الوارد في عبارة التذكرة من أنه تصرف في ذمة الغير لا في ماله فان أجازته لزمه و إلا لزم من اشتراه، فلم يعلم وجهه.

و الأولى حمل جميع هذه على الصحة الظاهرية، و قد ذكر مثل هذه المعاني في كتاب الوكالة فراجع القواعد و مفتاح الكرامة و الجواهر (٣).

(١). مفتاح الكرامة، ج ٧، ص ٤٦٣.

(٢). المكاسب للشيخ الأنصاري قدس سره، ص ١٣١ من الطبعة الحجرية.

(٣). مفتاح الكرامة، ج ٧، ص ٥٨٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٨٩

فرع: لو جمع بين المتنافيين بأن قال: اشترت هذا القميص لفلان بدرهم في ذمتي، أو قال: اشترت هذا القميص لنفسى بدرهم في ذمة فلان، فلا محيص عن البطلان في الأول، بناء على أن حقيقة المعاوضة كون العوض ملكا لمالك المعوض لتنافي القيدتين، و تصحيح المعاملة بالغاء أحد القيدتين لا وجه له و ترجيح بلا مرجح.

و أما الثاني فهو أيضا كذلك، و ما يتراءى من بعض كلمات شيخنا الأعظم قدس سره من إمكان دخوله في الفضولي فيقع البيع للغير بعد اجازته و لكن بشرط بنائه على مالكيته في ذمة غيره درهما كما ترى، اللهم إلا أن يقال: إن المبادلة تكون بين المالكين فيكون المعوض لمن أضيف إليه الذمة و يلغى سائر القيود، و حينئذ تصح في صورتين و تقع لصاحب الذمة، فتأمل جيدا.

السابع: هل تجرى المعاواة في الفضولي أو يختص بالبيع العقدي؟

الظاهر أن العمومات التي بنى عليها صحة الفضولي شاملة لها من دون أي فرق، كما أن اطلاق الروايات الكثيرة الدالة على صحة أيضا تشملها، لعدم الفصل فيها بينهما، حتى أن رواية عروة كذلك، و القول بأنها ظاهرة في خصوص المعاواة - كما في بعض كلمات شيخنا الأعظم قدس سره - لم نعلم له وجهها إلا أن يقال نظره إلى كون غالب البيوع معاطاتيا.

نعم ربما تردد في صحتها بعض الأكابر، و يمكن أن يكون ذلك لأمرين:

١- إن المعاواة تكون بالتراضي و قصد الإباحة أو التمليك، و هذا لا يكون إلا من المالكين.

٢- إن المعاواة لا تكن إلا بالاعطاء من الطرفين، و هو حرام من ناحية الفضولي فيكون فاسدا.

و لكن يجاب عن الأول: بأن مدار المعاواة كما عرفت في محلها على جعل الإنشاء الفعل بدل الإنشاء القولي و هذا هو قوامها، و الرضا شرط لتأثير هذا الإنشاء، و الفضولي يدور مدار أمرين: صدور الإنشاء من أجنبي، و الإجازة من المالك بعد ذلك، و قد مر أن الإنشاء الفعلي قد يكون باعطاء أحد الطرفين، و لذا تجرى المعاواة في النسيئة و السلم،

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٩٠

فإذا قبض الأصيل المال و قبضه الفضولي ثم أجاز المالك الأصيل تم البيع، و كذا يمكن أن يكون الإنشاء بالكتابة بناء على كونها بمنزلة المعاواة أو بالألفاظ غير المعبرة.

و يجاب عن الثاني: أولا- بمثل ما اجيب عن الأول، و ثانيا: بأنه يمكن أن يكون الإقباض مجازا، إما ظاهرا كما إذا كان الفضولي مشتبه (كما في رواية الإقالة مع الوضعية) أو عالما برضاء المالك بالقبض فقط إلى أن يتأمل فيه لعله يرضى، أو رضاه بالبيع، بناء على ما عرفت من أن مجرد الرضا لا يعد اجازة، بل المعبر فيه الإنشاء، و ثالثا:

النهي التكليفي المولوى فى المعاملة لا يكون سببا للفساد كما هو المشهور.
و بالجمله لا فرق بين العقد اللفظى و المعاطاة فى مسألة الفضولى و كلاهما صحيحان مع شرائطه.
انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٩١

الكلام فى الإجازة

إشارة

و لنبءد أولا بذكر أحكام نفس الإجازة، ثم نتبعها بأحكام المجيز، ثم المجاز.
فنبول و منه جلّ ثناؤه التوفيق و الهداية: إن الكلام فى الاجازة يقع فى امور:
١- هل هى كاشفة أو ناقلة؟ و المراد بالأول أنه بعد تحققها تكشف عن صحة العقد حين وقوعه، و تأثيره لجميع آثاره، و بالثانى أنه يؤثر من حين تحقق الإجازة و الثمرة بينهما ظاهرة.
و المسألة ذات قولين و إن كان الكشف له معان عديدة، منها الكشف الحقيقى، و الكشف الحكمى، و الكشف الانقلابى، كما سيأتى إن شاء الله.

و أما ما ذكره المحقق القمى قدس سره فى «جامع الشتات» من أن المسألة ذات أقوال ثلاثة، و جعل ثالثها القول بكون الإجازة عقدا جديدا، فهو كما ترى، لأنه خارج عن محل الكلام قطعا، و لو كانت الإجازة عقدا جديدا لم يختلف فى صحة الفضولى أحد من الفقهاء.

هذا و يظهر من الرياض أن الأشهر القول بكونها كاشفة، و عن مجمع البرهان أنه مذهب الأكثر، و صرح بهذا القول الشهيدان قدس سرهما فيما حكى عنهما و غيرهما و قواه فى الجواهر.

و حكى اختيار كونها ناقلة عن مجمع البرهان و الإيضاح، و عن بعضهم التوقف فى المسألة كالمحقق الثانى قدس سره.
و الذى استقر عليه رأى شيخنا الأعظم قدس سره أن الأنسب بحسب العمومات هو النقل ثم بعده الكشف الحكمى، و أما الأخبار الخاصة الآتية فلا ظهور فيها فى الكشف الحقيقى فيحتمل الكشف الحكمى انتهى.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٩٢

و ظاهر هذا الكلام التريديد فى المسألة كما ذهب إليه بعض المعاصرين أيضا و لازمه الاحتياط، فاللازم ذكر الأدلة من الجانبين حتى تظهر حقيقة الحال.

أما الدليل للقول بالكشف فهو على قسمين: من ناحية القواعد و من ناحية الأدلة الخاصة، أما الأول فهو امور:

١- متعلق الإجازة هو العقد، و من الواضح أنه يقتضى نقل العوضين عن زمن وقوعه، فإذا تم بلحوق الإجازة أثر أثره من حينه، لا من حين الإجازة، و هذا هو القول بالكشف.

و يمكن تقريبه بوجه آخر، و هو أن الشارع أمر بالوفاء بالعقود بعد استكمال شرائطها، و من المعلوم أن الوفاء بالعقد ليس إلّا العمل بمقتضاه، أعنى النقل و الانتقال من حين وقوعه.

٢- إن العقد سبب تام للملك لقوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و بعد لحوق الإجازة يعلم كونه تاما و أنه أثر من زمن وقوعه، و لو لا ذلك لم يكن موضوع الوفاء خصوص العقد بل العقد مع شىء آخر.

٣- إن الإجازة لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم، و هو العقد فى الموجود و هو انتقال العوضين.

و الجواب عنها: إن ضعف الوجه الأخير ظاهر جدا، و هو أن العقد بألفاظه و إن صار معدوما بعد تمام الإنشاء و لكن نتيجة العقد، و

هو المنشأ، باق في عالم الاعتبار و في وعائه، فله استقرار بعد إنشائه بألفاظه كما هو واضح.

و أمّا الثاني، فهو أيضا لا- محصل له لأنّ الإجازة و رضا المالك إمّا أن يكون له أثر في تمام العقد أم لا؟ فان قيل أنه لا أثر له فهو خلاف الضرورة من الفقه، و إن قيل بكون الإجازة مؤثرة لم تحصل النقل و لا انتقال إلّا بعده، و إن شئت قلت: لا معنى لكون الإجازة كاشفة عن تمامية العقد من قبل، لأنّه ليس هنا أمر خفى يكشف عنها.

و بالجملة العقد ليس علة تامّة للأثر، بل الإجازة من أجزاء المؤثر، بل من أهمها، فما معنى كشفها عن كون العقد تاما من قبل؟!

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٩٣

اللهم إلّا أن يقال: إنّ المراد كونها من قبيل الشرط المتأخر فالشرط في الحقيقة تعقب العقد للإجازة، فإذا حصلت يكشف عن كون العقد تاما من قبل لأنّ صفة التعقب كانت حاصله و إن لم نعلم له.

و هذا المعنى و إن كان ممكنا إلّا أنّه مخالف جدّا لظواهر الأدلة التي يصرح باعتبار الإجازة و الرضا، بل مخالف لحكم العقلاء في هذا المجال كما هو ظاهر، لأنّ الشرط عندهم هو الإجازة لا صفة التعقب.

و من هنا يظهر الإشكال في ما حكا في مفتاح الكرامة من احتجاج القائلين بالكشف بأنّ السبب الناقل للملك هو العقد المشروط بشرائط، و كلها كانت حاصله إلّا رضا المالك، فإذا حصل الشرط عمل السبب التام عمله، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، فلو توقف العقد على أمر آخر لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة، بل هو مع الأمر الآخر «١».

و لا يكاد ينقضى تعجبي من قولهم أولا بأن رضى المالك من الشرائط، مع قولهم أخيرا أنّه إذا حصل الشرط عمل السبب التام عمله، فإن كان السبب تاما فأى معنى للاشتراط؟

و إن كان مشروطا فلم يتمّ إلّا بعد وجود الشرط، إلّا أن يرجع قولهم هذا إلى الدليل الأول و سيأتى جوابه.

فلم يبق إلّا الأمر الأول، و هو العمدة في المقام و استند إليها في الجواهر بقوله: الأقوى كون الإجازة كاشفة... لأنّها رضى بمقتضى العقد الذي هو النقل من حينه بل هي من الحقيقة رضى برضى الفضولى الذي كان مقارنا للعقد، فينكشف حينئذ بذلك كون العقد تام الشرائط غير متوقف حينئذ تأثير على شيء آخر، إذ المالك لم يصدر منه إلّا الرضا بما وقع من العقد، الدال على رضى العاقد بنقل المال بما صدر منه من العقد حينه (انتهى) «٢».

و بعض هذا التعبيرات و إن كان يستشتم منه الدليل الثاني و لكن ظاهر الجميع هو الأول.

و يمكن الجواب عنه: بأنّ عقد البيع و ما أشبهه من العقود لا يدخل فيه الزمان بعنوان القيدية، نعم الزمان ظرف له، و كلما اجتمع فيه شرائط الصحة تؤثر أثرها فليس مفاد عقد

(١). مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٨٩.

(٢). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٨٥.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٩٤

البيع النقل من حين العقد، إلّا أنّه لو كانت الشرائط مجتمعة كان له هذا الأثر من حينه، كما أنّ الأمر كذلك في العلل التكوينية فلا تكون عليّة النار للإحراق مقيدة بزمان خاص دون زمان، و لكن إذا تحققت النار و اجتمعت الشرائط و ارتفعت الموانع كانت مؤثرة من حينها.

و علل الشرائط و أسبابها و إن كانت في الحقيقة من قبيل القيود لموضوعات الأحكام لا عللا حقيقية، لكنها مشتركة مع العلل التكوينية من هذه الجهة كما لا يخفى.

و بالجملة لا اعتبار بتاريخ العقد بل الاعتبار بتاريخ الإجازة، و إن شئت قلت: إن شمول عموم أوفوا للمالك إنّما هو من حين استناد

العقد إلى المالك الحقيقي، ولا يكون الاستناد إلّا بعد الإجازة و العقد بذاته خال عن الزمان.

و يشهد لذلك امور:

منها: أنّ القبول متأخر من الايجاب مع أنّه يؤثر من أنّه حين القبول ولا سيما أنّه قد يكون تأخره كثيرا بناء على ما مرّ من جواز إنشاء العقد بالكتابة، فإذا كتب الموجب من بلد إلى بلد بإنشاء البيع، فقبله و أمضاه بعد اسبوع أو شبهه، فلا شك في أنّه يحصل النقل و الانتقال من حين تمام البيع بالايجاب و القبول معا، فلو كان الإيجاب مقيدا بزمان الحال و جب النقل من حينه.

و منها: الملك في الصرف و السلم على المشهور لا يكون إلّا بعد القبض.

و منها: الفسخ على المعروف بينهم يقع من حينه لا من أصل العقد مع أنّ الإجازة و الفسخ مشتركان من هذه الناحية، أحدهما ابرام و الثاني نقض للعقد.

و الحاصل: أنّ هذا الدليل أيضا كسابقيه ضعيف لا يثبت القول بالكشف.

هذا كله بحسب القواعد العامة و أمّا بحسب الروايات الخاصة فالظاهر من صحيحة أبي عبيدة الحذاء هو الكشف، قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوّجهما وليان لهما و هما غير مدركين، قال: فقال: نكاح جائز، أيهما أدرك كان له الخيار، فان ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما، و لا مهر، إلّا أن يكونا قد أدركا و رضيا، قلت: فان أدرك

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٩٥

أحدهما قبل الآخر. قال: يجوز ذلك عليه أن هو رضى، قلت: فان كان الرجل الذى أدرك قبل الجارية و رضى النكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أترثه؟ قال: يعزل ميراثها منه حتى تدرك و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلّا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث» (الحديث) «١».

فان المفروض فيها نكاح الصغيرين من ناحية غير الولي الشرعى (و الوالى المذكور فيها هو الولي العرفى بقريته ذيل الرواية) ثم أدرك أحدهما و أجاز و حينئذ يعزل بمقدار ميراث الآخر حتى يدرك، فان أجاز و حلف أنّه ما دعاها إلى الإجازة أخذ الميراث بل رضاه بالتزويج كان الميراث له، و هذا لا يصح إلّا على القول بالكشف.

هذا و لكن الصحيحة مشتملة على حكم تعبدى لا يوافق القواعد، فان الرضا بالنكاح الفضولى بعد فوت أحد الزوجين ممّا لا يعهد بين العرف العقلاء و لا تشمله عمومات النكاح قطعا، و لكن بما أنّ الحديث فى موردها معمول به بين الأصحاب حتى ادعى فى الجواهر فى كتاب الفرائض أنّه لم يجد فيه خلافا «٢» جاز العمل به فى مورده، و لكن يشكل التعدى منه إلى غيره، و لذا ذكر المحقق الخوانسارى قدس سرّه فى «جامع المدارك» بل لو لا التعبد لا شكل اعتبار الأزواج مع الميت بعد موته، و الشاهد عليه اعتبار الحلف و اشتراطه فى الورثة «٣».

أى لو لم يكن الحكم تعبدى لم يحتج إلى الحلف، لأنّ كون الميراث هو الداعى إلى اجازة النكاح لا مانع له، كما يجوز النكاح مثلا مع امرأة عجوز كثيرة المال و إن كان الداعى إليه أخذ ميراثها بعد موتها (إذا قصد الجد فى النكاح).

و الحاصل: أنّ دلالتها على الكشف ظاهرة، لأنّ عزل الميراث لا معنى له على القول بالنقل بل لا يجوز اجازة النكاح هنا على النقل، لاستلزامه النكاح مع الميت بعد موته، و لكن لا بدّ من الاقتصار على مورد الرواية كما عرفت.

(١). وسائل الشيعة، ج ١٧، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، ح ١.

(٢). جواهر الكلام، ج ٣٩، ص ٢٠٣.

(٣). جامع المدارك، ج ٣، ص ٩٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٩٦

و يدلّ على القول بالكشف أيضا صحيحة «محمد بن قيس» الواردة في وليده باعها ابن المولى بغير أذنه: «قال: قضى في وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب، فاشتراها رجل فولدت منه غلاما، ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير، فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير أذني، فقال: خذ وليدتك و ابنها، فناشده المشتري، فقال: خذ ابنه يعنى الذى باع الوليدة حتى ينفذ لك ما باعك، فلما أخذ البيع الابن قال: أبوه أرسل ابني فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني! فلما رأى ذلك سيد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه (١)».

فان الحكم بحرية الغلام، و الحاقه بأبيه بعد الإجازة، لا يصح إلّا على القول بالكشف، فأنه نماء للوليدة ظهر بعد عقد الفصولى و قبل الإجازة، فعلى النقل يجب عليه قيمة الولد.

اللهم إلّا أن يقال: إن التعدى عن موردها أيضا غير ثابت، و لكن الإنصاف أنه لا وجه للاقتصار على موردها بعد عدم الخصوصية فيه، و يدل عليه أيضا ما مرّ في روايات الفصولى من الحكم برد المنافع إذا خان فى الوديعه و أتجر بها، و كذا الحكم برد المنافع فيمن أقال إقاله فاسده ثم أتجر بالمال.

و كذا رواية «عروة البارقي» و ما رواه «حكيم بن حزام» لأنّ الإجازة على القول بالنقل إنّما تصحح البيع الأول، و أما البيع الثانى أو الثالث أو غيرهما التى وقعت على العوض فلا- يمكن تصحيحها بالاجازة اللاحقة لأنها وقعت على ملك إنسان آخر إلّا على القول بصحة بيع من باع ثم ملك ثم أجاز، نعم على الكشف تكون واقعة على ملك المجيز، فيجوز له اجازتها كلها كما لا يخفى.

و هكذا حكمهم عليهم السّلام و اجازتهم للخمس، لتطيب الولادة بعد تحققها فتأمل، و بالجملة دلالة كثير من أحاديث الباب على الكشف و جواز التعدى منها ممّا لا ينبغي أن ينكر.

فتخلص من جميع ما ذكرنا أنّ القول بالكشف هو الأظهر بحسب الأدلة الخاصة.

(١). وسائل الشيعة، ج ١٤، الباب ٨٨ من أبواب النكاح العيّد، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٩٧

معنى الكشف و أقسامه:

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّه ذكر للكشف معان و أقسام مختلفة، أنهاها السيد المحقق اليزدى قدّس سرّه إلى ست وجوه، و لكن الظاهر أن اصولها ثلاثة لا- غير: الكشف الحقيقى، و الكشف الانقلابى، و الكشف الحكمى، و أمّا الوجوه الاخر فهى تقريبات مختلفة للكشف فنقول:

الأول: «الكشف الحقيقى» و معناه كون النقل و الانتقال حاصل من زمن العقد (من يوم الجمعة مثلا إذا فرضنا كونه زمان العقد) و إن خفى علينا، و بعد الإجازة (يوم السبت مثلا) نعلم بذلك، من دون أن يحصل أى تغيير فى البيع بعد حدوث الإجازة، و لكن الجمع بينه و بين اشتراط الرضا بل الإجازة و كونها من أركان العقد لما كان مشكلا، ذكروا له وجوها كثيرة بعضها لا يليق بالذكر، و اللاتق منها احتمالات:

١- كون الإجازة من قبيل الشرط المتأخر، و لكن إثبات جواز الشرط المتأخر دونه خرط القتاد، كما ذكر فى محله، مضافا إلى ما عرفت من أنّها ركن العقد و بها ينتسب إلى المالك و يكون مشمولاً لعموم «أوفوا»، و مثله خارج عن نطاق الشرط المتأخر كما لا يخفى.

٢- إن الشرط هو وصف «التعقب» و هذا المعنى حاصل من زمن العقد، كما هو ظاهر، و فيه: أنّه مخالف لظواهر أدلة اعتبار الرضا جدّا من الآيه و الروايات، مضافا إلى ما عرفت من أنّ نفس الإجازة من الأركان، و لا معنى لهذا التوجيه فيها.

والحاصل: أن هذا المعنى وإن كان معقولا إلا أنه مخالف لظواهر الأدلة جدًّا، والعجب من المحقق اليزدي قدس سره حيث جعله غير معقول، قال في بعض كلماته: «إذا لم يعقل الشرط المتأخر فلا فرق بين أن يكون المشروط العقد أو الملكية أو وصف التعقب، وهذا أمر واضح جدًّا» (انتهى) «١».

أقول: وصف التعقب من قبيل الشرط لا المشروط، وهو أمر ذو إضافة إلى الإجازة المستقبلية، ولا مانع من تحقق الامور ذات الإضافة التي يكون طرف إضافتها أمرا

(١). حاشية المكاسب، السيد الطباطبائي اليزدي قدس سره، ص ٣٢٣.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٩٨

استقباليا، مثل «تقديم اليوم على غد» و «تقديم هذا الشهر على الشهر القادم» فكون الشرط المتأخر غير معقول لا دخل له بكون الشرط صفة التعقب، فانه أمر معقول.

٣- إن الشرط هو الرضا المقارن الأعم من «الفعلى» و «التقديرى»، وهذا أمر حاصل، لأن المالك راض بالعقد لو علم.

وفيه: مضافا إلى عدم كفايته مجرد الرضا الباطنى حتى الفعلى منه، فكيف بالتقديرى بل المعتبر إنشاء الإجازة الذى يقوم مقام الايجاب من طرف المالك، أن الرضا التقديرى كثيرا ما لا يكون موجودا حال العقد، فهذا أخص من المدعى.

٤- إن العقد مشروط بأمر واقعى لا نعرفه، و يكون ذلك الأمر ملازما للإجازة الاستقبالية، فتكون دليلا على حصول ذلك الشرط، من غير أن يكون لها دخل فى التأثير، و ذلك الأمر المكشوف عنه مقارن للعقد «١».

و هذا الاحتمال عجيب جدًّا، فان العقود ليست من قبيل الطلسمات و العلوم الغريبة الخفية، بل هى امور عقلائية أمضاها الشارع، و الإجازة أو الرضا من أركان صحتها، و ليس الشرط أمر خفى فى الواقع تكشف عنه الإجازة.

و لى شعرى كيف يرضى هذا القائل: إن الإجازة لا دخل لها فى صحة العقد أبدا بل المؤثر الأمر الواقعى المجهول؟! ألم يسمع قوله تعالى: تِلْجَارَةٌ عَنِ تِلْجَارِضٍ «٢».

ألم يسمع قوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفسه» و غير ذلك؟

٥- إنه ليس هناك شرط للعقد أصلا، لا الإجازة و لا الرضا و لا شىء آخر، و لكن الشارع رتب الأثر على خصوص هذا القسم من العقد لا على القسم الآخر تعبدا.

وفيه أولا: أنه أعجب ممّا قبله، و هل يكون فعل الله جزافا؟ أو ليست الأحكام تابعة للمصالح و المفساد؟

و ثانيا: أنه مخالف لظاهر أدلة اعتبار الرضا بل صريحها كما هو واضح، و كيف يرضى هذا القائل بقوله: إن الرضا أو الإجازة لا دخل له فى صحة العقد أبدا، مع اعتبارها عند

(١). حاشية المكاسب، السيد الطباطبائي اليزدي قدس سره، ص ٣٢١.

(٢). سورة النساء، الآية ٢٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٢٩٩

جميع العقلاء فى العقود و إمضاء الشارع به، و الأدلة السمعية طافحة بذلك؟

فتلخص من جميع ما ذكر أن القول بالكشف الحقيقى إمّا غير معقول، أو ممّا لا يوافق ظواهر أدلة الشرع، و لا يمكن توجيهه حتى ينطبق عليها، و العمدة فى ذلك أن اعتبار الإجازة ليس أمرا تعبديا، بل هو معلوم عند العقلاء و إمضاء الشرع، و لا يكون العقد مستندا إلى المالك بدونها، و لا معنى لوجوب وفاء المالك بعقد لم يصدر منه.

الثاني: «الكشف الانقلابي»، والمراد منه تأثير الإجازة بعد وجودها في العقد الواقع على صفة عدم التأثير في الماضي و جعله مؤثرا من زمن وجوده (أى وجود العقد) فتؤثر الإجازة في الماضي فينقلب عما كان عليه!
وقد أشار إليه شيخنا الأعظم قدس سره في بعض كلماته، بل استظهره السيد المحشى من بعض كلمات صاحب الجواهر رحمه الله، حيث قال: «الثاني: أن يكون الرضا المتأخر مؤثرا في نقل المال في السابق كما سمعناه من بعض مشايخنا» وقد سماه السيد قدس سره في التعليقه بالكشف الحكمي، بمعنى أن الإجازة تقلب العقد مؤثرا من الأول، ثم أضاف إليه: ولعله مراد من قال أنها ناقلة إلا أنه يجرى عليه جميع أحكام الكشف «(١)».

قلت: التسمية وإن كان لا مشاحة فيها، ولكن المذكور ليس من الكشف الحكمي، بل هو قسم آخر من الكشف، لتأثيرها فيما سبق حقيقة، فتجعل العقد نافذا في الماضي بعد أن لم يكن كذلك لا أنه يجرى عليه أحكام النفوذ فقط، فالأولى ما عرفت من تسميته بالكشف الانقلابي.

ولكن الانصاف أن هذا القسم أيضا غير معقول، لأنّ الواقع لا ينقلب عما وقع عليه، ولازمه الجمع بين النقيضين، لأن قلب الماضي عما وقع عليه مفهومه كون الشيء في الماضي موجودا ومعدوما، وهذا ما عرفت من الجمع بين وجود الشيء وعدمه. إن قلت: هذا إنما هو في التكوينية، ولكن الامور الاعتبارية أمرها سهل. قلت: المعبر وإن كان اعتباريا، ولكن نفس الاعتبار أمر حقيقي تكويني قائم بالذهن،

(١). حاشية المكاسب، للسيد الطباطبائي اليزدي قدس سره، ص ٣٢٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٠٠

وذلك كالوجودات الذهنية ونفس الذهن، فان نفسه ليس ذهنيا بل هو أمر خارجي تكويني، وحينئذ كيف يمكن وجود الاعتبار وعدمه في الماضي؟ وكيف ينقلب ما كان فاقدا للاعتبار في الماضي إلى كونه واجدا له؟ نعم يمكن انقلابه بقاء، وأما حدوثا فلا فهذا القسم لا بدّ من الشطب عليه بخط البطلان.

وقال السيد المحقق اليزدي قدس سره بعد حكمه ببداهه بطلان هذا القسم: بأن لازمه اجتماع مالكين على ملك واحد وهو كذلك، لا يقال: زمانهما مختلف. لأننا نقول ليس كذلك، فان المفروض تأثيره بعد حدوثه في الماضي، فاعتبار الملكية موجوده في الماضي مع كونه معدوما، فيجتمع مالكان على ملك واحد، والإنصاف أن بطلان هذا القسم أوضح من أن يحتاج إلى مثل ذلك.

الثالث: «الكشف الحكمي»، بمعنى إجراء أحكام الكشف عليه بمقدار الإمكان، فالملك لم ينتقل من المالك إلى المشتري إلا من حين الإجازة كما في صورة النقل، ولكن إذا أجاز رتب آثار الملكية من أول الأمر بمقدار ما يمكن.

ويظهر ذلك بملاحظة الفرق بينه وبين الكشف الحقيقي، لأنه على الحقيقي لو كان عالما بكون الإجازة واقعة في المستقبل جاز له التصرفات وكانت مباحة، بخلافه على الحكمي، وكذا يجوز للمالك الأصلي نقله وانتقاله إلى ثالث لأنه ملكه يتصرف فيه كيف يشاء (على الكشف الحكمي) ولكن بعد الإجازة يترتب عليه آثار ملكية المشتري، ولازمه الحكم بأداء المثل أو القيمة إذا نقله عن ملكه لا-فساد البيع السابق، لأنه صدر من أهله و وقع في محله، بحسب قواعد الشرع، لا-نقول: الحكم بفساد البيع الثاني من حين الإجازة محال، بل نقول بعدم الموجب له على القول بالكشف الحكمي، وعدم إمكان استظهاره من الأدلة فتأمل.

أما على الكشف الحقيقي فهذه التصرفات كانت واقعة في ملك غيره وفضوليا، والحاصل أنه تظهر الثمرة بين القسمين في التصرفات الواقعة بين العقد والإجازة بحسب حكمها التكليفي أو الوضعي.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٠١

أما القول بالنقل فقد ذكروا له وجوها كثيرة كما يظهر لمن راجع المستند للراقي قدس سره (١).
والانصاف أن جميعها راجعة إلى أمر واحد، وهو أن الآيات والروايات الدالة على اعتبار الرضا والإجازة في صحة المعاملة، وعدم جواز أكل المال بالباطل، تدل على أن العقد لا يحصل بدونه، وأنه لا يحصل النقل والانتقال إلا بتمام السبب الناقل، ومن اجزائه رضاه المالك وإجازته.

بل قد عرفت أن الإجازة من أركانها، فما لم تحصل لم تتم الأركان، ولم يكن المالك مخاطبا بقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٢)» لعدم كون العقد عقدا له.

وهذا أمر واضح بحسب العمومات والاطلاقات، لو لا ظهور الروايات الخاصة الماضية في الكشف.
وتحصل من جميع ما ذكرنا أن القاعدة تقتضى القول بالنقل، ولكن الظاهر من غير واحد من الروايات الكشف والأظهر من بين معاني الكشف هو الكشف الحكمي.

هذا ولا يبعد التفصيل في الكشف بين ما إذا وقع القبض والقباض من الجانبين كما في رواية عروء، وصحيحة محمد بن قيس وغيرهما، فإن هذا هو المتيقن من الأخبار، أما لو لم يكن هناك قبض وقباض فيشكل الكشف، والقياس ممنوع، والفرق ظاهر.

ثمره القول بالكشف والنقل:

اعلم أنهم ذكروا للكشف والنقل ثمرات، وإليك أهمها.

١- النماء المتخلل بين العقد والإجازة، قال في مفتاح الكرامة: الثمرة ظاهرة في النماء (٣)، وصرح به جمع كثير من فقهاءنا، والوجه فيه ظاهر، لأنّ نماء الثمن للمالك المجيز،

(١). مستند الشيعة، ج ٢، ص ٣٦٦.

(٢). المصدر السابق، ص ٣٦٦.

(٣). مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٠.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٠٢

ونماء المثلث للمشتري الأصيل على القول بالكشف بجميع معانيه، ولكن على النقل كل لمالكه الأصلي، نماء الثمن للمشتري والمثلث للبائع وهنا كلام معروف عن الشهيد الثاني قدس سره وقع البحث في توجيهه، والمراد منه وهو قوله: وتظهر الفائدة في النماء، فإن جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد والإجازة الحاصل من المبيع، للمشتري، ونماء الثمن المعين للبائع، ولو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز (انتهى) ويرد الإشكال على ظاهره، لأنّه على النقل لا يمكن جمع النماءين للمالك المجيز بل يكون كل لمالكه الأصلي.

وقد ذكر في توجيهه في مفتاح الكرامة بعد قوله: وفيه خفاء «أمّا نماء المبيع فظاهر، وأمّا الثمن فلاّنه انتقل عن المشتري من حين العقد بقبوله وتصرف المشتري في ملكه لا يتوقف على إجازة غيره» (١).

أقول: هذا التوجيه عجيب، لأنّ المشتري إنّما رضى بالمبادلة لا بالهبة، وكيف ينتقل الثمن من ملكه مع عدم انتقال المثلث إلى ملكه؟ ولذا ذكر شيخنا العلامة الأنصاري قدس سره بعد ذكر كلام الشهيد الثاني قدس سره: أنّ توجيه المراد منها كما فعله بعض، أولى من توجيه حكم ظاهرها، كما تكلفه آخر.

ومراد أن حمل هذا الكلام على خلاف الظاهر أهون من حمله على ظاهره والاستدلال له بما مرّ في كلام المفتاح وشبهه.

و حمله على خلاف الظاهر - كما قيل - إنما يمكن لو كان من «المالك المجيز» الجنس، و فرض الكلام في الفضولين، و لكن الانصاف أن هذا التوجيه أيضا بعيد، فالأولى طرح هذا الكلام و صرف النظر عنه مع التصريح بعدم صحته بحسب ظاهره (و الجواد قد يكبو).

٢- فسخ الأصيل بعد العقد و قبل الإجازة مؤثر على القول بالنقل غير مؤثر على الكشف.

(١). مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٠.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٠٣

قال في مفتاح الكرامة: منها أنه على القول بالكشف ليس للمشتري الفسخ قبل الإجازة و هي ثمرة نافعة (انتهى).

و الوجه فيه غير ظاهر لو كان المراد فساده على القول بالكشف، ظاهرا و باطنا، لأن أصالة عدم لحقوق الإجازة كافية في جواز فسوخه ظاهرا، نعم إذا لحقته الإجازة كشفت عن صحة العقد من أول أمره و عدم تأثير الفسخ، اللهم إلا أن يفرض الكلام في مورد العلم بلحوقها.

و كون الاستصحاب هنا في الامور المستقبلية مما لا ضير فيه كما ذكر في محله، بل أصالة السلامة التي هي من مصاديق الاستصحاب العقلاني، كثيرا ما يكون بالنسبة إلى الامور المستقبلية كمن يريد الحج و يحتمل الموت قبل الوصول إلى الميقات و شبهه، فإنه لا يعتنى بهذا الاحتمال اعتمادا على أصالة السلامة.

٣- حكم تصرفات الأصيل في ما انتقل عنه، فقد يقال بجوازها على النقل و عدم جوازها على الكشف، أما الأول فهو ظاهر، فلو تصرف في الثمن بالاتلاف أو التصرفات الناقلة لم يبق محل للإجازة، و أما غيرهما من التصرفات فهو غير مناف لها فلا تمنع الإجازة. أما عدم تصرفه على القول بالكشف فلما قيل من أن العقد تام من ناحية الأصيل فيشمله دليل وجوب الوفاء بالعقد، فكل تصرف يعد نقضا لعقد المبادلة فهو غير جائز.

هذا و قد عرفت أن العقد قائم بطرفين، و هو أمر بسيط حاصل من الالتزامين: التزام البائع و التزام المشتري، لا أنه أمر مركب منهما، بل وحداني يبتنى عليهما، و لو فرض التركيب فكل واحد مشروط بالآخر، و على كل حال لا معنى لوجوب الوفاء من ناحية الأصيل دون وجوب الوفاء على صاحبه، فإنه لم يلتزم بانتقال المال منه من دون عوض، بل التزم بالمبادلة، فيجب الوفاء بها فقط مع أنها غير معلومة ما لم تلحق الإجازة، فحينئذ يجوز التمسك باستصحاب جواز تصرفه في ماله بل استصحاب عدم لحقوق الإجازة في المستقبل (و قد عرفت صحة هذا الاستصحاب) فيجوز له جميع التصرفات حتى بالاتلاف و النقل، نعم إذا تحققت الإجازة كشفت عن بطلان جميع تصرفاته.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٠٤

إن قلت: هذا صحيح على مذهب من جعل العقد مشروطا بتعقبه بالإجازة لعدم احراز هذا الشرط، فلا يجب الوفاء و أما على المشهور في معنى الكشف من كون نفس الإجازة المتأخرة شرطا لكون العقد السابق بنفسه تاما مؤثرا، فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد، و قد تحقق فيجب على الأصيل الالتزام به (هذا ما ذكره شيخنا الأعظم قدس سره في مكاسبه).

قلت: أولا: معنى الشرط المتأخر، أنه بوجوده في ظرفه الآتي مؤثر فيما قبله و لذا نفاه كثير و قالوا بعدم معقوليته لا أنه لا اثر له أصلا، و إلا لم يكن شرطا.

ثانيا: القول بأن الإجازة شرط، يناقض صريحا القول بأن العقد سبب تام مؤثر و ليت شعري كيف يرضى بقوله «نفس الإجازة المتأخرة شرط لكون العقد السابق تاما مؤثرا بنفسه»؟! يعني من دون أي تأثير للإجازة، فهل هذا إلا تناقض محض؟

نعم لو قيل بأن الإجازة ليست شرطا أبدا و إنما هي كاشفة عن حكم الشارع تعبدا أو كاشفة عن أمر مؤثر مجهول يقارن العقد، ارتفع

التناقض.

و بالجمله كيف يجب على الأصيل الوفاء بالعقد مع أنه لم يرض بانتقال الثمن عن ملكه بلا عوض بل إنما رضى بالمبادله لا غير؟
ثالثا: إن أصالة عدم لحوق الإجازة، بل استصحاب جواز تصرفه في ماله تقتضى جواز تصرف الأصيل، و لا يعارضها أصالة عدم الردّ كما فى الجواهر حتى يتردد المال بينهما لأنه حينئذ مال لا يعلم أنه لأيهما، للبائع أو المشتري «١».
و ذلك لأن الردّ لا أثر له من هذه الجهة، فإن مجرد عدم الردّ غير كاف فى انتقال المال إلى الطرف المقابل، بل الانتقال يدور مدار الإجازة نفيًا و إثباتًا، إلّا أن يقال: لازم عدم الرد هو الإجازة.
وفيه: أولاً: أنه من الأصل المثبت.
ثانيا: قد لا تحقق الإجازة و لا الردّ حتى يخرج العقد عن صلاحية لحقوق الإجازة.

(١). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩٠.

أنوار الفقهاء - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٠٥

و العجب أنه قدس سره قال فى موضع آخر: «يحرم عليه التصرف فى المال لدورانه بين كونه ماله و مال غيره فيجب اجتنابه ... و بذلك ينقطع استصحاب الجواز السابق» «١».

و يرد عليه: إن استصحاب الجواز حاكم على الاحتياط كما هو كذلك فى اطراف العلم الإجمالى، بل هنا استصحاب عدم الإجازة حاكم، لأنه من قبيل الأصل الموضوعى، نعم يمكن أن يقال: إن احتمال تحقق الإجازة فى المستقبل كاف فى لزوم الاحتياط على الأصيل على القول بالكشف، فان من يلتزم بمثل هذا العقد فعليه رعايه جانبه و الاحتياط فيه.

و إن شئت قلت: هذا من قبيل اللوازم العرفية لالتزام الأصيل، كما يمكن القول به فى من نذر التصديق بمال معلقا على شرط، فإن الأصيل و إن اقتضى عدم تحقق الشرط فيجوز له التصرف فى المال قبل ذلك، و لكن لازم هذا النذر عرفا، إبقاء المال على حاله بحيث لو تصرف فيه بالائتلاف يرونه متجاوزا عن حده و مخالفا لنذره، و بالجمله هذا ممّا يجب فيه الاحتياط، بل يمكن أن يقال: «نذر صدقة شىء معلقا على شرط» معناه نذر ابقائه و جعله صدقة لو حصل الشرط، و كذلك ما نحن فيه، فتأمل فهذا هو الطريق الوحيد لإثبات المطلوب.

قال المحقق النائينى قدس سره فى «منية الطالب»: إن الحق فى جميع أقسام النذر عدم جواز التصرف (فى مورده) لا لتعلق حق الفقراء أو غيرهم به ... بل لأن النادر بسبب النذر سلب عن نفسه حق جميع تصرفاته فى المنذور سوى تصرفه فى جهة نذره «٢».

٤- إذا تلف أحد العوضين قبل الإجازة فعلى الكشف تصح المعاملة دون النقل. لعدم بقاء مورد له، و كذا إذا مات أحد المتبايعين، أو خرج عن صلاحية الملك لعروض جنون أو سفه أو فقد بعض الشروط، لكن لو لم يقبض المتاع فى بعض الصور كان من قبيل تلف المبيع قبل قبضه، فهو من مال بايعه، و كذا إذا كان بعض هذه الامور مفقودا عند العقد ثم تجدد.

(١). جواهر الكلام، ج ٢٩، ص ٢١٧.

(٢). منية الطالب، ج ١، ص ٢٤٩.

أنوار الفقهاء - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٠٦

و الحاصل: أنه تظهر الثمرة بين الكشف و النقل فى صورتين: إذا فقد بعض أركان العقد من البائع و المشتري و المثمن و الثمن، أو فقد بعض شروطها، أو تجدد بعد فقدانها.

لكن قال فى الجواهر: قيل تظهر الثمرة أيضا فيما انسلخت قابلية الملك عن أحدهما بموته قبل اجازة الآخر، أو بعروض كفر بارتداد

فطرى أو غيره، مع كون المبيع مسلماً أو مصحفاً، فتصح حينئذ على الكشف دون النقل «(١)».

ثم أورد عليه: بأنه وإن كان يمكن الاستشهاد عليه بخبر الصغيرين و لكن يشكل التعدى عنه، و يمكن دعوى عدم الجواز فى غيره حتى بناء على الكشف، ضرورة أنه يمكن دعوى ظهور الأدلة فى اعتبار القابلية حاله كالنقل (انتهى) و لازمه انكار هذه الثمرة و القول ببطلان العقد على كلا القولين الكشف و النقل.

و يظهر من بعض آخر انكار هذه الثمرة مع القول بصحة العقد فى الصورتين و يظهر من ثالث التفصيل بين الثمرات، مثل ما يظهر عن شيخنا الأعمم قدس سره فى مكاسبه حيث وافق على وجود الثمرة فى صورة تلف المنقول أو خروجه عن قابلية الملك، كعروض النجاسة للمائعات المضافة، ثم أجاب عن اعتراض صاحب الجواهر.

و لكن رد الثمرة فيما تجدد قابلية الملك أو قارن العقد فقد بعض الشروط، ثم حصل قبل الإجازة (كما إذا كان البائع سفيهاً ثم صار رشيداً) لبطلان العقد على القولين.

أقول: الانصاف بطلان هذه الثمرة بجميع شقوقها و إشكالها إلا ما سيأتى، و ذلك لأن الظاهر من أدلة اعتبار هذه الشروط و الصفات و الأركان بقاؤها من أول العقد إلى زمن الإجازة، و لا أقل من عدم وجود الدليل على أكثر من ذلك و لو على القول بالكشف، و لذا قال قدس سره فى التعليقة تبعاً لصاحب الجواهر قدس سره: «لا- يخفى قوة ما ذكره لأن أدلة صحة الفصولى قاصرة عن شمول الصورتى، أعنى انسلاخ القابلية عن أحد المتعاقدين، أو أحد العوضين، قبل الإجازة و لو جعلناها كاشفة» «(٢)».

و الاستناد إلى رواية الصغيرين، مع ما عرفت من عدم إمكان التعدى عن موردها،

(١). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩٠.

(٢). حاشية المكاسب للسيد الطباطبائى اليزدى قدس سره، ص ٣٤٠.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٠٧

و كونها متزلزلة حتى فى موردها لو لم يكن الإجماع على وفاقها، كما ترى، لما عرفت من أن المعاملات امور عرفية أمضاها الشارع مع تصرفات يسيرة فى بعض نواحيها، و الرضا بزوجية الميت أمر لا يعرفه أهل العرف، بل يستنكرها، و لكن نقبله و تؤمن به تعبداً فى موردها لما يظهر من دعوى الإجماع عليه، و لكن التعدى منه إلى غير مورده مشكل جداً.

و أما الاستناد إلى رواية عروة البارقي لعدم الاستفصال فيها من بقاء الشاة أو ذبحها فهو أيضاً كما ترى، لأن الاستصحاب قاض ببقائه لا سيما فى هذه المدّة القليلة.

مضافاً إلى أنها قضية فى واقعة، و عدم علم النبى صلى الله عليه و آله ببقاء الشاة الأولى غير ثابت، فالاستدلال بها على الصحة ممنوع.

نعم، هنا تفصيل من بعض المحشين (قدس الله أسرارهم) فى الصورة الأخيرة، أعنى فى صورة تجدد الشرائط فبعض الشرائط كإسلام المشتري إذا كان المبيع مصحفاً يكفى تجدده بعد ذلك، فإذا أسلم المشتري حين الإجازة و قلنا بالنقل كفى و إن كان كافراً حين العقد بخلاف البلوغ و العقل، فيمكن جعل هذه الثمرة فى بعض صورها ثمرة للمسألة.

و لا بأس به نظراً إلى أن الممنوع تملك الكافر للمصحف أو العبد المسلم، و هو هنا غير حاصل على النقل دون الكشف، فتلخص أن هذه الثمرة لا تتم إلا فى بعض الصور.

٥- «مسألة سلسلة العقود» - قال فى المفتاح: «أما مسألة سلسلة العقود على المثلث فصحة العقود اللاحقة للمجاز مبنية على أن الإجازة كاشفة ليظهر ملك كل بايع متأخر حين بيعه و إن كان فى ثانى الحال، و أما لو جعلناها ناقلة للملك من حين الإجازة فالبائع لم يكن مالكا حين بيعه و إنما ملك بعده» «(١)».

و قال فى الجواهر: «و ربما تظهر الثمرة أيضاً فيما لو ترتبت العقود على المبيع أو الثمن أو عليهما فضولاً، و لا ريب فى أن للمالك تتبع

العقود و رعاية المصلحة له فيجيز ما شاء» (٢) و أشار إلى ذلك شيخنا الأعظم قدس سره في مكاسبه حيث قال:
«و هذه الثمرة ظاهرة و سيأتي الكلام فيها إن شاء الله، و لذا جوزنا التمسك برواية عروة

(١). مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٠.

(٢). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٠٨

البارقي دليلا على الكشف، و هكذا رواية الخيانة في الأمانة التي وقع بيوع كثيرة مرتبة على مال الغير فضولا فيها، كل ذلك لأن البيع الثاني و غيره يقع عن قبل مالكة على القول بالكشف، بخلافه على القول بالنقل، فإنه من قبيل من باع ثم أجاز كما لا يخفى». ٦- و تظهر الثمرة أيضا في تعلق الخيارات و احتساب مبدئها، فعلى القول بالكشف يكون مبدؤها حين العقد، و على القول بالنقل يكون من حين الإجازة، فلو كان المبيع صحيحا في حال العقد ثم صار معيبا عند الإجازة فقد يقال بخيار العيب على النقل دون الكشف، و هكذا بالنسبة إلى الغبن، بأن كان الغبن حاصلًا بحسب قيمة المتاع عند العقد دون زمن الإجازة أو بالعكس، و لكن ليعلم أن الثمرة في خيار العيب إنما يتصور إذا حصل القبض و الاقباض، و إلّا لو تعيب المتاع قبل قبضه فلا يبعد كونه من مال بايعه، كما أن تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال بايعه.

و أما خيار المجلس فظاهر كلام السيد قدس سره ثبوته على الكشف و النقل، لكن مبدئه على الأول من زمن العقد، و على الثاني من زمن الإجازة، و لكن المحقق النائيني قدس سره في «منية الطالب» أنكره حيث قال: «لا يبعد سقوط خيار المجلس في المقام، لأن مجلس العقد لا- اعتبار به و لو على الكشف، إلّا الكشف بمعنى عدم دخل الإجازة في التأثير أصلا، و ذلك لاعتبار الإجازة في تأثير العقد، و مجلس الإجازة أيضا لا اعتبار به لأنه ليس مجلس العقد، فلو بقي المجلس إلى زمان الإجازة فهو، و إلّا يصير مجلس العقد كمجلس الوكيلين لإجراء الصيغة» (١).

قلت: أمّا على القول بالكشف فالظاهر أن المجلس هو مجلس العقد لأنّ العقد تام، و النقل و الانتقال حاصل، سواء كانت الإجازة شرطا متأخرا أو غير ذلك و الاعتبار إنّما هو بالتمسك من الجانبين فما أفاده قدس سره غير وجيه. و كذا على القول لو كان الأصيل حاضرا في مجلس الإجازة فالظاهر تعلق الخيار من حينها، لأنّ تمام العقد لا يكون إلّا بها، بل قد عرفت أنّها أحد ركني العقد.

(١). منية الطالب، ج ١، ص ٢٥١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٠٩

و لم يقنع هو قدس سره بذلك حتى استشكل على مجلس الصرف و السلم أيضا، فان القبض المعتبر فيهما لا يمكن الالتزام به في مجلس العقد و لو على الكشف و لا باعتباره في مجلس الإجازة و لو على النقل (١). و الانصاف إمكان القبض في مجلس العقد على الكشف لو علم بتحقيق الإجازة في المستقبل، بل و لو لم يعلم على احتمال، و كذا يصح في مجلس الإجازة على النقل لأنّ تمام العقد بها كما عرفت.

٧- و قد يقال بظهور الثمرة أيضا في العقود الجائزة كالمعاطة، بناء على القول بها، فلو اشترى بالمعاطة شيئا فباعه فضولى من آخر، فأجازه بعد رجوع الطرف المقابل في المعاطة، فلو قلنا بالكشف كانت المعاملة الثانية قبل الرجوع فتكون المعاطة لازمة، و لا يصح الرجوع، و لو قلنا بالنقل فالرجوع صحيح و الإجازة باطله، نعم يمكن أن يقال: يجوز للمالك الأول اجازة الفضولى هنا بناء على صحة بيع من باع ثم ملك ثم أجاز، فتدبر جيدا.

تنبيهات

التنبيه الأول: «الفاظ الإجازة»

١- هل يعتبر في الإجازة أن تكون باللفظ الصريح الدال عليها، أو تكفي الكتابة أو الفعل الدال عليها، أو مجرد الرضا وإن لم يكن هناك إنشاء، فيه وجوه أو أقوال:

أولها: اعتبار الإنشاء الصريح كما يظهر من المحقق القمي قدس سره في جامع الشتات «٢».

ثانيها: كفاية الكنايات.

ثالثها: كفاية الإنشاء الفعلي كما يظهر من السيد قدس سره في تعليقه «٣».

(١). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٥٢.

(٢). جامع الشتات، ج ١، ص ١٥٤.

(٣). حاشية المكاسب للسيد الطباطبائي اليزدي قدس سره، ص ١٥٨.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣١٠

رابعها: الغاء الإنشاء والاكْتفاء بالرضا الباطني كما قد يظهر من بعض كلمات شيخنا الأعظم قدس سره و بعض المحشين. قال في مفتاح الكرامة في كتاب الوكالة: «و هذا يقتضى بأنه لا يحتاج في الفضولي إلى قول المالك: أجزت و أمضيت البيع، بل يكفي الألفاظ التي يستفاد منها ذلك، و أما العلم بالرضا من دون اللفظ فلا يكفي» «١».

و لكن ذكر في كتاب المتاجر في شرح قول العلامة قدس سره: «و لا يكفي في الإجازة السكوت مع العلم و لا مع حضور العقد» ما لفظه: «و أنت خبير بأنه إن كان المدار على الرضا فلو علم الرضا يقينا كفى ... و لا يحتاج إلى التصريح، و كلامهم قد ينزل على عدم العلم بالرضا.

و الأصح أنه لا بد من اللفظ كما هو صريح جماعة و ظاهر آخرين كما أن الرد لا بد فيه من اللفظ» «٢».

ثم أشار إلى بعض ما يظهر منه كفاية الرضا في أبواب نكاح العبيد و الاماء و سكوت البكر، ثم قال: و التأمل في الكل ممكن. أقول: مقتضى القاعدة لزوم الإنشاء لأن العقد لا يكون عقدا للمالك إلّا بانشائه و مجرد الرضا لا يعد إنشاء، كما أن مجرد الكراهة لا يعد رداً، و إن شئت قلت: العقد بتركيب من إنشاءين: إنشاء الايجاب، و إنشاء القبول، و من الواضح أن الإنشاء الصادر من الفضولي غير كاف مستقلاً لعدم كونه مالكا و لا وكيلا عن المالك، و إنما يستند إلى المالك بإنشاء انفاذه كما يستند إليه بإنشاء التوكيل. ثم إنك قد عرفت في مباحث المعاطاة عدم اعتبار الإنشاء القولي في العقود بل يكفي الإنشاء الفعلي أيضا، و الإجازة ليست أقوى من الايجاب و القبول، فيكفي فيها الإنشاء الفعلي أيضا، فلو أتى الفضولي المالك و قال: بعت سلعتك و هذا ثمنه، فأخذ الثمن المالك بقصد الإجازة كفى و لا يحتاج إلى قول، كما أنه يكفي الإنشاء اللفظي الظاهر فيه و لو كان

شيرازي، ناصر مكارم، أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، در يك جلد، انتشارات مدرسة الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام، قم - إيران، اول، ١٤٢٥ هـ ق أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)؛ ص: ٣١٠

(١). مفتاح الكرامة، ج ٧، ص ٥٨٤.

(٢). المصدر السابق، ج ٤، ص ١٩٨.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣١١

بالكنايات الظاهرة كقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «بارك الله لك في صفقة يمينك».

نعم، قد يقال: يظهر من بعض الروايات جواز الاكتفاء بمجرّد الرضا، مثل ما ورد في أبواب نكاح العبيد والاماء من أن اطلاع أولياء العبد على نكاحه و سكوتهم و عدم اعتراضهم و رضاهم به كاف في الصحة.

وفيه: ما عرفت سابقا من أنّ ولي العقد في الواقع الزوجان، و لكن العبد لما كان تصرفاته في متعلق حق الغير لزم رضاه به، فإذا رضى كفى، و أمّا الزوج و الزوجة لا يقبل منهما إلّا إنشاء، و هو حاصل في المقام و كذلك البائع و المشتري.

و منها: ما ورد في من زوجت نفسها في حال السكر و أنّها إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا منها و يجوز ذلك الترويج عليها «١». و منها: ما ورد تزويج البكر و أنّ العاقد يؤامرها فان سكتت فهو إقرارها «٢».

و ما ورد في تزويج سيده النساء عليه السّلام من أمير المؤمنين عليه السّلام و قول رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ «الله أكبر سكوتها إقرارها» «٣».

و لكن لازم هذا القول كفاية الرضا في القبول مطلقا و عدم الحاجة إلى إنشاء القبول من ناحية القابل. فينعقد العقد بإنشاء واحد (و هو إنشاء الإيجاب) مع الرضا من الطرف المقابل و يشكل الالتزام به.

و الحق أنّ العقد لا بدّ فيه من إنشاءين: إنشاء الإيجاب و إنشاء القبول، و لكن قد يكون السكوت ظاهرا في إنشاء القبول عملا و لو بقرائن الحال، و قد عرفت كفاية الإنشاء الفعلي أيضا.

كما أنّ إقامة الزوجة مع زوجها قد تكون إنشاء فعليا، و إلّا لزم جواز العقد بالرضا من الجانبين لعدم الفرق بينهما، و لو كان ذلك مجرّد الرضا الباطني من دون إظهار، و لا أظن أحدا يلتزم به.

(١). وسائل الشيعة، ج ١٤، الباب ١٤ من أبواب عقد النكاح، ح ١.

(٢). المصدر السابق، الباب ٤ من أبواب عقد النكاح، ح ٤.

(٣). المصدر السابق، الباب ٥ من أبواب عقد النكاح، ح ٣.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣١٢

و منها: ما ورد من أن تصرف ذي الخيار رضا منه، مثل ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السّلام «أن أمير المؤمنين عليه السّلام قضى في رجل اشترى ثوبا بشرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه، قال: ليشهد أنّه قد رضيه فاستوجه ثم يبعه إن شاء، فان أقامه في السوق و لم يبع فقد وجب عليه» «١».

وفيه: إنّ البيع الخيارى تام من جهة الإيجاب و القبول و يمكن اسقاط خياره بمجرّد رضى منه، و أين هذا من الإيجاب و القبول أو الإجازة القائمة مقامهما؟ بل قد يظهر من نفس هذه الرواية أيضا لزوم الإنشاء و لو في اسقاط الخيار، فراجع و تأمل.

و من أقوى ما يدل على عدم كفاية الرضا الباطني بدون الإنشاء أنّه لو كفى الرضا في الصحة كفت الكراهة الباطنية في الفسخ و البطلان، و لازمه وقوع بيع المكره فاسدا من أول أمره، و لعله لا يلتزم به أحد، و لذا مال شيخنا الأعظم قدّس سرّه في آخر كلامه إلى

عدم كفاية الرضا و لكن احتمال الفرق بين الكراهة و الرضا، و لكن هذا الاحتمال عجيب لا دليل عليه بعد كونهما من واد واحد.

و الحاصل: أنّ المعبر هو الإنشاء في الإجازة سواء كان بالقول أو بالفعل.

التنبيه الثاني: جواز العقد مطلقا

إذا أجاز العقد مطلقا فالكلام فيه ما عرفت في القول بالكشف و النقل، أمّا لو أجاز المالك العقد مقيدا بوقوعه حين صدوره مع قولنا

بالنقل، أو مقيدا بحين الإجازة مع قولنا بالكشف، فهل يصح العقد كذلك، أو يبطل، أو يصح على وفق المختار في الكشف و النقل، و يبطل الشرط فقط؟ فيه وجوه:

الأقوى هو الأخير، لأن صحة الإجازة كشفا أو نقلا إنما هو بحسب حكم الشرع لا بحسب بناء الطرفين حتى يمكن تغييره بالشرط و شبهه، نعم من استدل على الكشف بأن الظاهر من العقد، كون النقل من حينه، و المجيز إنما أجاز بهذه الكيفية، يمكنه القول بأنه لو

(١). وسائل الشريعة، ج ١٢، الباب ١٢ من أبواب الخيار، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣١٣

أجاز بغير هذا الوجه كان صحيحا، كمن أجاز بعض بيع الفضولي أو أجازته مع حذف بعض الشروط، بناء على إمكان التبعض من هذه الجهات، و أما إذا استند في القول بالكشف إلى سائر الوجوه كعدم إمكان تأثير المعدوم- أي العقد- في الوجود، أي الانتقال من حين الإجازة، أو كون العقد عله تامه، فلا يصح تقييد الإجازة بكونه من زمانها لا من زمن العقد كما هو واضح.

و كذلك القائل بالنقل الذي يدعى استحالة القول بالكشف كيف يمكنه اجازة العقد من حين وقوعه؟

و أما عدم فساد أصل العقد لو خالف و أجاز بخلاف ما اختاره، مع فساد الشرط لكونه لغوا، فلائنه لا يزيد على الشرط الفاسد، و قد قرر في محله أنه لا يوجب الفساد و أن كل قيد ليس من مقومات العوضين يعامل معه معاملة تعدد المطلوب مع القول بالخيار أحيانا فراجع.

و يظهر من «منية الطالب» أن الإجازة من الإيقاعات، و الأمر في الإيقاع أظهر، لأن وقوع الأثر المترتب عليه لا يناط بالشرط.

أقول: أولا- إن الإجازة ليست من الإيقاعات، و في الواقع متممة للإيجاب أو القبول، بل هي العمدة في صيرورة المالك طرفا للعقد كما عرفت غير مرة.

ثانيا: أنه لا فرق بين العقد و الإيقاع من هذه الجهة، فلو قلنا بأن التعليق الحاصل من الشرط يوجب الفساد عند عدم المعلق عليه، أو قلنا بأنه لا يوجب الفساد لأنه من قبيل تعدد المطلوب، لم يكن هناك فرق.

التنبيه الثالث: هل يعتبر في الإجازة أن لا يسبقها رد؟

صريح كلام شيخنا الأعظم قدس سره ذلك، بل ادعى الإجماع، و لكن يظهر من بعض الأعظم كالسيد قدس سره في الحاشية عدم اعتباره، و غاية ما يمكن الاستناد إليه في إثبات هذا الشرط امور.

١- الإجماع المدعى.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣١٤

٢- من شروط الصيغة أن لا يحصل بين الإيجاب و القبول ما يسقطهما عن صدق العقد الذي هو في معنى المعاهدة، و من المعلوم أن الإجازة تجعل المجيز أحد طرفي العقد، فالرد قبلها كالفسخ المتخلل بين الإيجاب و القبول، و إن شئت قلت: (كما في منية الطالب) بعد بطلان العقد و ذهاب أثره، ليس هناك موضوع للإجازة «١».

٣- مقتضى سلطنة الناس على أموالهم تأثير الرد في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه.

٤- الفضولي على خلاف الأصل، و يقتصر على المتيقن منه، و هو ما لم يسبق الإجازة، الرد «٢».

أقول: أما حال الإجماع في المسألة فمعلوم بعد وجود أدلة أخرى فيها يمكن استناد المجمعين إليها، فلا يكشف عن قول المعصوم.

و إما مسألة عدم الفصل بين الإيجاب و القبول ففيه أولا: لو سلم فهو غير ما نحن فيه، لأن الإجازة و إن كانت تجعل المالك المجيز أحد طرفي العقد، و لكن صورة العقد قد حصلت من قبل و لم يفصل بينهما فاصل، فالعقد صادق في الجملة.

ثانيا: إنَّ القدر المسلم من الإجماع بطلان العقد إذا رجع الموجب عن ايجاد ثم قبل القابل، وهو غير محتاج إلى الاجماع لانتفاء العقد ب رجوع الموجب عن ايجابه، فلا يبقى محل للقبول، أما في نحن فيه فالمفروض أنَّ الأصيل (بايعا كان أو مشتريا) باق على تعهده و لم يرجع عنه حتى ينتفى العقد، و إنما الرد وقع من ناحية الطرف الآخر، فيمكن أن يقال: ما دام الأوّل باق على عهده فالثاني يمكن أن يلحقه، سواء ردّ ثم قبله أو لم يردّ أصلا، وهذا أمر ينبغي أن يتأمل فيه جدّا وهو موافق للقاعدة.

و أما حديث سلطنة الناس على أموالهم، فقد عرفت في أصل مسألة الفضولي أنَّ مجرد إنشاء الفضولي على المال ليس تصرفا فيه و لا يعد سلطنة عليه، و لا يوجب علقه حتى يقال بأن للمالك قطعها.

(١). منية الطالب، ج ١، ص ٢٥٦.

(٢). جامع الشتات، ج ١، ص ١٥٤.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣١٥

و إن شئت قلت: إن مجرد الإنشاء الصادر من الفضولي لو كان منافيا لسلطنة المالك فلا يؤثر من أول أمره، و إن لم يكن منافيا لها فلا يقدر المالك على ازالته، و الحق أن الإجازة توجب استعداد القبول، و هذا الاستعداد باق ما لم يرجع الأصيل عن عهده أو لم يتحقق فصل طويل ماح لصورة العقد.

و قد اجيب عنه بوجهين آخرين:

أحدهما: إن قاعدة السلطنة متعارضة بمثلها، لأن مقتضاها جواز الإجازة بعد الرد.

ثانيهما: إن القاعدة ليست مشرعة، و إنما تثبت نفوذ التصرفات الثابتة في الشرع كالبيع و الهبة و غيرهما، و ما نحن فيه ليس منها (ذكرهما السيد قدس سرّه في تعليقه مع ما يقرب من الأدلة).

و يمكن دفع الأوّل منها: بأن مقتضى القاعدة تأثير السابق، فلا يبقى محل للاحق و دفع الثاني بأنه تصرف عقلائي لم يمنع منه الشرع، فتأمل.

و قد مرّ في بعض المباحث السابقة في كلام شيخنا الأعظم قدس سرّه من أن ذلك لو كان تصرفا، كان تصرفا جائزا، كالاستضاء بنور الغير و الاصطلاء بناره.

و الحق أنه ليس تصرفا مطلقا حتى مثل الاستضاء و شبهها.

و ممّا ذكرنا سابقا يظهر الجواب عن الدليل الرابع أيضا، فأنك قد عرفت أن الفضولي موافق للقاعدة فيؤخذ باطلاق الأدلة هنا و لا مجال للأخذ بالقدر المتيقن.

التنبيه الرابع: هل الإجازة تورث أم لا؟

و هو مبني على كونها من الحقوق كحق الخيار و شبهه، أو من الأحكام، لكن من الواضح أنها من الأحكام، فإن المالك له أن يجيز ما وقع على ماله من العقد الفضولي أو لا يجيز، و إن شئت قلت: هذا من آثار الملك و أحكامه، فما دام مالكا، له الإجازة، فإذا مات و انتقل المال منه إلى آخر انتقل هذا الأثر بطبيعة الحال إليه، هذا إذا قلنا بجواز كون المالك في زمان الإجازة غير المالك في زمان العقد، كما يظهر من مسألة من باع ثم ملك ثم أجاز.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣١٦

و قد اختار هذا المعنى شيخنا الأعظم قدس سرّه و السيد قدس سرّه و المحقق النائيني قدس سرّه، و يحكى عن العلامة الاصفهاني قدس سرّه في حواشيه على المكاسب.

و يظهر الأثر بين ارث المال، و وارث الإجازة أنه على الأول يملكها كل من وقع المال في سهمه عند تقسيم الارث، فهو الذى يمكنه اجازة البيع الفضولى الواقع على سهمه دون الباقيين، و على الثانى يملكها الجميع، و كذا تظهر الثمرة فى بعض ما تكون الزوجة محرومة عنه من الأموال.

التنبيه الخامس: هل القبض شرطا فى صحة العقد؟

إذا باع الفضولى و قبض الثمن و قبض المثلن فإن المالك قد يجيز أصل العقد دون القبض و الاقباض، و اخرى معه أو مع أحدهما، و قد يكون القبض شرطا فى الصحة كالصرف و السلم، و اخرى لا يكون، و الثمن قد يكون عينا شخصا قبضه، و اخرى يكون كليا فى ذمة المشتري الأصيل، فهذه وجوه مختلفة.

فان أجاز نفس العقد دون ما لحقه من القبض و الاقباض، فيصح نفس العقد دون غيره، فلا يسقط ضمان المشتري بالنسبة إلى الثمن و ضمان البائع بالنسبة إلى المثلن و كذا لو اجاز قبض الثمن فقط أو اقباض المثلن فقط.

نعم، فيما يكون القبض شرطا و كان عالما بهذا الحكم فأجازه، كانت اجازة العقد دالة على اجازة القبض بدلالة الاقتضاء، دون ما إذا كان جاهلا بالحكم.

و هكذا الحال إذا كان الثمن كليا، فأجاز المالك أصل العقد و أجاز أيضا تعيين الكلى فى مصداق و قبضه من ناحية الفضولى. و لكن يظهر من كلمات شيخنا الأعظم قدس سره فى المقام أن تصحيح وقوع قبض الكلى و تشخيصه من ناحية الفضولى بمجرد اجازة المالك مشكل، للإشكال فى شمول أدلة صحة الفضولى له.

وفيه: إنه إذا رضى المالك بقاء كون الثمن مشخصا فى المصداق الكذائى الموجود عند

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣١٧

الفضولى كان جائزا، و تشمله أدلة الفضولى و لا مانع منه.

بقى هنا شىء: و هو أن اجازة القبض سواء كانت صريحة أو مستفادة من دلالة الاقتضاء ليست من باب التوكيل، لعدم إنشاء الوكالة سابقا حتى يجيزها، و الواقع لا- ينقلب عما هو عليه، بل من باب الرضا بكون الثمن أو المثلن الشخصى عند الفضولى أو المشتري الأصيل، و يترتب عليه سقوط ضمانهما، فليس ذلك من باب اسقاط الضمان مستقيما و بلا واسطة، كما لعله يظهر من كلمات شيخنا الأعظم قدس سره، بل من باب الرضا ببقاء آثار القبض و الاقباض، فيسقط الضمان بسببه، و إن شئت قلت: القبض و الاقباض فعل خارجى و ليس من العقود أو الايقاعات حتى يتغير بالاجازة بل الرضا بالبقاء مع حصوله عنده، كاف.

التنبيه السادس: هل الإجازة على الفور أو لا؟

صرح جماعة بعدم كونه على الفور و يمكن الاستدلال له بأمرين:

١- العمومات الدالة على صحة الفضولى، فقد عرفت أنها موافقة للقاعدة و ليس فيها ما يقتضى الفور، و لعل هذا مراد المحقق القمى قدس سره فى جامع الشتات من الاستدلال بالأصل، و إلا فالأصل فى المعاملات على الفساد.

٢- كثير من الروايات الخاصة بالدالة على صحة الفضولى تدل على صحة و لو كانت الإجازة متراخية، كصحيحه محمد بن قيس، لأنها صريحة فى وقوع التراخى بسبب المشاجرات بين مالك الوليدة، و المشتري الأصيل.

و كرواية النكاح بين الصغيرين، لأنها صريحة فى وقوع الفصل الطويل بين العقد و الإجازة حتى بين اجازة أحد الزوجين و الآخر، و كذا روايات الخيانة فى الامانة، و الاقالة الفاسدة، و روايات الخمس (و قد مر ذكرها).

و لا فرق بين التراخى بعد علم المالك بوقوع الفضولى، و قبل علمه، لجريان غير واحد ممّا ذكر، فى صورة العلم أيضا.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣١٨

و أمّا استدلال المحقق القمي قدّس سرّه بالاستصحاب هنا فلم نعرف وجهه، إلّا أن يكون المراد منه استصحاب صحة الإجازة لو صدرت منه سابقاً، ولكنه من قبيل الاستصحاب التعليقي، مضافاً إلى أنّه من الأصل المثبت ظاهراً فتأمل.

بقي هنا شيء: وهو أنّه لو لم يجز المالك ولم يرد، فهل للأصيل إلزامه بأحد الأمرين، أو له الخيار بين الفسخ والإنشاء، أو هو مخير بين الإلزام والفسخ، أو ليس له حق مطلقاً؟

فيه وجوه أربعة على ما ذكره بعض الأعظم.

قال شيخنا الأعظم قدّس سرّه في المكاسب: أنّه لو تضرر الأصيل من التراخي على القول بالكشف فالأقوى تداركه بالخيار، أو اجبار المالك على أحد الأمرين انتهى، وهذا مبني على لزوم العقد من جانب الأصيل.

وقد عرفت سابقاً أنّ وجوب الصبر على الأصيل على القول بالكشف من قبيل مندور التصديق من جهة الدلالة الالتزامية، وإلّا فمقتضى أصالة عدم الإجازة في المستقبل هو صحة التصرف وإلّا فلا دليل على لزوم العقد من قبله.

هذا والانصاف أنّه لا يحتاج إلى الاجبار ولا الخيار، بل له التصرف بدون ذلك لما عرفت من أنّ أصالة عدم الإجازة فيما سيأتي كاف، وإنّما منع عنه الدلالة الالتزامية، وهي غير شاملة لما إذا تضرر المالك من التأخير.

نعم له الفسخ والرجوع عن تعهده، لانصراف أدلّة وجوب الوفاء عنه، فلا- تؤثر الإجازة في المستقبل، أمّا لو لم يفسخ ولم يكن التراخي مناف لصحة العقد عرفاً وأجاز في المستقبل وكان العين موجوداً أثر العقد أثره، بل يمكن القول بتعلقه بالبدل على فرض تلفها.

هذا كله على الكشف، و أمّا على النقل فلا- مانع من تصرفاته، لجواز رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول الآخر وكذا المشتري الأصيل هنا، وما يظهر من بعض كلمات المحقق النائيني قدّس سرّه من جريان النزاع على القولين، لا وجه له.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣١٩

التنبيه السابع: هل يجب مطابقة الإجازة مع العقد؟

هل يجب مطابقة الإجازة مع العقد، أو يجوز اجازة بعضه دون بعض، من ناحية اجزاء البيع والتمن، أو من ناحية الشرائط، أو اجازته مع إضافة بعض الشرائط؟ فيه كلام بين الاعلام قدّس سرّه.

وقال: شيخنا الأعظم قدّس سرّه بالتفصيل بين الأجزاء، والشرائط، و أنّه يجوز تبعض الصفقة، و ضرر التبعض على المشتري يجبر بالخيار، و أمّا بالنسبة إلى الشرائط فلا يجوز، لعدم قابلية العقد للتبعض من حيث الشرط.

و أمّا إذا أضاف المالك المجيز شرطاً في اجازته، فقيه وجوه.

و الأقوى بطلان الإجازة، انتهى.

هذا و الأصل في المقام هو تطابقهما، لما عرفت من أنّ الإجازة تقوم مقام أحد ركني العقد، و من الواضح لزوم المطابقة بين الإيجاب و القبول لاعتبارها في مفهوم «المعاقدة» كما لا يخفى.

فعلى هذا لو أجاز البعض دون غيره لم يكن هناك توافق على عقد و معاهدة بين الطرفين: نعم إذا توافقا على أمر و لكن كان هناك مانع تأثير العقد في بعض متعلقه، كما إذا باع ما يملك و ما لا يملك، و كما في الشرط الفاسد، أمكن القول بتأثير في البعض، و ضرر التبعض يجبر بالخيار، لتعدد مراتب المطلوب، و لا يقاس بما نحن فيه، فإنّ العقد فيه غير تام بعد التخالف بين الإنشاءين، و بالجملة

فرق ظاهر بين عدم المطابقة و بين الإيجاب و القبول أو ما يقوم مقامهما، و بين وجود الموانع الآخر من تأثيره بعد تمامية العقد من حيث أركانه و شرائطه.

نعم إذا كان العقد في حكم عقدين و يبيعان حصلا بإنشاء واحد أمكن التفكيك بينهما، كما إذا كان هناك سلعتان كل واحد بثمان، و لا يكفي تعدد السلعة فقط، أو تعدد الثمن كذلك، كما لعله يظهر من بعض كلمات السيد قدس سره في المقام، و حينئذ يجوز له اجازة أحدهما دون الآخر لأنه في قوة معاملتين.

و من هنا يظهر أنه لا يصح التفكيك بين الشرط و المشروط مطلقا، لعدم استقلال

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٢٠

الشرط في المعاملة، و عدم وقوع الثمن في مقابله مطلقا.

هذا كله إذا أراد المالك المجيز ترك المطابقة من دون مراجعة جديدة إلى المالك الأصيل، فلو أجاز بعض العقد أو بعض الشروط أو أضاف شرطا أو شيئا على الثمن أو المثمن، ثم أخبر الأصيل بذلك، فرضى، لم يبعد الصحة، و في كفاية مجرّد الرضا إشكال ظاهر، بل لا بدّ من إنشاء جديد قولاً أو فعلاً من ناحية الأصيل فيكون في الواقع عقداً جديداً و خارجاً عن نطاق البحث.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٢١

شرائط المجيز

إشارة

و هاهنا مسائل ثلاث:

الأول: في وجوب كون المجيز جامعاً للشرائط حال الإجازة.

الثانية: في اشتراط وجود مجيز حال العقد.

الثالثة: في كون المجيز حال الإجازة جامعاً للشرائط و مجازاً للتصرف حال العقد.

و الفرق بينه و بين المسألة الثانية أنه يمكن وجود مجيز جامع للشرائط حال العقد ثم ينتقل منه المال إلى آخر، فيجيز العقد، فالعقد و إن كان له مجيز جامع للشرائط حين صدوره و لكن الذي يجيزه في نهاية الأمر مالك آخر لم يكن جامعاً للشرائط المجيز حال العقد، و إن شئت قلت: مآل هذا الشرط إلى أنه هل يعتبر وحدة المجيز في الحالتين أم لا؟

و هذا أوضح.

و بتعبير آخر: إن قلنا بعدم اعتبار وجود مجيز حال العقد فلا تصل النوبة إلى المسألة الثالثة، و إن قلنا باعتباره فيقع الكلام في أنه هل يجب وحدة المجيز حال العقد مع المجيز حال الإجازة أم لا؟

المسألة الأولى: أعني اجتماع شرائط التصرف في المجيز حال الإجازة، فهذا من القضايا التي قياساتها معها، فإنّ المفروض أنّ الإجازة من أركان العقد على المختار، و من شرائطها على قول بعضهم، و على كل تقدير لا بدّ أن يكون صادراً من أهله، و لا تتمّ الأهلية إلّا بالبلوغ و العقل و عدم السفه و عدم الحجر حتى عدم مرض الموت بناء على القول بكون منجزات المريض من الثلث إذا كان مورد العقد زائداً عليه، و بالجملة يشملها

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٢٢

أدلة اعتبار هذه الشرائط.

المسألة الثانية: أعني اشتراط وجود مجيز حال العقد، ففيه خلاف بين الأعلام قال في القواعد:

«و الأقرب اشتراط كون العقد، له مجيز في الحال، فلو باع الطفل فبلغ و أجاز لم ينفذ على إشكال».

و قال في مفتاح الكرامة في شرح هذه العبارة:

«هذا شرط شرطه أبو حنيفة، وقال الشهيد وابن المتوج على ما نقل عنه و الفاضل المقداد و المحقق الثاني في الشرح أنه لا يشترط». ثم نقل عن بعضهم التوقف في المسألة كإيضاح القواعد و تعليق الارشاد «١».

أقول: كلام القواعد أيضا محتمل الوجهين، فإن كان الإشكال في أصل وجود المجيز كان من المتوقفين في المسألة، و إن كان في اجتماع شرائط التصرف فيه كان الإشكال في المسألة الآتية، و لكن الأظهر هو الثاني كما فهمه المحقق القمي قدس سره على ما ذكره في جامع الشتات «٢».

و كيف كان فقد ذكروا للمسألة مثالا و هو ما إذا بيع مال اليتيم لغير مصلحه، فلو بلغ و أجاز أو صار ذا مصلحه فأجازه الولي كان فاسدا، بناء على اشتراط وجود المجيز حال العقد، هذا و لكن المجيز بمعنى المالك موجود هنا و هو الصبي، و لكنه غير جامع للشرائط لا اشتراط البلوغ في صحة التصرفات، كاشتراط الملكية و غيرها، و صرح في الجواهر أيضا بعدم اعتبار هذا الاشتراط لما سيأتي الإشارة إليه.

و على كل حال غاية ما استدل به على هذا الشرط على ما ذكره في مفتاح الكرامة أمران: «أحدهما»: إن صحة العقد ممتنع عند عدم المجيز حاله، و إذا امتنع في زمان امتنع دائما (و لعله إشارة إلى استصحاب عدم الصحة و إلّا لا يندرج تحت دليل).

(١). مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٥.

(٢). جامع الشتات، ج ١، ص ١٦٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٢٣

«ثانيهما»: حصول الضرر على المشتري لعدم قدرته على التصرف في المثلن و الثمن، أما الأول فواضح، و أما الثاني لإمكان الإجازة فيكون قد خرج عن ملكه (و هذا إنما يصح على الكشف).

و لكن الأقوى وفاقا لجمع من المحققين، من المتأخرين و المعاصرين، عدم اعتبار هذا الشرط، لأن القاعدة الشاملة للفضولي تشملها، لكفاية وجود المجيز حال الإجازة في تحقق أركان العقد و شرائطه، و عدم قيام دليل تعبدى على غير ذلك، مضافا إلى ما ورد في تزويج الصغيرين، و إن كان من بعض الجهات على خلاف المرتكز في الأذهان، و لكنه بالنسبة إلى صحة تزويج بعد الموت و بطلان المحل، لا بالنسبة إلى ما نحن فيه.

أمّا ما استدل به على العدم، فيدفع الأول بأن الاستصحاب هنا ممنوع بعد وجود المجيز و حصول شرائطه في المستقبل، لتبدل الموضوع، و أما الثاني فبأن الضرر لو حصل فإنه إنما حصل باقدامه، و قد قرر في محله أن الضرر الناشئ من الاقدام غير ممنوع، مضافا إلى أنه لا يصح إلّا على الكشف، فالأقوى عدم اعتبار هذا الشرط.

المسألة الثالثة: هل يعتبر كون المجيز جائز التصرف حال العقد؟ و ذكر لها صورتان:

إحداهما: كونه لأجل وجود بعض الموانع مع كونه مالكا، كما إذا كان محجورا أو كانت العين مرهونة.

ثانيتها: كون عدم جواز التصرف لأجل عدم الملكية.

أمّا الأولى: فالكلام فيه تارة في صحة العقد، كما إذا باع المحجور بعض أمواله، أو باع الراهن العين المرهونة، ثم ارتفع الحجر، أو أجاز الغرماء، أو فك الرهن، أو أجاز المرتهن.

و الحق فيه صحة البيع و سائر التصرفات على ما مرّ في الفضولي، بل هو أولى منه، لصدور العقد عن المالك و استناده إليه، و المانع حق الغير و قد زال.

و اخرى من جهة حاجة إلى الإجازة، و الأقوى عدم الحاجة إليها، لما عرفت من أن الإجازة إنما يحتاج إليها إذا صدر العقد من الفضولي، و المفروض صدورهما هنا من المالك، فاستناد العقد إليه حاصل من دون حاجة إلى إجازة جديدة.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٢٤

وهل يجري نزاع الكشف والنقل هنا؟ يحكى عن المحقق الثانى قدس سره مع توغله فى مسألة الكشف نفى القول به هنا. وقد أصر المحقق النائى قدس سره فى بعض كلماته فى جريانه هنا أيضا، و ذكر فيه كلاما طويلا لا يهمننا نقله لأنه رجع عنه فى بعض حواشيه على منية الطالب (١).

والانصاف أن عدم جريانه فى أمثال المقام ظاهر، لأن اسقاط حق الرهانه وشبه ذلك ليس إلّا من قبيل ارتفاع المانع، فلو فرض كون إنشاء العقد مقيدا بزمان صدوره كان ارتفاع المانع فيما بعد سببا لتأثيره من زمن ارتفاعه، ولا معنى لتأثيره فيما قبل.

أما الثانى: أعنى ما إذا تجددت الملكية للمجيز بعد أن لم تكن. وقد ذكر شيخنا الأعظم قدس سره لها «ثمان صور» لأن غير المالك إمّا أن يبيع لنفسه، أو يبيع لملكه، و على كل تقدير إمّا أن يكون انتقال الملك إليه بسبب اختيارى كالبيع، أو قهرى كالإرث، فهذه أربع صور و على كل تقدير إمّا أن يجيز بعد ما ملك، أو لا يجيز بل يقتصر على البيع السابق.

ثم قال: إن العمدة صورتان: ما إذا باع ثم ملك ثم أجاز، و ما لو باع ملك و لم يجز، و الاولى جعلهما مسألة واحدة، و هى ما إذا باع ثم ملك، و أمثاله ما إذا باع شيئا معيناً شخصياً يكون ملكاً آخر لنفسه غفلة أو ادعاء، ثم ملكه بالبيع أو الارث أو غير ذلك، و مثله ما إذا باع مالك النصاب جميع العين التى تعلق بها الزكاة، ثم أدى الزكاة من مال آخر، فملك حصه الفقراء.

وفيه خلاف بين الأعلام، فذهب بعضهم إلى صحته مطلقاً، و بعض إلى فساده كذلك و بعضهم إلى الصحة بشرط الإجازة، و مقتضى القواعد الصحة لجريان ما مرّ فى باب الفضولى فيه، كما لا يخفى.

نعم، يجرى فيه الإشكال السابق فى بيع الغاصب لنفسه و أنه كيف يقصد البيع لنفسه مع أنه ليس بمالك، و هذا مناف لحقيقة المعاوضة؟

(١). منية الطالب، ج ١، ص ٣٦٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٢٥

وقد مرّ توجيهه من طريق الملكية الادعائية، فهنا أيضاً كذلك، و قد يكون ملكية وهمية كما إذا تخيل ملكيته لجميع النصاب، غافلاً عن حكم الزكاة و حصه الفقراء و على كل حال لا مانع من تحقيق القصد إلى حقيقة البيع هنا، فتدخل تحت عمومات الصحة، و لكن بالنسبة إلى غير الغافل و الغاصب المدعى للملكية مشكل.

هذا و قد صرح فى التذكرة بعدم صحة مثل هذا البيع حيث قال: «لا يجوز أن يبيع عينا لا يملكها و يمضى ليشتريها و يسلمها، و به قال الشافعى و أحمد، و لا نعلم فيه خلافاً، ثم استدلل للبطلان ببعض الروايات الآتية و بالغرر» (١).

هذا و قد ذكر فى وجه البطلان امور كثيرة عمدتها:

الروايات المتظاهرة الواردة فى المسألة، من طريق العامة و الخاصة و هى مستفيضة جداً أمّا من طريق الخاصة:

١- ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج، قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يجيئنى يطلب المتاع، فأقوله على الربح ثم أشتريه فأبيعه منه، فقال: أليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك؟ قلت: بلى، قال: فلا بأس به» (الحديث) (٢).

٢- و ما رواه الحسين بن يزيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليه السلام فى مناهى النبى صلى الله عليه و آله قال:

«و نهى عن بيع ما ليس عندك، و نهى عن بيع و سلف» (٣).

٣- و ما رواه خالد بن الحجاج قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام الرجل يجىء فيقول: اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا، قال: أليس إن شاء ترك و إن شاء أخذ؟ قلت: بلى، قال:

لا بأس به، إنما يحل الكلام و يحرم الكلام» (٤).

٤- و ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل أتاه رجل فقال: ابتع لي متاعا لعلني أشتريه منك بنقد أو نسيئة فابتاعه الرجل من أجله. قال: ليس به بأس»

- (١). تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٣.
- (٢). وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، ح ٣.
- (٣). المصدر السابق، ح ٥.
- (٤). المصدر السابق، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، ح ٤.
- أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٢٦
- إنما يشتريه منه بعد ما يملكه» (١).
- ٥- و ما رواه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل أمر رجلا يشتري له متاعا فيشتريه منه، قال: لا بأس بذلك إنما البيع بعد ما يشتريه» (٢).
- ٦- و ما رواه معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يجيئني الرجل يطلب «منى» بيع الحرير وليس عندي منه شيء فيقولني عليه وأقوله في الربح والأجل حتى نجتمع على شيء، ثم أذهب فأشتري له الحرير فأدعوه إليه» (٣).
- ٧- و ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العينة، فقلت: يأتيني الرجل فيقول: اشتر المتاع و اربح فيه كذا و كذا فأرأوضه على الشيء من الربح، فتراضى به، ثم أنطلق فأشتري المتاع من أجله لو لا مكانه لم أرد، ثم آتية به فأبيعه، فقال: ما أرى بهذا بأسا لو هلك منه المتاع قبل أن تبعه إياه كان من مالك، و هذا عليك بالخيار إن شاء اشتراه منك بعد ما تأتية و إن شاء رده فلست أرى به بأسا» (٤).
- ٨- و ما رواه منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يتعين من الرجل عينة فيقول له الرجل: أنا أبصر بحاجتي منك فاعطني حتى أشتري فيأخذ الدراهم فيشتري حاجته ثم يجيء بها إلى الرجل الذي له المال فيدفعه إليه فقال: أليس إن شاء اشتري و إن شاء ترك و إن شاء البائع باعه و إن شاء لم يبع قلت: نعم قال عليه السلام: لا بأس» (٥).
- ٩- و ما رواه منصور بن حازم أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلب من رجل ثوبا بعينه، قال ليس عندي، هذه دراهم فخذها فاشتر بها، فأخذها

- (١). وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، ح ٨.
- (٢). المصدر السابق، ح ٦.
- (٣). المصدر السابق، ح ٧.
- (٤). المصدر السابق، ح ٩.
- (٥). المصدر السابق، ح ١١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٢٧

فاشتري بها ثوبا كما يريد ثم جاء به أ يشتريه منه فقال: أليس إن ذهب الثوب فمن مال الذي أعطاه الدراهم؟ قلت: بلى قال عليه السلام: إن شاء اشتري و إن شاء لم يشتري قلت: نعم قال: لا بأس به» (١).

١٠- و ما رواه يحيى بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لي: اشتر هذا الثوب و

هذه الدابة و بعينها أريحك فيها كذا و كذا قال: لا بأس بذلك» الحديث «٢».

إلى غير ذلك مما يدل أو يشعر بذلك من طريق الأصحاب، و يدلّ عليه أيضا من طريق الجمهور ما يلي:

١- ما رواه حكيم بن حزام قال: «نهى رسول الله صَلَّى الله عليه و آله أن أبيع ما ليس عندي أو أبيع سلعةً ليست عندي» «٣».

٢- و عنه أيضا: قال «قلت يا رسول الله الرجل يطلب مني البيع و ليس عندي أفا بيعه له، فقال: لا تبع ما ليس عندك» «٤».

٣- ما رواه عباس قال: «قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله لعتاب ابن اسيد: إني قد بعثتك إلى أهل الله و أهل مكة فأنهاهم عن بيع ما لم يقبض» «٥».

٤- و ما رواه حكيم بن حزام أيضا قال: «قلت يا رسول الله صَلَّى الله عليه و آله أنى رجل اشترى بيوعا فما يحل منها و ما يحرم؟ قال: يا بن أخى إذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه» «٦».

و مثله رواية أخرى عنه بتفاوت يسير.

و مقتضى هذه الروايات- التي وردت بعضها فى العين الشخصية و بعضها فى بيع الكلى حالا إذا انضم بعضها ببعض- أنه لا يجوز بيع العين الشخصية التي لا يملكها بل الكلى

(١). وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، ح ١٢.

(٢). المصدر السابق، ح ١٣.

(٣). السنن الكبرى للبيهقي، ج ٥ باب «من قال لا يجوز بيع العين الغائبة»، ص ٢٦٧.

(٤). المصدر السابق، ص ٢٦٧.

(٥). المصدر السابق، باب بيع ما لم يقبض، ص ٣١٢.

(٦). المصدر السابق، ص ٣١٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٢٨

الذى لا يوجد عنده ثم يمضى ليشتره و يقبضه، و لكن لا مانع من المقاوله من قبل و تعيين الثمن و المثلث و غير ذلك بشرط أن يكون كل من طرفى المعاملة مختارا فى قبول ما تقاولا عليه و تركه، بمعنى عدم الإلزام من ناحية واحد منهما، و النهى عن البيع بدون القبض فى غير واحد منهما لعله كناية عن النهى بدون تمام الملكية و التسلط على الاقباض.

كلام المحقق الأنصارى فى هذه الأخبار:

لقد قسم قدس سرّه هذه الأخبار إلى ما هو عام يدل على النهى عن بيع ما ليس عنده مطلقا، و إلى أخبار خاصة تدل على بطلان البيع قبل تملك المتاع، ثم أجاب عن الجميع بأن غاية ما يستفاد منها هو عدم ترتب الأثر المقصود من النقل و الانتقال على هذا البيع، لا أنه لغو و باطل من رأس و لا يصح حتى مع الإجازة المالية، و بالجملة هى دالة على عدم تمام البيع قبله لا على كون الإنشاء كالعدم ثم أورد على نفسه بأن مقتضى التعليل الوارد فى رواية خالد بن الحجاج «١» بأن المشتري إن شاء أخذ و إن شاء ترك، ثبوت البأس بمجرد لزومه على الاصيل، و هذا محقق فيما نحن فيه بناء على أنه ليس للأصيل ردّ العقد قبل إجازة المالك.

فأجاب عنه: بأن المراد منه أن اللزوم من الطرفين ممنوع.

و قد رجح عن هذا البيان ثانيا و قال: بأن اطلاق النهى عن مثل هذا البيع دليل على فساده مطلقا، و إلّا كان اللازم النهى عنه مقيدا بعدم لحوق الإجازة.

فالانصاف أن ظاهرها عدم وقوع البيع قبل التملك و عدم ترتب أثر الإنشاء عليه و لو مع الإجازة، ثم رجح عن هذا ثالثا إلى الإثبات،

نظرا إلى أن كثيرا من هذه الأخبار وردت في البيع الكلي مع أن المذهب جواز بيع الكلي قبل تملك شيء من مصاديقه (سلفا

(١). راجع وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، ح ٤.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٢٩

و حالاً) فيقوى في النفس حملها، وكذا حمل ما هو ظاهر في البيع الشخصي على الكراهة أو على التقيّة، نظرا إلى أن المنع عن بيع الكلي حالا من عدم وجوده عنده مذهب جماعة من العامة، مستندين في ذلك إلى عمومات النهي عن بيع ما ليس عنده. ثم استقر رأيه الشريف رابعا وأخيرا على المنع، وقال: إن الاعتماد على هذا المقدار من الوهن في رفع اليد عن الروايتين الواردين في البيع الشخصي، وعموم المفهوم في التعليقات الواردة في البيع الكلي، مع حمل موردها على التقيّة خلاف الانصاف. فالأقوى العمل بالروايات والفتوى بالمنع (يعني في خصوص بيع العين الشخصية) انتهى ملخصا.

تحقيق في معنى «ما دل على النهي عن بيع ما ليس عنده»:

أقول: هذه الروايات في الحقيقة على طوائف:

- ١- كثير منها مطلقة تشمل الشخصي والكلي، مثل ما رُود من طرق العامة (١).
- ٢- ما دل على الشخصي فقط، مثل رواية خالد بن الحجاج (٢) و يحيى بن الحجاج (٣).
- ٣- وبعضها في خصوص الكلي، وهو ظاهر أكثرها كما مرّ.
- ٤- ما يكون ظاهر في الوكالة في الاثراء لصاحب المال ثم شراؤه منه بعد ذلك مثل ما رواه منصور (٤).
- ٥- وهناك طائفة أخرى تدل على جواز بيع ما ليس عنده إذا كان كليا، مثل ما رواه اسحاق بن عمار و عبد الرحمن ابن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام في الصحيح (٥). وفيه

(١). راجع وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، ح ٥.

(٢). المصدر السابق، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، ح ٤.

(٣). المصدر السابق، ح ١٣.

(٤). المصدر السابق، ح ١٢.

(٥). المصدر السابق، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٣٠

التصريح بجواز البيع حالا- كليا، و كونه أولى من بيع السلف، وكذلك ذيل رواية أخرى من عبد الرحمن بن الحجاج و هي أيضا صحيحة قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يجيئني يطلب المتاع فأقوله على الربح ثم أشتريه فأبيعه منه، فقال: أ ليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك؟ قلت: بلى قال: لا بأس به» الحديث (١) و لكنها متهافتة صدرا و ذيلا و كأن ذيلها من رواية أخرى منه، وقع بينها و بين رواية أخرى من ناحية الراوى، فراجع و تأمل فيها.

و ما رواه أبو الصباح الكناني (٢) و ظاهره وقوع البيع من قبل.

و الجمع بين هذه الروايات يمكن بأحد وجوه:

١- الحمل على الكراهة بالنسبة إلى الجميع.

٢- الحمل على التقيّة بالنسبة إلى الجميع.

٣- التفصيل بين الشخصي و الكلي فيحرم في الشخصي و يكره في الكلي.

٤- الحمل على عدم الإجازة.

و الأقوى هو التفصيل لا سيما أنّ البيع الشخصي كذلك غير متعارف بين أهل العرف و العقلاء و مناف لحقيقة المعاوضة، لأنّ بيع المتاع الخاص الذي هو ملك غيره لنفسه- مع أنّه ليس بغاصب- غير معمول إلّا بظن الملكية، فشمول ادلة الصحة له غير معلوم من أصله، مضافا إلى أنّ القدرة على التسليم الذي هو من شرائط الصحة غير حاصل غالبا. اللهم إلّا أن يقال: إنّما يكون ذلك في مورد يعلم أو يظن على قدرته على اشتراؤه و تسليمه إلى المشتري الأوّل، أو يقال: إن القدرة على التسليم ناظرة إلى نفي صحة بيع الطير في الهواء و السمك في الماء و شبه ذلك، لا مثل ما نحن فيه. هذا و لكن لا ينبغي ترك الاحتياط في البيع الكلي أيضا إذا لم يكن مصداقه عنده لكثرة الروايات الدالة على منعه من طرق الفريقين كما لا يخفى.

و العجب من السيد قدّس سرّه في تعليقاته، حيث قال: إن غالب هذه الروايات و إن كانت واردة في البيع الكلي، إلّا أنّ الظاهر منها صورة كون المبيع هو الشخص الذي يشتريه بعد

(١). راجع وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، ح ٣.

(٢). المصدر السابق، ح ٤.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٣١

ذلك كما يظهر من قوله عليه السّلام: «أ رأيت لو وجد هو بيعا أحب إليه ... و مثل هذه الصورة ليس المذهب جوازه ... بل هو يرجع في الحقيقة إلى الشخصي لا الكلي في الذمة (١)».

قلت: هذا أمر غير متعارف جدّا لا- داعى إليه بوجه، بل الأمر دائر بين بيع العين الشخصية ممّا يتعلق به الرغبة، أو الكلي في الذمة و يكون ما يعطيه بعد ذلك من قبيل المصداق له، و ما ذكره من الشاهد لا دلالة فيه على مقصوده.

و العجب أيضا من المحقق النائيني قدّس سرّه حيث أنكر ظهور أكثر هذه الإخبار في البيع الكلي إلّا خصوص صحيحة معاوية بن عمار، الواردة في بيع الحرير (٢) مع أنّ ظهورها فيه ممّا لا ينبغي أن ينكر.

هذا و لو قلنا بالجواز أمكن القول بعدم الحاجة إلى الإجازة، لأنّ البيع قائم بين شخصين كل منهما أصيل و ليس فضوليا من قبل مالكة حتى يحتاج إلى إجازته، فلو قلنا بمعقولية مثل هذه المعاملة و كان عالما بحقيقة الحال، لا الجاهل الذي يظن أنّ مال الغير ماله، تمّت المعاقدة من الجانبين، فتدبّر جيدا.

الجواب عن الإشكالات الستة:

إذا عرفت ذلك فلنرجع إلى الإشكالات الستة التي ذكرها شيخنا العلامة قدّس سرّه في مكاسبه حكاها عن بعض مقاربي عصره (و هو المحقق التستري قدّس سرّه صاحب المقاييس).

أولها: أنّه قد باع مال الغير لنفسه فلا يصح، و أجاب عنه هو قدّس سرّه بأنّه مرّ الجواب عنه و ربّما لا يجرى فيه بعض ما ذكر هناك من الإشكالات (إي في بيع الغاصب لنفسه) و كلامه هذا اشارة إلى أنّ الإجازة توافق ما قصده المتعاقدان، لأنّ الفضولي قصد البيع لنفسه ثمّ أجازته كذلك بعد ما ملكه.

أقول: الانصاف أنّ هذا الإشكال وارد عليه مع عدم كونه غاصبا لما عرفت من أن هذا

(١). حاشية المكاسب، للسيد الطباطبائي اليزدى قدس سره، ص ٣٥٩.

(٢). وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، ح ٧.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٣٢

البيع مع العلم بأنه مال الغير غير متعارف بين أهل العرف و العقلاء بل مناف لحقيقة المعاوضة، فكيف يبيع إنسان مال غيره لنفسه! بخلاف الغاصب الذى يدعى كونه مالكا و يرى السلطنة على الشئ دليلا على ملكه، فبطلان بيع من باع ثم ملك فى العين الشخصية مطابق للقاعدة، و موافق للنصوص التى عرفت، و تصحيح قصد المعاوضة فيه مشكل جدا، إلما أن يكون غاصبا أو مشتبهها و هما خارجان عن كلماتهم.

ثانيها: إن من شرائط البيع الملكية و القدرة على التسليم، و هما حاصلان فى الفضولى دون المقام، لعدم ملكية البائع و لا قدرته، و المالك و إن كان قادرا أو لكنه لم يجز البيع.

و بالجملة فرق بين الفضولى و محل الكلام، لأن المالك حين العقد هو الذى يجيز فى زمن الإجازة، بخلافه هنا.

و اجيب: بأنه إنما تعتبر الملكية و القدرة على التسليم عند تمام البيع و حصول النقل و الانتقال، و أمّا عند العقد فلا يعتبر ذلك.

ثالثها: أنه على القول بالكشف يلزم خروج العين عن ملك البائع قبل دخوله فى ملكه.

رابعها: يلزم منه كون المال الواحد ملكا لمالكة الأول و المشتري فى زمان واحد لأن مقتضى صحة العقد الأول هو كونه ملكا للمشتري من حين العقد الأول، و مقتضى صحة العقد الثانى كونه ملكا لمالكة إلى زمن العقد الثانى، ففى الفاصلة بين العقدين يكون ملكا للمالك الأول و للمشتري كليهما.

خامسها: يلزم منه الدور، فإن الإجازة إذا كشف عن ملكية المشتري من زمن العقد الأول كان المال ماله فلا يصح البيع الثانى إلا باجازته، فلا بد من إجازة المشتري فى البيع الثانى حتى يصح و يلزم، مع أنه لا يكون مالكا إلا باجازة الفضولى الذى يكون مالكا بعد البيع الثانى، فكون المشتري مالكا يتوقف على إجازته، و كون الفضولى مالكا يتوقف على إجازة المشتري، فكل من الإجازتين تتوقف على الآخر!

هذا و الجواب عن الجميع و ما أشبهه واحد، و هو أنه قدس سره زعم أن الكشف لو قلنا به إنما يكون من زمن العقد الأول، مع أنه لا يكون إلما زمن العقد الثانى، لعدم كونه مالكا قبله، فكيف يؤثر إجازته فى ملكية غيره؟ و الكشف فى كل مقام إنما يكون بمقدار قابلية

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٣٣

المحل، كما هو ظاهر، و لو حصل الملك زمن العقد الثانى لا يلزم شئ من المحذورات الثلاث و لا غيرها مما هو متصور فى المقام، و فى الحقيقة هذه الإشكالات من قبيل اللازم و الملزوم و ليست امورا متعددة روحها دخول المال فى ملك المشتري فى الفاصلة بين العقدين. هذا أولا.

و يرد عليها ثانيا: أنه يلزم ذلك للكشف الحقيقى دون الكشف الحكمى و محاذير الكشف الحقيقى كثيرة غير منحصرة بهذه الامور.

سادسها: إن البيع الثانى فسخ للبيع الأول، لأن فعل المنافى مصداق للفسخ كما ذكر فى العقود الجائزة، فإذا تصرف فى الموهوب تصرفا منافيا للهبة كان مبطلا لها، فإذا باع المالك المال للفضولى هنا فقد أبطل العقد الأول.

و اجيب عنه: بأن الفسخ لا يكون إلا بإنشاء الرد، و هو هنا غير موجود، و التصرف المنافى إنما يكون مفوتا لمحل الإجازة بالنسبة إلى المالك فقط، لا بالنسبة إلى الفضولى، فكأن المالك سد باب العقد الأول بالنسبة إلى نفسه بسبب العقد الثانى، و أمّا بالنسبة إلى الفضولى فلا.

أقول: و الانصاف أنه إذا فرضنا أن العقد الأول قصد وقوعه للمالك، و المفروض أن المالك قدم على العقد الثانى فقد أبطله بالمره،

لا بالنسبة إلى نفسه فقط، لعدم تعدد المالك في وقت واحد، وإن شئت قلت: إن العقد لا يقصد وقوعه لكلى المالك الذى يصدق فى كل زمان على شخص (تارة المالك الأول و اخرى الفضولى الذى صار مالكا بعده) بل لمصداقه الخارجى، و المفروض أنه لم يكن هناك إلا المالك حين العقد، فإذا تصرف تصرفا منافيا لم يبق محل للإجازة.

فهذا الإشكال و الإشكال الأول واردان.

و أما الإشكالات الأربعة الأخرى فيمكن دفعها و الحمد لله.

بقى هنا امور:

١- إذا قلنا بصحة هذه المعاملة، فهل تحتاج إلى الإجازة اللاحقة بعد ملكيته للمبيع

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٣٤

أو يكفى رضاه السابق و عقده مع المشتري من قبل؟ الذى يظهر من العلامة قدس سره فى التذكرة من دعوى الإجماع على البطلان فلعن مراده ما لو لم تلحقه الإجازة، بل اكتفى بمجرد الشراء كما ذكره المحقق القمى قدس سره فى جامع الشتات، و لكن حكى عن ظاهر الدروس و الصيمرى و الفاضل المقداد الصحة بدون الحاجة إلى الإجازة، و يلوح عن الشهيد الثانى قدس سره فى هبة المالك، و رجحه فخر الدين فى الايضاح فيما حكى عنهما.

و غاية ما يمكن الاستدلال به لاشتراط الإجازة قاعدة السلطنة، و توقف حلية المال على الرضا و طيب النفس، و أما رضاه أو طيب نفسه السابق فغير مفيد. لأنه لم يكن مالكا حينئذ، مضافا إلى شمول الأخبار الناهية عن بيع ما ليس عنده، و إلى فحوى ما ورد نكاح العبد و أنه لو لا سكوت الموالى لا يكفى مجرد عتق العبد بعد ذلك و صيرورته مالكا لأمر نفسه «١».

لكن يمكن الاستدلال على الصحة بدونها بأنه عقد البيع لنفسه و تم اسناده إليه، بانيا على اشتراطه و اقباضه، فيشمله عمومات وجوب الوفاء.

و القول بأنه لا يصح بيع مال الغير، لازمه الحكم بالفساد من أصله، و المفروض أنا صححنا البيع، فلو قلنا بالصحة لم يكن هناك بد من القول بعدم الحاجة إلى الإجازة اللاحقة، لأنه تم اسناد العقد إليه، و أما الأخبار الناهية فقد عرفت دلالتها على الفساد مطلقا، و رواية العبد ناظرة إلى تصحيح النكاح من أول أمره حتى لا يحتاج إلى القول بالصحة بعد عتقه، بل لعله دليل على بطلان عقده حتى مع الإجازة لمكان سؤاله عن تجديد النكاح الظاهر فى لزوم إجراء الصيغة الجديدة.

نعم، يمكن أن يقال: ظاهر أدلة طيب النفس، طيبها بعد صيرورته مالكا، فلا بد هنا من طيب النفس بعد الملكية و لو لم نقل بلزوم إنشاء الإجازة.

إن قلت: هو غير مأمور بالوفاء قبل الملك فيستصحب، و المقام مقام استصحاب حكم المخصص لا غير.

(١). راجع وسائل الشريعة، ج ١٤، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الاماء، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٣٥

قلت: بل هو مأمور بالوفاء بمقتضى عقده إذا قدر عليه، و إنما يمنعه عدم القدرة قبل كونه مالكا، كما إذا منعه مانع مع كونه مالكا، فإذا حصلت القدرة وجب عليه الوفاء.

و بالجملة إذا صححنا أصل هذا العقد، فلا مناص من الحكم بعدم الحاجة إلى الإجازة اللاحقة فتأمل، و لعمرى أن هذا أيضا ممّا يشهد على فساد هذه المعاملة من أصله، لأن الالتزام به مشكل.

٢- قد ورد في الروايات الباب الإشارة إلى «العينة»

، و هي نوع من المعاملة و لا بدّ تحقيق معناه للإحاطة بمفاد أخبار الباب فنقول:
قال في لسان العرب «العين و العينة الربا، و عين التاجر أخذ بالعينة أو أعطى بها و العينة السلف».
و قال أيضا: «و ذلك إذا باع من رجل سلعة بثمن معلوم إلى أجل، ثم اشتراه منه بأقل من الثمن الذي باعها به، و قد كره العينة أكثر الفقهاء.
فان اشترى التاجر بحضرة طالب العينة سلعة من آخر بثمن معلوم و قبضها ثم باعها من طالب العينة بثمن أكثر ممّا اشتراه، إلى أجل مسمى، ثم باعها المشتري من البائع الأول بالنقد بأقل من الثمن الذي اشتراها به، فهذه عينة و هي أهون من الاولى و أكثر الفقهاء على اجازتها على كراهة من بعضهم لها.
و إن اشتراها المتعين بشرط أن يبيعها من بايعها الأول، فالبيع فاسد عند جميعهم و سميت عينة لحصول النقد لطالب العينة و ذلك أن العينة اشتقاقها من العين، و هو النقد الحاضر» (١).
و قال ابن قدامة في المعنى: «روى عن أحمد قال، العينة أن يكون عند الرجل مال فلا يبيعه إلا بنسيئة».
و قال الطريحي في مجمع البحرين: «و العينة بالكسر السلعة، و قد جاء ذكرها في الحديث، و اختلف في تفسيرها فقال: ابن ادريس في السرائر:

(١). لسان العرب، ج ١٣، ص ٣٠٦.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٣٦

العينة معناها في الشريعة هو أن يشتري سلعة بثمن مؤجل يبيعها بدون ذلك الثمن نقدا ليقضى دينا عليه لمن قد حل له عليه و يكون الدين الثاني، و هو العينة، من صاحب الدين الأول مأخوذ من العين و هو النقد الحاضر.
و قال في التحرير: العينة، الجائزة.
و قال: في الصحاح هي السلف» (١).
و في المنجد: بيع العينة مقابلة انتظار الثمن.
و في الحدائق تعرض للمسألة و قال: قد تكاثرت الروايات بذكر العينة و لم أقف في الكتب الفقهية على من تعرض لذكرها بهذا العنوان إلا ما سيأتى من نقل كلام لابن ادريس في السرائر.
ثم ذكر كلام ابن الأثير في النهاية، و ذكر المعنيين اللذين ذكرهما في لسان العرب (٢).
(و كأنّ لسان العرب أخذ منه).
و قد أشار إليه في الجواهر أيضا في باب النقد و النسيئة فراجع (٣).
أقول: و يظهر من ذلك كله:

أولا: إن أصل العينة من العين، و هو النقد الحاضر، و تسمية النسيئة أو السلف بالعينة لأنّ صاحبها يتوسل إليه حتى يحصل له النقد الحاضر.

و ثانيا: إنّ ذلك كان منهم تارة للحصول على متاع حاضر بدون رد ثمنه فعلا فكان الرجل يأتي التاجر الذي لا يكون المتاع عنده فيشتري التاجر المتاع له نقدا بثمن ثم يبيعه نسيئة منه بثمن أزيد في مقابل الأجل، بل قد لا يشتري التاجر بنفسه و يعطى الثمن النقد للمشتري و يوكله في اشتراء المتاع له، ثم إذا أتى به باعه بأكثر من ثمن النقد إلى أجل، كما يظهر من روايتي منصور بن حازم (٤).

- (١). مجمع البحرين، ج ٦، ص ٢٨٨ مادة العين.
- (٢). الحدائق الناضرة، ج ٢٠، ص ٩٣.
- (٣). جواهر الكلام، ج ٢٣، ص ١٠٩.
- (٤). راجع وسائل الشريعة، ج ١٢، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، ح ١١ و ١٢.
- أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٣٧
- و حاصل هذا جواز البيع إلى أجل بثمان أكثر من ثمن النقد، و هذا لا أشكال فيه، نعم إذا لم يكن المتاع عند التاجر فلا يبيع ما ليس عنده، بل يشتري أولاً ثم يبيعه منه.
- و اخرى كان بعنوان الفرار من الربا، بأن يكون الزيادة في ضمن بيع، فيأتي من يريد القرض عند التاجر، فيشتري له متاعاً نقداً بثمان و يبيعه منه نسيئة بأكثر، ثم يأخذ المشتري المتاع و يأتي البائع الأول فيبيعه له بعين الثمن الذي اشترى التاجر منه أو بأقل، و يأخذ النقد لحاجته، و هذا إن كان بيعاً حقيقياً جدياً من الطرفين كان صحيحاً، و إن كان صورة فرار عن الربا فهو غير صحيح، و إليه يشير ما ورد في رواية حسين بن منذر عن أبي عبد الله عليه السلام «١»، و ما في رواية اسماعيل بن عبد الخالق «٢»، فراجع و تدبر جيداً.

٣- لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف، ثم بان كونه جائز التصرف، فهل تصح المعاملة

- بدون الإجازة أو معها أم لا؟ و هذه المسألة و إن جعلها في المكاسب ثالث المسائل في المقام، إلا أن الظاهر أنها مغايرة لما سبق بالمرّة، و أمر مستقل بنفسه، و لقد أجاد المحقق الايرواني قدس سرّه حيث قال: هذه المسألة أجنبية عن مسائل «عدم كون العاقد جائز التصرف حال العقد، ثم صيرورته جائز التصرف» فذكرها في عدادها بلا وجه «٣».
- و على كل حال فقد ذكر شيخنا الأعظم قدس سرّه لها صوراً أربع:
- ١- أن يبيع للمالك فانكشف كونه ولياً عنه.
 - ٢- أن يبيع لنفسه فانكشف كونه ولياً.
 - ٣- أن يبيع للمالك فانكشف كونه مالكا.
 - ٤- أن يبيع لنفسه فانكشف كونه مالكا.
- و في الحقيقة ترجع هذه الصور إلى صورتين:
- إحدهما: أن يكون تصرفه مطابقاً للواقع و ما هو الجائز له، كما إذا باع لنفسه و كان مالكا، أو باع لغيره و كان ولياً أو وكيلاً و لكن لا يعلمه.

(١). وسائل الشريعة، ج ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، ح ٤.

(٢). المصدر السابق، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، ح ١٤.

(٣). حاشية المكاسب، للايرواني قدس سرّه، ص ١٣٨.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٣٨

ثانيتها: أن لا يكون مطابقاً لما هو الجائز له واقعا، كما إذا باع لنفسه و كان ولياً، أو باع لغيره و كان مالكا.

أمّا الصورة الثانية، ففي الواقع خارجة عن محل الكلام و مندرجة في سائر أقسام الفضولي، لأنّ المروض أن ما قصد غير موافق للواقع و مجرد كونه ولياً أو مالكا مع عدم مطابقتها ما قصده لما وقع لا يخرج عن الفضولي، فقد أنشأ عقداً لم يكن مجازاً فيه، أو لم يكن راضياً به، فيجرى فيه ما جرى في الفضولي.

و قد مثلوا له بما إذا باع مال أبيه لأبيه بظن حياته فبان كونه ميتا و المال ماله، و ذكروا فيه أقوالا:

١- صحة من دون حاجة إلى الإجازة كما عن غير واحد.

٢- صحة مع الحاجة إلى الإجازة كما عن المحقق و الشهيد الثاني قدس سره.

٣- البطلان كما احتمله العلماء قدس سره في النهاية و الشهيد قدس سره في قواعده فيما حكى عنهما، و لكن الوسط هو الأوسط.

أمّا صحته، فلوقوع الإنشاء صحيحا، و قصد الغير لا- يضره كما مرّ عكسه فيما إذا باع مال الغير لنفسه ثم اذن الغير، و أمّا حاجته إلى الإجازة، فلاّنه لم يطب نفسه بخروج المال عن ملكه، بل طاب نفسه بخروجه عن ملك أبيه، فهو أيضا من قبيل الفضولي و إن لم يكن من الفضولي حقيقة.

و الذي ينبغي الكلام فيه هي الصورة الاولى بأن وافق قصده للواقع مع عدم علمه به، فهل تخرج بذلك عن الفضولي بحيث لا تحتاج إلى إجازة جديدة، أو لا؟ و ذلك كما إذا قصد البيع باعتقاد عدم كونه و كيلا فبان كونه و كيلا، أو قصد لنفسه باعتقاد عدم كونه مالكا فبان كونه مالكا. ففي الشق الأول كان صحيحا لازما لصدوره عن أهله و وقوعه في محله، و مجرد اعتقاد عدم الوكالة لا يضر بشيء من أركان العقد، و إن شئت قلت: الوكالة ليست أمرا قصديا، بل هي أمر واقعي و هو حاصل على الفرض. و قد أوجب الإجازة هنا السيد قدس سره في تعليقه، و هو ضعيف لا وجه له يعتد به بعد ما عرفت.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٣٩

و كذا الشق الثاني، لكنه موقوف على الإجازة، لأنّ الرضا لا- بدّ أن يكون متعلقا بخروج المال عن ملكه، و المفروض عدم كونه كذلك، بل رضى بخروجه عن ملكه غيره في الواقع، و لذا قد يبيعه بضمن بخس و لو كان ملك نفسه لم يكن كذلك. و إن شئت قلت: أنّه و إن قصد البيع لنفسه و كان المال له واقعا و لكنه كان يظن حياة أبيه مثلا و أنّ المال ماله و أنّه يبيع هذا المال غصبا عليه، فالرضا الباطني و طيب النفس المعتبر في التجارة غير حاصل هنا، إلّا أن يكون في الباطن راضيا على كل تقدير فتدبر.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٤١

الكلام في أحكام «العقد المجاز»

إشارة

و المراد منه العقد الواقع عليه الإجازة، و الكلام فيه يقع في مسائل:

المسألة الاولى: لا ينبغي الشك في اعتبار جميع الشرائط المعتبرة في غير الفضولي فيه، لعدم فرق من هذه الناحية، إنّما الكلام في أنّه هل يشترط أن تكون جميع الشرائط موجودة حين العقد، أو حين الإجازة، أو حينهما و إن فقدت في البين، أو من حين العقد إلى تمام الإجازة؟ (هنا احتمالات أربعة).

هذا و الانصاف أن يفرق بين هذه الشرائط فإنّها مختلفة جدّا، لكل منها حكمه فهي على طوائف:

١- ما هو من شرائط الإنشاء كالصراحة أو الظهور، و التنجيز و قصد الإنشاء، و الماضيّة على القول به و غير ذلك، و كلام في اعتبارها في نفس العقد.

٢- ما هو من شرائط العوضين كالمعلومية و الملكية و الطلقة و غير ذلك، فلا يصح البيع على المجهول، و لا على الخمر و شبهها ممّا لا يملك، و لا الوقف، و لا ما لا يقدر على تسليمه كالسمك في البحار و الطير في الهواء و غير ذلك.

٣- منها ما يكون شرطا في المتعاقدين كالعقل و البلوغ و عدم السفه و الحجر و شبهها.

أمّا الاولى: فقد عرفت و صوح اعتبارها.

و أما الثانية: فلو كان شيء مجهولاً في ظرف إنشاء العقد، معلوماً عند الإجازة، فالظاهر عدم صحة العقد الواقع عليه لظهور أدلة اعتبار العلم في ذلك. سواء قلنا بالكشف أو النقل، وإن كان الحال أظهر على الكشف، لا سيما أن المفروض كون أحد الطرفين أصيلاً، بل لو

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٤٢

فرض الفضولي من الجانبين كان العلم أيضاً معتبراً حال العقد، للنهي عن بيع الغرر، اللهم إلا أن يقال: إن الإنشاء وإن كان غريباً و لكنه يكفي زواله عند الإجازة فتأمل.

و هكذا إذا كان الثمن أو المثلن خمراً أو شبهها عند العقد و صار خلا عند الإجازة أو كان عصيراً طاهراً عند العقد، ثم صار خمراً نجساً بين العقد و الإجازة ثم صار خلا عند الإجازة فالظاهر بطلان العقد في جميع هذه الصور لظهور اعتبار الشرائط من حين العقد إلى زمان الإجازة.

أمّا على النقل فواضح، لكون الإجازة أحد ركني العقد و لازمه كون المبيع خمراً بين زمانى الإيجاب و القبول، و أمّا على الكشف فكذلك أيضاً لأنها شرط على كل حال و لا يتم العقد إلا بها و إن كشفت عن تأثير العقد من زمن حصوله فتأمل.

و كذا لو كان مالاً- موقوفاً خاصاً عند العقد، فخرج عنه لبعض الجهات التي ذكرها في باب الوقف فصار طلقاً عند الإجازة، لظهور الأدلة في ذلك، و كذا لو كان طلقاً عند العقد ثم صار وقفاً ثم صار طلقاً حين الإجازة، لأنّ ظاهر أدلة الشرائط ثبوتها من حين الإيجاب إلى تمام القبول.

نعم إذا لم يقدر على تسليمه كالعبد الآبق فباعه بدون ضميمه مع علمه بالقدرة على تسليمه حين الإجازة، أو مع عدم العلم ثم صار مقدوراً من باب الاتفاق فإنه لا يبعد صحته، لأنّ المستفاد من أدلة اعتبارها بملاحظة مناسبة الحكم و الموضوع هو اعتبارها لتحقيق الوفاء بالقبض و الاقباض و إن كان لا يخلو عن إشكال.

و هكذا لو كان المشتري للمصحف كافراً حين العقد ثم أسلم حين الإجازة، أو كان مسلماً حينه ثم ارتد بعده ثم أسلم و تاب حين الإجازة.

و الحاصل: أنّ الدليل في جميع ذلك اطلاق أدلة هذه الشرائط، الشاملة من حين ابتداء العقد إلى تمام الإجازة، من غير فرق بين القول بالكشف أو النقل، إلا ما كان منصرفاً إلى خصوص حال النقل و الانتقال فيكون حين الإجازة على النقل و بعد تمام العقد على الكشف الحقيقي.

و أما الثالثة: أعنى شرائط المتعاقدين فيجوز فيها الوجوه الأربعة السابقة من اعتبارها

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٤٣

حين العقد، أو حين الإجازة، أو حينهما مع عدم اعتبار ما بينهما، أو جميع ذلك أى من أول زمن العقد إلى آخر زمن الإجازة. أمّا النسبة إلى العاقد الفضولي فالظاهر أنه لا يعتبر فيه ما عدا العقل لأنه في الحقيقة مجرد للصيغة، فكونه سفياً في الأمور المالية، أو محجوراً، أو صبياً لم يضره بعد علمه و قدرته على إنشاء العقد، فإذا اجازة المالك بعد ذلك كان صحيحاً.

أمّا المالك فقد يكون جامعاً للشرائط حين العقد فقط من العقل و البلوغ و الرشيد و عدم الحجر و غير ذلك، و اخرى حين الإجازة فقط، و ثالثة في الحالتين من دون وجود الصفات أو بعضها في الاثناء في الموارد التي يتصور فيها ذلك.

و قد مر بعض الكلام فيها في بعض المباحث السابقة و أنه هل يشترط وجود المجيز، أى من يصلح للإجازة حال العقد أم لا؟

و نزيدك هنا أنه لا- ينبغى الشك في لزوم تحقيق هذه الشرائط عنده الإجازة بناء على كونها أحد أركان العقد، و لو على القول بالكشف، لما عرفت من أنّ عدم اعتبارها مطلقاً و كون تمام العلة هو العقد الفضولي ممّا لا يمكن التفوه به و إن كان يظهر من بعض العبارات.

و أما لزومها في الأثناء (أى بين العقد والإجازة) و كذا حال العقد مبنى على استفادة الاطلاق من ادلتها، و قد عرفت سابقا عدم الدليل عليه، و أنه يكفي اجتماعها في المجيز حال الإجازة على جميع الأقوال، و لكن يظهر من بعض كلمات صاحب الجواهر قدس سره اعتبار وجودها إجمالا من أول زمن العقد إلى آخر زمن الإجازة، حتى أنه ذكر مسألة ترويح الصغيرين المصرح به في النصوص بأنه على خلاف القاعدة و قال بعدم التعدي منه إلى غيره و لكن التحقيق ما عرفت من عدم الدليل على هذا الاشتراط.

المسألة الثانية: هل يعتبر في العقد المجاز أن يكون معلوما بالتفصيل للمجيز أم لا؟ فيه كلام بينهم.

و الجهالة قد تكون بخصوصيات المبيع و الثمن مع معلومية كونه بيعا، و اخرى يكون في

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٤٤

جنس العقد و نوعه كالبيع و الصلح و غيرهما، و ثالثة يكون الشك و الجهل في أصل وقوع العقد فيجيزه على تقدير وقوعه.

قد يقال بالصحة في الجميع كما في تعليقه السيد قدس سره نظرا إلى أن الإجازة كالتوكيل و قد حقق في محله أنه يجوز مطلقا إلا في الأمر المبهم أو المردد كأن يقول: وكتتك في شيء، أو في التصرف في مالى، أو في أحد الأمرين من البيع أو النكاح، مع إرادة التريد لا-التخير، فكما لا يضر الجهل في التوكيل، فكذا في الإجازة، و أما في الجهل بأصل وقوع المعاملة فهو أيضا صحيح لمنع كونه راجعا إلى التعليق، و على فرضه لا دليل على بطلانه مطلقا، و العمدة فيه الإجماع و هو غير شامل لما نحن فيه (انتهى ملخصا).

و قد يفصل بين الجهل بخصوصيات العوضين و العقد، و الجهل بأصل المعاملة نظرا إلى أن الأول كالوكالة، و هى جائزة مع الجهل بالخصوصيات، و الثانى كالتعليق فى الإنشاء، و هو باطل.

و قد يقال بالبطلان فى الجميع كما ذكر المحقق النائنى قدس سره، لأن المفروض وقوع المعاملة و صدورها و أن الإجازة من قبيل الايقاعات، و لا يجوز التعليق فى الايقاع قطعا (انتهى ملخصا).

أقول: لا- بد قبل كل شيء من تحليل حقيقة الإجازة و مغزاها، و هل هى شيء كالوكالة، كما ذكره السيد قدس سره أو من قبيل الايقاع كما ذكره المحقق النائنى قدس سره أو كأحد ركنى العقد كما يظهر من كلمات شيخنا الأعظم قدس سره.

الحق هو الأخير، و ذلك لما عرفت من أن المجيز يكون بالإجازة أحد طرفى العقد، و أن عقد الفضولى مجرد إنشاء يستعد لانتسابه إلى المالك، و بالإجازة يتم الأمر، و أمّا الوكالة فأنما تكون قبل العمل، و لا معنى للتوكيل بعده، بل لا يبقى محلّا للتنفيذ، و كذلك لا معنى لجعل الإجازة من الايقاعات لعدم كونها أمرا مستقلا برأسها، مع أن كل ايقاع مستقل كالإبراء و شبهه، و المفروض أن العقد لم يتم بعد و إنما يتم بعد ورود الإجازة و بالإجازة يكون المجيز أحد طرفى العقد.

و الحاصل: أن الإجازة فى الحقيقة تنفيذ للعقد الواقع، فهى أشبه شيء بالايجاب و لا يجوز تعليقها بالمجهول.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٤٥

و لنعم ما قاله المحقق الأصفهانى قدس سره فى توجيه الفساد مع الجهل بقوله: «وجه الفساد مع عدم العلم التفصيلى، كون الإجازة أحد طرفى المعاهدة الحقيقية و إن لم تكن أحد طرفى العقد الإنشائى، و يدل عليه أن المخاطب بالوفاء هو العاقد بالحقيقة، و ما لم تتحقق الإجازة من المالك لا يخاطب بالوفاء، فيعلم أنه باجازه يكون عقدا، عليه الوفاء «١» هذا أولا.

و أما الثانى: فإنّ الجهل غير المضر فى الوكالة إنما هو فى الخصوصيات لا فى النوع، فلا يجوز التريد بين البيع و الإجازة أو النكاح و الطلاق (بعنوان التريد)، نعم يجوز التعميم بأن يجعل له وكالة مطلقه تشمل البيع و الإجازة و غيرهما، و فى الحقيقة هذا وكالة فى امور كثيرة. كل ذلك لعدم لدليل عليه، و اطلاقات أدلة الوكالة ناظرة إلى إمضائها عند العقلاء كما فى سائر المقامات، لا ما يروونه باطلا، و السر فى ذلك مسيس الحاجة إلى التوكيل فى امور لا يمكن ذكر خصوصياتها من قبل.

و لقد أجاد العلامة قدس سره فى التذكرة حيث قال: «لا يشترط فى متعلق الوكالة و هو ما و كل فيها أن يكون معلوما من كل جهة، فان الوكالة إنما جوزت لعموم الحاجة و ذلك يقتضى المسامحة فيها» «٢» و هذا لا يشمل التريد بين أنواع المعاملات كما لا يشمل

الإجازة في الفضولي.

و بالجمله فإنّ الشارع أمضى ما عند العقلاء هنا، و القدر المتيقن عندهم هو ما إذا جهل خصوصيات نوع من المعاملة لا ما كان هناك ترديد بين أنواع المعاملات.

في ترتيب العقود

المسألة الثالثة: إذا ترتبت العقود الفضولية على المثلن أو المثلن أو عليهما، فإن أجاز الجميع فلا كلام، و أمّا إن أجازة واحدا منهما، فالمشهور أنّه إن كان العقد الواقع على المثلن صح و ما بعده، و إن كان العقد الواقع على المثلن صح و ما قبله.

(١). حاشية كتاب المكاسب، للمحقق الاصفهاني قدس سرّه، ص ١٨٠.

(٢). تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ١١٨.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٤٦

و الوجه فيه ظاهر، فإنّ المثلن إذا صح بيعه كان ما بعده من البيوع صحيحة لا ما قبله، لعدم الإجازة، و أمّا المثلن إذا صح بيعه لا يمكن إلّا بصحة ما قبله، و لازمه فساد ما بعده لأنّه أخذه ثمننا، فلم يقبل العقود الاخرى الواقعة عليه.

و هذا هو المسمى عندهم بترامى العقود أو ترتيبها، أو تعاقب الأيدي.

و المسألة إن فرضت بسببته فان وقعت عقود مترتبة على خصوص المثلن، أو على خصوص المثلن فحكمها إجمالاً واضح كما عرفت، و الأوّل كما إذا باع الفضولي داراً بألف نقداً، و باعه المشتري بألفين إلى سنة، و باعه المشتري الثاني بثلاث آلاف إلى سنتين، فان أجاز المالك العقد الأوّل صحّ جميع ما بعده لأنّه انتقل إلى المشتري فكان بيعه صحيحاً، و كذلك بالنسبة إلى إجازة الثانية و الثالثة (هذا مع قطع النظر عن مسألة من باع ثم ملك، و مع قطع النظر مسألة الكشف و النقل).

و الثاني كما إذا باع الفضولي العبد بفرس، ثم باع هو نفسه الفرس بدرهم ثم باع الدرهم برغيف، ثم باع الرغيف بعسل (و جميع هذا المعاملات الواقعة على المثلن وقعت من الفضولي واحد بخلاف المعاملات الواقعة على المثلن فأنّها تقع من اشخاص متعددة). فحينئذ إذا أجاز المالك أحد هذا العقود فصحة يتوقف على صحة ما قبله حتى يتم له أخذ هذا المثلن.

و الحاصل: إنّ الكلام في العقود الطولية الواقعة على المثلن أو المثلن تارة يقع من اشخاص متعددين (و ذلك في ترتيب العقود على المثلن) و اخرى من شخص واحد (و ذلك في ترتيبها على المثلن).

و لكن قد تتركب العقود الواقعة عليهما، فتزيد أمثله اغلاقاً، و إن كان حكمها ظاهر، و قد فرض الشيخ قدس سرّه مثال الجميع فيما يلي:

«باع الفضولي عبد المالك بفرس، ثم باعه المشتري بكتاب، ثم باعه الثالث بدينار.

و باع الفضولي الفرس بدرهم، ثم الدرهم بالرغيف، ثم الرغيف بالعسل.

ثم باع الثالث الدينار بالجارية.

و باع صاحب الدرهم (الذي وصل إليه في مقابل رغيفه) الدرهم بحمار».

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٤٧

و هي مركبة عن أربع صور (صورة بسيطة للمثلن و اخرى للمثلن، و صورتان مركبتان)، صورته الواضحة كما يلي:

العبد/ بالفرس / ثم العبد بالكتاب / ثم العبد بالدينار

العبد/ بالدرهم / بالحمار / بالجارية

العبد / بالرغيف /

العبد / بالعسل /

و غرضه من هذا المثل فرض جميع صور التركيب فيه.

و لنعد إلى حكم المسألة و أنه هل يجوز إجازة واحد منها حتى يتم ما أشرنا إليه من صحته و ما بعده في المثل، و صحته و ما قبله في المثل أو لا؟

قال في مفتاح الكرامة: «و أمّا أنه للمالك تتبع العقود و رعاية مصلحته فلا ريب فيه، و قد نص عليه في نهاية الأحكام و التذكرة و الايضاح و الدروس أنه إن جاز عقدا على المبيع صح و ما بعده خاصة، و في المثل منعكس، و قد اعترض عليهما المحقق الثاني قدس سره، و تبعه الشهيد الثاني قدس سره في جامع المقاصد و المسالك و الروضة بأن ذلك غير مستقيم» (١).

و الذي يظهر من جامع المقاصد أن عمدة الإشكال في المسألة من ناحيتين:

أولاً: من ناحية المثل فان الحكم بصحة العقود التالية بناء على الكشف واضح لأن كل واحد منهم باع ما كان له، و إن قلنا بالنقل يأتي فيه وجوه ثلاثة مضي ذكرها:

١- البطلان لتعذر الإجازة، لانحصارها في المالك.

٢- الصحة بدون الحاجة إلى الإجازة.

٣- توقفه على إجازته.

و في ناحية المثل إنما يصح عليه و ما قبله من باب حمل كلام المسلم على الصحة، و لكنه يستقيم إذا جرت العقود على المثل، ثم على ثمنه، فلو جرت على المثل الأول خاصة، مرارا (كما إذا جرت على خصوص الفرس مرارا) فأجاز واحدا منها يصح و ما بعده لا ما قبله (انتهى ملخص كلامه).

(١). مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٤٨

و تبعه في ذلك صاحب الجواهر قدس سره و ذكر ما يقرب من كلامه فراجع «١».

أقول: الأولى أن يقال: أمّا بالنسبة إلى العقود الواقعة على المثل مرارا فعلى القول بالكشف فواضح، و على القول بالنقل دخل ما بعده في مسألة من باع ثم ملك، فان قلنا بالصحة بدون الحاجة إلى الإجازة، كانت الجميع تامه، و إن قلنا بالإجازة لازمه كان اللازم إجازة كل واحد منهم على الترتيب، بأن يجيز بايع العبد بالكتاب (بعد إجازة المالك الأصلي) ثم يجيز بايع العبد بالدينار، و لو اجازوا في زمن واحد لم يكف، و حيث أنا ابطلنا مسألة من باع ثم ملك في الأعيان الشخصية فالبطلان هنا ثابت.

و أمّا في ناحية المثل، فالحكم بصحة العقود المترتبة المتقدمة إنما يتم من باب الملازمة العرفية، لأن المفروض أن المالك عالم بها إجمالا، فيجيزها حتى يتم له المثل الذي أجازته، و لا دخل له بمسألة من باع ثم ملك كما هو ظاهر، و أمّا الاستثناء الذي ذكره جامع المقاصد من أن ذلك إنما يتم إذا لم تجر البيوع على المثل مرارا فهذا خارج عن محط كلامهم، لأنه على هذا الفرض عومل مع المثل معاملة المثل، فحينئذ يتم فيه و فيما بعده لا فيما قبله، فتدبر جيدا فان المقام من مزال الاقدام.

(١). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٤٩

في أحكام الرد

إشارة

و فيه مسائل:

المسألة الأولى: بماذا يتحقق الرد؟

إشارة

الرد قد يكون بالقول، و أخرى بالفعل، و هو على خمسة أقسام:

أحدهما: ما يكون بفعل قائم مقام القول و يقصد به إنشاء الرد، كما إذا أخذ المتاع من يد المشتري أو الفضولي بهذا القصد.

ثانيها: إذا لم يقصد إنشاء الرد به، و لكن كان متلفاً للموضوع حقيقة أو حكماً، و الأول:

كما إذا كان طعاماً و أكله المالك، و الثاني: كما إذا استولد الأمة لعدم بقاء محل للإجازة، لأنه بحكم المتلف، و العجب من بعض الأعاظم حيث ذكره بعنوان المثال لما لم يخرج عن قابلية الإجازة، مع أن الاستيلاء مانع عن البيع و اجازة الفضولي.

ثالثها: ما إذا أخرجه عن ملكه بالبيع و الوقف و الهبة أو أمثالها.

رابعها: إذا لم يخرج عن ملكه و لكن استوفى منافعه بالإجازة و نحوها.

و خامسها: التصرفات غير المخرجة عن الملك و لا المتلفة مع كونها منافية للإجازة، كتعريضه للبيع، فيصير مع القسم الأول ستة أقسام. و قبل ذكر أحكامها لا بد من التنبيه على أمر، و هو أن هذا البحث فرع بطلان عقد الفضولي بالرد، إما لأنه مجمع عليه، أو لأن العقد يخرج عرفاً عن صلاحية الإجازة بعد وقوع الرد لعدم بقاء معنى المعاقدة، و لكن قد عرفت الإشكال في كليهما سابقاً، و أن الإجماع غير ثابت، و أن المعاقدة باقية ما دام الأصيل باق على تعهده و التزامه، و لم يكن

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٥٠

هناك فصل طويل يخرج عن صدق العقد، و لذا ورد الحكم بالصحة في صحيحة «محمد بن قيس» بعد إجازة المالك، مع وقوع الإجازة فيها بعد الرد قطعاً، و القول بأن الرد في مورد الصحيحة غير ثابت بعد وقوع تلك المنازعات من صاحب الوليدة عجيب! و العجب من المحقق اليزدي قدس سره حيث قال في بعض كلماته في المقام: قد مرّ سابقاً أن الرد موجب لانفساخ العقد بحيث لا يقبل الإجازة بعد ذلك لعدم بقاء المعاقدة و المعاهدة معا «١».

مع أنه ذكر في بعض كلماته السابقة ما هذا لفظه: الحق أن الرد من المالك غير مانع من الإجازة بعد ذلك و لا يوجب الفسخ انتهى «٢».

اللهم إلا أن يكون ناظرًا إلى مذهب المشهور فتأمل.

إذا عرفت ذلك فلنرجع إلى أحكام هذا الاقسام (بناء على تأثير الرد) فنقول و منه جل سبحانه التوفيق و الهداية:

أما الرد القولي فيكفي فيه كل ما يكون صريحاً أو ظاهراً في إنشاء الفسخ و الرد، و ما يظهر من كلام شيخنا الأنصاري قدس سره من اعتبار الصراحة لا نعرف له وجهاً بعد كفاية الظهور العرفي في جميع أبواب العقود و الايقاعات، و هكذا.

و أما الرد الفعلي، فعلى أقسام:

القسم الأول: من الفعلي، أعنى الفعل القائم مقامه.

القسم الثاني: أعنى العمل الموجب للإتلاف إذا كان مع العلم بالعقد الواقع من الفضولي فهو لا ينفك عن الرد، نعم لو كان مع الجهل

فقد يتوهم أنه لا- يمنع عن الإجازة بناء على الكشف، لأن إجازته و الحال هذه يكشف عن بطلان تصرفاته المتلفة، فيضمن العين المتلفة.

وفيه: إن الكشف فرع صحة الإجازة، و الإجازة فرع كونه مالكا، مع أن الائلاف يوجب فناء موضوع الملك كما لا يخفى.

(١). حاشية المكاسب، للسيد الطباطبائي اليزدى قدس سره، ص ١٧٣.

(٢). المصدر السابق.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٥١

و منه يظهر الكلام في القسم الثالث، فإنه إذا أخرجه عن ملكه بالبيع و الوقف و الهبة فهو ليس مالكا لشيء حتى يجيز عقده و لو على القول بالكشف الحقيقي.

و القول بأن صحة البيع فرع عدم صحة الإجازة، و عدم صحتها فرع صحة البيع، فيوجب الدور، كما ترى، فان هذا الكلام بعينه جار في صحة الإجازة، لأن صحتها فرع بطلان البيع، و بطلانه فرع صحة الإجازة، و الانصاف أن البيع أمر صادر عن أهله واقع في محله، فلا وجه للقول بفساده، فتبطل محل الإجازة.

القسم الرابع: و هو ما إذا تصرف في العين تصرفا غير مخرج من الملك كإجارة الملك، فمن الواضح أنه غير مانع عن الإجازة، لأن الملك ينتقل إلى المشتري مسلوب المنافع في مدة الإجازة، أما على النقل فواضح، و أما على الكشف فيمكن القول بكون الإجازة فاسدة.

القسم الخامس: أعنى ما إذا تصرف فيه تصرفات غير متلفة و لا ناقله لها و لا لمنافعها بل تصرف فيها تصرفا منافيا للإجازة كجعلها معرضا للبيع و شبهه، و قد قسمها شيخنا الأعظم قدس سره أيضا على قسمين: لأنه أما يقع في حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولى على ماله، أو في حال عدم الالتفات، ثم جعل القسم الأول كافيا في مقام الرد و استدلل له بأمر ثلاثة.

١- صدق عنوان الرد عليه الوارد (هو أو شبهه) في روايات نكاح العبد بغير إذن مولاه.

٢- خروج المالك بذلك عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد.

٣- فحوى الإجماع المدعى على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل كالوطى و العتق و البيع.

و اختار في القسم الثانى عدم الكفاية لعدم صدق عنوان الرد و عدم منافاته للإجازة اللاحقة، ثم استشكل فيه و فى ما قبله ببعض الإشكالات ثم رجع و مال إلى التفصيل المذكور.

أقول: و الإنصاف أنه إن كان فعل المنافى بقصد إنشاء الفسخ و الرد- كما يظهر من بعض كلماته قدس سره و استظهره السيد المحشى من بعض كلماته- فهو، و إلا فالحق عدم الكفاية

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٥٢

و عدم تمامية شيء من الأدلة المذكورة، أما صدق الرد فممنوع بدون قصد الإنشاء، و أما الروايات الواردة في نكاح العبد، فالظاهر أنها ناظرة إلى مجرد كون اختيار الفسخ بيد المولى، لا غير، و أما الفسخ في العقود الجائزة بمجرد الفعل من دون قصد الإنشاء فهو أيضا أول الكلام، و ما ذكره المحقق النائيني قدس سره فى بعض كلماته فى المقام أن قياس أحدهما على الآخر مع الفارق لعدم الجامع بينهما «١». محل إشكال، لأن الظاهر أنهما من واد واحد و أن اللازم فى كليهما قصد إنشاء الفسخ، و الظاهر أن هنا أمرين قد يقع الخلط بينهما:

«أحدهما» حكم المسألة فى مقام الثبوت، و الأقوى لزوم قصد الإنشاء فى الرد، و «الثانى» حكم مقام الإثبات و أن مجرد الفعل المنافى هل يدل على قصد الرد أم لا؟ و الظاهر دلالاته عند الالتفات و عدم دلالاته مع الجهل بوقوع العقد أو الغفلة عنه.

هذا وقد أورد بعض المحققين في حاشيته على المكاسب على شيخنا الأنصاري قدس سره بما حاصله، إن ما ذكره هنا ينافي ما ذكره في جواب صاحب المقاييس في الدليل السادس حيث صرح بأن الفعل المنافي لمعنى العقد ليس فسخا، خصوصا مع عدم التفاته إلى وقوع عقد الفضولي، غاية ما في الباب أن الفعل المنافي لمعنى العقد مفوت لحمل الإجازة (إذا كان يبيعا صحيحا أو شبهه) فإذا فرض وقوعه صحيحا فمحل الإجازة، نعم لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل فسخ العقد بحيث يعد فسخا فعليا لم يبعد كونه كالإنشاء بالقول (٢).

قلت: هذا أيضا مما يؤكد أن مراد الشيخ في المقام من الفعل المنافي مع الالتفات، الفعل الذي قصد به إنشاء الفسخ لا غير، فراجع و تأمل.

بقي هنا فروع:

أشار إليها السيد قدس سره في تعليقاته لا بأس بذكرها و الإشارة إلى أدلتها:
الأول: إذا رد قبل تحقق العقد، فقال مثلا: كل ما تباع من أموالى فهو مردود عندى،

(١). منية الطالب، ج ١، ص ٢٨٧.

(٢). حاشية المكاسب، للمحقق الأصفهاني قدس سره، ١٨٦.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٥٣

فالظاهر عدم تأثيره، ومثله ما إذا نهى عنه، لأن الفسخ قبل العقد لا معنى له، وتوهم خروجه بذلك من أن يكون أحد طرفى العقد و لو فى المستقبل، ظاهر البطلان، لأن هذا لا يمنع عن صحة إنشاء الفضولى فيما بعد.

هذا و لكن قد عرفت أن الفسخ فيما بعد أيضا لا يؤثر فى ابطال العقد، لأن المالك لم يكن أحد طرفى العقد حتى يفسخه و يبطله، و مجرد الإنشاء الحاصل من الفضولى ليس تصرفا فى ماله حتى يكون له حق ابطاله، فلذا قلنا إن العقد يبقى بحاله ما لم يفسخه الأصيل.

الثانى: إذا وقع العقد من ناحية المالك، أو وقع من ناحية الفضولى فأجاز أصل العقد، و لكن قبض الفضولى الثمن و لم يصدر منه عمل غير قبض الثمن، فرد المالك هذا القبض و لم يقبله، ثم أجاز به بعد ذلك، فالظاهر صحة هذا القبض، و ذلك لأنه ليس القبض

من العقود حتى يبطل بالرد، اللهم إلا أن يكون ذلك من الفضولى بعنوان إنشاء الوكالة لنفسه ثم قبوله، و هو كما ترى.

الثالث: هل للفضولى فسخ العقد قبل لحوق الإجازة من المالك أو لا؟ أو فيه تفصيل بين الغاصب البائع بالخيار إذا فسخه، و بين غيره؟ و جوه اختار السيد قدس سره الثانى ثم احتمل الثالث.

و الانصاف هو الثانى، لأن الفضولى بالنسبة إلى العقد الصادر منه كالأجنبى لا حق له على شىء، و إن هو إلا كمن يكون و كيلا فى عقد، فليس له فسخه و لا تصرف آخر سواء كان هو الغاصب أو غيره، لأن دعوى الملكية من ناحية الغاصب لا أثر له و ليس زائدا

على الفضولى كما لا يخفى.

الرابع: إذا باع الفضولى بالخيار، ثم قال المالك فسخت بالخيار، فهل هو إجازة للفضولى أولا و فسخ له ثانيا، أو يفصل بين القول بالكشف الحقيقى و غيره؟ قال رحمه الله بالأخير لاختلاف متعلقى الإجازة و الفسخ، لأن الإجازة تعلقت بالعقد من حين صدور

العقد، و الفسخ من حين وقوعه، و لا مانع من إنشائهما بلفظ واحد إذا كان المتعلقان مختلفين، أما على النقل أو الكشف الحكمى فلا، لاتحاد زمانهما و لا يعقل كون شىء واحد سببا للنقيضين.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٥٤

قلت: الاولى أن يعلل بأنه أمر لغو، و إلا يمكن رفع التناقض باختلاف زمانهما آنا ما كما يقال به فى أمثال المقام، فتدبر.

هذا مضافا إلى أن هذا البحث قد يتصور ثبوتيا و أخرى إثباتيا، ولا يخفى عليك مقتضى البحث في كل منهما. الخامس: لا يعتبر في الرد العلم بالخصوصيات، لعدم الدليل على اعتبار العلم به، نعم يشكل الأمر في الإجازة نظرا إلى لزوم الغرر و الجهل لصيرورته بالإجازة أحد طرفي العقد.

السادس: لو اختلفا في وقوع الرد حتى لا تكون الإجازة مؤثرة، و عدمه، فلا شك أن القول قول المالك لأنه منكر لوقوع الرد، و على المدعى إثباته، و لو انعكس الأمر فرد المالك و ادعى المشتري أنه أجاز قبل ذلك، فلا أثر للرد، فالقول قول المالك أيضا لأنه منكر للإجازة.

نعم إذا كانت الإجازة ثابتة و ادعى المالك أنه ردّ قبلها، أو كان الرد ثابتا و ادعى أنه أجاز قبله فالقول قول المشتري الأصيل، لأنه منكر و الأصل عدم وقوع غير ما ثبت.

المسألة الثانية: من أحكام الرد

إنه إذا لم يجز المالك فان كان الثمن أو المثل عند صاحبهما الأصلي فلا كلام، و أما إن وقع القبض و الاقباض من أحد الجانبين أو من كليهما، فيقع الكلام تارة في حكم رجوع المالك إلى الفضولي الغاصب، و أخرى في حكم رجوعه إلى المشتري، و ثالثة في حكم رجوع المشتري الأصيل إلى الفضولي الغاصب، و قد جعل شيخنا الأعظم قدس سرّه للأخير صورتين أيضا، إحداهما: رجوع المشتري إليه بالثمن، و الثاني: رجوعه بما اغترم للمالك، فتكون للمسألة صور أربع:

١ و ٢- إذا ردّ المالك فلا إشكال في جواز رجوعه إلى الغاصب لو كان المال عنده، و إلى المشتري كذلك، لأن الملك ملكه، و لو تلف عند الأول أو الثاني كان عوضه عليه،

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٥٥

و كذا عوض جميع المنافع المستوفاة و غير المستوفاة، بل الزيادات العينية التي فاتت يده، كما إذا سمن الحيوان عنده ثم زال السمن، لدخوله تحت عنوان «على اليد ما أخذت» و هذا ظاهر.

٣- رجوع المشتري على الغاصب بالثمن له صورتان: صورة بقائه و صورة تلفه، و كل منهما إما مع علمه بكون البائع غاصبا أو مع جهله، أما في صورة الجهل فلا كلام، لضمان البائع الغاصب و عدم وجود ما يمنع منه، و إنما دفعه المشتري إليه اغترارا بظاهر حاله من ملك المثل.

و أما في صورة العلم فان كان باقيا يجوز استرداده كما صرح به جمع من المحققين.

و عن الشهيد الثاني قدس سرّه المسالك أن في حكم الثمن أقوال ثلاثة:

١- ما عليه المشهور من عدم الرجوع به عليه باقيا كان أو تالفا.

٢- الرجوع مطلقا كما عن المحقق في بعض تحقیقاته.

٣- التفصيل بالتلف و عدمه، فيرجع على الثاني دون الأول، و ظاهر المسالك، الميل إليه «١».

و استدل شيخنا الأعظم قدس سرّه للرجوع في صورة وجوده، في المكاسب بأمرين:

«أحدهما»: إن مجرد التسليط عليه لو كان موجبا لانتقاله لزم الانتقال في البيع الفاسد أيضا (مع عدم القول به).

«ثانيهما»: إن المشهور هو الحكم بصحة البيع لو أجاز المالك، مع أن تملك الغاصب للثمن موجب لفوات محل الإجازة.

و أورد المحقق النائيني قدس سرّه على الأول بالفرق بين العقد الفاسد من جهة الثمن و غيره (كأنه أراد بذلك عدم الرجوع في العقد الفاسد إذا كان من جهة الثمن).

و على الثاني أنه يمكن القول بعدم قابلية مثل هذه الصورة للإجازة، ثم استدل هو نفسه بأن التسليط على الثمن ليس أزيد من الهبة

المجانبة، فيجوز الرجوع فيه «٢».

(١). راجع الحدائق الناضرة، ج ١٨، ص ٣٩٤.

(٢). منية الطالب، ج ١، ص ٢٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٥٦

أقول: أصل الدليل في المقام هو ما ذكره الشيخ قدس سره في أول كلامه وهو «أنه لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا». وهو كذلك، لأن الانتقال إلى الغير يحتاج إلى أسباب لا يوجد أحدها في المقام، ومجرد التسليط على الثمن بانبا على كونه عوضا عن المبيع لا يوجب تملكه له، وليس من قبيل الهبة المجانية قطعاً، بل قد لا يرضى المشتري باعطائه فلما مجاناً بل يحسب الثمن حساباً دقيقاً، و يناقش البائع الغاصب الفضولي مثل ما يناقش البائع الأصيل، من دون أي فرق بينهما، ومجرد علمه بعدم كونه مالكا لا ينافي ذلك بعد بنائه على الملكية الادعائية، أو انتظاره لإجازة المالك الأصيل لو لم يكن غاصبا، وبالجملة الحكم بعدم جواز رجوعه في الثمن هنا عجيب وإن كان يظهر من جماعة من الأصحاب ولا نرى له وجهاً وجيهاً.

أما إذا كان تالفاً فالمحكي عن المشهور عدم جواز الرجوع بل ادعى عليه الإجماع، قال العلامة قدس سره في «المختلف»: «إذا رجع المالك على المشتري العالم (بالغصب) لم يكن للمشتري الرجوع على الغاصب البائع، لأنه علم بالغصب فيكون دافعا للمال بغير عوض، و اطلقوا القول في ذلك، والوجه عندى التفصيل، وهو أن الثمن إن كان موجوداً قائماً بعينه كان للمشتري الرجوع به، وإن كان تالفاً فالحق ما قاله علماؤنا» «١».

وقال في «الرياض»: «و هل يرجع بالثمن؟ المشهور، لا، مطلقاً، لأنه دفعه إليه و سلطه عليه مع علمه بعدم استحقاقه، فيكون بمنزلة الاباحه، و قيد الشهيد الثاني بما إذا تلف، أمياً مع بقاءه فله الرجوع لأنه ماله ... ثم قال: بل يحتمل الرجوع مطلقاً، وفاقاً للمحقق في بعض فتاواه، لتحريم تصرف البائع فيه لأنه أكل مال بالباطل فيكون مضموناً عليه» «٢».

وقال المحقق القمي قدس سره في «جامع الشتات»: «إنما الكلام في رجوع المشتري إلى البائع ... و كيف كان فالأظهر الرجوع مع بقاء العين، و عدمه مع التلف» «٣».

(١). مختلف الشيعة، ص ١٧٠.

(٢). رياض المسائل، ج ١، ص ٥١٣.

(٣). جامع الشتات، ج ١، ص ١٥٧.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٥٧

أقول: يظهر من هذه الكلمات أن المشهور عندهم عدم جواز الرجوع مطلقاً كما يظهر منها أن عدم الرجوع عند التلف أكثر قائلًا منه عند البقاء، و يظهر أيضاً أن العمدة عندهم هو تسليط البائع الغاصب على الثمن مع العلم بعدم حق له فيه، فليس هنا إجماع تعبدى (لو ثبت الإجماع) بعد استنادهم إلى هذا، وللشاهد الثاني قدس سره هنا كلام ينبغي الإشارة إليه، و هذا نصه:

قال: (بعد قول المحقق قدس سره قيل لا يرجع بالثمن مع العلم بالغصب): «هذا هو المشهور بين الأصحاب، مطلقين الحكم فيه، الشامل لكون الثمن باقياً و تالفاً، و وجهه بكون المشتري قد دفعه و سلطه عليه مع علمه بعدم استحقاقه له، فيكون بمنزلة الاباحه و هذا يتم مع تلفه، أمياً مع بقاءه فلا لأنه ماله و هو مسلط عليه بمقتضى الخبر، و لم يحصل منه ما يوجب نقله عن ملكه، لأنه إنما دفعه عوضاً عن شيء لا يسلم له، لا مجاناً، فمع تلفه يكون إذناً فيه، أما مع بقاءه فله أخذه، لعموم النصوص الدالة على ذلك».

ثم اضاف إليه: «بل يحتمل الرجوع بالثمن مطلقاً، و هو الذى اختاره المصنف فى بعض تحقیقاته، لتحريم تصرف البائع فيه، حيث إنه

أكل مال بالباطل، فيكون مضمونا عليه، و لو لا ادعاء العلامة قدس سره في التذكرة الإجماع على عدم الرجوع مع التلف لكان في غاية القوة، و حيث لا إجماع عليه مع بقاء العين فليكن القول به متعينا ... إلى أن قال - بعد الايراد على نفسه بأن اللازم إما جواز تصرفه أو جواز الرجوع إليه مطلقا- قلنا: هذا الالتزام في محله، و من ثم قلنا إن القول بالرجوع مطلقا متجه لكن لما اجمعوا على عدمه مع التلف كان هو الحجة، و حيثئذ نقول إن تحقق الإجماع فالأمر واضح، و إلا فمن الجائز أن يكون عدم جواز رجوع المشتري العالم عقوبة له حيث دفع ماله معاوضا به على محرم (انتهى محل الحاجة) «١».

و يظهر منه أنه قدس سره كان بالنسبة إلى دعوى الإجماع بين الخوف و الرجاء فلم تكن نفسه تطمئن إليه، كما أن مخالفته كان صعبا عليه.

(١). مسالك الافهام، ج ١، ص ١٧٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٥٨

و لكن صاحب الحدائق قدس سره أورد على الإجماع بما قضى عليه، حيث قال: «أما اعتماده على الإجماع في أمثال المقام فهو مردود بما حققه في رسالته صلاة الجمعة كما قدمنا ذكره في كتاب الصلاة في باب صلاة الجمعة، حيث إنه قد مزقه تمزيقا و جعله حريقا» «١».

و العجب من المحقق النائيني قدس سره حيث قال: في بعض كلماته في مقام «أما في صورة التلف فالاقوى هو التفصيل بين العلم و الجهل، فلو كان عالما فقد ظهر في مبحث ترتب العقود أنه ليس له الرجوع إليه بالمثل أو القيمة، و أما لو كان جاهلا فله الرجوع كما هو المشهور» «٢».

و قال السيد قدس سره بالضمان إلّا في بعض الموارد النادرة تأتي الإشارة إليها.

المسألة الثالثة: ما استدل به لعدم ضمان الغاصب:

إشارة

إذا عرفت ذلك فاعلم أن عمدة ما استدل به لعدم الضمان هو امور:

الأول: ما أفاده شيخنا الأعظم قدس سره من أن منشأ الضمان أحد أمرين، و شيء منهما غير حاصل في المقام:

١- قاعدة على اليد.

٢- قاعدة الاقدام.

أما الأول: فقد استثنى منه ما إذا كانت اليد أمينة، كما في الوديعة و الإجازة و العارية، و ما نحن فيه أولى منها، لتسليط المالك إياه على التصرف فيه و اتلافه.

و كذا الثاني: لعدم اقدامه على الضمان بعد علمهما بعدم كون الغاصب مالكا للمتاع، ثم أتعب نفسه الزكية في الدفاع و الذب عنه في مقابل الإشكال المعروف و هو أن تسليم الثمن للغاصب إنمّا كان لبنائهما على كونه مالكا، و به صححنا البيع الفضولي الصادر منه، و لكن لم

(١). الحدائق الناضرة، ج ١٨، ص ٣٩٧ و كلامه هذا إشارة إلى ما ذكره في ج ٩، ص ٣٦٨ حيث قال قولهم:

الإجماع حجة إنمّا هو مشى مع المخالف ...

(٢). منية الطالب، ج ١، ص ٢٩٠.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٥٩

يأت بشيء يروى الغيل، و كأنه أراد بذلك توجيهها علميا منطقيا لما حكى عن المشهور أو ادعى الإجماع عليه من «عدم الضمان». والظاهر أن هذا الإشكال لا- جواب له و أن القبض و الاقباض في أمثال المقام يقع مبنيا على مالكية الغاصب لا مجانا، و هذا أمر واضح، و هكذا الكلام في العقد الفاسد مع علم المتبايعين بالفساد فإنه إنما يقع القبض و الاقباض بعنوان صحة العقد إما خطأ أو بناء منهما عليها.

و ما ذكره قدس سره من الفرق بين المقامين من حيث إن التضمن الحقيقي حاصل في العقد الفاسد، لأن المال ماله، بخلاف الغاصب كما ترى، و ليت شعري إذا كان يعلم بفساد العقد و عدم تأثيره أصلا كيف ينوي التضمن إلّا من طريق البناء على عدم الاعتناء بحكم الشرع في فساد المعاملة، و نظيره جار في الغاصب بعينه فإنه يعنى على كونه مالكا، غير مبال بحكم الشارع المقدس، فيبيع و يشتري. و لكنه قدس سره اعلم و اكيس من أن لا يعلم أن هذا المدافعات لا تنفع، و لذا ذكر في آخر كلامه أن مستند المشهور في المسألة لا يخلو من غموض.

و قد ركن إلى هذا الدليل المحقق النائيني قدس سره أيضا في منية الطالب حيث قال: «إن التسليم و إن كان وقع مبنيا على المعاوضة، إلّا أنه حيث يعلم بأنه ليس مالكا و يسلمه إليه فهو مقدم على المجانية، لما عرفت من أن التسليم الخارجي لا يمكن تقييده بالتسليم إلى المالك الحقيقي، لأن البناء و العدوان مصححة للمعاوضة، لا للفعل الخارجي» (انتهى موضع الحاجة) «١». هذا و لكن نطالبه بأنه كيف لا يمكن تقييد الفعل الخارجي بهذا القيد مع أننا نعلم بأن تسليم مال إلى الغير على انحاء مختلفة، تارة يكون بعنوان أداء الدين، و اخرى بعنوان الزكاة، و ثالثة بعنوان الهبة، و رابعة الهداية، إلى غير ذلك، و ليس التفاوت بينها إلّا بالقصد، فكيف لا يمكن تقييد التسليم الخارجي بقصد اقباض الثمن إلى مالكة الادعائي؟ و لعمرى لو راجعنا

(١). منية الطالب، ج ١، ص ٢٩١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٦٠

إلى العرف الغير المباليين بأحكام الشرع نراهم لا يقصدون في أمثال المقام إلّا هذا. الثاني: ما ورد في كلام الشهيد الثاني قدس سره و غيره أن من الجائر أن يكون عدم ضمان البائع الغاصب عقوبة للمشتري العالم حيث أقدم على معاوضة محرمة كما مرّ آنفا.

و الجواب عنه ظاهر: فإن هذا و أمثاله إنما يصلح حكمة للحكم لو ثبت من دليل قطعي آخر، و لا يمكن إثبات الحكم بمثله، و لقد أجاد صاحب الحدائق قدس سره حيث ذكر بعد نقل كلام الشهيد قدس سره: «إن أمثال هذه التحليلات لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعية بل المدار إنما هو نصوص الحلية و أحاديث المعصومين عليهم السلام» «١».

الثالث: ما ذكره صاحب الجواهر قدس سره في بعض كلماته و حاصله: إن المنشأ للتلف هو الاباحة من ناحية المالك، و لا منافاة بينها و بين الحرمة الشرعية للتصرف فيه، لعدم الملازمة بين الحرمة الشرعية و الحرمة المالكية، فالشارع حرّم التصرف فيه بعنوان عوض للمغصوب، و لكن عدم ضمان الغاصب إنما هو باعتبار الاباحة من ناحية المالك التي هي المدار في أمثال المقام. انتهى ملخصا «٢».

أقول: لا يخفى أن إحدى الحرمتين في محل الكلام موضوع للحرمة الاخرى، فكيف لا تتلازمان؟ فإذا صحت الاباحة المالكية فكيف يحرم عليه التصرف في المال شرعا؟! و إذا حكى في بعض كلماته في المقام من المحقق الكركي قدس سره و غيره جواز التصرف للغاصب فيه، و إن أورد عليه بأنه مناف لما هو كالمعلوم ضرورة من الشرع.

و بالجملة لا- يمكن الجمع بين حرمة تصرفه في الثمن شرعا، و عدم كونه ضامنا، و كل ما ذكر لتوجيهه تكلفات لا يمكن الاعتماد عليها، و الظاهر أن ما ذكره يعود إلى ما أفاده غيره من الاستدلال بالتسليم المجاني كما لا يخفى، كل ذلك من توجيهات لمقالة

المشهور، توجيهات غير وجيهة.

الرابع: ما أفاده قدس سره أيضا و ركن إليه في جملة السيد قدس سره في بعض تعليقاته: إن المالك هتك حرمة ماله باذنه في الاتلاف و نحوه فلا يكون الغاصب ضامنا.

(١). حدائق الناضرة، ج ١٨، ص ٣٩٧ و ذكر مثله المحقق القمي في جامع الشتات، ج ١، ص ١٥٨.

(٢). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٦.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٦١

و قال للسيد قدس سره في تعليقه: «مقتضى القاعدتين: (قاعدة الاتلاف و قاعدة اليد) الضمان في المقام، بل في مطلق العقود الفاسدة، إلّا إذا صدق عنوان اسقاط الاحترام ... و صدق هذا العنوان مختلف باختلاف المقامات، فليس كل غاصب ممّا يصدق عليه ذلك فإذا كان الغاصب قاهرا، أو كان المالك للمثمن جاهلا بالمال بحيث صح من المتعاقدين القصد إلى المعاوضة حقيقة لم يصدق هتك الاحترام، أمّا إذا كان المشتري غير واثق بذلك و يحتمل رجوع المالك إليه كل آن فيأخذ ما عنده من متاعه، فالمشتري هاتك للمثمن حينئذ، و كذلك البيع بلا عوض، أو عوض لا يعدّ مالا عند العقلاء و اشباهه» انتهى ملخصا «١».

أقول: أنه لا- محصل لعنوان الهتك، و ليس هو من الامور النافية للضمان و المخصصة لقاعدتي الاتلاف و على اليد، نعم الاعراض ربّما يكون مخرجا للملك عن الملكية و لكن الهتك للمال لم نعرف له دليلا، نعم يمكن يقال: بأنه إذا كان المال معرض الزوال بمراجعة مالكة إلى المشتري و أخذه منه لعلمه و قدرته عليه فإنّ ذلك لا يتمشى منهما مع قصد المعاوضة حقيقة و البناء على مالكية الغاصب، كما أنّ البيع بلا ثمن أو بثمان لا يعدّ مالا قابلا لكونه عوضا عند العقلاء أيضا كذلك، فكيف يتمشى القصد إلى المعاوضة بلا عوض؟

فكذلك ما نحن فيه لأنّ المفروض أنّه ليس عوضا بحكم الشرع، و لا- يمكن بناء المتعاملين عليه لكونه في معرض الزوال، و لكنه مخالف للوجدان، فان نرى صدور القصد من الناس في المقام، و على كل حال هذا دليل آخر غير دليل الهتك، و بالجملة لا يمكن الاعتماد على عنوان الهتك كدليل على تخصيص القاعدتين.

الخامس: ما أفاده في الجواهر أيضا من أنّ الحكم تعبدى محض في خصوص المقام و في خصوص المتيقن، و لعله الأوفق بالقواعد و كلام الأصحاب «٢».

و ما ذكره أحسن ما يقال في المقام لو ثبت هنا إجماع معتبر، و لكن قد عرفت الإشكال في الإجماع، و مع عدم مساعدة القواعد لا يمكن المسير إلى ما ذكره المشهور.

السادس: ما أفاده في جامع الشتات من منع اقتضاء قاعدة الاتلاف هنا الضمان (لعله

(١). حاشية المكاسب، للسيد الطباطبائي اليزدي قدس سره، ص ٣٨١.

(٢). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٧.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٦٢

لانصرافه عن صورة اذن المالك في الاتلاف) و كذا قاعدة اليد فإنّها لا تدلّ إلّا على أداء العين و لا منافاة بين حرمة الأكل من جهة بطلان المعاملة و عدم الضمان، و هذا يحتاج إلى تأمل و لطف قريحة «١».

أقول: أمّا قاعدة الاتلاف فانصرافها عمّا نحن فيه بعيد جدّا، بعد عدم بناء المتعاملين على المجانية بل بنائهم على البيع غير مباليين بحكم الشرع، و كذا الكلام في قاعدة اليد فإنّها كما قرر في محلها تدلّ على الخروج من عهده ما على اليد، فان كان موجودا يرده، و إلّا

فمثله لو كان مثليا، و بقيمته لو كان قيما، فأنهما أيضا من مراحل أداء العين، و كذا لا يزال الفقهاء الامجاد يستدلون بها للضمان في فرض التلف السماوى.

و أشكل من الجميع، الجمع بين حرمة التصرف و عدم الضمان، فإنّ عدم الضمان مبنى على كون التسليط مجانيا، و لازمه جواز التصرفات، و بالجملة لا يمكن التفكيك بين الاباحة المالكية و الشرعية في أمثال المقام.

و للمحقق الايروانى قدّس سرّه تفصيل فى المقام، حاصله: عدم ضمان الثمن فيما إذا لم يقهره المالك برد العين، و الضمان فيما قهره، نظرا إلى أن الأذن فى التصرف فيه مجانا إنّما كان فى فرض سلامة العين المغصوبة له، أما إذا اخذت، أخذ الثمن «٢».

أقول: هذا التفصيل حسن على فرض قبول كون التسليط هنا مجانيا، و لكن قد عرفت أنّه لا يقصد التسليط مجانا على كل حال، و ما أفاده من التفصيل أقوى دليل على عدم كون التسليط مجانيا كما لا يخفى.

فذلكة الكلام فى ضمان الغاصب:

فتحصل من جميع ما ذكرنا أنّ الحكم بالضمان أوفق بالقواعد المعروفة فى الفقه كما هو كذلك فى البيع الفاسد، إلّا فى مورد لا يتمشى من المتعاقدين القصد إلى حقيقة البيع كالباع

(١). جامع الشتات، ج ١، ص ١٥٨.

(٢). المصدر السابق.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٦٣

بلا ثمن أو بشيء لا يعد ثمنا فى عرف العقلاء.

و يؤيد ما ذكرنا أو يدل عليه أنّ الثمن فى معاملته الخمر و الخنزير و اجرة الزانية و نحوها مضمونه على أخذها، مع أنّ لازم ما ذكر عدم كونها كذلك كما- أشار إليه المحقق الخونسارى قدّس سرّه- فى جامع المدارك «١».

و العجب من شيخنا الأعمم قدّس سرّه حيث قال: فى المقام ما نصه: «نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك كالخمر و الخنزير و الحر قوى اطراد ما ذكرنا فيه من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال» «٢» و لكن اعترف فى ذيل كلامه بأن مقتضى اطلاق كلماتهم فى ضمان العقد الفاسد هو الضمان.

قلت: و هو الموافق لما استقرت السيرة عليه و اشتهر بينهم من الحكم بالضمان فى ثمن الخمر و أشباهها فى البيوع الفاسدة و شبهها، و قد عرفت وجه الجميع و أنّه لا يعطى الثمن فى شىء من هذه المقامات مجانا بل بانيا على كون البائع مالكا و لو معصية للشارع المقدس.

بقى هنا امور:

١- إذا باع للمالك لا لنفسه، و دفع المشتري الثمن إليه لكونه واسطة فى الايصال إلى المالك، فلا يبقى الشك فى ضمانه على كل حال، لعدم دفعه إليه بعنوان المجانية كما هو ظاهر.

٢- إذا كان المشتري جاهلا بالحال، فالحكم بضمان البائع واضح، لعدم جريان ما سبق فيه.

٣- إذا أخذ البائع الغاصب الثمن بنفسه بدون اذن المشتري، بل بعنوان صحة العقد و كونه مالكا له، فهو أيضا ضامن بلا إشكال، لعدم جريان أدلة القائلين بعدم الضمان فيه.

٤- إذا اشترط المشتري على البائع أنّه لو أخذ المالك العين رجع إليه بالثمن كان البائع ضامنا فى هذا الفرض بلا إشكال، لأنّ تسليطه

المجانى - لو قلنا به - كان مقيدا بهذا الشرط، فلا يجرى فى غيره.

(١). جامع المدارك، ج ٥، ص ٢٢٣.

(٢). المكاسب للشيخ الأنصارى قدس سره، ص ١٤٦ من الطبعة الحجرية.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٦٤

٥- إذا كان البيع كلياً من ناحية الثمن، فاعطاه المشتري بعض أفرادها، فالحكم فيه كالثمن الشخصى، لجريان جميع ما سبق فيه، و دعوى كون المتيقن من معاهد إجماعهم المدعى هو صورة الثمن الشخصى كما ترى.

المسألة الرابعة: فى الغرامات:

إشارة

فى حكم ما اغترم المشتري للمالك غير الثمن، و هو المسمى بمسألة الغرامات، و هو على أقسام:

١- ما يكون فى مقابل العين، كما إذا كانت قيمة المثل أكثر من قيمة المسمى، بأن كان الثمن الفاء، و قيمة المثل الفان (كما هو كذلك غالباً فى البيع الغاصب مع العلم به).

٢- ما يكون فى مقابل الزيادة العينية التى حصلت عنده ثم زالت بناء على كونه مضموناً.

٣- ما يكون فى مقابل المنافع التى استوفاه.

شيرازى، ناصر مكارم، أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، در يك جلد، انتشارات مدرسة الإمام على بن أبى طالب عليه السلام، قم

- ايران، اول، ١٤٢٥ هـ ق أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)؛ ص: ٣٦٤

٤- ما يكون فى مقابل المنافع غير المستوفاه.

٥- ما يكون فى مقابل المصارف التى صرفها فى العين، تارة لحفظها من التلف كعلف الدابة، و اخرى لزيادة نمائها كحفر الآبار، و

ثالثة لمسائل رفاهية كبناء بعض البيوت فيه ممّا لا يمكن قلعها، و ليعلم أن محل الكلام هنا ما إذا كان المشتري جاهلاً حتى تجرى فى

حقه قاعدة الغرور، أمّا العالم فلا كلام فى عدم جواز رجوعه إلى الغاصب، لإقدامه على الضمان عالماً و عدم كونه مغروراً بعد علمه.

فنقول، و منه جل سبحانه التوفيق و الهداية: إن المعروف بينهم التفصيل بين ما حصل فى مقابل نفع و ما لم يحصل، قال المحقق قدس

سرّه فى «النافع»: «و لو كان جاهلاً- دفع العين إلى مالكها و رجع بالثمن على البائع، و بجميع ما غرمه ممّا لم يحصل له فى مقابل

عوض، كقيمة الولد، و فى الرجوع بما يضمن من المنافع تردد» (١).

(١). حكاة جامع المدارك، ج ٥، ص ٢٢٣.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٦٥

و لكن يظهر من بعضهم الرجوع فى الجميع، قال المحقق قدس سرّه فى «الشرائع، فى كتاب الغصب»: «أمّا ما حصل للمشتري فى

مقابلته نفع كسكنى الدار و ثمرة الشجر و الصوف و اللين فقد قيل يضمه الغاصب لا غير، لأنّه سبب الائتلاف، و مباشرة المشتري مع

الغرور ضعيفه، فىكون السبب أقوى كما لو غصب طعاماً و أطعمه المالك، و قيل له إلزام أيهما شاء، أمّا الغاصب فلمكان الحيلولة، و

أمّا المشتري فلمباشرة الائتلاف، فان رجع على الغاصب رجع على المشتري لاستقرار التلف فى يده، و إن رجع على المشتري لم يرجع

على الغاصب، و الأوّل أشبه» (١).

و لكن يظهر من صاحب «الجواهر» الميل إلى عدم الضمان هنا لمنع قاعدة الغرور، فراجع «٢». و كيف كان فان لم يحصل للمشتري نفع كالقسم الخامس و الرابع و الثاني فقد حكى الشهرة بل عدم الخلاف في جواز رجوع المشتري الجاهل على الغاصب و إن كان للمالك الرجوع إلى كل واحد منهما، و قد استدل له بامور:

١- قاعدة الغرور.

٢- قاعدة لا ضرر.

٣- قاعدة التسبب.

٤- بعض الروايات.

أما الأول: فواضح، لأنه من أوضح مصاديق الغرور، و لكن أورد على قاعدتي الضرر و التسبب المحقق النائيني قدس سره في منية الطالب بما حاصله: أما على الضرر فلائنه لا يثبت بها حكم شرعي، بل ينفي به الحكم الضرري، و لو ثبت بها حكم لزم فقه جديد، و لم يستقر حجر على حجر، و لزم تدارك كل ضرر من بيت المال أو من مال الاغنياء. و أما الثاني: فلائنه قاعدة التسبب مسلمة إذا لم يتوسط فعل فاعل مختار، كفتح قفص الطائر و فتح فم قربة السمن في مقابل الشمس، لا مثل ما نحن فيه الذي حصل فيه فعل فاعل مختار» (انتهى).

(١). شرائع الإسلام، ص ٧٧٢ طبع، دار الهدى.

(٢). جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٨٣.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٦٦

أقول: يرد على الأول أنه لا مانع من إثبات الحكم بدليل لا ضرر كما يجوز نفيه، و قد حققناه في قاعدة لا ضرر من «القواعد الفقهية» و لا يلزم منه فقه جديد و لا عدم استقرار حجر على حجر، و إنما يلزم ذلك من تخيل لزوم نفي كل ضرر يوجد في العالم كالإضرار الحاصلة من السيل و الزلزلة و نقص الأموال و الأنفس و الثمرات، و لكن الاستفادة من القاعدة بناء على التعميم إنما هو نفي الضرر الحاصل من ناحية تشريعات الشارع إثباتا و نفيًا، لا الاضرار غير المستندة إليه، و لكن الايراد الثاني وارد عليه، لأن المدار في التسبب كون المباشر بحيث لا يسند إليه الفعل، و من الواضح أن الفعل يستند إلى المشتري هنا أيضا و إن كان مغرورا، و لو لم يستند إليه الفعل لما صح الرجوع إليه مطلقا، بل كان اللازم الرجوع إلى الغاصب فقط، و إن كان يظهر من المحقق قدس سره في الشرائع فيما عرفت من قوله «و قيل يضمه الغاصب لا غير لأنه سبب الاتلاف و مباشرة المشتري مع الغرور ضعيفة فيكون السبب أقوى» وجود قول بذلك.

و لكن صرح في مفتاح الكرامة «بأنه لم يجد هذا القول لأحد من أصحابنا بعد التتبع، و إنما هو قول الشافعي في القديم و بعض كتب الجديد ... و المشهور عند الشافعي الأول» (١).

و لازم هذا القول اتحاد مورد قاعدة الغرور مع التسبب و كان كل غار سببا دون المغرور، و هو بعيد جدًا.

فتلخص أن العمدة هو قاعدة الغرور و الضرر، أمّا عبارة «المغرور يرجع إلى من غره» و إن لم يثبت كونه حديثا كما أشرنا إليه في محله (عدا ما استفاد من بعض عبارات صاحب الجواهر و المحقق الثاني قدس سرهما و لكن يبعد عثورهما على ما لم يعثر عليه غيرها). و لكن استفاد هذه القاعدة من أحاديث خاصة واردة في مختلف أبواب الفقه، مضافا إلى بناء العقلاء عليه و دعوى الإجماع، و توضيح هذا الكلام في كتاب القواعد (القاعدة ١٣).

أما الروايات، فيدل عليه ما رواه جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجارية، قال: يأخذ الجارية»

(١). مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٣٠.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٦٧

المستحق، و يدفع إليه المبتاع قيمة الولد و يرجع على من باعه بثمن الجارية و قيمة الولد التي أخذت منه» (١).

و هو يدل على المطلوب بظاهرة إن قلنا أن حرية الولد ليست من المنافع المستوفاة، و يدل عليه بالأولوية إن قلنا به، و لكن في عبارة المكاسب التعبير عنه بالروايات و لعله يوهم ضعفها، مع أن الظاهر أنها رواية معتبرة لصحة اسناد الشيخ إلى الصفار كما في جامع الرواة، و رجال السنن، و هم معاوية بن حكيم، و ابن عمير، و جميل، كلهم ثقات.

نعم بعضهم رمى معاوية بكونه فطحيًا عدلا و لكن لا يضرنا بعد التصريح بعدالته و وثاقته.

نعم بعض الروايات ساكتة عن رجوع المشتري إلى البائع في أمثال المقام مثل رواية أخرى مرسله عن جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل اشترى جارية فأولدها فوجدت الجارية مسروقة قال: يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بقيمته» (٢).

و ما رواه زرارة قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولادا ثم أن أباه يزعم أنها له و أقام على ذلك البينة قال: يقبض ولده و يدفع إليه الجارية و يعوضه في قيمة ما أصاب من لبنها و خدمتها» (٣).

و ما رواه زريق قال: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام إذ دخل عليه رجلان - إلى أن قال - فقال أحدهما: إنه كان عليّ مال لرجل من بني عمّار و له بذلك ذكر حق و شهود فأخذ المال و لم استرجع منه الذكر بالحق ... فمات و تهاون بذلك و لم يمزقها و عقب هذا، إن طالبني بالمال وراثته و حاكموني و أخرجوا بذلك الذكر بالحق و أقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم فأخذت بالمال ... ثم إن ورثة الميت أقروا أن المال كان أبوهم قد قبضه و قد سأله أن يرد على معيشتي و يعطونه في أنجم معلومة، فقال: أني أحب أن تسأل أبا

(١). وسائل الشيعة، ج ١٤، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء، ح ٥.

(٢). المصدر السابق، ح ٣.

(٣). المصدر السابق، ح ٤.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٦٨

عبد الله عليه السلام عن هذا، فقال الرجل - يعنى المشتري - جعلني الله فداك كيف أصنع؟ فقال:

تصنع أن ترجع بمالكك على الورثة و ترد المعيشة إلى صاحبها و تخرج يدك عنها، قال:

فإذا أنا فعلت ذلك له أن يطالبني بغير هذا؟ قال: نعم له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلة ثمن الثمار، الحديث (١).

و لعله عليه السلام لم يكن في مقام البيان من هذه الجهة لا سيما أن الظاهر من رواية زرارة ارتحاله إلى بلد آخر يشكل العود إليه عادة، و لا سيما في تلك الأزمنة، و ظاهر رواية زريق أنه كان عالما بالغضب لأنه أخذه بحكم قضاء الجور، و من تحاكم إليه كان كمن تحاكم إلى الجبت و الطاغوت و ما أخذه منه كان سحتا كما في الحديث.

و أما رواية جميل الثانية فلعلها متحده مع ما سبقها فعدم ذكر الغرامة فيها من باب التقطيع.

بل يظهر من صحيحة محمد بن قيس المعروفة أيضا ما ذكرنا بناء على كون أخذ أبي مولى الوليدة لأخذ ما يغرمه من صاحب الوليدة عنه، و إلا فلا وجه له فتأمل.

أما في الصور التي انتفع منها كالمنافع المستوفاة، مثل سكنى الدار أو الاثمار و اللبن الصوف و غيرها، ففيه خلاف. قال في المبسوط: «و إن كان غرم ما دخل على أنه له بغير بدل (كالمنافع) و قد حصل في مقابله نفع و هو اجرة و هو الخدامة، فهل يرجع بذلك على الغاصب أم لا؟ فيه قولان: أحدهما: يرجع لأنه غرم، و الثانى: لا يرجع، و هو الأقوى لأنه و إن غرم فقد انتفع بالاستخدام» (٢). و قال العلامة قدس سره فى القواعد: «و فى رجوع المشتري بقيمة منفعة استوفاهها خلاف». و قال فى شرح هذه العبارة فى مفتاح: «الشيخ فى خلاف و المبسوط فى موضع منه و الأبى فى كشف الرموز و شيخنا فى الرياض و ظاهر السرائر أنه لا يرجع، للأصل، و لأنه مباشر الاتلاف فكان كقيمة الجارية، و لأنه لما حصل له نفع و حصل عنده كسكنى الدار و أكل الثمرة و شرب اللبن كان كأنه قد اشترى و استكرى فلم يحصل عليه ضرر، و الإجماع

(١). وسائل الشريعة، ج ١٢، الباب ٣ من أبواب عقد البيع، ح ١.

(٢). المبسوط فى فقه الإمامية، ج ٣، ص ٧١.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٦٩

على ترتب الضمان على الغار لا نعلم تناوله لما إذا لم يلحقه ضرر كما هو المفروض، ثم القول الثانى عن جماعة كثيرة منهم المحقق و فخر الإسلام و الشهيدان و المحقق الثانى و العلامة (قدس الله اسرارهم) بل الشيخ فى موضع آخر من المبسوط و غيرهم بل عن التنقيح أن عليه الفتوى، و استدلل له بقاعدة الغرر و لأنه سلطه لياكله مجاناً، ثم نقل عن بعض، التوقف فى المسألة» (١). و العمدة فى المقام ملاحظة شمول الأدلة الأربعة السابقة له و عدمه فنقول:

أما قاعدة التسيب فقد عرفت أنها أجنبية عن المقام، لأنّ المباشر ليس ضعيفا بحيث لا يسند إليه الفعل، و إلّا لم يجز الرجوع مطلقاً، بل كان الرجوع إلى الغاصب فقط.

و أما قاعدة الضرر فالانصاف أنّ المقامات مختلفة، فقد لا يشمله كما إذا كان انتفع بالثمرة و شبهها بمقدار له الحاجة إليه، و لم يكن ينتفع بالثمن فى هذه المدّة شيئاً أو اشترى العين نسيئة، و أمّا إذا كان الانتفاع بما لا حاجة له إليه عادة، أو كان ينتفع بالثمن مثله أو أزيد منه، كان صدق الضرر ظاهراً.

و هكذا قاعدة الغرور فإنّ المقامات أيضاً مختلفة، فقد يكون المشتري بحيث لا يريد الانتفاع بأمثال هذه المنافع و لا حاجة له إليها، نعم إذا وجدها مجاناً انتفع منها، بخلاف ما إذا كان بإزاء عوض، فالتفصيل بين موارد صدق الغرور و الضرر و عدمه قوى جداً.

ثم إن يظهر من رواية زريق جواز أخذ المصارف التى صرفها فى إصلاح المال، من مالكة، حيث قال عليه السلام: «و يجب على صاحب الأرض كلما خرج منه فى إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة فى مصلحة المعيشة و دفع النوائب كل ذلك فهو مردود إليه» (٢).

و لكن الكلام بعد فى سند الرواية من طريق الشيخ فى كتاب المجالس و الأخبار، و فى زريق، فأنه إن كان زريق بن مرزوق (أو زريق بتقديم الرء فلا يبعد كونه ثقة لتوثيق النجاشى و العلامة له (تحت عنوان زريق) و إن كان غيره فهو مجهول، و هذا يحتاج إلى مزيد

(١). مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٣٠١.

(٢). وسائل الشريعة، ج ١٢، الباب ٣ من أبواب عقد البيع، ح ١.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٧٠

تأمل، و لكن القاعدة تقتضى عدم جواز رجوعه إلى المالك لأنه لم يكن بذل هذه الأموال فى إصلاح المتاع بإذنه، و لعله لا يريد

هذه المصارف أو يريد لها إذا كان من طريق نفسه لا غيره.

و المسألة لا تخلو عن إشكال، و الاحتياط سبيل النجاة، و العدل و الانصاف يقتضيان نوع مصالحه بينهما.

بقي هنا امور:

الأول: انحاء ما يغرمه المشتري في مقابل العين

منها: ما يغرمه في مقابل العين من جهة زيادة الثمن، أى ثمن المثل بالنسبة إلى المسمى.

و منها: ما يغرمه بازاء بعض أجزائه التالفه، أو بازاء وصف الصحة.

و منها: ما يغرمه بازاء بعض أوصافه غير وصف الصحة التي تقابل بالمال كما إذا نسي العبد الكتابة عنده، فإنها و إن كانت لا تقابل بالمال أنها دخيلة في زيادة قيمة العين.

أمّا الأول فلا- ينبغي الشك في جواز رجوع المالك إلى المشتري، لأنّ المفروض بطلان المعاملة، فيضمن العين بمثله أو قيمته، و الظاهر جواز رجوع المشتري إلى البائع الغاصب عند جهله لأنه مغرور بالنسبة إلى الزيادة.

و أمّا ما يغرمه بازاء الأجزاء التالفه إذا لم يزد عن قيمة المثل فلا رجوع لعدم الضرر و الغرر، و كذا وصف الصحة، بل و كذا سائر الأوصاف، لأنّ المفروض أنّ المشتري أقدم على ضمان جميع ذلك، نعم لو زاد قيمة المثل عن المسمى فالظاهر أنه مغرور، و إلا فلا، و العجب من شيخنا الأعظم قدس سرّه حيث قال: «أمّا ما يغرمه بازاء أوصافه فان كان ممّا لا يقسط عليه الثمن، كما عدا وصف الصحة من الأوصاف التي تتفاوت بها القيمة ... فالظاهر رجوع المشتري على البائع لأنه لم يقدم على ضمان ذلك».

أقول: بل أقدم على ضمانه، لأنه اشتراه بمائه مثلاً عالماً بأنه لو زال عنه الكتابة عنده مثلاً لم يزد قيمته على خمسين، و ليس هذا إلا كتلف بعض أجزائه عنده، و إن لم يقابل بالمال.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٧١

نعم هنا شيء و هو أنّ الانصاف- كما ذكره السيد قدس سرّه في بعض حواشيه (١) - أنه لا فرق في الاوصاف في عدم مقابلتها بالمال حتى وصف الصحة، فلا يتقسط عليها شيء من الثمن، نعم يتفاوت قيمة العين بها، فلا يقال قيمة الشاء كذا و قيمة سلامتها عن العيوب كذا، بل يقال قيمتها صحيحة كذا و غير صحيحة كذا من دون تقسيط، و لهذا لا يجب أن يكون الأرش جزء من الثمن بعينه و لو كان يتقسط الثمن على وصف الصحة لكان الواجب أن يكون جزء منه، و لكن قد عرفت أنّ الأقوى عدم رجوع المشتري في شيء من الأوصاف إلى البائع الغاصب للأقدام.

الثاني: لو كان البيع فاسداً من جهة اخرى:

لو كان البيع فاسداً من جهة اخرى، فقد يقال بعدم جواز رجوع المشتري إلى البائع حينئذ، لعدم صدق الغرور، لأنّ فساد المعاملة كاف في ضمانه بالمنافع و غيرها، كما لا يخفى.

أقول: و هو كذلك، و لكن قد يستشكل عليه بأنّ هناك سببين، كل واحد منهما كاف في الضمان، أحدهما: كون المعاملة فاسدة، و الثاني: الغرور الحاصل من دعوى البائع الملكية أو ظهور حاله في كونه مالكا، فلا أقل من استناد ذلك إليهما فيوجب التشريك، كما إذا كان شخصان علة لاتلاف شيء، بحيث كان كل واحد علة مستقلة لو لا الآخر، و لكن أحيب عنه بمنع صدق الغرور حينئذ، و لعل الوجه فيه أنّ الغرور يعتبر في مفهومه الاستقلال فإذا لم يكن جاهلاً بفساد البيع من ناحية اخرى لم يصدق أصلاً، و هو جيد.

الثالث: رجوع المشتري على البائع في الغرامات قبل أدائها

هل يجوز رجوع المشتري على البائع في الغرامات قبل أدائها إلى البائع؟
الظاهر عدم جوازه، سواء كان مدرك الحكم قاعدة الغرور، أو الضرر أمّا الأول فلأنّ قاعدة الغرور إنّما تفيد إذا كان سببا لورود ضرر عليه، لا أقول مدرك هذه القاعدة هو قاعدة

(١). حاشية المكاسب للسيد الطباطبائي اليزدي قدس سرّه، ص ٣٩٤.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٧٢

لا ضرر، بل أقول موردها لا ينفك منها، و أمّا الثاني، أي الضرر، فهو منفي على الفرض قبل أداء الغرامة، و كونه بالقوة غير كاف.

الرابع: بعض أحكام تعاقب الأيدي

إشارة

إذا رجع المالك إلى البائع بقيمة العين يجوز للبائع الغاصب الرجوع إلى المشتري بها ما لم تزد على المسمى، و إن كان المشتري جاهلا بالغصب، و كان حسب الفرض قد باعه نسيئة أو حالا و لم يأخذ الثمن بعد، و ذلك لإقدام المشتري على ضمان المتاع بثمنه كما هو المفروض، فليس مغرورا من هذه الجهة.

ثم إنّ هنا إشكالا معروفا، و هو أنّه إذا تلف المتاع في يد المشتري و رجع المالك إلى البائع بالثمن، فكيف يجوز رجوع البائع إلى المشتري به مع أنّهما يتساويان في الضمان لا فرق بينهما، فيجوز رجوع المالك إلى كل واحد منهما بمقتضى قاعدة اليد، و لا يصح رجوع البائع إلى المشتري إذا رجع المالك إليه؟

و حل هذا الإشكال يتوقف على حلّ إشكال آخر و ذلك في تصوير كيفية كون شيء واحد في ذمم متعددة، و أنّه هل يصح ذلك؟ فنقول و منه تعالى نستمد التوفيق و الهداية:

اختلفوا في جواز ضمان الاثنين لشيء واحد على أقوال:

«أحدهما»: جوازه في عرض واحد كما لعله يظهر من كلمات شيخنا الأعظم قدس سرّه في المقام و اختاره السيد في الحاشية (١) و في الجواهر: قيل إنّ الفقهاء جزموا به في باب الديات فيما إذا قالوا: ألق متاعك في البحر و على كل واحد منا ضمانه.

«ثانيها»: جوازه طويلا كما صرح به المحقق النائيني قدس سرّه في المقام حيث قال: أمّا الضمان طويلا على أزيد من شخص واحد في زمان واحد فيمكن ثبوتها و دلت عليه الأدلة إثباتا.

ثم قال: هذا مثل ضمان الغار ما يغترمه المغرور، و كتعاقب الأيدي الغاصبة فالغاصب

(١). حاشية المكاسب للسيد الطباطبائي اليزدي قدس سرّه، ص ٣٩٧.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٧٣

الأول ضامن للمالك ما يضمنه الثاني، أي يجب أن يخرج من كيس الثاني ما يغترمه الأول، فالغاصب الثاني ضامن لما يضمنه الأول (١).

و لعله يظهر من بعض آخر من كلمات شيخنا الأعظم قدس سرّه أيضا.

«ثالثها»: ما عن صاحب الجواهر قدس سرّه في كتاب الضمان من أنّه يستحيل شغل ذمتين لمال واحد، فالمشغول بالضمان في تعاقب الأيدي على المغصوب ذمة واحدة، و هو من تلف في يده، و إن جاز رجوع المالك على كل واحد، و لكنه في كتاب الغصب ادعى عدم الدليل على ذلك (و كأنّه لم يره محالا) فالخطاب بالأداء بالنسبة إلى غير من تلف في يده حكم تكليفي، و بالنسبة إلى من تلف

فى يده حكم وضعى .

«رابعها»: الصحة بالنسبة إلى من رضى به المضمون له، و مع الرضا بهما يكون المال عليهما بالاشتراك و هو ضعيف .
فلنرجع أولا إلى تصوير القول بالجواز إما عرضيا أو طوليا، و لنذكر ما ذكره شيخنا الأعظم قدس سره فى مقام الذى قد يستظهر منه القول الأول، و هو امور:

١- معنى كون العين الواحدة فى العهدة المتعددة لزوم خروج كل واحد عن العهدة عند تلفه، فهو يملك ما فى ذمه كل منهم على البدل، بمعنى أنه إذا استوفى أحدها سقط الباقي، لعدم صدق التدارك عليها، فالمالك إنما يملك البدل على سبيل البدلية، و يستحيل اتصاف شىء منها بالبدلية بعد صيرورة أحدها بدلا عن التالف .

٢- يمكن أن يكون نظير «ضمان المال» على مذهب العامة (أى ضم ذمه إلى ذمه) و نظير ضمان الأعيان المضمونة، و نظير ضمان شخصين لمال واحد على سبيل الاستقلال، لا الاشتراك فيكون كالواجب الكفائي فى التكليف .

٣- السابق يشتغل ذمته بالبدل، و أما اللاحق فيشتغل ذمته بشىء له البدل، فضمان الثانى فى الواقع يرجع إلى ضمان واحد من البدل و المبدل، فإذا تلف المال فى يد الثانى كان ضامنا لأحد الشخصين على البدل، أى المالك إلى من سبقه فى اليد، فيجب عليه إما تدارك العين أو

(١). منية الطالب، ج ١، ص ٣٠٠.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٧٤

تدارك بدله رجوع المالك إلى من سبقه (انتهى ملخصا) و الأنصاف أنه ظاهر فى الضمان الطولى بقريته آثار، و الامثلة التى ذكرها شاهد عليه، خلافا لما يظهر من بعض كلمات المحقق النائيني قدس سره فى المقام «١» .

و كيف كان فقد أورد عليه السيد المحقق اليزدى قدس سره فى الحاشية سبع إشكالات أهمها ثلاثة:

الأول: يصدق على الأول أنه أيضا ضامن لشىء له البدل، فإنه و إن لم يكن كذلك حدوثا و لكنه صار كذلك بقاء، و المناط حال البقاء .

الثانى: ضمان العين الذى له البدل يقتضى كون الثانى ضامنا للمالك، لا للأول فان البدل الذى فى ذمه الأول إنما هو للمالك أيضا لا لنفسه .

الثالث: لازمه جواز رجوع الأول إلى الثانى حتى قبل دفع البدل إلى المالك (لأن ذمه الثانى مشغول بأحد الأمرين) «٢» .

هذا و لكن السيد قدس سره نفسه اختار القول بجواز ضمان الاثنين لواحد فى عرض واحد، لأن عموم الأدلة يقتضيه، و لا مانع منه، أما الأول فالظاهر أنها إشارة إلى عموم على اليد، و الثانى إشارة إلى ضعف دعوى الاستحالة من صاحب الجواهر قدس سره و أنه ليس مستحيلا «٣» و إن هو إلا نظير الواجب الكفائي فى باب الحكم التكليفي، و أنه لا فرق بين اشتغال الذمة بالأفعال أو الأموال فى جواز تعلقها بالمتعدد على سبيل البدلية، فكما يتصور الواجب التخييري و الكفائي فى التكليف فكذلك فى باب الحكم الوصفي و الذمم، لعدم الفرق بين الدين الإلهي و الخلقى، و دعوى أن المال لا يكون إلا فى ذمه واحدة كما ترى .

أقول: هنا حكمان: «أحدهما» جواز رجوع المالك إلى كل واحد من الأيدي الجارية على ملكه. «الثانى» قرار الضمان على من تلف فى يده إلا إذا كان مغرورا، فإنه يرجع على من غره .

(١). منية الطالب، ج ١، ص ٢٩٩.

(٢). حاشية المكاسب للسيد الطباطبائي اليزدى قدس سره، ص ٣٩٨.

(٣). المصدر السابق، ص ٤٠٠ (ملخصاً).

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٧٥

أما الأول فأمره سهل لعموم أدلة الضمان و مساواة الجميع بالنسبة إلى المالك، و لكن الكلام في تصوير ضمان الاثنين استقلاله لشيء واحد، و ليس الإشكال فيه من ناحية عموم على اليد، فإنه ظاهر واضح بعد فرض كون الأيدي غير أمينه، إنما الإشكال في إمكان كون مال واحد شخصي في ذمم متعددة، فقد يقال: إن هذا محال إذا كان ذلك في فرض واحد لأن الشيء الواحد الشخصي لا يقبل الوجود إلا في مكان واحد.

و لكن يمكن أن يجاب عنه: بأن الاستحالة إنما هو في الوجود الحقيقي لا الاعتباري، لأن الاعتبار تابع لمنشأه، و هو هنا سبب الضمان، فلما كان على اليد منطبقاً على كل من ذوى الأيدي المتعاقبة، كان موجبا لاشتغال الذمة بالنسبة إليهم جميعاً، و لازم ذلك براءة ذمة الجميع إذا أدى واحد منهم، لأن المفروض أنه ليس هناك أموال متعددة بل مال واحد في ذمم متعددة، فإذا أدى إلى صاحبه فقد حصلت البراءة للجميع.

و الانصاف أن تشبيه بالواجبات الكفائية أيضاً في محله لا سيما بناء على المختار من أن الفعل (مثل دفن الميت المعين) واجب على كل واحد لا على البدل، و لا على نحو التثريك، بل على نحو الاستقلال و لكن إذا دفنه واحد منهم يحصل الغرض، فلا يبقى موضوع للأمر فيسقط عن الجميع، كذا في محل الكلام.

و حينئذ الأمر من ناحية جواز رجوع المالك إلى كل واحد و كذا سقوط عن الجميع بعد أداء واحد منهم أمر ظاهر. إنما الإشكال في استقرار الضمان على من تلف في يده، فقد ذكر في مفتاح الكرامة بعد نقله عن التذكرة و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و الكفاية و غيرهم، في بيان دليل هذا الحكم: أنه ظالم بامساك مال الغير في يده مع علمه بأنه له، و قد حصل التلف في يده، فكانا متساويين في كون كل منهما غاصبا و انفرد الثاني بزيادة، و هي كون التلف في يده، فيختص ببده، فلو رجع على الأول استحق الرجوع عليه دون العكس «١».

هذا و لا يخفى أنه مصادرة بالمطلوب، لأن كون مجرد التلف (لا الاتلاف) في يده زيادة

(١). مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٢٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٧٦

تقتضى قرار الضمان على من تلف عنده دون غيره بعد مساواة الجميع في الغصب و الضمان، و كون التلف سماوياً أول الكلام. و يبقى توجيهات اخرى لهذا الحكم ذكرها الأعلام:

١- ما أفاده شيخنا الأعظم قدس سره في مكاسبه من أن الثاني ضامن لأحد شخصين على البدل: المالك و الضامن الأول. و قد عرفت أنه لا دليل على ذلك، بل الدليل على خلافه، لأنه لا وجه لكون الثاني ضامناً لأحدهما بعد كون المال لواحد معين، و هو المالك، و لم يحصل هنا حق للأول على المال، لا حق الملكية و لا غيره، كيف و هو غاصب على الفرض، فلا يكون الثاني ضامناً لأحد شخصين، فهذا التوجيه غير كاف.

٢- ما ذكره صاحب الجواهر قدس سره، و حاصله انحصار اشتغال الذمة بمن تلف في يده، و إن كان يجوز للمالك أن يرجع إلى غيره باعتبار الغصب، فلو رجع إلى غيره من تلف عنده (كالضامن الأول في مورد الكلام) و أخذ البدل منه ملك ذمته الثاني (أى من تلف عنده) بالمعاوضة الشرعية القهرية، فيجوز رجوعه إليه بعد ذلك.

و فيه: أولاً: ما عرفت من أن الضمان على الجميع، لا خصوص الأخيرة بعد عموم الأدلة، و عدم المانع له، و شمول على اليد للجميع.

ثانياً: كون وجوب الأداء على الأخير وضعياً و على الباقي تكليفاً لا يساعد عليه شيء من الأدلة بعد مساواة الجميع في اليد العادية.

ثالثاً: أى دليل على هذه المعاوضة القهرية الشرعية بعد رجوع المالك إلى الأول، نعم لو كان هناك دليل قطعى على أصل الحكم و لم يمكن توجيهه من طريق آخر و انحصر الطريق فيما ذكره أمكن القول به، و لكن أنى لنا بذلك، فتدبر جيداً.

٣- ما ذكره السيد قدس سره - و هو قريب من كلام الجواهر - و حاصله وقوع المعاوضة القهرية بين العين التالفه ما يؤذيه الضامن الأول للمالك، فيقوم مقام المالك فى مالكيته العين التالفه، و يكون ملكاً لدافع البدل، فله أن يرجع إلى كل واحد من الأيدي المتأخره.

و كأنه قدس سره رجح هذا الوجه نظراً إلى أن السابق، له أن يرجع إلى كل من لحقه مع أن توجيه

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٧٧

صاحب الجواهر قدس سره يقتضى الرجوع إلى من تلف فى يده فقط.

هذا و الانصاف أنه غير تام أيضاً:

أما «أولاً»: فلائنه لا معنى محصل لتملك العين التالفه بعد تلفه و انعدامه حتى يقوم معطى البدل مقام المالك الأصلي.

و «ثانياً»: إن هذه المعاوضة القهرية ممّا لا دليل عليه نعم يمكن القول به لو انحصر الطريق فيه و لكن ليس كذلك.

و «ثالثاً»: إن الذى دعاه إلى اختيار هذا الوجه هو جواز رجوع السابق إلى كل واحد من اللاحقين بالإجماع، و لكنه غير ثابت عندنا، لعدم الإجماع عليه، و عدم حجتيه فى هذه المقامات لو كان هناك إجماع.

٤- ما حكى عن بعضهم من أن رجوع السابق إلى اللاحق و إن لم يكن من مقتضيات اطلاق أدلة الضمان، لكنه مبنى على بناء العرف و أمضاه الشارع المقدس بعدم الردع عنه «١».

و فيه: أنه اعتراف بالعجز عن حل المسأله من ناحية القواعد المعروفة الشرعية و العقلية.

٥- ما اختاره سيدنا الحكيم قدس سره فى بعض كلماته من التشكيك فى أصل الحكم، و هو أن رجوع السابق إلى اللاحق غير واضح

المأخذ، إلا إذا أخذه الثانى منه قهراً، و حينئذ لا يبعد ثبوت الرجوع عرفاً، و بناء العقلاء عليه.

و كأنه اقتصر على هذا المورد اعتماداً على حكم العرف و امضاء الشرع، و فيه ما مرّ فى سابقه.

التحقيق فى حل مشكله تعاقب الأيدي:

٦- ما هو التحقيق فى المقام كما يتبادر إلى نظرى القاصر و هو يتوقف على مقدمات:

«أحداها»: أن المستفاد من قوله عليه السلام: «على اليد» هو الحكم الوضعى فقط، و هو الضمان لو

(١). حكاة السيد الحكيم قدس سره فى نهج الفقاهة، ص ٢٧٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٧٨

تلف، فلا يستفاد منه حكم تكليفى بالنسبة إلى أداء المال إلى صاحبه، بل مفاده الضمان لو لا الأداء، و أمّا وجوب الأداء فهو مستفاد من أدله حرمه التصرف فى مال الغير إذنه (و من التصرف امساكه بغير رضاه)، و هذا الحكم مستفاد من أدله كثيرة عقلية و نقلية، و هذا سهل.

«ثانيها»: أن الضمان بمعنى كون شىء فى ذمه الإنسان لا معنى له عند وجود العين إلا بعنوان الشأنيه، و أمّا الضمان الفعلى فلا يكون إلا بعد التلف، فمعنى قوله: على اليد... أنه لو تلف كان المثل أو القيمة فى ذمته.

«ثالثها»: قد يكون علّة التلف السماوى عاماً يشمل العين أينما كانت، كما إذا انهدمت قرية بسبب السيل أو الزلزله و تلفت جميع الأموال الموجودة فيها و منها العين المغصوبه، و كانت تتلف فى أى مكان كانت من غير فرق بين بيت المالك و الغاصب و غيره، أو

وقعت آفة في الحيوانات في منطقة، و كان تلف الحيوان المغصوب في ضمنها بحيث إنه كان يتلف في أى مكان كان من تلك المنطقة سواء في دار المالك أو غيره، ففي شمول اطلاق على اليد لمثل هذا غموض، لا سيما إذا كان الضمان لغير الغاصب كالمقبوض بالعقد الفاسد مع علمهما بالفساد أو جهلها، فتدبر. و اخرى تكون علة التلف أمرا خاصا، و هذا أيضا على أقسام:

١- ما إذا كان في العين علة موجبة لفسادها و هلاكها أينما كانت، كما إذا علم يقينا بأن الحيوان كان مريضا بمرض يموت فيه قطعا، ففي شمول على اليد له أيضا غموض، لا سيما إذا لم يكن الضامن غاصبا كالمقبوض بالعقد الفاسد.

٢- ما يعلم أنه لو كان عند مالكة لم يهلك.

٣- ما يعلم أنه قصر في حفظه فهلك.

٤- ما لا يعلم أنه من أى هذين القسمين الأخيرين أو غيرهما، و الظاهر شمول أدلة الضمان لهذه الأقسام أيضا عرفا و شرعا سواء الغاصب و غيره.

إذا عرفت هذا فاعلم: أنه لو اغمضنا عما ذكره الأصحاب (رض) و ادعوا الإجماع عليه فإذا كان الضمان الأول دفعه إلى الثاني باختياره كان شريكا له في علة التلف، سواء كانت العلة التفريط في الحفظ أو مجرد الكون عنده أو غير ذلك، فعدم رجوعه إليه في هذه الصورة

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٧٩

وجيه، لأن يد الثاني بمنزلة يد الأول بعد أن كان باذنه و اجازته، فكيف يمكنه الرجوع إليه؟

فلا فرق بينه و بين الذى تلف المال في يده من هذه الجهة، و هذا غير الاتلاف.

نعم يمكن أن يقال: إن المالك و إن كان له الرجوع إلى أى واحد منهم و أخذ جميع البدل منه و لكن الخسارة توزع عليهم عند علمهم جميعا، لاشتراك الجميع في الضمان، و عدم استناد التلف إلى خصوص الأخير.

هذا كله إذا لم يأخذه الثاني منه قهرا، و أما إذا أخذه منه قهرا فيمكن القول بذلك أيضا، فان كون العين في يد الأول كان من أسباب أخذه منه و من مقدماته، فتأمل.

و يتحصل مما ذكرنا أمور:

«الأول»: أنه يجب على كل واحد من الأيدي الضامنة ردّ المال إلى مالكة وجوبا تكليفا، و أنّ الضمان بمعنى اشتغال الذمة بأداء المثل أو البدل لا يستقر على واحد قبل التلف.

«الثاني»: يجوز رجوع المالك إلى كل واحد منهم بمقتضى قاعدة اليد.

«الثالث»: أنه إذا تلف المال استقر الضمان على جميع الأيدي و أنهم يشتركون في ذلك، و إن كان المالك الرجوع إلى كل واحد منهم، و كل واحد منهم أداه إلى المالك يجوز رجوعه إلى الباقيين بالنسبة إلى سهامهم، و يدل على اشتراكهم في اليد العادية و الضامنة و عدم كون التلف بفعل من تلف في يده بالخصوص كما هو المفروض، نعم لو كان هو المتلف له أمكن الأخذ بقاعدة الاتلاف في حقه خاصة، فلا فرق فيما ذكرنا بين السابق و اللاحق.

«الرابع»: إنّ أصل الضمان في بعض فروض المسألة محل تأمل، كما إذا كان بالحيوان داء يموت به على كل حال، أو إذا حدث هناك بلاء عام لا يفترق فيه المالك و غيره.

هذا و لكن الفتاوى المشهورة لا تساعد على بعض ما ذكرنا، و إن كان احتمال استنادهم إلى قاعدة اليد و أشباهها قويا، فليس هنا إجماع، و لو لم يكن كاشفا عن قول المعصوم عليه السلام، و لكن مخالفتهم أيضا مشكل، فالاحوط التصالح في هذه الموارد.

و مما ذكرنا يظهر أنه لا فرق بين الغاصب و المشتري الجاهل، لأنّ المفروض أنه ضامن للعين و ليس مغرورا بالنسبة إلى ضمانه، إلّا إذا

كان ثمن المثل أكثر من الثمن المسمى كما لا يخفى والله العالم.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٨٠

فرعان: أشار إليهما في نهج الفقاهة «١».

الأول: أنه إذا ابرء المالك واحد من ذوى الأيدي المتعاقبة، فهل له الرجوع إلى غيره أم لا؟ و ذكر فيه وجهان «أحدهما»: براءة الجميع، لأن الحق فيه واحد لا تفكيك فيه، فإذا ابرء واحدا برئ الجميع.

«ثانيهما»: أنه يمكن التملك بينهما لأنه من الأحكام الارقائية و يساعده ارتكاز العقلاء.

أقول: هذا إنما يتصور عند التلف العين، وإلا فقد عرفت أنه لا ضمان فعليا عند وجودها، نعم له الرجوع و المطالبة، و عليهم أدائها، و لكن هذا حكم تكليفي لا يقبل الاسقاط، و أما بعد التلف فان قلنا بتشريك الجميع بالنسبة إلى الخسارة كما قويناه من بعض الجهات فيما مرّ، فإبراء بعضهم دون بعض ممّا لا إشكال فيه، و أمّا إن قلنا بضمان واحد على البدل فاسقاطه عن بعضهم دون بعض مشكل جدّا، لأن الحكم واحد، و مجرد كونه ارقائيا لا أثر له في المقصود، كما أن مساعدة ارتكاز العقلاء عليه غير ثابت.

و أمّا لو قلنا باشتغال ذمّة كل واحد مستقلا (و إن كان يسقط بفعل البعض لحصول الغرض كما في الواجب الكفائي على وجه قوى) فحينئذ لا يبعد التفكيك، فهنا ثلاث مبان كل واحد له حكم مختص به.

الثاني: إذا انتقل المضمون من المالك إلى غيره بطريق مشروع، إمّا بعوض أو بغير عوض بهبة أو غير ذلك، فهو يقوم مقام المالك الأول في جميع ما ذكر من الأحكام، فيرجع إلى كل واحد منهم إذا أراده و لو رجع إلى السابق فيأتى فيه الأحكام الماضية، نعم إذا كان المنتقل إليه احدى الأيدي الضامنة لا يصح رجوعه إلى السابق على القول المشهور، لأنه لو رجع إليه كان للسابق حق الرجوع إليه و كان هذا لغوا، نعم بناء على ما قويناه من التشريك جاز الرجوع إلى كل واحد منهم بالنسبة إلى سهمه و سقط سهم نفسه.

(١). نهج الفقاهة، ص ٢٨٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٨١

الكلام في بيع ما يملك و ما لا يملك

إشارة

و من فروع الفضولي ما إذا باع ملكه مع ملك غيره، فان البيع بالنسبة إلى ملك غيره فضولي، و لكن فيه إشكالات اخرى ناشئة من بيع ملك نفسه مع ملك غيره ستأتى الإشارة إليها إن شاء الله.

قال في التذكرة: إذا باع عبده و عبد غيره صفقة واحدة صح البيع في عبده و لا يقع البيع باطلا فيه، و يقف العقد في عبد الغير، فان أجاز البيع فيه لزم، و إن فسخ بطل، و يتخير المشتري حينئذ بين فسخ البيع في الجميع و بين أخذ عبده بقسطه من الثمن، ذهب إليه علماؤنا و هو أحد قولى الشافعى، و به قال مالك و أبو حنيفة «١».

ثم استدل عليه بأمور:

أحدها: إن هذا حكم كل واحد بانفراده، فإذا جمع بينهما كان لكل حكمه لوجود علة الحكم بعينها.

ثانيهما: إن المعاملة اشتملت على صحيح و فاسد، فانعقد صحيحا في الصحيح و باطلا في الفاسد، و مثل له و شبهه بما إذا شهد عادل و فاسق على شىء واحد.

ثالثها: صحيحة الصنفار أنه كتب إلى أبى محمد الحسن بن على العسكرى عليه السلام فى رجل له قطاع ارضين (أرض - خ) فيحضره

الخروج إلى مكة، والقريه على مراحل من منزلة و لم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه، و عرف حدود القريه الأربعة فقال:
للشهود: اشهدوا

(١). تذكره الفقهاء، ج ١، ص ٥٦٥.
أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٨٢
أنتى قد بعت فلانا، يعنى المشتري جميع القريه التى حدّ منها كذا، و الثانى و الثالث و الرابع (كذا) و إنّما له فى هذه القريه قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك... فوق عليه السلام: «لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك» (١).
و قد صرح بالصحة كثير من أعظم الأصحاب و أساطين الفقه بل ذكر فى الجواهر أنّ ظاهر الأصحاب الإجماع عليه كما اعترف به فى الرياض و حكاها أيضا عن استاده (كاشف الغطاء، و صاحب الغنية) (٢).
نعم عن المحقق الأردبيلي قدس سرّه احتمال البطلان من رأس.
و يظهر من بعض الكلمات التفصيل بين صورة علم المشتري و جهله، فيصح فى الثانى دون الأوّل، فاذا تكون المسألة ذات أقوال ثلاثة.
و الأقوى: الصحة مطلقا، أمّا إذا أجاز المالك الآخر فلا كلام، و أمّا إذا ردّه صحّ فى ما يملك أيضا مطلقا دون ما لا يملك، لأنّها موافقة للقاعدة و النص.

أمّا الاولى فلأنّ المقتضى للصحة موجود و المانع مفقود، أمّا المقتضى فلدلالة العمومات عليها، و أمّا المانع فغاية ما ذكر فيه امور:
«أولها»: لزوم الجهل بالثمن بل بالعوضين، و من الواضح اعتبار العلم بهما.
«ثانيها»: أنّ لازمه وقوع ما لم يقصد و عدم وقوع ما قصد.
«ثالثها»: ما عن أصحاب الشافعى من أنّ اللفظة واحدة لا يتأتى تبعيضا.
«رابعها»: أنّه قد يتضرر المشتري من التبعض و الأخذ بالبعض.
و يجاب عن الأوّل بأنّ المعبر من العلم بالعوضين ليس أزيد من هذا المقدار، أعنى العلم التفصيلى بالمجموع فى مقابل المجموع، و العلم الإجماعى بقسط من الثمن يناسب المثل و لا دليل على اعتبار أكثر منه.
و عن الثانى بأنّه من قبيل تعدد المطلوب، فووقوع البيع فى كل من المالىن مطلوب للمشتري بحصه من الثمن، فإذا وقع فى واحد دون الآخر فكان ما وقع موافقا للقصد.

(١). وسائل الشيعه، ج ١٢، الباب ٢ من أبواب عقد البيع، ح ١.

(٢). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٨٣

و ليس الوحده و التعدد هنا بحسب الأغراض الشخصيه بل بحسب الأغراض النوعيه للعقلاء فى أمثال المقام، و الحكم يدور مداره، كما فى بيع المعيوب، فأنّه قد يكون الغرض الشخصى للمشتري العين الصحيحه و لا يفيد غيره أبدا، كمن أراد شاة للأضحيه مثلا أو أداء النذر بوصف الصحة فأنّه لا فائده له فى غيره، و الإشكال فى صحة البيع مع الخيار أو الأرش كما هو ظاهر.
و من هنا يظهر ما أفاده فى «جامع المدارك» من الإشكال بأنّه قد يكون قصد المشتري مقيدا بتملك المجموع، و ربّما لا ينتفع بالمقدار المملوك، كما لو كان المقدار المملوك للبائع العشر (١).
و فيه: أنّه لا أثر لقصد خصوص المشتري فى هذه الأبواب أبدا، و إلّا وجب التفصيل فى باب خيار العيب و الشروط الفاسده و شبهها،

مع أنا نعلم بعدم التفصيل فيها
و أما الثالث: فالجواب عنه ظاهر، لأنّ وحدة اللفظ لا أثر له بعد كون المنشأ و المقصود متعددا، فالاعتبار إنّما هو بالمنشأ لا الإنشاء، و وحدة الإنشاء لا تضر بعد تعدد المنشأ كما لا يخفى.

و أما الرابع: فضرره مجبور بالخيار الذي صرح به غير واحد من الأصحاب، في المقام و يسمى بخيار تبعض الصفة.
و أما النص: فهو صحيحة الصغار الماضية و قد أفتى بمضمونها الأصحاب، و لكنها أيضا لا تخلو عن الإشكال من بعض الجهات:
«أحدها»: من ناحية إبهام سؤال الراوى و أنّ مراده فرض بيع حصته مع حصه غيره بثمن واحد، و هذا لا يناسب كونه على جناح سفر مكة و إنّما دعاه إلى ذلك عدم وضوح حدود أرضه، أو أنّ المراد إرادة خصوص ملكه و لكن لم يقدر على تبين حدودها إلّا بذكر حدود القرية، فحينئذ ليس من قبيل بيع ما يملك مع ما لا يملك، و لكن الانصاف أنّ الأظهر منها بقرينة قوله: «جميع القرية» قصد إنشاء البيع بالنسبة إلى المجموع، و يؤيد ذيله «و إنّما له

(١). جامع المدارك، ج ٣، ص ٩٣.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٨٤

بعض القرية و قد أقر له بكلها» و كونه على جناح سفر الحج مناف له كما لا يخفى على من سبر أحوال العوام في أمثال هذه الامور من المعاملات، بل و في عباداتهم، و على كل حال لا إبهام في الجواب لو كان إبهام في السؤال.
«ثانيها»: من ناحية عدم ذكر التخصيص، أعنى تخصيص الصحة في ما يملك بحصه من الثمن و لعله لوضوحه.
«ثالثها»: عدم ذكر خيار التبعض فيها، و لعله لعدم كونها في مقام البيان من هذه الجهة و كونها بصدد بيان أصل صحة البيع.
هذا و دلالة الرواية بعد ذلك كله لا سيما من ناحية جواب عليه السلام غير قابل للإنكار، و لذا استدلل بها الأصحاب فهي كافية في إثبات المراد.

بقي هنا امور:

احدها: في حكم الخيار هنا

. و الظاهر ثبوته عند جهل المشتري بالواقع، و يدل عليه قاعدة لا ضرر، و سيأتى الكلام فيه مستوفى إنشاء الله في أحكام الخيارات.
و قال صاحب الحدائق قدس سرّه: إنّ ظاهر الصحيحة المذكورة أنّ الحكم على ما ذكره عليه السلام أعم من أن يكون المشتري عالما أو جاهلا، و حينئذ فما ذكره من الخيار في صورة الجهل لتبعض الصفة مشكل «١».
و كأنه نظر إلى قوله «و قد وجب الشراء فيما يملك»، و لكن الانصاف أنّ المراد بالوجوب هنا هو الصحة أو اللزوم من ناحية البائع، لأنّ السؤال إنّما هو بالنسبة إليه فلا ينافى كون المشتري بالخيار إذا كان جاهلا، بل ظاهر الصحيحة هو عدم علم المشتري بواقع الحال.

الثاني: في طريق التقسيط

، أي تقسيط الثمن على «ما يملك» و «ما لا يملك»، و قد ذكر له وجوه ثلاثة:

(١). الحدائق الناضرة، ج ١٨، ص ٤٠٠.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٨٥

١- ما عن المشهور من أنّه يقوم المجموع من حيث المجموع، ثم يقوم أحدهما (ما يملك) ثم يلاحظ النسبة بينهما، فان كان قيمة

المجموع عشا، وقيمة ما يملك اثنان، يؤخذ خمس الثمن و يدفع أربعة أخماس للمشتري هذا و لكن من البعيد أن يكون اطلاق كلامهم شاملا لما إذا كأم لوصف الاجتماع دخلا في زيادة القيمة، فأنه يوجب القول بالتفاوت بين شيئين، أي ما يملك و ما لا يملك، لا تفاوت بينهما أصلا كما لا يخفى.

٢- ما ذكره غير واحد من الأصحاب من لزوم تقويم كل واحد مستقلا، ثم ملاحظة النسبة بينه و بين مجموع القيمتين، فإذا كان أحدهما يسوى اثنتين و الآخر الأربعة كان الثمن بينهما اثلاثا: ثلث للأول، و ثلثان للثاني، و لا يرد عليه ما أورده على سابقه.

٣- أن يقوم كل واحد منهما في حال انضمامه إلى الآخر، ثم يلاحظ قيمة كل منهما إلى مجموع القيمتين (أو يقال يلاحظ نسبة كل منهما إلى الآخر) و مثلوا لو بيع الجارية مع ابنها، إذا زادت قيمة الابن مع الانضمام، و نقصت قيمة الجارية كذلك و هذا أمر واقع غالبا، فإن الجارية إذا كانت منحازة عن ابنها كانت قيمتها أكثر، و لو ضمت إليه كانت قيمتها أقل لاشتغالها بأمر الابن، بخلاف الابن فإنه إذا لم ينضم إلى امها احتاج إلى من يراقبه إذا كان صغيرا بخلاف ما لو انضم إليها حيث تكون قيمته أكثر.

فإذا كانت قيمة الابن في حال الانضمام ستة مثلا، و في حال الاستقلال أربعة، و قيمة الام بالعكس و كان مجموع القيمتين الحال عشرة، فلا بد من أخذ ثلاثة أخماس للابن و خمسين للأم، مع أن الأمر على عكس ذلك لو لوحظ كل منهما مستقلا، كما في الوجه الثاني «١».

و الحاصل: أنه إذا لم يكن لوصف الاجتماع أثر في زيادة القيمة أو نقصانها فمقتضى الطريق الثلاثة واحدة، لا تفاوت بينهما، و لكن إن كان الوصف الاجتماع أثر في زيادة القيمة حصل الفرق بين الطريق الأول و الثاني، لأن مقتضى الوجه الأول في المثال المذكور (أعني

(١). راجع نهج الفقاهة، ص ٢٨٥ و حاشية المكاسب للسيد الطباطبائي اليزدي قدس سره.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٨٦

كون كل واحد منفردا يعادل دينارين و مجتمعا مع الآخر عشرة دنانير) أخذ خمس الثمن، و لكن مقتضى الطريق الثاني أخذ نصف الثمن.

و إن كان للانضمام أثر في نقصان القيمة افترق طريق الأخير عن الأولين، كما ذكرنا.

و لعل اطلاق كلمات أساطين الفقه منزل على ما إذا لم يكن لوصف الانضمام أثر كما أشار إليه سابقا.

و على كل حال الأقرب إلى العدل و الانصاف و ملاحظة الحقوق الثابتة للمالكين هو الأخذ بالطريق الثاني فقط، للزوم الظلم على البائع على الطريق الأول إذا زادت القيمة عند الاجتماع، لأن المفروض أن كلا من العبدان بانفراده يساوي الآخر و إن كان بوصف الاجتماع تزداد قيمة، فلا بد من تصحيح البيع بنصف الثمن لا بخمسه.

كما أنه يلزم الظلم على المشتري إذا فرض تأثير الاجتماع في نقصان القيمة كما إذا كانت قيمة كل منهما منفردا تساوي الآخر، و كانت قيمة ما يملكه البائع عند الاجتماع أكثر، و قيمة ما لا يملكه أقل، فحينئذ يؤخذ له أكثر من النصف، مع أن المفروض تساويهما في القيمة عند الانفراد.

إن قلت: الظلم حاصل حينئذ عند زيادة القيمة بالاجتماع أو نقصانه، فإن المفروض أن البيع يؤثر في واحد منهما منفردا دون الآخر، و قد لوحظ في الثمن وصف الاجتماع الذي قد يوجب الزيادة و قد يوجب النقصان، فما يأخذه المشتري فاقد لوصف الاجتماع مع أن القيمة التي يؤديها قيمة للعين مع اتصافها بهذا الوصف.

قلنا: الاوصاف بذاتها لا تقابل بالمال كما عرفت بل توجب زيادة قيمة العين و ضرر المشتري هنا منجبر بالخيار من ناحية المشتري، و أمّا البائع فقد اقدم على ضرره إذا كان عالما بالحال، و لو لم يكن عالما بالحال أمكن القول بخياره أيضا، من باب الغبن إذا كان

لوصف الاجتماع دخلا في نقصان قيمة ماله.

الثالث: إن الحكم بصحة بيع ما يملك و ما لا يملك فيما إذا كان المتاعان كالخفين

و مصراعى الباب الذى لا قيمة لواحد منهما بانفراد أو قيمته قليل جدا، مشكل غاية الإشكال، فعدم شمول الأدلة له، و عدم إمكان حمله على تعدد المطلوب، و لو بحسب

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٨٧

الاعراض النوعية العقلائية، كما لا يخفى، و إن شئت قلت: الواحد من الخفين أو مصراعى الباب لا يكون بعضا من الصفقة واقعا، و إن كان كذلك ظاهرا، فإن المراد من البعض ما يقوم به بعض الآثار و لو بحسب الغالب، و من المعلوم أن الخف الواحد لا فائدة له تقريبا، فهما من الامور التى تعدان شيئا واحدا بحسب الأثر لا شيئا.

الرابع: ما ذكرناه من الأحكام جارية في ملك المشاع

، كما إذا كان ثلث الدار له و ثلثاه لغيره، و كذا في المثلى كما إذا كان ثلث صبرة له و ثلثاها لغيره، فيصح البيع فيما يملك و يبطل فيما لا يملك إذا لم يجزه مالكة، و يكون ذلك بحصة من الثمن، و لكن لا يتوهم أن التقسيط بالنسبة إلى الثمن يكون دائما على نحو الكسر المشاع الموجود في نفس العين، و ذلك لأن الثلث بانفراده قد يكون أقل قيمة من الثلثين، لقله الرغبات فيه، و قد يكون بالعكس لكثيرة الرغبات فيه، بل الأمر كذلك حتى في ناحية المثلى، فثمن من من الحنطة قد لا يساوى ثمن مائة من و لو بحسب النسبة، لتفاوت الرغبات في بيع القليل من الشئ و كثيرة، و المدار دائما على تقويم كل واحد من الملكين مستقلا، ثم ملاحظة كل منهما مع مجموع القيمتين، سواء كان الملكين من جنس واحد أو جنسين، من القيمي أو المثلى، من المشاع أو المفروز، و تفاوت القيمة في جميع ذلك أمر ممكن، و ما قد يظهر من بعض كلمات شيخنا الأعظم قدس سره في المقام من خلاف ذلك ممنوع، كما نبه إليه المحقق النائيني قدس سره في بعض كلماته في المقام «١».

الخامس: إن انضمام الشئين كما أنه قد يوجب زياد القيمتين أو نقصانهما، و قد يكون بحيث يوجب زيادة في أحدهما فقط دون الآخر

، أو نقصانا كذلك، بحيث لا يكون للانضمام أثر في قيمة أحدهما، و لكنه يكون مؤثرا في تفاوت قيمة الآخر، كما أنه قد يكون أثر الانضمام في الزيادة و النقصان متفاوتا، مثلا يزيد أحدهما بالانضمام ضعفين، و الآخر ثلاثة أضعاف، و كذلك في النقصان ينقص من قيمة أحدهما عشرا، و من الآخر عشرا، و الحكم في الجميع ما عرفت من تقويم كل واحد مستقلا ثم ملاحظة قيمة مع مجموع القيمتين و الله العالم.

(١). منية الطالب، ج ١، ص ٣١٠.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٨٨

السادس: صحة البيع فيما يملك إنما في ذاتها، و مع قطع النظر عن الطوارئ

، فلو لزم منه الربا، أو بيع الآبق بغير ضميمه بعد بطلان البيع فيما لا يملك أو غير ذلك مما هو محظور، فالإشكال فيها قائم كما هو واضح.

مسألة: لو باع من له نصف الدار مشاعا نصف تلك الدار من دون اشارة إلى أنه نصفه أو نصف المجموع من حقه و حق غيره، فهل

يصح البيع في نصفه فيكون ماضيا كله، أو يكون مشاعا في مجموع الحقين، فيصح في ربه و يتوقف في ربع غيره على الإجازة، و كذا غير الدار من الأعيان المختلفة.

و هذه المسألة مصداق من مصاديق المسألة السابقة (بيع ما يملك مع ما لا يملك) على بعض فروضها.

قال العلامة قدس سره في القواعد: «لو باع مالك النصف، النصف، انصراف إلى نصيبه، و يحتمل الاشاعة»، ... و قال في مفتاح الكرامة في شرح هذا الكلام: «هذان الاحتمالان ذكرا في نهاية الأحكام و الايضاح و جامع المقاصد في موضعين منه، أي الأخير، في البيع و الوصايا، مع حكمه فيهما بأن الاحتمال الأول هو الأصح، و في باب الصلح جزم بالأول، و في المسالك في باب الصلح نسبة إلى الأصحاب و قد أخذ مسلما في غضب جامع المقاصد و المسالك» (١).

و قال في الجواهر: «لو باع مالك النصف مثلا- النصف انصرف إلى نصيبه، كما صرح به جميع من تعرض لذلك، ثم نقل ارساله ارسال المسلمين عن غضب جامع المقاصد و المسالك» (٢).

أقول: و المسألة غير محررة في كلام الأصحاب من جهة أنها ناظرة إلى مقام الثبوت أو الإثبات، و إن كان الأول أظهر في كلماتهم، و لكن مثال بعضهم بالاقرار في ذيل المسألة يرشد إلى الثاني، و كذا بعض أدلتهم، و كيف كان لا بد من التكلم في المقامين فنقول و منه جل ثنائه نستمد التوفيق و الهداية:

(١). مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٢٠٧.

(٢). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣١٦.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٨٩

إن كان الكلام في مقام الثبوت بأن علم قصد البائع و أنه لم يقصد إلا مفهوم النصف المشاع من غيره تقييده بشيء من ماله غيره أو مشترك بينهما (الاشتراك يتصور على نحو التساوي و غير التساوي بأن يكون مثلا ثلثا منه و ثلثان من غيره و كذا العكس) فحينئذ يقع الكلام في أن النصف المشاع منصرف بحسب القصد إلى النصف المشاع في مجموع الحصتين أو لا ينصرف؟ فان قلنا بعدم انصرافه إلى ذلك بل مفاده بحسب قصد التكلم هو مطلق نصف المال، فحينئذ يبقى ظهور انصراف البيع إلى نفسه و في حقه خاليا عن المعارض، و إلا وقع التعارض بينهما (و ليس التعارض هنا بحسب مقام الدلالة و الإثبات بل بحسب مقام الإرادة و الثبوت).

و بما أن انصراف النصف إلى خصوص النصف المشاع بين الحقين غير ثابت، بل الانصاف انصرافه إلى نصف الجموع من دون فرق بين كونه مشتركا أو مختصا، و لو ثبت هذا الانصراف كان ضعيفا في مقابل انصراف البيع لنفسه، كان الحق ما ذكره المشهور من حمله على نصفه المشاع.

و منه يظهر الكلام في مقام الإثبات، و أنه لا يسمع دعواه في قصد البيع لغير نفسه مطلقا بل مقام الإثبات أوضح و أظهر.

و هذا هو العمدة و لكن ذكر في الايضاح في توجيه كلام المشهور امورا لا تخلو عن الإشكال:

١- منها أن الأصل في البيع اللزوم، و لهذا يحكم به عند الاطلاق و عدم العلم بالموانع.

٢- و منها أنه لو قال: بعتك غانما (و هو اسم مشترك بين عبده و عبد غيره) حمل على عبده إجماعا (فكذا في المقام).

٣- و منها أنه لو وصى بنصف المشترك صح في نصيبه (١).

قلت: أمّا التمسك بالأصل فالظاهر أنه في غير محله، لأنه ينفع إذا كان الشك في الحكم، و الحال أن محل الكلام من الشك في الموضوع، و أمّا الثاني فهو أيضا مغاير لما نحن فيه لأنه

(١). مفتاح الكرامة، ج ٢، ص ٢٠٧.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٩٠

غير قابل للحصتين، و أما الثالث فهو أيضا خارج عن محل الكلام لأنه لا تجوز الوصية في مال الغير و إن أجاز، فتأمل.

بقي هنا شيء

و هو أن السيد الطباطبائي قدس سره ذكر في تعليقاته أن التكلم في المسألة في مقامين:

«أحدهما»: ما إذا علم كون مراد البائع من النصف شيئا معينا من نصفه المختص أو المشاع بين الحصتين و يكون الغرض تشخيص مراده.

و «الثاني»: ما إذا علم أنه لم يقصد إلا مفهوم النصف من غير نظر إلى مال أو مال غيره، ثم قال: الظاهر أن محل كلامهم هو الأول، و استدلل له بأن استدلالهم بظهور المقام أو غيره في مقابل ظهور النصف في الاشاعة لا يناسب إلا المقام الأول، إذ الرجوع إلى الظهور إنما هو لتشخيص المرادات.

أقول: الرجوع إلى الظهورات قد يكون لكشف المراد الإجمالي في مقابل المراد التفصيلي، توضيح ذلك: إن المراد من اللفظ قد يكون محتملا منهما بحسب اللحاظ البدوي حتى نظر القائل، و لكن عند الدقة و التأمل يتبين أن مراده في عمق الذهن فرد خاص، و من قصد بيع النصف من دون ذكر قيد إن كان مراده بحسب الاخطار بالبال مطلق النصف، و لكن حيث إن الإنسان لا يبيع إلا لنفسه (إلا أن يكون وكيلا أو وليا أو غاصبا لا يعتنى بحكم الشرع) فهو قاصد في الواقع بيع حصته إجمالا و إن لم يبيئه تفصيلا، و إن هو إلا نظير تفاوت الداعي و الاخطار بالبال في مسألة النية في أبواب العبادات، و الظاهر أن مثل هذا القصد الإجمالي كاف في صحة البيع، كما يكفي في العبادات و إن كان بينهما تفاوت من جهات أخرى.

و الظاهر أن الرجوع إلى الظهورات هنا إنما هو لكشف هذا القصد الإجمالي و لو كان مرادهم ما ذكره قدس سره لم يناسب المقام، بل كان أشبه بمباحث المنازعات و الدعاوى.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٩١

مسألة: إذا باع ما يملك مع ما لا يقبل الملك، كالخمر و الأعيان النجسة فهل يصح البيع فيما يملك أم لا؟

المشهور هو الصحة فيما يقبل الملك (بصحة من الثمن) بل ادعى الإجماع عليه و يجوز الاستدلال له بما مرّ في المسألة السابقة من العمومات، مثل أحل الله البيع، و أوفوا بالعقود، و أما الاستدلال له بحديث الصفار فمشكل جدا، و إن ركن إليه شيخنا الأعظم قدس سره، و ذلك لعدم تصور ما لا يقبل الملك في أراضى القرية، و الموقوفه ملك لكن لا يصح بيعها، اللهم إلا أن يقال: إن ذلك يتصور في الأراضى الموات و لكن شمول الكلام في مفروض الرواية لها مشكل جدا، و الظاهر إنها منصرفه إلى القرية العامرة، و لا أقل من عدم الاطلاق فيها، نعم يمكن أن يقال بإلغاء الخصوصية منها، فتأمل.

و أمّا المانع هنا فهو عين ما مرّ في المسألة السابقة (بيع ما يملك مع ما لا يملك) من لزوم عدم تبعية العقود للقصد، و الجهل بالعوض، و حصول الضرر، و عدم جواز التفكيك في الإنشاء، و قد عرفت الجواب عن الجميع، و أن القصد هنا حاصل لتعدد المطلوب، و المقدار للالزم من العلم بالعوضين هو العلم بالمجموع من حيث المجموع و هو حاصل و الضرر مندفع بالخيار، و التفكيك هنا في المنشأ لا الإنشاء.

بقي هنا أمران:

أولهما: إذا علم المشتري بالحال و بأن البيع لا يصح في ما لا يملك شرعا

، فقد ذكروا أقوالا:

- ١- البطلان كما عن العلامة قدس سره في التذكرة نظرا إلى ما عرفت من لزوم الجهل بالعوض وقد عرفت جوابه.
- ٢- الصحة مع كون الثمن كله بازاء المملوك نظرا إلى أنه يعلم بعدم وقوع شيء من الثمن في مقابله، وقد حكى هذا القول عن الشهيد قدس سره في بعض حواشيه، ولكن قد عرفت أن العرف كثيرا ما يبنى على مالمية هذه الاشياء ولا يعتنى بحكم الشرع.
- انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٩٢
- ٣- الصحة مع التقييط وهذا هو الأقوى، ولعله ظاهر المشهور وهو نظير بيع المغصوب المبني على الملكية الادعائية كما يتراءى من حال الغاصبين.

ثانيهما: في كيفية تقويم الخمر والخنزير وغيرهما، مما لا مالمية لها

، فالمعروف الرجوع إلى قيمتها عند مستحليها، ومن بحكمهم من عصاة المسلمين، كما صرح به في الجواهر (١) لكن لا بمعنى قبول قولهم، بل معنى تحصيل العلم بذلك الحاصل من التواتر أو القرائن أو شهادة عدلين ممن عاشرهم، أو كان منهم وقد تاب ورجع، بل العدل الواحد بناء على ما هو الأقوى من قبول قوله في الموضوعات أيضا، أو الاطمينان القائم مقام العلم عرفا.

وقد نقل المحقق المامقاني قدس سره في «غاية الآمال» عن بعض الاساتذة أنه لو اختلف التقويم عند المستحلين من الكفار والمسلمين فقد احتمل فيه:

- ١- تخيير البائع.
 - ٢- تخيير المشتري.
 - ٣- القرعة.
 - ٤- تقديم الكفار، لأنهم أخبر، أو المسلمين لأنهم أوثق، وقد حكى ترجيح الأخير عنه (٢).
- أقول: مرجع المسألة في الحقيقة إلى الاختلاف في مقدار الثمن المقابل للمملوك مع معلومية الثمن وحينئذ لا وجه لشيء من الاحتمالات المذكورة، بل الظاهر أن الحكم هو البطلان لو رجع إلى التداعي والتحالف، أما بدون التداعي - كما إذا كان كل منهما في شك و كان طالبا لما هو حكمه الواقعي - لا يبعد الأخذ بالأقل لأن انتقال الثمن قطعي، إنما الشك في الزائد من الثمن، والأصل عدمه والمسألة تحتاج إلى مزيد تأمل.
- هذا إذا كان الاختلاف من المتبايعين في التقويم عندهم، أما إذا اختلفت القيمة عند أهله، فالظاهر أنه يؤخذ بما هو الأوسط، فتدبر.
- وقد أشار «السيد الطباطبائي قدس سره» هنا إلى نكتة ينبغي الإشارة إليها وإن كانت ظاهرة في الجملة، وهي أن المدار على قيمتهما في مكان البيع، لا في بلاد الكفر وحينئذ قد لا يكون

(١). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٢١.

(٢). غاية الآمال، ج ٢٢، ص ٤١٢.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٩٣

لهما في بلاد الإسلام التي هي مكان البيع قيمة أصلا، لعدم وجود كافر أو فاسق راغب فيها...

فيكون البيع باطلا في الكل لعدم إمكان تعين ما بإزاء البعض المملوك (١).

قلت: ما ذكره حق، ولكن الأولى أن يعلل بعدم القيمة لغير المملوك لا- بعدم إمكان تعيينها، فيبطل البيع لعدم القصد إلى الثمن الكذائي بازاء خصوص المملوك قطعا.

هذا ويمكن أن يقال بأن اقدمهما دليل على كون كل منهما مالا- في نظرهما، فيرجع إليهما في نسبة كل مع الآخر ويؤخذ من

المجموع بهذا النسبة، فتأمل.

(١). حاشية المكاسب للسيد الطباطبائي اليزدي قدس سره، ص ١٩٨.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٩٥

الكلام في أولياء العقد

إشارة

قال في الحدائق: «كما يصح العقد من المالك كذا يصح من القائم مقامه، وهم ستة على ما ذكره الأصحاب، و سبعة على ما يستفاد من الأخبار، و به صرحوا أيضا في غير هذا الموضوع:

الأب، و الجد له لا الام، و الوصي، و الوكيل من المالك، أو ممن له الولاية، و المالك الشرعي حيث فقد الأربعة المتقدمة، و أمينه و هو المنسوب من قبله لذلك أو لما هو الأعم، و عدول المؤمنين مع تعذر الحاكم أو تعذر الوصول إليه» (انتهى ملخصا) «١».

وقد ذكر العلامة قدس سره الستة الاولى مع المالك في عبارة القواعد، و قال في المفتاح بعد هذا، ما نصه: «اشتراط كون البائع أحد هذه السبعة مما طفحت به عبارة الأصحاب كالشيخ و أبي المكارم و الحلبي و من تأخر عنهم إلّا من شذ، و الأشهر الاظهر بين الطائفة كما في الرياض مع زيادة عدول المؤمنين مع فقد هؤلاء، و في الرياض بعد ذكر السبعة: لا خلاف في الولاية لهؤلاء، بل الظاهر الإجماع عليه و هو الحجة كالأخبار المتواترة» «٢».

و الظاهر أنه كذلك، أعني الحكم في هذه الموارد السبعة مما لا كلام فيه في الجملة، و إنما الكلام في خصوصياتها و إليك شرح كل منها:

«الأول» «و الثاني» ولاية الأب و الجد:

إشارة

الظاهر المصرح به في كلمات كثير منهم ولاية الأب و الجد على التصرف في أموال

(١). الحدائق الناضرة، ج ١٨، ص ٤٠٣.

(٢). مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٨٤.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٩٦

الطفل بالبيع و الشراء و نحوهما في الجملة، و قد تعرض الفقهاء للمسألة هنا و في أبواب الحجر، و في كتاب النكاح أيضا إشارة إليه.

قال في مفتاح الكرامة: «لا خلاف و لا نزاع في جواز البيع و الشراء و سائر التصرفات للأطفال و المجانين المتصل جنونهم و سفههم بالبلوغ من الأب و الجد» «١».

و قال في كتاب الحجر: «و قد نص في المبسوط و الشرائع و النافع و التذكرة و التبصرة و التحرير و الإرشاد و اللمعة و جامع المقاصد و الروضة و المسالك و مجمع البرهان و الكفاية و غيرها، أن الولاية في مال الطفل و المجنون، لأبيه و جده و إن علا» «٢».

و بالجملة الظاهر اتفاق آرائهم في ذلك، و يدل عليه مضافا إلى ما ذكره، و إلى الروايات الآتية، استقرار السيرة عليه من أهل الشرع، بل العقلاء كلهم، في حفظ أموال أولادهم و التصرف فيها بما هو صلاحهم بأنواع التصرفات.

و هذا من أهم أدلة المسألة و إن لم يتعرضوا له غالباً.

و الظاهر أنّ هذه السيرة لا تختص بقوم دون قوم و ملة دون ملة، فقد نرى الجميع يجعلون الولاية للأب أو هو مع الجد على الطفل بجميع شئونه، و يرون من شئون تربية الطفل حفظه بنفسه و أمواله و بما أنّ الشارع لم يردع عنه بل أكدّه و قرره و أمضاه، فلا يبقى إشكال في المسألة، بل لا يحتاج إلى الامضاء إذا كانت السيرة بعنوان أهل الشرع، فسيرة أهل الشرع بنفسها دليل على الحكم، و سيرة العقلاء بعد إمضاء الشرع و لو بعدم الردع كما لا يخفى.

و أمّا الروايات الدالة على الحكم فهي على طوائف:

الطائفة الأولى: الروايات الدالة على جواز الوصية بأموال الصغار، فلو لم يكن للأب ولاية على أموال طفله كيف يصح له جعلها بيد الوصي، و هي روايات كثيرة متفرعة في أبواب الوصايا و غيرها مثل:

و ما رواه محمد بن عيسى عن روه عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: «في رجل مات و أوصى إلى رجل و له ابن صغير فأدرك الغلام و ذهب إلى الوصي و قال له: ردّ عليّ مالي

(١). مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٨٤.

(٢). المصدر السابق، ج ٥، ص ٢٥٥.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٩٧

لأنّ زوج فأبى عليه فذهب حتى زنى، فقال: يلزم ثلثي إثم زنا هذا الرجل ذلك الوصي الذي منعه المال» الحديث «١».

و ما رواه سعد بن إسماعيل عن أبيه قال: «سألت الرضا عليه السّلام عن وصي أيتام يدرك أيتامه فيعرض عليهم أن يأخذوا الذي لهم فيأبون عليه كيف يصنع؟ قال: يردّ عليهم و يكرههم عليه» «٢».

إلى غير ذلك ممّا في هذا المعنى التي وردت في أبواب الوصايا و أحكام عقد البيع.

الطائفة الثانية: ما ورد في الاتّجار بمال اليتيم، و قد صرح في بعضها بولاية الأب على أموال الصغير، مثل ما روى محمد بن الفضيل قال: «سألت أبا الحسن الرضا عليه السّلام عن صبيّة صغار لهم مال بيد أبيهم أو أخيه هل يجب على مالهم زكاة؟ فقال: لا يجب في مالهم زكاة حتى يعمل به، فإذا عمل به و جب الزكاة، فأما إذا كان موقوفاً فلا زكاة عليه» «٣».

و ما رواه أبو الربيع قال: «سئل أبو عبد الله عليه السّلام عن الرجل في يديه مال الأخ له يتيماً و هو وصيه أ يصلح له أن يعمل به؟ قال: نعم كما يعمل بمال غيره و الربح بينهما، قال قلت: فهل عليه الضمان؟ قال: إذا كان ناظراً له» «٤».

و كذا ما دل على جواز الاقتراض من مال اليتيم، مثل ما روى منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السّلام: «في رجل ولي مال يتيماً أ يستقرض منه؟ فقال: إنّ على بن الحسين عليه السّلام قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجر، فلا بأس بذلك» «٥».

الطائفة الثالثة: ما دلّ على جواز التصرف في مال الولد بتقويم جاريته و أخذها لنفسه إن شاء مثل ما رواه داود بن سرحان قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: رجل يكون لبعض ولده جارية و ولده صغار، قال: لا يصلح له أن يطأها حتى يقومها قيمة عدل، ثم يأخذها و يكون لولده عليه ثمنها» «٦».

(١). وسائل الشيعة، ج ١٣، الباب ٤٦ من أبواب أحكام الوصايا، ح ١.

(٢). المصدر السابق، الباب ٤٧ من أبواب أحكام الوصايا، ح ١.

(٣). المصدر السابق، ج ٦، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ٤.

(٤). المصدر السابق، ج ٦، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ٦.

(٥). المصدر السابق، ج ١٢، الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

(٦). المصدر السابق، ج ١٤، الباب ٤٠ من أبواب نكاح العيب و الاماء، ح ٤.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٩٨

إلى غير ذلك مما ورد في هذا المعنى وفيها بعض المعارضات.

هذا و لكن لا دلالة لها على جواز التصرف في أمواله مطلقا لنفسه و لاله، و الظاهر أن للجارية خصوصية كما لا يخفى على من راجع هذه الروايات.

الطائفة الرابعة: ما دلّ على ولاية الأب على تزويج الصغير و الصغيرة، و يستفاد منها حكم الأموال بالأولوية مثل ما رواه ابن بزيع قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الصبية يزوجه أبوها ثم يموت و هي صغيرة فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها يجوز عليها التزويج أو الأمر إليها؟ قال: يجوز عليها تزويج أبيها» (١).

و ما رواه محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصبي يزوج الصبية قال: إن كان أبواهما اللذان زوجها فنعيم جائز، و لكن لهما الخيار إذا أدركا، فان رضيا بعد ذلك فان المهر على الأب» (٢).

إلى غير ذلك مما يدل عليه، و لكن المستفاد من غير واحد منها كون الابن أو الابنة بالخيار بعد بلوغه أو بلوغها و لكن ذلك لا ينافي صحة النكاح و نفوذه- هذا و لكن الانصاف أن الأخذ بالأولوية غير ظاهر و لعل للنكاح خصوصية تقتضى هذه الولاية مع كون الشائع بينهم في تلك الأعصار تزويج أولادهم في صغرهم لبعض المصالح المعلومة عندهم، فتدبر.

الطائفة الخامسة: ما دلّ على كون الولد و ماله لأبيه، مما يستفاد منه جواز التصرف منه لنفسه، فكيف للولد، و هي كثيرة:

منها: ما يدلّ على جواز أخذه من مال ولده مطلقا، للحج و غيره.

مثل ما روى محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يحتاج إلى مال ابنه قال: يأكل منه ما شاء من غير سرف» (٣).

و ما رواه سعيد بن يسار قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أ يحج الرجل من مال ابنه و هو صغير؟ قال: نعم قلت يحج حجة الإسلام و ينفق منه؟ قال: نعم بالمعروف ثم قال: نعم»

(١). وسائل الشيعة، ج ١٤، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح، ح ١.

(٢). المصدر السابق، ح ٨.

(٣). المصدر السابق، ج ١٢، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٣٩٩

يحج منه و ينفق منه، إن مال الولد للوالد» (١).

و ما رواه ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الرجل يكون لولده مال فأحب أن يأخذ منه، قال: فليأخذ» (٢).

و منها: ما يدلّ على جواز أخذه من مال ولده إذا كان له حاجة لغير اسراف لا مطلقا، مثل ما رواه الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام: «إن رسول الله صلى الله عليه و آله قال لرجل: أنت و مالك لأبيك، ثم قال أبو جعفر عليه السلام: ما أحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه مما لا بدّ منه، إن الله لا يحبّ الفساد» (٣).

و ما رواه علي بن جعفر عن أبي ابراهيم عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يأكل من مال ولده؟

قال: لا، إلا أن يضطر إليه، فيأكل منه بالمعروف» (٤).

إلى غير ذلك مما ورد في هذا الباب و في أبواب النكاح و الحج.

و منها: ما رواه زرارة عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: «أنى لذات يوم عند زياد بن عبد الله إذا جاء رجل يستعدي على أبيه، فقال: أصلح الله الأمير أن أرى زوج ابنتي بغير أذني، فقال زياد لجلسائه الذين عنده: ما تقولون فيما يقول الرجل؟ فقالوا: نكاحه باطل، قال: ثم أقبل عليّ فقال ما تقول يا أبا عبد الله؟ فلما سألتني أقبلت على الذين أجابوه فقلت: نعم، أليس فيما تروون أنتم عن رسول الله صلّى الله عليه وآله أن رجلا- جاء يستعديه على أبيه في مثل هذا، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله أنت و مالك لأبيك؟ قالوا: بلى، فقلت: فكيف يكون هذا و ماله لأبيه و لا يجوز نكاحه؟» (٥).

و ما رواه سعيد بن يسار قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السّلام الرجل يحج من مال ابنه و هو صغير؟ قال: نعم يحج منه حجة الإسلام، قلت: و ينفق منه؟ قال: نعم ثم قال: إن مال

(١). وسائل الشريعة، ج ١٢ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ٤.

(٢). المصدر السابق، ح ٧.

(٣). المصدر السابق، ح ٢.

(٤). المصدر السابق، ح ٦.

(٥). المصدر السابق، ج ١٤، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح، ح ٥.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٠٠

الولد لوالده، أن رجلا اختصم هو و والده إلى النبي صلّى الله عليه وآله، فقضى أن المال و الولد للوالد» (١).

و الروايات في هذا المعنى مروية من طريق العامة أيضا، مثل ما رواه أحمد في مسنده:

«أن أعرابيا أتى النبي صلّى الله عليه وآله فقال: إن لى مالا و والدا، و إن والدى يريد أن يجتاح (اجتاح أى افنى) مالى، فقال: أنت و مالك لوالدك، إن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من كسب أولادكم» (٢).

و قريب منه ما رواه هو أيضا عنه صلّى الله عليه وآله: «أنت و مالك لوالدك، إن أطيب ما أكلتم من كسبكم، و أن أموال أولادكم من كسبكم فكلوه هنيئا» (٣).

و التحقيق في مفاد هذه الروايات أن يقال: إمّا هي محمولة على حكم اخلاقي و هو أنه لا ينبغي للولد أن يماكس في حق والده، و أن يكون بنفسه و بماله في اختياره كما يساعد عليه الاستدلال الإمام الرضا عليه السّلام في ما رواه محمد بن سنان أن الرضا عليه السّلام كتب إليه فيما كتب من جواب مسألة: و علة تحليل مال الولد لوالده بغير أذنه و ليس ذلك للولد، لأنّ الولد موهوب للوالد في قوله عزّ و جل: **يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِثَاءً و يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ** (٤).

و ممّا يلوح منه آثار الاستحباب هو الاستيناس للحكم ببعض الاشارات الواردة في القرآن الكريم، لوضوح أن التعبير بقوله تعالى **يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِثَاءً** ... إلى آخرها ليست الهبة التمليكية، و كذلك قوله تعالى: **ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ** في ذيل الرواية و هذه تعبيرات تناسب ذلك الحكم الاستجابي الاخلاقي لا غير.

أو يحتمل على الضرورة و الحاجة، فيدخل في مسألة نفقة الأب في مال الابن (كما يشهد له رواية ٢ و ٦ و ٨ من الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به من، ج ١٢).

أمّا رواية سعيد بن يسار فقد حملها بعضهم على جواز الاقتراض من مال الولد أو على

(١). وسائل الشريعة، ج ٨ الباب ٣٦ من أبواب وجوب الحج، ح ١.

(٢). مسند أحمد بن حنبل، ج ٢، ص ٢١٤.

(٣). المصدر السابق، ص ١٧٩.

(٤). وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٠١

كون نفقة السفر مثل نفقة الحضر مع كون الأب محتاجا.

وقد صرح المحققون بأن المشهور بين الأصحاب عدم الجواز، وذكر الشيخ قدس سره في الخلاف عن أهل الخلاف منعهم عنه جميعا «١»، ولعل الأرجح بحسب القواعد أيضا تقديم روايات المنع لموافقته للكتاب و السنة مع معارضتها بقول المشهور.

وبالجملة لا يمكن رفع اليد عن الاصول الثابتة في الشرع من عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه بمثل هذه الروايات التي يمكن حملها على وجوه شتى وفيها قرائن على هذه المحامل فتدبر جيدا.

و خلاصة القول فيها أن اللام في «أنت و مالك لأبيك» لا يمكن حملها على الملكية، لعدم كون الولد رقا لأبيه بالضرورة، فلا بد أن يحمل إمّا على السلطنة و جواز الانتفاع، و حينئذ نقول إن حملناها على الحكم الأخلاقي كما يكون دارجا في كلمات أهل العرف أيضا حيث يقول بعض الأجلة لبعض آخر: أنا عبدك و العبد و ما في يده لمولاه، أو على جواز أخذ مقدار النفقة عند الحاجة و شبه ذلك فلا كلام.

و إلا كانت الروايات متعارضة من الجانبين، و لا ينبغي الشك في ترجيح الروايات المانعة عند تعارضها لمرجحات شتى، من موافقة كتاب الله و السنة، و الاصول المستفادة منها، و موافقة الشهرة، و أمّا مجرّد مخالفة العامة في الروايات الجواز فلا يقاوم لما مرّ كما هو ظاهر.

بقي هنا امور:

١- هل يعتبر في تصرفاتهما رعاية الغبطة و المصلحة؟

أو يكفي عدم المضرة، أو يجوز و لو مع الضرر؟

المعروف بين الأصحاب بل أدعى الإجماع عليه اعتبار المصلحة، و مراعاة حفظ

(١). الخلاف، ج ١، ص ٣٧٣ كتاب الحج.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٠٢

الصبي، و لكن صرح شيخنا الأعظم قدس سره بكفاية عدم المفسدة، وفاقا لجمع من الاساطين، و يظهر من بعض الروايات السابقة جواز المضرة أيضا.

قلت: أمّا احتمال جواز التصرف و لو مع الضرر على الولد فهو مبني على ما عرفت من القول بكون الولد و ماله للوالد، و قد عرفت عدم إمكان المساعدة معها، و أنه حكم استحبابي أخلاقي، أو محمول على حال الضرورة و الحاجة التي يجوز فيها للأب أخذ نفقته من مال ولده.

فيبقى القولان الأولان، و الظاهر أن مقتضى القاعدة عدم جواز التصرف في غير مورد المصلحة، لأن الأصل عدم الولاية، مضافا إلى ما قد عرفت من أن أصل هذا الحكم مأخوذ من بناء العقلاء و إمضاء الشارع، و من المعلوم أن ملاكهم حفظ مصالح الولد، لا مصالح الأب و الجد، فكل ما ليس لا يكون في مصلحة فهو غير نافذ، نعم قد اجيز للناظر في أموال اليتامى أن يأكل منه بالمعروف

(كما يظهر من الآية و الروايات) ففي الأب بطريق أولى.

لكن الظاهر أنه أيضا من باب حفظ مصلحة اليتيم لئلا يكون عمل القائم بأمره خاليا عن العوض فيرغب عن حفظ أمواله، و لعل ما ورد من جواز الاستقراض من مال اليتيم أو الاتجار بماله أيضا من هذا الباب «١». و من هنا يظهر أن الأخذ باطلاق روايات الولاية لإثبات جواز التصرف بغير مفسدة كما يظهر من بعض كلمات شيخنا الأعظم قدس سره في غير محله بعد انصرافها إلى ما عند العقلاء و بالجملة لو لم يكن هذا الشرط أقوى فلا أقل من أنه أحوط.

و قد يستدل له أيضا بقوله تعالى: وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ * «٢». لأنها تشمل الجد إذا كان الطفل يتيما، و لكن النسبة بينها و بين روايات الباب بناء على اطلاقها عموم من وجه، و لعل الترجيح مع الاطلاق، فتأمل.

و يدل على أصل الحكم أيضا اطلاق ما ورد في باب الحجر، مثل:

و ما روى هشام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام و هو أشده، و إن احتلم و لم يؤنس منه رشده و كان سفيفا أو ضعيفا فليمسك عنه وليه ماله» «٣».

(١). وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

(٢). سورة الانعام، الآية ١٥٢.

(٣). وسائل الشيعة، ج ١٣، الباب من أبواب الحجر، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٠٣

٢- هل تعتبر العدالة في الولي؟

مقتضى الأصل اعتباره خلافا لما أفاده في المكاسب، لأن الأصل عدم ولاية أحد على أحد، و لكن اطلاق بعض ما مرّ من الأحاديث السابقة كأحاديث الوصية الظاهرة في عدم اعتبار العدالة في الوصي، و كذا الموصى، و غير ذلك مما ذكره، دليل على المقصود، مضافا إلى ما عرفت من أن أصل الحكم مأخوذ من سيرة العقلاء التي أمضاها الشرع، و من الواضح أنهم لا يعتبرون العدالة في حقه. و عدم اعتبار العدالة في الوصي الذي هو فرع وجود الموصى أيضا شاهد عليه و الظاهر أن سيرة أهل الشرع أيضا مستقرة على ذلك لأنهم لا يمنعون الآباء عن التصرف في أموال أولادهم بمجرد صدور بعض المعاصي عنهم.

و استدل المحقق النائيني قدس سره أيضا بما روى هشام في الحديث الأول من باب الأول من كتاب الحجر و لكن الظاهر أنه في مقام بيان حكم آخر، و هو حد البلوغ، فهو أجنبي عما نحن بصده.

و استدل للقول بعدم الجواز تارة بحكمة الصانع و أنه لا يجعل الفاسق أمينا يقبل اقراراته و اخباراته عن غيره، و اخرى بنص القرآن الكريم على خلافه (كما عن الايضاح).

و يرد الأول أنه يمكن كون الفاسق أمينا من جهة الأموال كما هو الغالب في الآباء بالنسبة إلى أولادهم.

و الثاني بأنه لو كان المراد من نص القرآن آية الركون إلى الظالمين، فالظاهر أن المراد منه الركون إليهم في ظلمهم، فلا يشمل المقام، مضافا إلى أن الأقرب في النظر أن يكون المراد آية النبأ بقرينه قوله: «يقبل اقراراته و اخباراته عن غير».

و الجواب عنه حينئذ إن تعطيل الآية لا تشمل الثقة، و ظهور التعليل مقدم، مع أن الكلام ليس في الاقرارات و الاخبارات بل في نفس التصرفات.

و كذا يمكن أن يكون المراد آية النهي عن إيتاء السفهاء الأموال «١» بقرينة الروايات

(١). و هي الآية ٥ من سورة النساء.
 أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٠٤
 المتعددة الواردة في تفسيرها من أن «شارب الخمر» أو «من لا تتق به» فاسق.
 والجواب عنه أنه لا- يستفاد منها سوى الوثوق لو قلنا به، هذا و لو كان الأب مفسدا لأموال الطفل وجب على الحاكم منعه لولايته
 العامة كما هو ظاهر.
 ثم أنه ذكر بعضهم أنه لا تظهر ثمرة عملية لاعتبار هذا الشرط، بناء على اعتبار رعاية المصلحة أو عدم المفسدة إلّا بناء على اعتبار
 العدالة موضوعيا كما في إمام الجماعة.
 و لكن تظهر الثمرة في منع الحاكم عنه إذا لم تعلم المصلحة.
 و قد يقال بمنع ولاية الوالد الكافر على الولد المسلم، لكونه تابعا لأمه المسلمة «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا و ليس
 ببعيد».

٣- هل أن ولاية الأب و الجد في عرض واحد؟

لا إشكال في ولاية الجد في الجملة، و يدل عليه غير واحد ممّا سبق، و المعروف أنه في عرض الأب و لكنه غير ظاهر إن كان الأصل
 في الحكم سيرة العقلاء، و الأولوية في الارث مؤيدة للإشكال.
 نعم يظهر من الروايات الواردة في أبواب النكاح (الباب ١١ من أبواب عقد النكاح من، ج ١٤) أن الأب و الجد في عرض واحد،
 فأيهما سبق في النكاح كان عقده صحيحا، بل يظهر من غير واحد منها أولوية الجد إذا هوى أبوها أحدا و هوى جدها شخصا آخر.
 و لكن قد عرفت أن التعدى منها إلى البيع لا يخلو عن أشكال، فالأحوط عدم تصرف الجد مع وجوب الأب إلّا بإذنه، و أمّا إذا فقد
 الأب فقد يقال بأن الجد القريب أولى كما في الارث لآية «أولى الأرحام»، و لكن ذكرنا في محله مستوفى أن الآية لا دلالة لها على
 الأولوية من هذه الناحية فراجع ما ذكرناه في أبواب الارث و في تفسيرنا (تفسير الأمثل) و الحمد لله.
 أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٠٥

[الثالث] ولاية الفقيه و وظائفه

إشارة

لما وصل البحث في كتاب البيع إلى هنا (أولياء عقد البيع) طلب منى كثير من الاخوة التكلم في مسألة ولاية الفقيه بشيء من التفصيل،
 فأجبت دعوتهم لكون المسألة ممتا تعم بها البلوى، لا- سيما اليوم، بل البلوى بها أشدّ من كثير من المسائل الفرعية لابتناء الحكومة
 الإسلامية عليها فنقول و نستمد من الله تبارك و تعالى التوفيق و الهداية إلى ما يرضاه و يرضى رسوله و الائمة الهادون من أهل بيته
 عليهم السلام:

المقام الاول: مناصب الفقيه

إشارة

إنما عبرنا بهذا العنوان (مناصب الفقيه) ... بدلا عما هو المعروف من مسألة ولاية الفقيه، لكونه أعم و أتم كما سيظهر لك في مطاوى البحث، و اعلم أن له مناصب مختلفة:

المنصب الأول: منصب الافتاء

إشارة

قال شيخنا الأعظم قدس سره في مكاسبه:

للفقيه الجامع للشرائط مناصب ثلاثة، أحدها: الافتاء فيما يحتاج إليها العامى فى عمله، و مورده المسائل الفرعية و الموضوعات الاستنباطية من حيث ترتب حكم شرعى عليها.

أقول: الافتاء كما أنه من مناصب الفقيه فإنه من وظائفه أيضا، و يجب عليه وجوبا كفاييا، و للعوام أن يقلدوه، و لا بأس بالإشارة إلى دليل جواز التقليد هنا إجمالا و إن كان شرحه موكولا إلى محله.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٠٦

و العمدة فيه قبل الآيات و الروايات سيرة العقلاء عموما، و سيرة أهل الشرع خصوصا فى رجوع الجاهل إلى العالم، و الأولى حجة بعد إمضاء الشرع و لو بعدم الردع، و الثانية حجة من دون حاجة إلى أمر آخر.

أمّا الأولى فهى ظاهرة لمن نظر فى امور العقلاء، لأن المتداول بينهم من قديم الأيام إلى حديثه، و من أرباب الديانات إلى غيرهم، رجوع كل جاهل فى علم و فن إلى عالمه، لا تجد له نكيرا و لا تسمع فيه خلافا.

و السر فيه أن العلوم و الفنون كثيرة، متشعبة بشعب مختلفة، لا يقدر كل إنسان - أى إنسان كان - على الاجتهاد فى جميعها، بل و لا فى عشر من أعشارها، و لذا قد يكون مجتهدا فى علم أو علمين، فى فن أو فنين دون غيرها، فالطريق له هو الأخذ بقول من هو مجتهد فيها، فالمهندس يرجع إلى الطبيب إذا مرض، كما أن الطبيب يرجع إليه إذا أراد بناء بيت أو مستشفى، و لا يستغنى واحد منهما عن الآخر، و كذا أرباب الحرف و الصنائع و العلوم، و هذا أمر واضح.

و أمّا العمل بالاحتياط فغير ممكن إلّا لبعض الاوحدى من أهل الفضل، و لا - فى جميع المسائل، فإن الأمر فى بعضها يدور بين المحذورين لا بدّ من الاجتهاد فيها، كما إذا نذر الصوم فى السفر لا يدري أنه صحيح حتى يكون واجبا أو باطل حتى يكون حراما، و كذا إذا حكم الحاكم بأن اليوم يوم عيد، فإن قلنا باعتبار حكم الحاكم فى الهلال فيحرم عليه الصيام، و إلّا فيجب عليه إلى غير ذلك من اشباهه.

و ما قد يقال - كما قال به شردمة قليلة - من أن التقليد حرام و أنه يمكن لجميع الناس الرجوع إلى كتاب الله و كتب الحديث و أخذ الأحكام فيها و العمل بها، فاسد جدا، لا يمكن التفوه به إلّا من غافل عن كيفية استنباط الأحكام من الكتاب و السنة، فإنه يحتاج إلى معرفة اللغة و العلوم الأدبية و التفسير و الحديث و الرجال و علم الاصول و غير ذلك، و معرفة الناسخ من المنسوخ، و الحاكم من المحكوم، و العام من الخاص، و المطلق من المقيّد، و معرفة أحكام المتعارضين، و طريق الجمع بينهما، و كيف يقدر جميع الناس على ذلك، حتى إذا فرضنا اقبالهم على الفقه و ترك جميع التجارات و الزراعات و الصنائع و الحرف، الذى ينتهى إلى

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٠٧

اختلال النظام، لعدم استعداد جميعهم لذلك، حتى أنا نرى فى بعض الحوزات العلمية اناسا يدرسون أكثر من عشرين سنة لا يقدرّون على الاجتهاد و لو فى مسألة واحدة مهمّة فقهية، فكيف بغيرهم، و الحق أن الاجتهاد أشد من طول الجهاد كما أشار إليه شيخنا الأعظم

الأنصاري قدس سره في بعض كلماته.

و هل يقدر جميع الناس إذا مرضوا بأمراض مختلفة أن يراجعوا بأنفسهم الكتب الطبية و يعملون بها؟ و كذا إذا أرادوا بناء دار أو مدرسة أو سوق أو غيرها يطالعون كتب الهندسة و يستغنون بها عن مراجعة أهل الخبرة، و هذا أمر واضح ظاهر.

و أما سيرة أهل الشرع: فقد استقرت من زمن النبي صلى الله عليه و آله على رجوع الناس في المسائل الشرعية إلى فقهاء الامة فكان صلى الله عليه و آله إذا فتح بلدا أرسل إليه أميرا و قاضيا فالأمير لنظم البلد، و القاضي للفتوى القضاء، و لم يكن القضاء في تلك الأيام أمرا مستقلا عن الافتاء، فإذا جهلوا بالحكم سألوه عنه، و إذا اختلفوا و تنازعوا في الحقوق رجعوا إليه للقضاء بينهم.

و قد كان بعضهم جامعا بين مقام الامارة و الفتوى و إن كان هذا قليلا بينهم، و من هنا يتضح حال مقبولة عمر بن حنظلة و أنه لا عجب لو كان صدره في القضاء و ذيله في الافتاء.

ثم أنه لما اتسع نطاق الفقه و العلم انفصل مقام القضاء عن الافتاء، فقد كان هناك فقهاء عارفون بالأحكام يراجعهم الناس في كل بلد و إن لم يكونوا من القضاء فقد قال الصادق عليه السلام - كما في الحديث - لبعض أصحابه: أحب أن تجلس في مسجد المدينة و تفتي الناس.

نعم الاجتهاد في تلك الأعصار كان بسيطا جدا بالنسبة إلى عصرنا حيث يكفيه معرفة اللغة و معرفة الحديث و الرواية و حكم التعارض بين الأحاديث و شبه ذلك.

و ما قد يتوهم من أن الاجتهاد و الاستنباط لم يكن في تلك الأيام بل كانوا يكتفون بنقل الأحاديث المأثورة باطل جدا، لأن الأحاديث قد كانت متعارضة، و كلمات أهل اللغة في تفسير بعض الآيات كانت متضاربة، إلى غير ذلك مما يحتاج إليه في الاحاطة بمسائل الاصول و الفقه و اللغة و غيرها و من ينكره إنما ينكره باللسان و قلبه مطمئن بالإيمان.

هذا كله بالنسبة إلى الأحكام.

أما الموضوعات: فالحق فيها على أقسام ثلاثة:

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٠٨

١- الموضوعات المستنبطة:

كالمركبات الشرعية مثل الصلاة الصيام و الحج التي تستفاد أجزائها و شرائطها و موانعها، و قد حقق في الحقيقة البحث عن هذه الموضوعات يعود إلى البحث عن أحكام الشرعية الواردة في موارد الأمر و النهي، لا أنها مجعولة بذاتها، فالتقليد فيها تقليد في الأحكام واقعا.

٢- الموضوعات العرفية غير المستنبطة:

و هي على قسمين: قسم منها ظاهرة واضحة يقدر المقلد على معرفتها كالماء المطلق و المضاف و الدم و البول و أشباهها، و لا شك أن معرفة حالها بيد المقلد الذي هو من أهل العرف، و حتى لو خالف علمه علم المرجع و المفتي يعمل بعمله، و لا يعتنى بقوله، و الوجه فيه أنه لا فرق في ذلك بينه و بين مرجعه، فإذا خالفه في علمه بالموضوع لزمه العمل بعلم نفسه فقط.

و قسم آخر الموضوعات العرفية الخفية مما تحتاج في فهمها و فهم مصاديقها إلى دقة النظر، و سلامة الذوق، و الممارسة و الإحاطة بهذه الامور، فهذا أيضا يرجع المقلد فيه إلى مجتهده، و كثير من المسائل الفرعية في الكتب الفقهية و الرسائل العملية من هذا القبيل، فليس فيها كشفا لحكم شرعي، و استنباطا من الأدلة الشرعية بل يكون من قبيل تطبيق الكلى على أفراد و تعيين الموضوعات الخفية، و لو لم يجز التقليد في أمثالها كان ذكر هذه الفرع في الرسائل العملية لغوا بل اغراء بالجهل.

مثلا ورد غير واحد من الأحاديث أن السجود جائز على الأرض و ما أنبتت الأرض إلّا ما أكل و لبس «١». و الحكم مطلق و اللفظ عام شامل و مفهومه ظاهر، و لكن مع ذلك فقد وقع الشك في شمولها لبعض الأمر كقشر الفواكه و الأدوية و العقاقير و الشاي قبل أن يطبخ و ما يكون

(١). راجع وسائل الشيعة، ج ٣، الباب ١ من أبواب ما يسجد عليه، ص ٥٩١.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٠٩

مأكولا في بلد دون بلد، أو ملبوسا كذلك، و كذا في ما ليس كذلك بالفعل و لكن يكون مأكولا أو ملبوسا بالقوة، إلى غير ذلك من الفروع الكثيرة التي أوردوها في الكتب، و لا يقدر العامي على استنباط أحكامها، فعلى الفقيه ملاحظة حال هذه الفروع و صدق هذين العنوانين عليها و عدمه، فان غالب العوام غير قادرين على الدقة في هذه الامور، و لكن الفقيه لمزاولته هذه الفروع و أمثالها قادر على استجلاء حقيقة هذه الامور من أعماق أذهان أهل العرف و ردها إليهم، و لا عجب في ذلك، فتدبر جيدا. و كذلك لا شك أن مسافة القصر ثمانية فراسخ كما دلت عليه النصوص، و لكن في صدقها على الثمانية الدورية أو المرتفع في الجو أو في أعماق الأرض غموضا يتصدى لرفعه الفقيه.

و كذا يظهر من بعض الروايات كفاية المحاذاة للمواقيت و قد أفتى به الأصحاب، و لكن وقع الكلام في أن المواقيت الخمسة (مسجد الشجرة و الجحفة و قرن المنازل و يللم و العقيق) محيطة بالحرم بحيث ينتهي كل طريق إلى أحدها، أو ما يحاذيها، أو لا تكون كذلك، حتى يقع الكلام في حكم مثل هذا الشخص و أنه هل يجب عليه الاحرام من أدنى الحل أو غيرها؟ فهذه و إن كان من الموضوعات الخارجية و لكن إدراكها لأكثر العوام مشكل، فعلى الفقيه بذل الجهد فيها و لو بالرجوع إلى أهل الخبرة ثم الفتوى بما تقتضيه الأدلة بعد احراز الموضوع، إلى غير ذلك مما هو كثير.

بقي هنا شيء:

و هو أنه هل الافتاء للفقيه من المناصب أو من الأحكام؟ كلام شيخنا الأعظم قدس سره صريح أنه من المناصب كالقضاء و الولاية، و لازمه أن يكون موكولا إلى نصب ولى الأمر و لكن لا دليل عليه بل ظاهر الآيات مثل آية الذكر و غيرها و الروايات الكثيرة مثل قوله «فللعوام أن يقلدوه» و غيرها كونه حكما، فالجاهل في جميع الحرف و الصنائع و العلوم يرجع إلى العلماء فيها من دون حاجة إلى نصبهم لهذا المنصب من طريق الحكومة، و كذلك في أحكام الدين.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤١٠

المنصب الثاني: القضاء و الحكم بين الناس

إشارة

فهذا أيضا من مناصب الفقيه و وظائفه الواجبة عليه كفاية، و قد يكون واجبا عينيا، و لا بأس بأن نشير إلى دليله إجمالا و إن كان الكلام فيه مستوفى موكولا إلى محله من كتاب القضاء. فنقول أنه ثابت له عقلا و نقلا.

أمّا العقل: فلأن وقوع المنازعة و الخصومة في الجوامع البشرية مما لا يمكن التجنب عنه ما لم تصل إلى مستوى عال من الإيمان و التقوى و الثقافة العالية الدينية و لا بدّ حينئذ من طريق إلى فصلها، كى لا يتسع نطاقها و يذهب بالنظام كلها و يقع الهرج و المرج و

إراقه الدماء وغيرها، فيجب التصدي لفصل الخصومات والحكم بين الناس لجماعة من العلماء وجوبا كفاثيا، وأحق الناس به و أولاهم بل القدر المتيقن من بينهم هو الفقيه الجامع للشرائط، العالم بأحكام الإسلام، و شرائط القضاء و الحقوق الواجبة لكل أحد كما لا يخفى، فإنه الذي يرجى منه تحقيق هذا الأمر المهم لا غيره.

و أما النقل: فالمعروف بين الأصحاب بل حكي الإجماع عليه عدم جواز التصدي للحكم لغير المجتهد الجامع لشرائط الافتاء وإن كان عالما بالأحكام و الحقوق و الحدود و أحكام القضاء و شرائطه من طريق التقليد، و هذا يكشف عن وجود نص وصل إليهم و لكن خالف فيه شاذ من الفقهاء الأعلام (رضوان الله عليهم) منهم صاحب الجواهر و قد يستظهر من اطلاق الآيات الواردة في هذا الشأن مثل قوله تعالى: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذًا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ و غيرها من أشباهها، اللهم إله أن يقال إنها ليست في مقام البيان من هذه الجهة.

و بالنصوص الدالة على أن القضاء أربعة: منهم رجل قضى بالحق و هو يعلم و هو في الجنة «١» و ما أشبهها، فالمدار على الحكم بالحق سواء كان من ناحية التقليد أو الاجتهاد.

و بالسيرة من عصره صلى الله عليه و آله إلى ما بعده فلم يكن جميع القضاء المنصوبين من قبلهم عليهم السلام

(١). وسائل الشيعة، ج ١٨، الباب ٤ من أبواب صفات القاضي، ح ٦.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤١١

بالغين مرتبة الاجتهاد في كثير من الأوقات.

و بما يظهر من رواية أبي خديجة لظهور قوله «يعلم شيئا من قضايانا» في الأعم من المجتهد المطلق «١».

و تحقيق الكلام في ذلك موكول إلى محله و لكن الذي يجب التصريح به هنا أن معنى جواز التصدي لهذا المقام لغير المجتهد ليس معناه جوازه لكل مقلد، بل اللازم العلم بجميع المسائل التي يتصدى للقضاء فيها من الحقوق، و الحدود و شرائطها، و فروعها، و العلم بجميع أحكام القضاء، و آدابه، لا يحصل ذلك إلا لمقلد يكون تاليا للمجتهد و قريبا منه، و على كل حال ثبوت هذا المنصب للفقيه ممّا لا ريب فيه، و أما الزائد عنه فهو خارج عما نحن بصدد.

بقي هنا شيء:

لا ينبغي الشك في أن القضاء من المناصب لا يجوز التصدي له إلا بعد النصب له عموما أو خصوصا، و يدل عليه: أولا: أنه كذلك بين جميع الامم بل هو جزء من ولاية الحاكم، و شأن من شئونه، و لا يزال ينصب القاضي من قبل رؤساء الحكومات و ولاية الامور، و السرفيه أنهم متصدون لنظام البلاد الذي لا يتم إلا بحسن القضاء بين الناس.

مضافا إلى أن أحكام القضاء لا تنفذ إلا بقوة قهرية تجبر الظالم على أداء حق المظلوم، و هذا لا يتحقق إلا إذا كان القاضي معتمدا على قوة السلطان، لأن الناس لا يقومون بالقسط إلا بالحديد أحيانا، و لذا أنزله الله بعد انزال الكتاب و الميزان.

و ثانيا: وقع التصريح بذلك في مقبولة عمر بن حنظله في قوله عليه السلام: «فأنتى قد جعلته حاكما» (٢) و قوله «فأنتى قد جعلته قاضيا» في رواية أبي خديجة (٣) فإنها ظاهرة بل صريحة في حاجته إلى الجعل و أنه من المناصب الإلهية التي أمرها بيد ولي الأمر.

هذا مضافا إلى أن المسألة مجمع عليها بين الأصحاب، فقد اجمعوا على أنه يشترط في ولاية القضاء إذن الإمام عليه السلام أو من فوض إليه الإمام عليه السلام و قد جعلوه لكل مجتهد عادل في

(١). وسائل الشيعة، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، ح ٥.

(٢). المصدر السابق، ج ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي ح ١.

(٣). المصدر السابق، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، ح ٥.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤١٢

عصر الغيبة كما يدل عليه ما مرّ آنفاً.

نعم لا يشترط ذلك في قاضي التحكيم، وهو من تراضى الخصمان بالتراجع إليه والحكم بينهما فإن المشهور بل ادعى الإجماع عليه أنه لا يشترط فيه النصب من قبل الإمام عليه السلام والكلام فيه في محله.

المنصب الثالث: الولاية

إشارة

أعنى ولاية الفقيه على التصرف بأنواع التصرفات، وهي في الجملة مّا لا-ريب فيه ولا-شبهة تعتريه، إنّما الكلام في حدودها وشروطها، وقد ذكر المحقق النائيني قدس سره في منية الطالب أن للولاية مراتب ثلاثة:

«أحدها» وهي المرتبة العليا مختصة بالنبي وأوصيائه الطاهرين (صلوات الله عليهم أجمعين) وغير قابلة للتفويض إلى أحد، واثان منها قابلتان للتفويض.

أما غير القابلة فهي كونهم عليهم السلام أولى بالمؤمنين من أنفسهم بمقتضى الآية الشريفة النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم، وهذه المرتبة غير قابلة للسرقة ولا يمكن أن يتقصد بها من لا يليق بها.

وأمّا القابلة للتفويض فمقسمة منها يرجع إلى الامور السياسية التي يرجع إلى نظم البلاد وانتظام امور العباد وسد الثغور والجهاد مع الاعداء والدفاع عنهم ونحو ذلك ممّا يرجع إلى وظيفة الولاية والامراء، وقسم يرجع إلى الافتاء والقضاء (... انتهى محل الحاجة) «١».

وتبعه في هذه التقسيم جامع المدارك «٢».

والانصاف أن مراتب الولاية العامة أكثر من ذلك لكل منها محل خاص في الفقه، ويمكن إنهاؤها إلى سبع مراتب، بعضها أقوى من بعض لا بدّ من ذكرها ثم تحقيق حالها بحسب الأدلة وكلمات الفقهاء الأعلام (رضوان الله عليهم).

(١). منية الطالب، ج ١، ص ٣٢٥.

(٢). جامع المدارك، ج ٣، ص ٩٨.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤١٣

المراتب السبعة في ولاية الفقيه:

١- الولاية على أموال القصير والغييب من الصغار الذين لا ولي لهم من الأب والجدّ والوصى وبعض المجانين والسفهاء، أي من لا يتصل جنونهم وسفههم بالصغر على قول مشهور، بل وكذلك من يتصل على احتمال، وكذا الغائبين الذين تكون أموالهم في خطر لا بدّ من حفظها حسبة، وشبه ذلك من الأوقاف الخاصة.

٢- الولاية على أخذ الأحماس والزكوات والأوقاف العامة وصرفها في مصارفها على ما ذكروها في أبواب الخمس والزكاة.

٣- الولاية على إجراء الحدود الخارجة عن منصب القضاء.

٤- الولاية على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فيها يتوقف على ضرب أو جرح أو قتل أحياناً، فقد ذكروا في كتاب الأمر بالمعروف أن له مراحل، فما لم يبلغ إلى هذا الحد كان من وظائف عموم المؤمنين، وإذا بلغ هذا المبلغ لم يجز إلا بنظر الحاكم.

٥- الولاية على الحكومة والسياسة، من نظم البلاد وحفظ الثغور والدفاع في مقابل الاعداء وكل ما يرتبط بنظام المجتمع والمصالح العامة التي يتوقف عليها، وسيأتي أنها هي العمدة في عصرنا هذا في أمر الحكومة الإسلامية.

٦- الولاية على الأموال والنفوس مطلقاً ولو كان خارجاً عما يحتاج إليه للمراحل السابقة.

٧- الولاية على التشريع بأن يكون له حق وضع القوانين وتشييعها بحسب ما يراه من المصالح.

كل ذلك مما لا بد من البحث فيه لمعرفة ما يثبت منه بحسب الأدلة القاطعة المذكورة في أبوابها.

وقد تعرض الأصحاب لهذه المسألة تارة في كتاب البيع، وأخرى في كتاب القضاء، وثالثة في الزكاة والخمس، ورابعة في الحجر، وخامسة في الأمر بالمعروف وسادسة في الجهاد، وسابعة في كتاب الحدود وغيرها.

ثم نتكلم في شرائط التصدي للولاية وكيفية حكم الفقيه وموقفه من العناوين «الاولية»

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤١٤

و «الثانوية» وموقف الناس وآحاد المؤمنين من أمر الحكومة وكيفية مشاركتهم مع الفقيه وحكم تعدد الفقهاء، وغير ذلك مما هو مهم في هذا الباب.

هذا واللازم على القارئ أن لا يحكم بشيء باتاً في هذه المراتب، حتى يتم أمر الجميع فإنها مرتبطة بعضها ببعض دليلاً وحقاً، والعجلة ليست من شأن المؤمن العالم.

نظرة إجمالية إلى كلمات القوم في مسألة ولاية الفقيه:

ولا بأس هنا بالإشارة إلى بعض ما ذكره الأعلام هنا على سبيل الإجمال، ثم بيان حال كل مرتبة من المراتب السبعة.

١- قال صاحب الجواهر قدس سره أعلى الله مقامه الشريف في كتاب البيع عند البحث عن ولاية الحاكم وأمينه على القصر والغيب ما نصه:

«لا يمكن استقصاء أفراد ولاية الحاكم وأمينه، لأن التحقيق عمومها في كل ما احتج فيه إلى ولاية في مال أو غيره اذ هو ولي من لا ولي له» (١).

هذا الكلام بقرينة التعليل ناظر إلى «الغيب» و«القصر» وأمثالهم من «الممتنع» و«العاجز» ومراده من العموم في كل ما احتج فيه إلى الولاية عمومها لما ذكره في كلامه من أن الحاكم وأمينه يلبان كل ممتنع أو عاجز عن عقد أو إيقاع أو تسليم حق وفي الحقوق الإلهية كالنذر والعهد واليمين وجه، وما أشبه ذلك.

٢- وقال قدس سره في كتاب الخمس بعد نقل كلام العلامة المجلسي قدس سره أنه لا تبرأ ذمة المديون بالخمسة بدفع حصه الإمام عليه السلام بنفسه، بل يجب دفعها إلى الحاكم على رأى أكثر العلماء، أنه يمكن الفرق بين زمان الحضور والغيب، بأن يقال أنه لا ولاية للإمام عليه السلام في حال الغيب حتى يتولاها الفقيه نيابة عنه، وفيه بحث، ثم قال ما نصه: «على أن ذلك لو سلم لا يجدى في ما نحن فيه من دعوى عموم ولاية الحاكم حتى لمثل المقام، الموقوفة على دليل، وليس، ولكن

(١). جواهر الكلام، ج ١٦، ص ١٧٨.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤١٥

ظاهر الأصحاب عملاً وفتوى في سائر الأبواب عمومها بل أصله من المسلمات أو الضروريات عندهم» (١).

و حاصل كلامه قدس سره أنه استشكل في ولاية الحاكم على الخمس في زمن الغيبة تارة بأن الكلام في أصل ولاية الإمام عليه السلام حينئذ، و الظاهر أنه لعدم حضوره و عدم تصرفه بالفعل و عدم إمكانه عملاً، فاستشكل فيه بقوله: فيه بحث. ثم نقل الكلام إلى الحاكم ثانياً و أنه لا دليل على عموم ولايته لمثل الخمس.

فاجاب: بأن ظاهر الأصحاب في سائر الأبواب عمومها لمثل المقام، و من الواضح أن غاية ما يستفاد منها عموم ولاية الفقيه لمثل أخذ الخمس و أشباهه و نظائره، و أما استفاد أكثر من هذا من كلامه فغير واضح كما لا يخفى. و الظاهر أن مسألة ولاية الفقيه على أمر السياسة و الحكومة أظهر من أن يحتاج إلى التشبث بهذه العبارات التي لا تستهدف هذه الامور.

٣- و قال شيخنا الأعظم قدس سره في مكاسبه بعد تقسيم الولاية على قسمين: الولاية المستقلة، أي تصرف الولي بنفسه، و غير المستقلة، أي كون تصرف غيره منوطاً بإذنه، ما ملخصه: إن القسم الأول ثابت للنبي صلى الله عليه و آله و الأئمة المعصومين من ذريته عليهم السلام بالأدلة الأربعة، و كذا القسم الثاني ثابت لهم بمقتضى كونهم أولى الأمر، فلا يجوز لغيرهم إجراء الحدود و التعزيرات و إلزام الناس بالخروج عن الحقوق و غير ذلك إلا باذنهم و استدلاله أيضاً بروايات.

ثم بين ضابطة هذه الامور التي يرجع فيها إليهم و أنها الامور التي يرجع فيها كل قوم إلى رئيسهم. هذا كله بالنسبة إليهم عليه السلام، أما الفقيه فقد نفى ولايته في القسم الأول فلا يستقل هو بالتصرف لعدم قيام دليل عليه، ثم ذكر بعض الأدلة و أجاب عنها، و قال في آخر كلامه في هذا القسم: «و بالجملة إقامة الدليل على وجوب طاعة الفقيه كالإمام عليه السلام إلا ما خرج بالدليل، دونه خرط القتاد».

ثم جرى في بحثه نحو المقام الثاني و صرح بولاية الفقيه في المقام الثاني، و أن

(١). جواهر الكلام، ج ١٦، ص ١٧٨.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤١٦

«المستفاد من مقبولة «عمر بن حنظلة» كونه كسائر الحكام المنصوبة في زمان النبي صلى الله عليه و آله و الصحابة في إلزام الناس بارجاع الامور المذكورة إليه، و الانتهاء فيها إلى نظره بل المتبادر عرفاً من نصب السلطان حاكماً، و وجوب الرجوع في الامور العامة المطلوبة للسلطان إليه» (١).

فالمتحصل من كلامه قدس سره أن المنفى في نظره الشريف قدس سره ولاية الفقيه على أموال الناس و انفسهم على نحو العموم مثل الإمام المعصوم عليه السلام، و أما ولايته فيما يتصدى له السلطان و الحاكم في الامور العامة التي يرجع إليه فهو ثابت له، فالامور التي لا يمكن إهمالها مثل إقامة النظم و العدل و الأخذ بالحقوق و حفظ الثغور و غير ذلك من أشباهها لا بد أن يرجع فيها إلى الفقيه، بل لو لم يكن هناك فقيه لا يجوز إهمالها و لا بد من قيام عدول المؤمنين بها، نعم استشكل في بعض مصاديقه.

و من العجب أنه اشتهر في الألسن أن شيخنا الأعظم قدس سره مخالف في مسألة ولاية الفقيه مع أنه صرح بولايته في ما هو محل الابتلاء من الولاية على نظم المجتمع و إحقاق الحقوق و حفظ الثغور و الدفاع.

نعم أنكر ولايته على الأموال و الأنفس بغير ذلك، و هو أمر آخر وراء مسألة الحكومة، بل الظاهر أن كلامه أوضح و اصرح من بعض عبارات الجواهر في هذا الباب.

نعم ذكر في آخر كلامه في المقام «أن غاية ما يستفاد من الأدلة هو ثبوت الولاية للفقيه في الامور التي تكون مشروعياً ايجادها مفروغاً عنها، بحيث لو فرض عدم وجود الفقيه كان على الناس القيام بها كفايةً، فلا يجوز التمسك بها فيها يشك في أصل مشروعيتها» و لكن من الواضح أن هذا لا يضر بالمقصود في الامور الراجعة إلى حفظ نظام المجتمع، و إحقاق الحقوق و سد الثغور و

الدفاع وغير ذلك من أشباهه، فان ذلك مِمَّا لا يمكن تركها على كل حال، بل لو لا وجود الفقيه يجب القيام بها و لو من عدول المؤمنين، و ما فى بعض كلماته من الإشكال فى المسألة لعله فى بعض الخصوصيات، و إلَّا فالذى يظهر من صدر كلامه و ذيله موافقته فى ذلك و الحمد لله.

(١). راجع المكاسب لشيخنا الأنصارى قدس سره، مبحث ولاية الفقيه.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤١٧

و المتحصل من كلامه امور:

- ١- لا ولاية للفقيه فى جميع الامور التى تكون الولاية فيها للإمام المعصوم عليه السلام، مثل كونه أولى بالأموال و النفوس.
- ٢- ولايته ثابت فى امور التى لا يمكن تعطيلها فى غيبة الإمام عليه السلام و ضابطه الامور الهامة التى تتعلق بإقامة النظم و العدل التى لا يمكن إهمالها على كل حال، و يرجع فيها إلى الحاكم و السلطان و غير ذلك ممَّا لا يجوز التعطيل فيها.
- ٣- إذا شك فى بعض مصاديقه فلا بد من إثبات مشروعيته من دليل آخر، فان الحكم لا يثبت موضوعه.
- ٤- و لصاحب الجواهر قدس سره كلام آخر فى كتاب الأمر بالمعروف عند البحث عن جواز إقامة الحدود للفقيه الذى ذهب إليه مشهور الفقهاء و أن تأمل فيه شاذ، قال بعد كلام طويل له فى المسألة ما نصه: «فمن الغريب و سوسه بعض الناس فى ذلك، بل كأنه ما ذاق من طعم الفقه شيئاً، و لا فهم من لحن قولهم و رموزهم أمراء، و لا تأمل المراد من قولهم (إنى جعلته عليكم حاكماً و قاضياً و حجةً و خليفةً) و نحو ذلك ممَّا يراد منه نظم زمان الغيبة لشيعةهم فى كثير من الامور الراجعة إليهم، و لذا جزم فيما سمعته فى المراسم بتفويضهم عليه السلام لهم فى ذلك».
- ثم قال: «نعم لم يأذنوا لهم فى زمان الغيبة ببعض الامور التى يعلمون عدم حاجتهم إليهم كجهاد الدعوة المحتاج إلى سلطان و جيوش و أمراء و نحو ذلك، ممَّا يعلمون قصور اليد فيها عن ذلك فيها عن ذلك و نحوه، و إلَّا لظهرت دولة الحق كما أوماً إليه الصادق عليه السلام بقوله: «لو أن لى عدد هذه الشويها و كانت أربعين لخرجت».
- ثم قال: «و بالجملة فالمسألة من الواضحات التى لا تحتاج إلى أدلة» انتهى (١).
- و لا ينبغى الشك أن محل كلامه ولاية الفقيه على إجراء الحدود فى عصر الغيبة كما صرح به قبل ذلك و بعد هذه العبارات أيضاً، و هذا هو الذى وقعت الوسوسة فيه من ناحية

(١). جواهر الكلام، ج ٢١، ص ٣٩٧.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤١٨

- البعض (١) و لكن تعبيراته و أدلته فى المقام أوسع منه تشمل شيئاً كثيراً ممَّا يرتبط بأمر الحكومة الإسلامية.
- و بالجملة يظهر من كلامه هذا تأييداً لولاية الفقهاء فى أمر الحكومة فى الجملة و إن لم يشمل كلامه جميع موارد، لفرضه عدم حصولها و قصور اليد عنها، بل لعله ظاهر فى أنه إذا أمكنت الفرصة من إقامة الحكومة الإسلامية و جبت إقامتها.
- ٥- و قال فى موضع آخر من كتاب الجهاد عند البحث عن الجهاد الابتدائى «لا خلاف بيننا بل الإجماع بقسميه عليه فى أنه إنما يجب على الوجه المزبور بشرط وجود الإمام عليه السلام و بسط يده أو من نصه للجهاد ... بل فى المسالك و غيرها عدم الاكتفاء بنائب الغيبة، فلا يجوز له توليه، بل فى الرياض نفى علم الخلاف فيه، حاكياً له عن ظاهر المنتهى و صريح الغيبة إلَّا من أحمد فى الأول ...».

ثم قال في آخر كلامه: «و لكن إن تمّ الإجماع المزبور فذاك و إلاّ أمكن المناقشة فيه بعموم ولاية الفقيه في زمن الغيبة الشاملة لذلك المعتضده بعموم أدلة الجهاد فترجح على غيرها» (٢).

و المتحصل من مجموع كلماته في كتاب «البيع» و «الخمس» و «الأمر بالمعروف» و «الجهاد» (هذه الكتب الأربعة) بعد ضم بعضها إلى بعض أن عموم ولاية الفقيه كان مفروغا عنه عنده في أمر الحكومة، و إن كان قد تأمل في عمومها و شمولها لجميع ما يرتبط بذلك نظرا إلى فرضه، قصور اليد عن تحقق الحكومة الإلهية قبل ظهوره (عجل الله فرجه الشريف) في الخارج فتأمل جيدا.

٦- و أوضح من هذه كله ما ذكره النراقي قدس سرّه في عوائده حيث قال في بعض كلماته في المسألة: «إن كليه ما للفقيه العادل توليه و له الولاية فيه أمران»:

«احدهما»: كلما كان للنبي صلى الله عليه و آله و الإمام عليه السلام الذين هم سلاطين الأنام و حصون الإسلام

شيرازي، ناصر مكارم، أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، در يك جلد، انتشارات مدرسة الإمام على بن أبي طالب عليه السلام، قم - إيران، اول، ١٤٢٥ هـ ق أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)؛ ص: ٤١٨

(١). و كذا في قوله بعد ذلك «و اغرب من ذلك إلى قوله بعد حكم اساطين الفن» راجع جواهر الكلام، ج ٢١، ص ٣٩٧.

(٢). جواهر الكلام، ج ٢١، ص ١١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤١٩

فيه الولاية و كان لهم فللفقيه أيضا ذلك، إلاّ ما أخرجه الدليل من إجماع أو نص أو غيرهما.

«ثانيهما»: إن كل فعل متعلق بامور العباد في دينهم أو ديناهم و لا بدّ من الإتيان به و لا مفرّ منه إمّا عقلا أو عادة من جهة توقف امور المعاد أو المعاش لواحد أو جماعة عليه، و إناطة انتظام امور الدين أو الدنيا أو شرعا من جهة ورود أمر به أو إجماع أو نفى ضرر أو اضرار أو عسر أو حرج أو فساد على مسلم، أو دليل آخر أو ورد الاذن فيه من الشارع و لم يجعل وظيفة لعين واحد أو جماعة و لا لغير معين أى واحد لا بعينه، بل علم لابدية الإتيان به أو الاذن فيه و لم يعلم الأمور به و لا المأذون فيه، وظيفه الفقيه، و له التصرف فيه و الإتيان به» ثم أخذ في الاستدلال على كل واحد منها «١».

٧- و قال سيدنا الاستاد العلامة الفقيه البروجردى قدس سرّه في كلام طويل له في المسألة بعد ذكر مقدمات نافعة ما نصه:

«و بالجملة كون الفقيه العادل منصوبا من قبل الأئمة عليه السلام لمثل تلك الامور العامة المهمة التي يتلى بها العامة ممّا لا إشكال فيه إجمالا بعد ما بيناه و لا نحتاج في إثباته إلى مقبولة عمر بن حنظلة غاية الأمر كونها أيضا من الشواهد فتدبر» (٢).

٨- و قال العلامة الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء قدس سرّه (شيخنا في الإجازة): إن الولاية على الشؤون العامة و ما يحتاج إليه نظام الهيئة الاجتماعية...

ثم قال: «و بالجملة فالعقل و النقل يدلان على ولاية الفقيه الجامع على هذه الشؤون فإنها للإمام المعصوم أولا ثم للفقيه المجتهد ثانيا بالنيابة المجعولة بقوله عليه السلام: «و هو حجتى عليكم و أنا حجة الله عليكم» (٣).

٩- و في الحدائق في كتاب النكاح ما يظهر منه مخالفته لولاية الفقيه فيما هو أهون من ذلك حيث قال: «أتى لم أقف بعد التتبع في الأخبار على شىء من هذه العمومات و الاطلاقات لا في النكاح و لا في المال و إن كان ذلك مشهورا في كلامهم و مسلما بينهم

(١). عوائد الأيام، ص ١٨٧.

(٢). تفريراته المسمى بالبدر الظاهر، ص ٥٣.

(٣). الفردوس الأعلى، ص ٥٤.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٢٠

و متداولاً على رءوس أقلامهم (مشيراً إلى ما مر أو شبهه من كلمات القائلين بالولاية).

ثم قال بعد كلام به: و بالجملة فإنَّ عدَّ الحاكم الشرعى فى جملة الأولياء كما ذكروا و إن كان مسلماً بينهم و متفقاً عليه عندهم إلَّا أنَّه خال عن الدليل من الأخبار نعم يمكن تخصيص ذلك بالإمام عليه السَّلام من حيث الولاية العامة و أنَّه أولى بالناس من أنفسهم» (١).

١٠- ذكر المحقق النائيني قدس سره كلاماً طويلاً فى المقام و قال بعد المناقشة فى كثير من أدلته ولاية الفقيه ما نصه:

«نعم لا- بأس بالتمسك بمقبولة عمر بن حنظلة، فإنَّ صدرها ظاهر فى ذلك حيث إن السائل جعل القاضى مقابلاً للسلطان، و الإمام قرره على ذلك ... فان الحكومة ظاهرة فى الولاية العامة فإنَّ الحاكم هو الذى يحكم بين الناس بالسيف و السوط، و ليس ذلك شأن القاضى، و لكن ختم كلامه بهذا القول، و كيف كان فإثبات الولاية العامة للفقيه بحيث تتعين صلاة الجمعة فى يوم الجمعة بقيامه لها أو نصب إمام لها مشكل» (٢).

و ممَّا يليق بالذكر أن شيخنا الأعظم قدس سره ذكر فى مكاسبه فى البحث الآتى من ولاية عدول المؤمنين ما يظهر منه التأكيد على الكبرى الكلية السابقة حيث قال: «ما كان تصرفاً مطلوب الوجود للشارع إذا كان الفقيه متعذر الوصول فالجواز توليه لا حاد المؤمنين، لأنَّ المفروض كونه مطلوباً للشارع غير مضاف إلى شخص» (و هذا الكلام يشمل أمر الحكومة العادلة لأنها مطلوباً للشارع قطعاً).

نعم استشكل فى بعض مصاديقه و لكن الكلام فى كبرى المسألة و أمَّا صغرياتها فهى أمور اخر قد تختلف فيه الأنظار.

و قال فى كلام آخر له (و هو من آخر كلماته فى المسألة): «و الذى ينبغى أن يقال: أنك قد عرفت أن ولاية غير الحاكم لا تثبت إلَّا فى مكان يكون عموم عقلى و نقلى يدل على رجحان التصدى لذلك المعروف».

و هذا أيضاً شاهد على قبول هذه الكلمة من ناحية (أعنى قيام الحاكم بأمور لا يمكن

(١). الحدائق الناضرة، ج ٢٣، ص ٢٣٨.

(٢). منية الطالب، ج ١، ص ٣٢٧.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٢١

إهمالها) و من البعيد أن لا- يكون حفظ نظام المجتمع الإسلامى و كذلك سد الثغور و الدفاع عن حوزة الإسلام و غير ذلك من أشباهه داخله فيها بنظره الشريف، و هل يجوز أحد إهمال أمر الحكومة و جعل الناس فى فوضى، أو تسليمها بيد الظالمين؟

حكم المقامات السبعة فى الولاية:

إذا عرفت ذلك فلنرجع إلى البحث عن المقامات السبعة من انحاء الولاية فنقول و منه جل شأن التوفيق و الهداية:

المقام الأول: ولايته على القصير و الغيب. و المراد منه ولايته على الأيتام عند فقد الأب و الجد و على الجنون و الصغير و المفلس و على الغائب بحفظ أولاده و أمواله عن الخطر العظيم.

قال العلامة فى القواعد: «و الحاكم و أمينه إنما يليان المحجور عليه لصغر أو جنون أو فلس أو سفه أو الغائب» (١).

و حكى فى «مفتاح الكرامة» بعد شرح هذه العبارة فى كلام له عن المحقق الأردبيلي قدس سره فى مجمع البرهان ما نصه: «لا خلاف و لا نزاع فى جواز البيع و الشراء و سائر التصرفات للأطفال و المجانين المتصل جنونهم و سفههم بالبلوغ، من الأب و الجد للأب و من وصى أحدهما مع عدمهما، ثم من الحاكم أو الذى يعينه لهم، و كذا لمن حصل له جنون إذ قد انقطعت ولايتهم بالبلوغ و الرشد».

و صرح الشهيد الثانى قدس سره فى المسالك فى بعض كلماته فى المقام: «إنَّ الحاكم ولى عام لا يحتاج إلى دليل» (٢).

وقال الفقيه الماهر صاحب الجواهر قدس سره في كتاب الحجر:
«فان لم يكونا (أى الأب و الجد) فللوصى، فان لم يكن فللحاكم، أى الثقة المأمون

- (١). مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٢١٣.
(٢). مسالك الأفهام، ج ١ ص ٢٥٠.
أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٢٢
الجامع الشرائط، بلا خلاف أجده فى ذلك بل ولا إشكال» (١).

و الحاصل: أنه لا- كلام ولا- إشكال فى المسألة إجمالاً، وقد ارسلوها ارسال المسلمات بل ولاية الحاكم على هذه الامور من المصاديق الواضحة للكبرى الكلية السابقة من وجوب تصديقه لكل معروف لا يمكن تعطيله بلا كلام، و لذا تتصدى له الحكومات العرفية أيضا بحسب قوانينهم.
إنما الكلام و الإشكال فى بعض مصاديقه و هو المجنون، أو السفیه البالغ سواء كان سفاهته متصله بالصغر أو منفصله عند وجود الأب أو الجد.

فيظهر من الجواهر أن ولاية الفقيه فى المنفصل من المسلمات، حيث نفى وجدان الخلاف فى السفه المتجدد بعد البلوغ، عدا ما يظهر من الكفاية و الرياض، من ارسال قوله فيه، يعود ولاية الأب و الجد عليه، ثم قال: و لم نتحققه لأحد كما لم نعرف له دليلا صالحا يقطعه الأصل ... ثم قال:

و بالجملة فلا ريب فى أن الولاية فى ماله للحاكم الذى هو ولى من لا ولى له.

ثم تحدث عن المتصل سفهه ببلوغه، و استظهر من اطلاق كلام المحقق قدس سره فى الشرائع و اطلاق كلام غيره أن ولايته للحاكم أيضا، بل حكى نسبه إلى الاشهر و لكن مع ذلك حكى عن المفاتيح نسبة عدم الخلاف فى ثبوت الولاية للأب و الجد على السفیه و المجنون مع اتصال السفه و الجنون بالصغر، و لكن صرح فى آخر كلامه هنا بعدم خلو كلمات الأصحاب هنا عن اضطراب «٢».
هذا بحسب الأقوال فى المسألة، و حاصله عدم الخلاف فى ولاية الحاكم على المنفصل مع وجود الخلاف فى المتصل.
و أما بحسب الأدلة فالعمدة فىمن اتصل جنونه أو سفهه فى الصغر هو استصحاب بقاء ولاية الأب و الجد بناء على اتحاد الموضوع هنا عرفا (و هو غير بعيد) بناء على جواز الاستصحاب فى الشبهات الحكيمية (و لكنه ممنوع على المختار).

(١). جواهر الكلام، ج ٢٦، ص ١٠٣ (كتا الحجر).

(٢). المصدر السابق، ص ١٠٤.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٢٣

هذا مضافا إلى ما يظهر من قوله تعالى:

وَ ابْتَلُوا الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ إِذِ ابْتَغُوا النَّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ «١».

بناء على شمولها للجد مع فقد الأب و صدق اليتيم عليه، فتدل على استمرار ولاية الجد على اليتيم الذى فقد أبوه حتى يكون رشيدا، و يمكن استفادة حكم الأب منه من طريق الأولوية فتدبر.

و أما بالنسبة إلى المنفصل فأصالة عدم ولاية الأب و الجد حاكم فيه، فيشمله عموم ولاية الفقيه الشاملة لأمثال المقام قطعا.
هذا و لكن الملاحظ من سيرة العقلاء من أهل العرف بقاء ولاية الأب و الجد على المجنون و السفیه سواء اتصل السفه و الجنون بالصغر أو لا. و معه لا تصل النوبة إلى الحاكم، و الظاهر أن هذه السيرة جارية من قديم الزمان إلى زماننا هذا، و بما أن الشارع لم

يمنع منها فلا بدّ من قبولها، ولكن مخالفة الإجماع في هذه المسألة أيضا مشكلة، فلا أقل من أن لا يترك الاحتياط بالجمع بين اذن الأب أو الجد و الحاكم في المتصل و المنفصل و الله العالم.

المقام الثاني: ولاية الفقيه على أخذ الاخماس و الزكوات و شبهها

إشارة

ظاهر كلام الأصحاب جواز دفع الزكاة و الخمس إلى الحاكم الشرعي في عصر الغيبة، إنما الكلام في وجوبه و عدمه. قال شيخ الطائفة في خلاف في (المسألة ٤٢) من مسائل زكاة الفطرة: «يستحب حمل الزكوات: زكاة الأموال الظاهرة و الباطنة و زكاة الفطرة، إلى الإمام، ليفرقها على مستحقيها، فان فرقها بنفسه جاز، و قال الشافعي: الباطنة هو بالخيار و الفطرة مثلها و الظاهرة فيها قولان: «أحدهما» يتولاه بنفسه، و «الأخر» يحملها إلى الإمام، و منهم من قال الأفضل ان يلي

(١). سورة النساء، الآية ٦.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٢٤ ذلك بنفسه إذا كان الإمام عارفا، فان كان الإمام جائرا فإنه يليها بنفسه قولاً واحداً، و إن حملها عليه (إليه) سقط عنه فرضها، دليلنا إجماع الفرق و اخبارهم، و أيضا قوله تعالى:

خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ، و الإمام قائم مقام النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله فِي ذَلِكَ» (انتهى).

و قال العلامة في التذكرة: «لو تعذر الصرف إلى الإمام عليه السلام حال الغيبة استحب دفعها إلى الفقيه المأمون من الإمامية، لأنه أبصر بمواقعها، و لأنه إذا دفعها إلى الإمام أو الفقيه برئ لو تلفت قبل التسليم، لأن الإمام أو نائبه كالوكيل لأهل السهمين، فجرى مجرى قبض المستحق، ثم قال: لو طلب الإمام الزكاة منه و جب دفعها إليه إجماعاً، لأنه معصوم يجب طاعته و تحرم مخالفته، فلو دفعه المالك إلى المستحقين بعد طلبه و إمكان دفعها إليه فقولان لعلمائنا: الإجزاء و هو الوجه عندي، لأنه دفع المال إلى مستحقه ... و عدمه لأن الإخراج عبادة لم يوقعها على وجهها لوجوب الصرف إلى الإمام بالطلب، فيبقى في عهدة التكليف و لا خلاف في أنه يأثم بذلك» (١).

و قال الشهيد الثاني قدس سره في الروضة في كتاب الزكاة: «و يجب دفعها إلى الإمام عليه السلام مع الطلب بنفسه أو بساعيه ... قيل و كذا يجب دفعها إلى الفقيه الشرعي في حال الغيبة لو طلبها بنفسه أو وكيله، لأنه نائب الإمام، كالساعي، بل أقوى ... و دفعها إليهم ابتداء من غير طلب أفضل من تفريقها بنفسه، لأنه أبصر بمواقعها، و أخبر بمواضعها، قيل و القائل المفيد و التقى: يجب دفعها ابتداء إلى الإمام أو نائبه، و مع الغيبة إلى الفقيه المأمون».

و قال القاضي ابن البراج في المذهب في مبحث زكاة الفطرة ما يدل على وجوب حملها إليه عليه السلام و عند الغيبة إلى فقهاء الشيعة ليضعها في مواضعها، لأنهم أعرف بذلك (انتهى ملخصاً) (٢).

و في الجواهر قال: بعد اختيار هذا القول، أعنى وجوب دفعها إلى الفقيه عند طلبها، و الاستدلال باطلاق رواية التوقيع عن صاحب الأمر عليه السلام: «أنه يمكن تحصيل الإجماع عليه من الفقهاء، فإنهم لا يزالون يذكرون ولايته في مقامات عديدة، لا دليل عليها سوى الاطلاق الذي ذكرناه» (٣).

- (١). تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٢٤١.
- (٢). المذهب البارع فى الفقه، ج ١، ص ١٧٥.
- (٣). جواهر الكلام، ج ١٥، ص ٤٢١.
- أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٢٥
- و معلوم أنه من قبيل الإجماع على القاعدة لا الإجماع على خصوص المسألة.
- و المحكى عن أكثر فقهاء العامة إيجاب الدفع إلى الامراء و إن علم عدم صرفها فى محالها، و روى ذلك عن أبى سعيد الخدرى و عبد الله بن عمر و أبى هريرة و عائشة و الحسن البصرى و ابراهيم النخعى و غيرهم، بل حكى عن بعضهم أنه سئل عن الزكاة فقال: ادفعوها إلى الأمراء و لو أكلوا بها لحوم الحيات! «١».
- و يتحصل من جميع ذلك أن فى المسألة أقوالا ثلاثة:
- أولها: و هو الأشهر بينهم أنه يجب دفعها إلى الفقيه إذا طلبها، و قال السيد قدس سره فى العروة:
- يجوز دفع الزكاة إلى الحاكم الشرعى بعنوان الوكالة عن المالك فى الأداء، كما يجوز بعنوان الوكالة فى الايصال، و يجوز بعنوان أنه ولى عام على الفقراء «٢».
- و قد تلقاها المحشون بالقبول.
- ثانيها: و جوب دفعها إليهم مطلقا كما عن المفيد و التقى.
- ثالثها: عدم وجوبه مطلقا كما لعله يظهر من كلمات الاصبهاني فى شرحه على الروضة على ما حكاها فى الجواهر.
- إذا عرفت ذلك فاعلم: أن الأقوى فى المسألة قول رابع فيه تفصيل ستعرفه إن شاء الله بعد ذكر أدلة المسألة، فنقول و منه جل ثنائه التوفيق و الهداية: إنه لم يرد فى المسألة نص خاص بل المستفاد من كلماتهم فى المقام استناده فى مسألة جواز دفع الزكاة أو وجوبه امور:
- ١- أنه عرف بمواضعه و مصارفه كما ورد فى كلام المذهب و غيره.
- و فيه: إن مجرد كونه أعرف بذلك لا يدل على وجوب الدفع إليه، بل ولا على جوازه، إلا أن يكون الفقيه وكيلا عن المالك، و مضافا إلى أنه لا يختص الحكم به بل بكل عارف بمصارفها و لو تقليدا.
- ٢- أولويته من الساعى حيث يجب الدفع إليه إذا طلبها، و فيه ما حكى عن الاصبهاني

- (١). جواهر الكلام، ج ١٥، ص ٤١٩.
- (٢). العروة الوثقى كتاب الزكاة، الفصل ١٠ المسألة ٣.
- أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٢٦
- فى شرحه على الروضة من أن الساعى إنما يبلغ أمر الإمام عليه السلام فاطاعته اطاعة الإمام عليه السلام بخلاف الفقيه، و لا يجدى كونه أعلى رتبة انتهى، و حاصله أن اللازم إثبات عموم ولاية الفقيه فى هذا الأمر أولا، فمجرد كونه أعلى رتبة من الساعى لا يفيد شيئا بعد كون يد الساعى يد الإمام المعصوم عليه السلام.
- ٣- قوله تعالى: خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا «١» و هذا الأمر دليل على وجوب الأخذ و لا أقل من جوازه (إذا كان فى المقام دفع توهم الحظر).
- و فيه: إن الاستدلال بها فرع ثبوت نيابة الفقيه عنه صلى الله عليه و آله و معه لا يحتاج إلى هذا الاستدلال، لأن جواز أخذه صلى الله عليه و آله الزكاة من الضروريات الغنية عن البرهان.

٤- تحصيل الإجماع عليه كما عرفت في كلام الجواهر، و لكن قد عرفت أنه من قبيل الإجماع على القاعدة، بناء على كونه من باب الإجماع على اطلاق التوقيع و شبهه، و إلا فالمسألة كما عرفت خلافية ذات أقوال متعددة و ليست إجماعية.

٥- إن الفقيه نائب عام عن الإمام عليه السلام في أمثال هذه الامور، و وكيل عن الفقهاء و هذا هو العمدة في المقام، و توضيحه يحتاج إلى ذكر مقدمة و هي: إن الاستفادة من أدلة تشريع الزكاة أنها شرعت لسدّ خلّة الفقراء و دفع الشدّة عنهم، مضافا إلى تأمين حوائج الحكومة الإسلامية، بل دفع النوائب عن الفقراء أيضا من حوائج الحكومة العادلة المنصوبة لإقامة العدل كما لا يخفى على الخبير.

و من أقوى الشواهد عليه المصارف التي نص عليها كتاب الله عز و جل، منها سهم العاملين عليها الذين هم العاملون للحكومة و المأمورون من قبلها، و كذا سهم المُوَلَّفَةِ قُلُوبُهُمُ الذين يألفهم الحكومة على موافقة المسلمين، بل يستمد من قواهم في مقابل الاعداء كما ورد في تاريخه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله من اعطاء المُوَلَّفَةِ قُلُوبُهُمُ من أهل مكة أو غيرها.

و أوضح منه سهم سبيلِ اللهِ و القدر المتيقن منه الجهاد، و من الواضح أنّ الجنود و العساكر تكون تحت مراقبة الحكومة، و لو قلنا بأنّ مفهومه عام لكل خير يكون منفعة عامه، كان

(١). سورة التوبة، الآية ١٠٣.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٢٧

أيضا من الامور الراجعة إلى الحكومة قبل غيرها، لأنها المعدة لمثل هذه الامور كما لا يخفى، بل قد عرفت أنّ سهم الفقراء و المساكين ذريعة لإقامة العدل، و أحق الناس بها هو الحكومة.

و من هنا يظهر أنّ الزكاة في الحقيقة من منابع بيت المال، فإنّ الحكومة لا تقوم إلاّ ببيت المال، لتمويل نفقاتها و حلّ مشاكلها، و بيت المال يحتاج إلى موارد، و لعل حكم بعض العامة بوجوب دفعها إلى الأمراء و إن لم يصرفوها في مصارفها مأخوذة من ملاحظة ماهية الزكاة و محتواها، رغم أنّهم اخطأوا من حيث توهم كون الدفع إليهم موضوعيا، مع أنّه طريقي، فإذا علم بعدم صرفهم إياها في مصارفها لا بدّ من منعها عنهم قطعاً.

و يؤيد تشريع الزكاة في المدينة عند بناء الحكومة الإسلامية من ناحيته صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله و كذا ما ورد في آداب المصدق و أنّه إذا أتى صاحب المال يقول لهم ... « فهل لله في أموالكم من حق فتؤدوه إلى وليه » (١).

و بعد ذلك نقول: إذا قلنا إن الفقيه هو الذي يتصدى للحكومة الإسلامية - كما سيأتي في المقام الخامس إن شاء الله - فإذا كان مبسوط اليد فيمكن القول بوجوب دفعها إليه كما ذكرنا في تعليقاتنا على العروة الوثقى بالقول: هذا (أى أفضلية نقل الزكاة إلى الفقيه) إنّما هو في زمان قبض يد الإمام عليه السلام أو الحاكم، أمّا في زمان بسط اليد فلا يبعد وجوب دفعها إليه، لأنّه الحافظ لبيت مال المسلمين، و الإسلام ليس مجرد فتاوى (و أحكام) و نصائح، بل الحكومة جزء منها لا ينفك، و هي تحتاج إلى بيت مال متمركز، كما يشهد له سيرة النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله و على عليه السلام و لو أنّ كل إنسان أعطى زكاة ماله للمستحق بنفسه فسوف لا تقوم لبيت المال و من يكون عيالا عليه، قائمة.

و الحاصل: إنّّه إذا تحققت الحكومة الإسلامية العادلة الكاملة العيار، فالأقوى و لا أقل من الأحوط وجوب دفعها إليها ابتداء و لو من دون طلب، و أمّا بدون ذلك فهو أفضل، و لو طلبها لبعض المصالح و لو في زمن قبض اليد فهو واجب أيضا بأدلة الولاية الآتية و الله العالم. هذا كله بالنسبة إلى حكم الزكاة.

(١). وسائل الشيعة، ج ٦، الباب ١٤ من أبواب زكاة الانعام، ح ١.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٢٨

أما الخمس: فهو أوضح حالا من الزكاة، ولذا كان المعروف بينهم عدم جواز تصدى صاحب الخمس لصفه (بالنسبة إلى سهم الإمام عليه السلام) وإليك بعض كلماتهم:

١- قال العلامة المجلسي قدس سره: «أكثر العلماء قد صرحوا بأن صاحب الخمس لو تولى دفع حصة الإمام عليه السلام لم تبرأ ذمته بل يجب عليه دفعها إلى الحاكم، وظنى أن هذا الحكم جار في جميع الخمس» (١).

٢- وقال شيخنا المفيد قدس سره في الرسالة الغيبة: «ومتى فقد إمام الحق وصل إلى الإنسان ما يجب فيه الخمس فليخرجه إلى يتامى آل محمد صلى الله عليه وآله ومساكينهم وبنائهم» (انتهى).

و ظاهر هذا الكلام عدم الحاجة إلى إذن الفقيه، ولكن المحقق قدس سره في المعبر بعد نقل هذا الكلام منه قال: وما ذكره المفيد حسن... لكن يجب أن يتولى صرف ما يحتاجون إليه من حصة من له النيابة عنه في الأحكام، وهو الفقيه المأمون من فقهاء أهل البيت عليه السلام.

٣- قال العلامة قدس سره في المختلف في كتاب الزكاة والخمس: «اختلف أصحابنا في مستحق الإمام عليه السلام في حال الغيبة من الأحماس والأنفال وغيرها... إلى أن قال: وهل يجوز قسمته في المحاييج من الذرية كما ذهب إليه جماعة من علمائنا؟ الأقرب ذلك... إذا ثبت هذا فإن المتولى لتفريق ما يخصه عليه السلام في محاييج الذرية من إليه الحكم عن الغائب عليه السلام لأنه قضاء حق عليه، كما يقضى عن الغائب، وهو الفقيه المأمون الجامع لشرائط الفتوى والحكم، فان تولى ذلك غيرها كان ضامنا» (انتهى موضع الحاجة) (٢).

٤- هذا و يظهر من بعضهم وجوب دفعه إلى الأعلم من العلماء مثل شيخنا كاشف الغطاء قدس سره في الفردوس الأعلى حيث قال: «أما الدليل على لزوم اعطاء سهم الإمام عليه السلام للمجتهد فإنه يكفي فيه كون المجتهد هو الوكيل العالم للإمام عليه السلام فهو مال الغائب يجب دفعه إلى وكيله، ولا أقل من أنه هو القدر المتيقن لبراءة الذمة فيجب، والواجب دفعه إلى الأعلم، فكما يجب تقليد الأعلم كذلك يجب دفع الحق إليه... أما اليوم فقد صار مال الإمام عليه السلام كمال

(١). جواهر الكلام، ج ١٦، ص ١٧٨.

(٢). مختلف الشيعة، ج ٢، ص ٣٧.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٢٩

الكافر الحربى! ينهبه كل من استولى عليه!» (١) وكلامه هذا دليل على شدة تأسفه على ما آل إليه الأمر بالنسبة إلى هذا السهم المبارك في زمانه.

٥- وفي مقابلة قول من قال بجواز صرفه من ناحية المالك بعد إحراز رضى الإمام عليه السلام كما فى المستمسك حيث قال: «نسب إلى أكثر العلماء تارة وأكثر المتأخرين اخرى...»

وجوب تولى الحاكم لحصته عليه السلام بل عن الشهيد إجماع القائلين بوجوب الصرف للأصناف على الزمان لو تولاه غير الحاكم... ولا سيما إذا كان الحاكم بمرتبة عالية من العقل والعدالة والأمانة والاهتمام بالمصالح الدينية والقدرة على تمييز الأهم والمهم منها، فإنه حينئذ يكون أبصر بواقعه وأعرف بمواضعه، فيتعين الرجوع إليه فى تعيين المصرف» ولكنه مع ذلك أجاب عن كل ذلك ولم يقبله ثم قال: فإذا أحرز رضاه عليه السلام بصرفه فى جهة معينة جاز للمالك تولى ذلك بلا حاجة إلى مراجعة الحاكم الشرعى» (٢).

وهذه الكلمات كما ترى على طرفى نقيض من اعتبار الأعلمية أو عدم اعتبار شىء حتى الاجتهاد والعدالة.

٦- ولتم هذه الكلمات بما أفاده المحقق قدس سره فى الشرائع فى كتاب الخمس حيث قال:

«و يجب أن يتولى صرف حصة الإمام عليه السلام فى الموجودين، من إليه الحكم بحق النيابة، كما يتولى أداء ما يجب على الغائب».

وقال ثاني الشهيدين قدس سرهما في المسالك في شرح هذه العبارة: «و لو تولى ذلك غيره كان ضامنا عند كل من أوجب صرفه إلى الاصناف» (٣).

هذه شطر من كلمات الأصحاب (رضوان الله عليهم) في هذا الباب، و يظهر منها أن الأقوال فيه أيضا مختلفة، و لكن الأشهر أو المشهور الزوم دفع سهم الإمام عليه السلام إلى الحاكم الشرعي، و أما دفعه إلى الأعلم أو جواز صرفه من ناحية المالك فهو شاذ.

(١). الفردوس الاعلى، ص ٥٥.

(٢). المستمسك على العروة الوثقى، ج ٩، ص ٥٨٣.

(٣). مسالك الافهام، ج ١، ص ٦٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٣٠

إذا عرفت هذا فاعلم: أن هذه المسألة مبنية على أن تعلم ما الواجب في سهمه عليه السلام في عصر الغيبة، فقد اختلفت فيه الأقوال و تضاربت تضاربا شديدا حتى أن المحقق النراقي قدس سره حكى في المستند في كتاب الخمس أقوالا تسعة بالنسبة إلى سهم الإمام عليه السلام، و أقوالا خمسة في سهم السادة فتربوا إلى أربعة عشر قولاً، فراجع «١».

و ذكر في الحدائق أيضا أربعة عشر قولاً في المقام «٢» و عمدتها عشرة أقوال ذكرناها في التعليقة على العروة و إليك موجزها:

١- ابحاثها للشيعة و سقوطها مطلقاً (سهم السادة و سهم الإمام عليه السلام) كما عن السلاز و صاحب الذخيرة.

٢- عزله بجميعه و الوصية به كما عن المفيد قدس سره.

٣- دفنه كما حكاها المفيد قدس سره عن بعض من لم يسمه!

٤- دفع حق السادة إليهم و أمّا حصّة الإمام عليه السلام فيودع أو يدفن!

٥- حق السادة يدفع إليهم، أمّا حصته عليه السلام فيقسم على الذرية كما هو المشهور بين جمع من المتأخرين.

٦- صرف حق السادة إليهم، و أمّا حصته عليه السلام فهو مباح للشيعة في عصر الغيبة كما عن المدارك و غيره.

٧- صرف حق السادة إليهم، أمّا سهمه عليه السلام فيصرف في مواليه العارفين بحقه إذا كانوا فقراء كما عن ابن حمزة و غيره.

٨- إن حق السادة يدفع إليهم، و أمّا خمس الأرباح فمباح مطلقاً.

٩- صرف حق الاصناف الثلاثة (حق السادة) إليهم، و التخيير في حصته عليه السلام بين الدفن و الوصية وصله الاصناف مع الاعواز، باذن الفقيه، كما عن الشهيد قدس سره في الدروس.

١٠- و هو العمدة و المختار: دفع سهم الاصناف الثلاثة إليهم، و أمّا سهم الإمام عليه السلام فيصرف في كل أمر يحرز به رضاه، من تعظيم شعائر الدين، و نشر العلم و تبليغ الإسلام،

(١). مستند الشيعة، ج ٢، ص ٨٧.

(٢). الحدائق الناضرة، ج ١٢، ص ٤٣٧.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٣١

وصله الاصناف و غيرهم من الفقراء و المحاويع، و غير ذلك ممّا يحرز به رضاه عليه السلام.

و اذ قد عرف ذلك فاعلم أن الحق من بين هذه الأقوال هو الأخير، و السرّ فيه أنه لا ينبغي الشك في أن تشريع حكم الخمس بالنسبة إلى حصّة الإمام عليه السلام إنّما هو لإمامته الإلهية، و كونه منصوباً للحكومة على الامّة، و إلّا فسهم الإمام عليه السلام ليس مصرفاً شخصياً له لأنه كإنسان يحتاج إلى شيء يسير من هذه الأموال الضخمة، و من البعيد جدّاً بل من الممتنع في حكمه الحكيم أن يجعل

له ما لا يحتاج إليه إلا شيئاً قليلاً منه جداً، فإنّ الناس لو أدوا خمس أموالهم في جميع أقطار الأرض بلغ سهم الإمام عليه السّلام مبلغاً عظيماً لا يقدر أي إنسان على مصرفه، إلا يكون على رأس الحكومة و يصرّفه في مصارفها.

لا- أقول إنّ سهم الإمام عليه السّلام ملك للمقام لا- لشخصه، حتى يكون تلقى الفقيه النائب له إذا كان على رأس الحكومة تلقياً استقلالياً من غير حاجة إلى وساطة الإمام المعصوم عليه السّلام، بل أقول أنّه عليه السّلام مالك له بسبب كونه مبعوثاً لهذا المقام، فلو كان حاكماً بالفعل صرفه في مصارفه الحكومية و المقامية، و لو منعه الظالمون من ذلك صرفه فيما يمكن أن يصرّفه فيه من مصارفه، و يبيحه للشيعه أحياناً في مواقع خاصة كما ورد في غير واحد من روايات الباب، لا الإباحة المطلقة لاختلاف الأزمنة في ما يقتضيه من المصالح.

و بالجملة احتمال كونه مالكا لهذه الأموال الضخمة الجليلة الكثيرة بما أنّه شخص خاص بعيد جداً لا يحتمله الخبير قطعاً، بل بما أنّه سائس عام و حاكم إلهي على الأمة.

و الفرق بينهما ظاهر، ففي الأوّل يرث هذه الأموال جميع وراثته، و في الثاني لا يرثه إلا الإمام عليه السّلام الذي بعده، كما ورد في بعض الأحاديث.

و من الواضح أنّ غيبته عليه السّلام لا توجب إلغاء هذه المصارف، بل كثير منها باقية و لو بدون إقامة الحكومة، و كلها باقية عند إقامتها، فلا وجه لدفنها، كما لا وجه لايداعها و الوصية بها، بل اللازم صرفها في مصارفها مهما أمكن، و المأمور بهذا الصرف هو نائبه الخاص أو العام، فإذا اثبتنا ولاية الفقيه مطلقاً أو في الجملة بحيث يشمل المقام كان اللازم دفعها إليه.

و بالجملة كل من حكم بدفنه أو الايضاء به، أو أن الفقيه ينظر فيه كأموال الغيب حسب أنّه مال شخصي له كسائر أمواله الشخصية، مع أنّه ليس كذلك قطعاً، بل هو ملك له بماله من

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٣٢

المقام، فلو حرم الناس من لقائه عليه السّلام و تصرفه فيهم، لم يمنع ذلك من صرف هذه الأموال العظيمة في مصارفها إن كانت الحكومة الإسلامية الحقيقية قائمة، و إلا فقيماً يمكن من مصارفها من نشر العلم و تبليغ الإسلام و الحوزات العلمية و حفظ ضعفاء الشيعة، و تكميل سهم الأصناف، و غير ذلك من أشباهه، و لا يمكن تعطيل جميع ذلك في غيبته.

فالمراد من صرفه في ما يحرز به رضاه هو ذلك، فإنّ رضاه يتعلق بهذه الامور و لو كان هو (أرواحنا فداءه) حاضراً شاهداً صرفها فيما ذكر قطعاً.

و المتكفل لهذا الصرف هو الفقيه الجامع للشرائط.

لا لأنه ابصر بمصارفه فقط، لما عرفت أن مجرد ابصريته غير كاف في إثبات المراد.

و لا لأنه ولي الغائب فإنّ ذلك فرع كونها أموالاً شخصية.

و لا لأنه مجهول المالك، لأنّ عدم القدرة على تسليم المال لمالكة مع كونه معلوماً لا يجعله بحكم مجهول المالك، نظراً إلى اتحاد الملاك، و هو عدم إمكان الوصول إليه، فإن هذا الاحتمال ضعيف جداً لا يدل عليه أدلة حكم «مجهول المالك».

بل لأمرين آخرين: أحدهما: أدلة الولاية العامة الآتية إن شاء الله، فإنّ القدر المسلم منها هو هذه الامور و أشباهه.

ثانيهما: أصالة اشتغال الذمّية و عدم اليقين بالبراءة بدونه، و لا اطلاق هنا يدل على البراءة و جواز صرف المالك بنفسه، و إن شئت قلت: القدر المتيقن من رضاه ذلك، و دعوى العلم برضاه و لو بدون ذلك مشكل جداً لا يجتري عليه الخبير.

و من هنا يظهر الإشكال فيما ذكره في حدائق حيث قال- معترضاً على العلامة المجلسي قدس سرّه فيما عرفت من كلامه من زاد المعاد- «أنا لم نقف له (لدفعه إلى الفقيه) على دليل، و غاية ما يستفاد من الأخبار نيابته بالنسبة إلى الترافع إليه، و الأخذ بحكمه و فتاواه، و أمّا دفع الأموال إليه فلم أقف له على دليل لا عموماً و لا خصوصاً، و قياسه على النواب الذين ينوبونهم ... لا دليل عليه» (١).

(١). الحدائق الناضرة، ج ١٢، ص ٤٧٠.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٣٣

قلت: دليله ما عرفت من شمول عموم أدلة الولاية من قبله عليه السّلام لمثله كما سيأتي إن شاء الله، مضافا إلى أن صرفه بنفسه يحتاج إلى دليل، وإلا فإصالة الاشتعال كافية في المنع.

ولعل هذا هو مراد صاحب الرياض حيث قال: إن الأول (مباشرة الفقيه) أوفق بالاصول «١».

كما يظهر لك أن الجمع بين أدلة الولاية (أعني ولاية الفقيه عن الإمام عليه السّلام) و أدلة توليته التصرف في مال الغائب كما ذكره في المستند «٢» أيضا لا وجه له لما عرفت من الفرق الكثير بين الولايتين، فإن الأول ولاية عنه، والثاني ولاية عليه.

بقي هنا امور:

الأول: أنه على ما ذكرنا يمكن أن يقال: لو قامت الحكومة الإسلامية الحقيقية كان الفقيه المتصدى لها أولى من غيره بحصة الإمام عليه السّلام، لأن المفروض أن مصرف هذه الأموال في الواقع هو إقامته هذا الأمر، وكذلك إذا كان الفقيه كافلا للحوزات العلمية كان أولى به من غيره، وكذا إذا كان كافلا لغير ذلك مما يهتم به الإمام عليه السّلام من نشر الإسلام و علومه في أقطار الأرض عامة، و بلاد المسلمين خاصة.

و بالجملة كل فقيه مبسوط اليد أولى من غيره بمقدار بسط يده، بل قد يجب الدفع إليه إذا احتاج إليه احتياجا مبرما مع كونه مبسوط اليد، فتدبر جيدا.

ومما ذكرنا يظهر الحال في الأوقاف العامة، و أن الفقيه هو المتصرف فيها عند فقد المتولى الخاص، بل له نصب المتولى للأوقاف التي لا متولى لها، أو جعل الناظر للمتولى إذا خاف من خيانتته، لأن أدلة الولاية تشملها، و ليست ملك الأوقاف أولى من الأخصاس و الزكوات التي عرفت حالها.

الثاني: أنه قد عرفت عند نقل كلام شيخنا كاشف الغطاء قدس سره في الفردوس الأعلى حكمه

(١). رياض المسائل، ج ١، ص ٣٠١.

(٢). مستند الشيعة، ج ٢، ص ٨٧.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٣٤

بوجوب دفع سهم الإمام عليه السّلام إلى الأعلم، و أنه كما يجب تقليد الأعلم يجب دفع الخمس إليه، و كم فرق بينه و بين من قال بجواز صرفه في المصارف الشرعية و لو بدون الدفع إلى المجتهد.

و على كل حال فالظاهر أن دليله هو الأخذ بالقدر المتيقن، و لكنه كما ترى لعدم جواز الأخذ به بعد عموم أدلة الولاية و اطلاقاتها، و لو في مثل هذه الامور، كما سيأتي، و قياسه على مسألة التقليد قياس مع الفارق جدا، لقيام الدليل على وجوب تقليد الأعلم و لو عند العلم التفصيلي أو الإجمالي بالاختلاف بينه و بين غيره في موارد الابتلاء، لبناء العقلاء على ذلك قطعا و هو المدار الأصلي في المسألة التقليدي، و قد أمضاها الشرع بعدم ردعه، بل بالتصريح باعتباره بناء على دلالة مقبولة عمر بن حنظلة عليه في قوله «الحكم ما حكم به أعدلهما و افقهما» «... ١» (و فيه كلام فيه محله) و الأخصاس ليس كذلك قطعا، و مجرد كون الأعلم أبصر من غيره، غير كاف، مع أنه لو كان أبصر بحكمه فليس أبصر بموضوعه كما لا يخفى.

الثالث: قد يرى من بعض الفقهاء أمرهم لمقلد بهم بإيصال الأخماس إليهم، فهل هذا مجرد استدعاء منهم، أو يوجب لهم تكليفا إليها في ذلك؟ الظاهر عدم الدليل على ذلك، لأن هذا ليس على سبيل الفتوى، فإن الفتوى إنما يشتمل على حكم كلي لا شخصي جزئي كما هو ظاهر، و أمّا نفوذه من باب حكم الحاكم أيضا محل تأمل لأن حكم الحاكم إنما يتعلق بمصالح الأمة و كون ذلك دائما مصلحة الأمة أول الكلام حتى في اعتقاده، و لازم ذلك أنه لو حكم أحد الفقهاء بدفع جميع الاخماس إليه و جب و هو كما ترى. نعم لو كان الفقيه مبسوط اليد كان الأولى بل اللازم في بعض الفروض الدفع إليه لا سيما إذا طلبه كما عرفت، و كذلك لو علم المقلد بأن غير مقلده يصرفه فيما لا يوافق فتواه كما أو كيفا يشكل الدفع إليه، لعدم براءة ذمة المقلد (بالكسر)، طبقا لفتوى مرجعه، اللهم إلا أن يقال: تبرأ ذمة المقلد بمجرد الدفع إلى أحد حكام الشرع لأنه الولي من قبل الإمام عليه السلام و لا

(١). وسائل الشريعة، ج ١٨، الباب ٩ من أبواب صفات القاضي، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٣٥

يهمه فيما يصرفه هذا الولي، و الاحتياط هنا كسائر المقامات سبيل النجاة، كما أن الاحوط للمجتهد الذي يدفع إليه الخمس أن يصرفه في ما هو المتيقن المعلوم من مصارفه إذا كان المعطى غيره مقلد له، و الله العالم.

المقام الثالث: اجراء الحدود الشرعية

إشارة

المعروف بين الأصحاب جواز إقامة الحدود في حال غيبة الإمام عليه السلام للفقهاء العارفين العدول، مع الأمن من ضرر سلطان الوقت، بل يجب على الناس مساعدتهم عليه، بل قد ادعى في الجواهر عدم وجدانه الخلاف فيه إلا ما يحكى عن ظاهر ابني زهره و ادريس، و لكن قال: لم نتحققه بل لعل المتحقق خلافه.

و قد حكى عن سلار ابن عبد العزيز قولاً ثالثاً بالتفصيل، و هو جواز الإقامة ما لم يكن قتلاً أو جرحاً، و هذه النسبة أيضا غير ثابتة و لذلك كله تعجب صاحب الجواهر قدس سره عن قول المحقق قدس سره في الشرائع قيل يجوز للفقهاء العارفين إلى آخر ما ذكره، لأن نسبته إلى «قيل» بعد هذه الشهرة العظيمة مما لا ينبغي صدوره منه.

و اعلم أن هذا الحكم عنونه كثير منهم في آخر أبواب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر و بعضهم في أبواب الحدود. و قال في المسالك هذا القول مذهب الشيخين و جماعة من الأصحاب (انتهى) «١».

و على كل حال يمكن الاستدلال عليه بامور:

الأول: إن علة تشريع الحدود معلومة بحكم العقل، و تناسب الحكم و الموضوع و تصريح بعض الروايات الواردة في علة تشريعها، فحد الزنا لمنع عن تداخل المياه، و حد شرب الخمر للنهي عنها، و حد السرقة لحفظ الأموال إلى غير ذلك.

و من الواضح أن هذه العلة باقية في عصر غيبة الإمام عليه السلام بل تعطيل هذه الحدود يوجب

(١). مسالك الافهام، ج ١ كتاب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٣٦

مفاسد عظيمة، و قد يكون سبباً لاختلال نظام المجتمع الإسلامي، فلا معنى لتعطيلها بعد بقاء علتها، و ليست ممّا يدور مدار ظهوره

(عجل الله فرجه الشريف) بل الأمر فيها أوضح من الزكوات والأخماس التي قد عرفت عدم جواز تعطيلها بعد بقاء مصارفها. وهذا أمر ظاهر لمن عرف الحدود ومغزاها ولا ستره عليه.

الثاني: ما ذكره في مباني تكملة المنهاج تبعاً للجواهر من أن أدلة الحدود كتاباً وسنة، مطلقه غير مقيدة بزمان دون زمان، كما يتي «الجلد» و «القطع» و ظاهرها وجوب إقامتها في كل زمان، ثم قال: «فان قلنا بجواز تصديه من كل أحد لزم الحرج و المرج و اختلال النظام، و عدم استقرار حجر على حجر، فلا بدّ من تصدى بعض لها و القدر المتيقن منه هو الفقيه الجامع للشرائط» انتهى «١» و هو جيد.

الثالث: عمومات أدلة الولاية كما سيأتى الكلام فيها مبسوطاً إن شاء الله من مقبولة عمر بن حنظلة أو التوقيع المبارك، أو غيرهما، فان شمولها لمثل هذه الامور ممّا لا ينبغي الكلام فيه.

الرابع: ما رواه حفص بن غياث قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام من يقيم الحدود؟ السلطان أو القاضى؟ فقال: إقامة الحدود إلى من إليه الحكم» «٢».

و سند الرواية و إن كان قابلاً للكلام و لكنها مجبورة بعمل الأصحاب، و بما عرفت من سائر الأدلة، و دلالتها ظاهرة بعد كون من إليه الحكم هو الفقيه الجامع للشرائط قطعاً.

الخامس: إن إجراء الحدود يلزم مسألة القضاء في كثير من مواردّها، لأنّها قد يكون في حقوق الناس كحد القذف و السرقة، و ما يكون من حقوق الله كحدّ الزنا و شبهه قد يحتاج إلى إثباته عند القاضى، و من البعيد جدّاً أن يطالب من القاضى إثبات الحق دون إجرائه، لأنّ الأوّل مقدمه للثاني و لا فائدة في المقدمة بدون ذبيها.

و يؤيده أيضاً ما ذكره المفيد قدس سرّه و هو في حكم رواية مرسله قال في المقنعة فأما إقامة الحدود فهو إلى سلطان الإسلام المنصوب من قبل الله و هم أئمة الهدى من آل محمد صلى الله عليه و آله

(١). مباني تكملة المنهاج، ج ١، ص ٢٢٤.

(٢). وسائل الشيعة، ج ١٨، الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الحدود، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٣٧

و من نصوبه لذلك من الأمراء و الحكام (الحديث) «١».

و لكن مع ذلك كله قد يعارض ما ذكر بما رواه مرسل في دعائم الإسلام عن الصادق عليه السلام قال: «لا يصلح الحكم و لا الحدود و لا الجمعة إلّا بإمام» «٢» بناء على أن المراد بالإمام فيه، هو الإمام المعصوم عليه السلام.

و يرد عليه: تارة بضعف سنده بالارسال (و ما روايته عن الأشعثيات فهو غير ثابت، مضافاً إلى أن الإشكال فيه أكثر، لعدم ثبوت اعتبار نفس الكتاب)، و اخرى بضعف دلالته لأنّ المراد من الإمام فيه، يمكن أن يكون معنا عاماً يشمل الفقيه، كما يشهد له ذكره بصورة النكرة، و يؤيده ذكر الحكم إلى القضاء فيه، بل و صلاة الجمعة مع العلم بأنّ القضاء و الحكم لا ينحصر في الإمام المعصوم عليه السلام بل و صلاة الجمعة أيضاً، سلمنا لكن أدلة الولاية تدل على قيام الفقيه مقام الإمام المعصوم عليه السلام في أمثال ذلك، و الله العالم.

بقي هنا امور:

«الظاهر من القائلين بثبوت الولاية لهم الأول (أى الوجوب) حيث استدلوا باطلاق الأوامر، و بافضاء ترك الحدود إلى المفسد، و صرحوا بوجوب مساعدة الناس لهم، و هو كذلك لظاهر الإجماع المركب، و قول أمير المؤمنين عليه السلام فى رواية ميثم الطويلة التى رواها المشايخ الثلاثة الواردة فى حد الزنا: «من عطل حدًا من حدودى فقد عاندنى» (٣).
أقول: مقتضى الأدلة الخمسة السابقة كلها الوجوب، و لا بدّ فى أخذ هذه الخصوصيات من الرجوع إليها، إمّا علة التشريع فواضح، و إمّا اطلاق الأوامر فى باب الحدود فهو أوضح، و إمّا مقتضى أدلة الولاية و أن لم يكن الوجوب بل الجواز، و لكن من المعلوم أنّ الولي

(١). وسائل الشيعة، ج ١٨، الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الحدود، ح ٢-٣.

(٢). المصدر السابق.

(٣). المصدر السابق، ح ٦.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٣٨

المنصوب عموماً أو خصوصاً لو لم يتم بوظائفه و ما يقتضيه الغبطة فيمن ولى عليهم فقد خان أميره، و خانهم أيضاً، و هذا غير جائز. و أمّا إذا قلنا بأن إجراء الحدود من لوازم القضاء كثيراً، فإذا قلنا بوجوب القضاء عينا أو كفاية، فكذلك حكم إجراء الحدود، لأنه من تمام القضاء، و كذا رواية حفص بن غياث، و بالجملة لا ينبغي الشك فى المسألة، بل الظاهر أنّ من عبّر بالجواز أراد الجواز بالمعنى الأعم، و إلّا فإن هذا الحكم من الأحكام التى يدور أمرها بين الحرمة و الوجوب، و لا يقبل الجواز بمعنى الإباحة كما لا يخفى.

٢- هل يجب مساعدة الناس لهم فى ذلك؟ الظاهر المصرح به فى كلماتهم نعم، و العمدة فيه المخاطب فى هذه الأوامر، مثل (أمر فاجلدوا و اقطعوا) هو الجميع إلّا أنّ الفقيه بمقتضى الأدلة السابقة مأمور بها بلا واسطة، و سائر الناس بواسطة الفقيه و إن شئت قلت: إنّها ترجع إلى الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و هو وظيفة جميع الناس، كل بحسب قدرته و إمكانه و صلاحيته.

٣- هل التعزيرات أيضاً داخلة فيما ذكر أم لا؟

ظاهر كلماتهم هو خصوص الحدود، لذكر هذا العنوان فيها، إلّا أنّ الانصاف عموم الحكم للأولوية أولاً، و لعموم كثير من الأدلة السابقة ثانياً، و لأنّ الحدّ فى كثير من المقامات معناه عام يشمل التعزير أيضاً ثالثاً.

٤- ذكر المحقق النراقى قدس سرّه فى عوائده فى مقام تأييد أصل الحكم، ما دلّ على أن «ما أخطأت القضاء، من دم أو قطع، ففى بيت مال المسلمين» (١).

و لكن الانصاف أنّه أجنبي عن محل البحث، لعدم كونه فى مقام البيان من هذه الناحية، و لعله ناظر إلى من كان منصوباً من قبل الإمام عليه السلام بالخصوص، و بالجملة ظاهره كونه بصدد بيان حكم غير ما نحن بصدد، فلا يمكن الركون إليه فى إثبات المقصود.

(١). راجع وسائل الشيعة، الباب ١٠ من أبواب صفات القاضى، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٣٩

المقام الرابع: الولاية على الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر

لا شك أنّ وجوبهما فى الجملة من ضروريات الدين، ورد التصريح به فى الكتاب و السنة المتواترة، و قد ذكر الأصحاب أنّ له مراتب ثلاث: «بالقلب» و «باللسان» و «باليد» و قد صرح بعضهم بأنّ وجوب انكار الأول مطلق غير مشروط بشيء، و معناه أنّ وجوب الآخرين

مشروط بالشروط الاربعة التي ذكروها، و هو العلم بالمنكر و المعروف، و احتمال التأثير، و كون الفاعل مصرا على الاستمرار و الأمن من الضرر.

و كل ذلك موكول إلى محله، إنما الكلام في أن الإنكار باليد أيضا له مراتب:

١- العمل بالمعروف و ترك المنكر بحيث يكون سببا لدعوة غيره إلى ذلك.

٢- الضرب من دون جرح.

٣- الضرب مع الجرح إذا لم يكن الضرر مقصودا، شبه المدافعة و الممانعة التي قد يتولد منها الضرر.

٤- الضرب مع الجرح و إن كان الضرر مقصودا.

٥- الإنكار باليد و لو بالقتل.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام فيها «تارة» يكون في أصل وجوب هذه المراتب، و «أخرى» في ترتبها، و وجوب الاقتصار على الأيسر فالأيسر.

و «ثالثة» على اشتراط إذن الإمام عليه السلام في المراتب الأربعة الأخيرة، دون المرتبة الاولى أى العمل بأحكام الله فإنه فرض على الجميع مطلقا من دون حاجة إلى الاستيذان، و لنعم ما قال صاحب الجواهر قدس سره في هذا المقام حيث قال:

«من أعظم أفراد الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر و أعلاها و اتقنها و أشدها تأثيرا خصوصا بالنسبة إلى رءوس الدين أن يلبس رداء المعروف و واجبه و مندوبه، و ينزع رداء المنكر محرمه و مكروهه، و يستكمل نفسه بالأخلاق الكريمة، و ينزهها عن الأخلاق الذميمة، فإن ذلك منه سبب تام الفعل الناس المعروف و نزعهم المنكر خصوصا إذا أكمل ذلك بالمواعظ الحسنة المرغبة و المرهبة، فإن لكل مقام مقالا و لكل داء دواء، و طب النفوس و العقول أشد من طب الأبدان بمراتب كثيرة، و حينئذ يكون قد جاء بأعلى أفراد الأمر

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٤٠

بالمعروف نسأل الله التوفيق لهذه المراتب (انتهى) «١».

و «رابعة» في أن نائب الغيبة يقوم مقام الإمام عليه السلام في جواز الاستيذان منه في المراتب الأربع.

و قبل التكلم في هذه المقامات لا بد من ذكر روايات الباب، ليعلم أحكام الجزئيات منها فنقول و منه سبحانه نستمد التوفيق و الهداية:

١- منها ما رواه جابر عن الباقر عليه السلام (في الحديث) قال: «فانكروا بقلوبكم و الفظوا بألسنتكم، و صكوا بها جباههم و لا تخافوا في الله لومة لائم» الحديث «٢».

٢- و منها ما رواه الرضى: و قد قال عليه السلام في كلام له يجرى هذا المجرى: «فمنهم المنكر للمنكر بقلبه و لسانه و يده فذلك المستكمل لخصال الخير، و منهم المنكر بلسانه و قلبه، التارك بيده، فذلك متمسك بخصلتين من خصال الخير و مضيع خصلة» الحديث «٣».

٣- و منها ما رواه الطبرى مرسلا في تاريخه عن عبد الرحمن ابن أبى ليلى عن على عليه السلام قال: «أتى سمعت عليا عليه السلام يقول يوم لقينا أهل الشام: أيها المؤمنون أنه من رأى عدوانا يعمل به و منكر يدعى إليه فأنكره بقلبه، فقد سلم و برئ، و من أنكره بلسانه فقد أجر، و هو أفضل من صاحبه، و من أنكره بالسيف لتكون كلمة الله العلى و كلمة الظالمين السفلى فذلك الذى أصاب سبيل الهدى و قام على الطريق و نور فى قلبه اليقين» «٤».

٤- و منها ما عن أبى حنيفة عن على عليه السلام: يقول «إن أول ما تغلبون عليه من الجهاد، و الجهاد بأيديكم، ثم بألسنتكم، ثم بقلوبكم، فمن لم يعرف بقلبه معروفا و لم ينكر منكرا قلب، فجعل أعلاه أسفله و أسفله أعلاه» «٥».

٥- و منها ما عن تفسير الإمام الحسن العسكرى عليه السلام فقد صرح فى ذيله بهذه المراتب الثلاث «٦».

- (١). جواهر الكلام، ج ٢١، ص ٣٨٢.
- (٢). وسائل الشيعة، ج ١١، الباب ٣ من أبواب الأمر بالمعروف، ح ١.
- (٣). المصدر السابق، ح ٩.
- (٤). المصدر السابق، ح ٨.
- (٥). نهج البلاغة، الحكمة ٣٧٥.
- (٦). راجع وسائل الشيعة، ج ١١، الباب ٣ من أبواب الأمر بالمعروف، ح ١٢.
- أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٤١
- ٦- و منها ما دل على قسمين منها «اليد» و «اللسان» الذي يعلم منهما الثالث أيضا، و هو ما رواه يحيى الطويل عن الصادق عليه السلام قال: «ما جعل الله بسط اللسان و كف اليد و لكن جعلهما معا و يكفان معا» (١).
- و ضعف اسنادها بالارسال و الجهالة غير مضر بعد تضافرها و عمل الأصحاب بها، بل يمكن الاستدلال على مضمونها في الجملة بدليل العقل.
- توضيح ذلك: إن الأصحاب (رضوان الله عليهم) اختلفوا في كون الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر واجبين بحكم العقل مضافا إلى حكم الشرع، فعن الشيخ و العلامة و الشهيدين (قدس الله اسرارهم) و غيرهم استقلال العقل بوجوبهما، و لكن عن المحقق الثاني و فخر المحققين قدس سرهما بل نسب إلى جمهور المتكلمين و الفقهاء عدم استقلاله به، و إنهما يجبان بحكم الشرع فقط.
- قال العلامة قدس سره في القواعد على ما حكاه عنه في الايضاح: لا خلاف في وجوبهما إنما الخلاف في مقامين: أحدهما: إنهما واجبان على الكفاية أو على الأعيان؟ و الثاني: إنهما واجبان عقلا أو سمعا؟
- و الأول في المقامين أقوى، و قال ولده في شرح كلام والده قدس سرهما ذهب السيد المرتضى و أبو الصلاح و ابن ادريس (قدس الله اسرارهم) إلى وجوبهما سمعا و إلا لم يرتفع معروف و لم يقع منكر، أو يكون الله مخلا بالواجب، و اللازم بقسميه باطل فالملزوم مثله (٢).
- و مراده من هذا الاستدلال هو أنه لو وجبا بالعقل فوجبا على الله تعالى أيضا لاتحاد الملاك.
- و فيه: منع ظاهر لأن وجوب شيء عقلا على العباد لا يستلزم وجوبه على الله كما أن حفظ النفس واجب علينا و لا يجب عليه تعالى بل يعمل في ذلك بما يقتضيه مشيئته البالغة و حكمة العالمة، كيف و نحن في بوتقة الامتحان، و قد جعلنا الله مختارين حتى نستكمل بالبلوى!!

(١). راجع وسائل الشيعة، ج ١١، الباب ٣ من أبواب الأمر بالمعروف، ح ٢.

(٢). إيضاح القواعد، ج ١، ص ٣٩٧.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٤٢

و قال في اللمعة: «و هما واجبان عقلا في أصح القولين، و نقلا اجماعا».

و قال في المختلف بعد نفي الخلاف عن وجوبهما: «إنما الخلاف في مقامين الأول: هل هما واجبان عقلا أو سمعا؟ فقال السيد المرتضى و أبو الصلاح و الأكثر بالثاني، و قواه الشيخ في كتاب الاقتصاد، ثم عدل إلى اختياره الأول، و الأقرب ما اختاره الشيخ (أى وجوبها عقلا)» (١).

ولكن الانصاف أن وجوبهما في الجملة بحكم العقل ممتدًا لا- سبيل لنا إلى انكاره، وقد أرشدنا الإمام الباقر عليه السلام إلى دليبه العقلي، بقوله عليه السلام فيما روى عنه: «إن الأمر بالمعروف سبيل الأنبياء ومنهاج الصلحاء فريضة عظيمة بها تقام الفرائض، وتأمين المذاهب، وتحل المكاسب، وترد المظالم، وتعمر الأرض، ويتصف من الاعداء ويستقيم الأمر» (٢).

وقد أشار إليه قبل ذلك مولانا أمير المؤمنين عليه السلام في بعض كلماته مشيرًا إلى هذه الفريضة «إذا أدت و اقيمت استقامت الفرائض كلها هينها وصعبها» إلى آخر الحديث.

و إن شئت قلت: تركهما يؤدي إلى فساد المجتمع كله وإشاعة الفحشاء والمنكر فيجانب من باب المقدمة للواجب، وهذا ولكن القدر المتيقن منه هو وجوب الانكار والأمر باللسان واليد، أما بالقلب، فلا يمكن إثباته بدليل العقل، اللهم إلا أن يقال: لو لم ينكر بقلبه أثر ذلك في عمله بيده ولسانه، فوجوبه أيضا من باب المقدمة فتأمل.

هذا وقد يقال: «إن المراد من الانكار بالقلب ما يظهر آثاره في الوجه» ووجوبه حينئذ ظاهر.

هذا ولكن الأمر سهل بعد كون الكلام في الانكار أو الأمر باليد، والظاهر أن وجوبهما بدليل العقل ثابت في جميع مراتبه حتى القتل في الجملة، فلو لم يرتدع الفاعل للمنكر وكان وجوده منشأ لفساد عظيم في المجتمع جاز قتله بحكم العقل، ودخل في عنوان المفسد في الأرض في الجملة.

(١). مختلف الشيعة، ج ١، ص ١٥٨.

(٢). وسائل الشيعة، ج ١١، الباب ٦ من أبواب الأمر بالمعروف، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٤٣

ومن هنا يظهر الحال في «المقام الأول» وأن وجوب هذه المراتب باجمعها من الانكار بالقلب إلى آخر مراتب الإنكار باليد واجب باطلاق ما عرفت من الروايات الشارحة لمراتب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، بل باطلاق ما دلّ على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أيضا.

إن قلت: ما الفائدة في ترك المنكر بالاجبار، وكذا فعل المعروف كذلك؟ ووجود الاجبار في بعض المراتب المذكورة مما لا يكاد ينكر؟ أو ليس المقصود من تشريع الشرائع تكميل النفوس ودعوتها إلى فعل المعروف وترك المنكر اختيارا، وقيام الناس بالقسط والعدل؟ وأي فائدة في الجميل الاضطراري؟

قلت: العمل بهذه الوظيفة وإن أدى إلى الاجبار في كثير من الموارد بالنسبة إلى بعض الناس، لكنه لطف بالنسبة إلى غيرهم ممن يعيش في ذلك المجتمع، فإن نشر آثار الفساد وإشاعة الفحشاء مما يوجب ترغيب النفوس نحوه بلا ريب، بل قد يكون لطفًا أيضا في حق فاعله في الوقائع المستقبلية (إذا لم يكن النهي بقتله) وإن هو إلا كإجراء الحدود والتعزيرات التي لا يمكن إنكار تأثيرها في تربية النفوس.

إن قلت: فوجوب هذه المراتب ثابت في أي أمر؟ فهل يجوز قتل من لا يرتدع من شرب الخمر والقمار مثلا، كما لعله ظاهر اطلاق كلماتهم.

قلت: كلاً، بل اللازم مراعات الأهم في البين واطلاقات الآيات والروايات منصرفة إليه كإطلاق كلماتهم، فلا يجوز الضرب والجرح أو الكسر والقتل في كل مورد من موارد ترك المعروف وفعل المنكر بل لا بدّ من ملاحظة الأهم والمهم.

و إن شئت قلت: يقع التعارض بين أدلة وجوبهما وأدلة حرمة ايداء المؤمن وجرحه و قتله، بل هو من قبيل التراحم، ومن المعلوم أن مقتضى القاعدة في المتزاحمين الأخذ بالأهم.

ومن هنا يظهر الحال في «المقام الثاني»، وأنه يجب الأيسر، فما دام المواعظ الحسنة مؤثرة لا يجوز الانكار بالكلمات الخسنة، وما فيه

هتك و تحقير و ايداء، و ما دامت هذه مؤثرة لا تصل النوبة إلى الضرب، و قد يكون الضرب أهون من بعض أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٤٤

الكلمات الخشنة، و هكذا الحال في الاقدام على الجروح أو الكسر أو قتل، و يتفاوت جميع ذلك بحسب الأشخاص و المقامات. و الدليل عليه (و إن كان بعض كلماتهم مطلقة و ظاهرة في عدم الترتب) و ما عرفت من التراحم بين أدلة و جوبهما و أدلة حرمة الايداء، و اللازم الأخذ بالأهم، و كذا بالأيسر ثم الأيسر.

مضافا إلى ما يظهر من الآية الشريفة في قتال طائفتين من المؤمنين فقد قال سبحانه:
 وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ ﴿١﴾.
 فقد ذكر فيها الإصلاح أولا، ثم الاقتتال إذا لم ينفع الإصلاح.
 و كذا ما يظهر من بعض الروايات السابقة الظاهرة في الترتب.

و العجب من بعض أعظم العصر حيث ذكر في بعض كلماته أن الترتيب غير مذكورة في الروايات الباب، و ما أفيد من أن النسبة بينها و بين أدلة حرمة الايداء عموم من وجه، منظور فيه، فان انحاء الأمر و النهي ذكر فيها بالواو الظاهرة في عدم الترتيب، و ليس من قبيل العموم، و أما الاستشهاد بالآية الشريفة فيشكل لأنه راجع إلى المقاتلة بخلاف المقام «٢».

و فيه مواقع للنظر، اما أولا: فلأن المقام ليس من قبيل التعارض، بل من قبيل التراحم كما عرفت، لأن الملاك محرز من الجانبين، فاللازم الأخذ بأقوى الملاكين و أهم المصلحتين لا الرجوع إلى قواعد باب التعارض كما هو ظاهر.

و ثانيا: العطف بالواو لا يدل على التساوى لا سيما بعد وجود القرينة و مناسبة الحكم و الموضوع، و هي هنا موجودة مع قطع النظر عن أدلة حرمة الايداء، فإذا كان هناك رجل مشغول بشرب الخمر يرتدع بأدنى كلمة، فأى فقيه يجوز ضربه أو جرحه أو قتله أخذا باطلاق أدلة الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر؟

و ثالثا: دلالة الآية مما لا ينبغي أن ينكر، فإنه لا فرق بين المقاتلة و القتل لأن القتل في

(١). سورة الحجرات، الآية ٩.

(٢). جامع المدارك للمحقق الخوانسارى قدس سره، ج ٥، ص ٤٠٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٤٥

المقام أعم من أن يكون من طريق المقاتلة أو غيرها.

و ممّا ذكرنا يظهر أنه لا يجوز الضرب أو الجرح أو القتل في جميع موارد المنكر أو ترك المعروف بل لا بدّ من ملاحظة الأهم و المهم في كل مورد.

اما المقام الثالث: ففيه خلاف بينهم.

فالمحكى عن نهاية الشيخ قدس سره أن الأمر بالمعروف باليد، بمعنى حمل الناس عليه، أمّا القتل و ضرب من الجراحات فهو لا يجوز إلّا باذن سلطان الوقت المنصوب للرئاسة العامة (أى الإمام عليه السّلام)، فالمراد باليد فى الأخبار هو الجرى العملى على المعروف ليتأسى به الناس.

و قد يقال: إن الضرب جائز، و لكن الجرح أو القتل لا يجوز إلّا باذن الإمام عليه السّلام كما عن الفخر و الشهيد و المحقق الثانى و المقداد.

بل فى المسالك أنه الأشهر بين الأصحاب.

و هنا قول ثالث، و هو أن إذن الإمام شرط فيما كان الضرر مقصود، أمّا إذا كان شبه المدافعة أو الممانعة التى قد يحصل منها ضرر

غير مقصود فلا، و يظهر ذلك من المرتضى قدس سره فيما رواه في المختلف عنه «١».

وقول رابع، و هو التفصيل بين الجرح و القتل و أن الأول جائز (بغير اذن الإمام عليه السلام) دون الثاني، حكاة في الجواهر عن الشهيد الثاني «٢».

وقد يظهر من بعض الكلمات قول خامس و هو عدم حاجة القتل أيضا على اذنه عليه السلام، و أنه إذا وجب على الإمام عليه السلام وجب على غيره بحكم التأسى «٣».

هذا و لكن الانصاف عدم جواز شيء من الضرب و الجرح و الكسر و القتل إلا بإذن الإمام عليه السلام، لما في جواز ذلك على آحاد الناس من المفاسد العظيمة التي قد توجب اخلال النظام و الهرج و المرج، لا سيما إذا كان فيهم جهال لا يقفون على شيء و لا يدرون مواقع

(١). المختلف، ص ١٥٩.

(٢). الجواهر، ج ٢١، ص ٢٨٤ و ٢٨٥.

(٣). المصدر السابق.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٤٦

الامور و مقاديرها- و الجاهل إما مفرط أو مفترط- فتفويض هذه الامور إليهم يكون ضررها أكثر من نفعها، «كان ما يفسده أكثر مما يصلحه» (كما ورد في الحديث) بل قد يكون دخول آحاد الناس في ذلك سببا لأعمال البغضاء و الشحناء من هذا الطريق، و التطرق إلى المقاصد السيئة تحت عنوان الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، كما لا يخفى على من له خبرة بهذه الامور، فلا بد في جميع ذلك من الاستيذان من «ولى الأمر» و هو كما اشتهر في الألسن أن اليد التي يقطعها الحاكم لا دم له!

و التمسك باطلاقات الباب كالتمسك باطلاق آية «حدّ الزنا و السارق» ممنوع بقريته المقام.

و إن شئت قلت: هناك امور تقف على اذن الحاكم في جميع الجوامع البشرية فإذا اذن الشارع المقدس في شيء منها انصرف إليه، و ما نحن فيه من هذا القبيل، فلا اطلاق في الآيات و الروايات بعد وجود هذه القرينة الواضحة الظاهرة.

و إن هو إلما نظير إجراء الحدود و التعزيرات، فقد عرفت أنه لا- ينبغى الشك في كونها من وظيفة الحاكم الشرعي، بل إجرائها من مصاديق الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر كما لا يخفى على اللبيب.

فقد ظهر من جميع ذلك أن الأظهر بحسب القرائن العقلية و النقلية عدم جواز شيء من هذه المراتب الأخيرة بغير اذن الإمام عليه السلام أو نائبه.

نعم الانكار بالقلب، سواء كان بمعنى تنفره في قلبه عن المنكر و يكون ذلك لنفسه، أو كان المراد ظهوره في صفحات وجهه بحيث ينتفع به غيره من دون تكلم، فقد يكون لسان الحال أبلغ من لسان المقال، فهذا غير متوقف على شيء، و كذا القول باللسان في جميع مراتبه، فادلتها مطلقة لا- وجه لتخصيصها بشيء، و كذا العمل باليد بمعنى كونه «أسوء» لفعل المعروف و الانتهاء عن المنكر، إنما الكلام في سائر مراتب اليد.

و أما «المقام الرابع» من مقامات ولاية الفقيه، أعني كفاية اذن نائب الغيبة و قيامه مقام الإمام المعصوم عليه السلام فقد صرح بعضهم بذلك، قال العلامة قدس سره في المختلف حاكيا عن سلالر بن عبد العزيز: «أما القتل و الجرح في الانكار فإلى السلطان و من يأمره، فان تعذر الأمر لمانع

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٤٧

فقد فوضوا عليهم السلام إلى الفقهاء إقامة الحدود و الأحكام بين الناس، بعد أن لا يتعدوا «واجبا» و لا يتجاوزوا «أحدًا»، و أمر عامة

الشيعة بمعاونة الفقهاء على ذلك ما استقاموا على الطريقة.

ثم قال العلامة قدس سره: «و الأقرب عندي جواز ذلك للفقهاء، ثم استدل بأن تعطيل الحدود يقتضى إلى نشر الفساد و ارتكاب المحارم، و بما رواه عمر بن حنظلة و غير ذلك من الأحاديث الشاملة لإقامة الحدود و غيرها» (١).

و الظاهر أنهم ينظرون إلى إقامة الحدود كأحد مصاديق الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و هو كذلك، و قال الفقيه الماهر صاحب الجواهر قدس سره: «فى جواز ذلك (أى الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر إذا أدى إلى جرح أو قتل) لئائب الغيبة مع فرض حصول شرائطه أجمع، التى منها عدم الضرر و الفتنة و الفساد: لعموم ولايته عنهم قوّة، خصوصاً مع القول بجواز إقامة الحدود له، و إن كان ذلك فرض نادر بل معدوم فى مثل هذا الزمان» (٢).

أقول: الحق ما ذكره هؤلاء الأعلام، لما سيأتى إن شاء الله من الأدلة العامة الدالة على ولايته فى أمثال ذلك، مضافاً إلى ما عرفت من الأدلة الدالة على جواز إجراء الحدود له، الشاملة لما نحن بصدده، بطريق أولى (و قد مر الكلام فيه آنفاً فى المقام الثالث). و ليعلم أن المراد بالجواز فى جميع هذه المقامات هو الجواز بالمعنى الأعم الشامل للوجوب، بل مصداقه هنا هو الوجوب، لوجوب الوظيفتين كما لا يخفى.

المقام الخامس: الولاية على الحكومة

إشارة

و هذه هى العمدة فى هذه الأبحاث، و إنّما تكلمنا فى المقامات السابقة ليعلم أن ولاية الفقيه لا تنحصر فى الولاية على الحكومة، و إن كانت هى أظهر مصاديقها فى عصرنا هذا.

(١). مختلف الشيعة، ج ١، ص ١٥٩.

(٢). جواهر الكلام، ج ٢١، ص ٣٨٥- و ما أفاده من أنه فرض نادر فى زمانه عجيب، يدل على غلبة أهل الأهواء فى عصره بحيث لم يمكن إقامة الحدود فيه أصلاً و ليس كذلك فى عصرنا بحمد الله تعالى.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٤٨

و لتكلم أولاً فى ضرورة الحكومة للناس، و أنّه لا بدّ لهم من أمير و حاكم، ثم لتكلم عن ما يدل على أولوية الفقيه فى الإسلام بهذا المقام، ثم نعقبه بشرائطها ثم حدودها، فهذه أمور أربعة لا بدّ من البحث عنها.

[هنا أمور أربعة لا بد من البحث عنها]

الأول: ضرورة الحكومة للناس:

أمّا الأول: فيمكن إثباته من طرق:

أحدها: لا ريب فى ان الحياة الإنسانية حياة تقوم على المجتمع، فلو تجرّدت حياة من هذه الخصيصة انحدر الإنسان إلى أقصى مراتب الجاهلية الجهلاء و البهيمية و الشقاء، لأنّ جميع المنافع و الآثار المطلوبة الحاصلة فى المجتمع البشرى من الحضارات و التقدم نحو الكمال، و الأخلاق و الآداب و العلوم المختلفة، إنّما تكون ببركة حياته الاجتماعية و ما فيها من انحاء التعاون و التعاضد بين أفراد

المجتمع و ما يفضى من تكاتف القوى و تراكم الافكار و تلاقح القابليات، فالإنسان إذا عاش منفردا كان كأحد الحيوانات، وإنما أعطاه الله الميل و التجاذب نحو هذا اللون من الحياة كى يتحصل على هذه المنافع العظيمة، و الكمال اللائق بحاله فى بعديه المعنوى و المادى، و قد أكد الشارع المقدس على الاحتفاظ بهذا النوع من الحياة، و جعله كأصل ثابت، و كحجر أساس فى جميع أحكامه و قوانينه، كما لا يخفى على من سبر أحكام الإسلام بالدقة و التأمل.

ثم من الواضح أن حياة الإنسان فى المجتمع، على رغم شتى البركات و المنافع الضرورية، لا تخلو عن منافسات و مضاربات و منازعات، لا لعلبة الشهوات على الناس فحسب، بل لما يقع هناك من الخطأ فى تشخيص الحقوق و حدودها، فلا بد لهم من قوانين تبيّن لهم ما يستحق كل واحد منهم، و ما هو طريق التخلص عن التزاحم ورد التعدى و التجاوز و غير ذلك، و هذه القوانين بنفسها لا أثر لها فى نفى هذه الامور، حتى يكون هناك من ينفذها و يجريها، و لا يكون ذلك إلا بايجاد الحكومة و لو بشكل ساذج بسيط. و إذا اتفق المتكلمون من أصحابنا و غيرهم، على أن الإمامة واجبة بين المسلمين إلا ما قد يحكى عن أبى بكر الأصم من العامة أنها غير واجبة، إذا تناصفت الامة و لم تتظالم، و هو شاذ جدًا (١).

(١). حكاة ابن أبى الحديد فى شرح نهج البلاغة، ج ٢، ص ٣٠٨.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٤٩

و كذا اتفق العقلاء من جميع الامم على ضرورة الحكومة للمجتمعات البشرية عدا ما يلوح من الشيوعيين من عدم لزومها بعد تحقق الكمون المتكامل لأبناء البشر، و بعد طرد النظام الطبقي فإن الحكومة إنما شرّعت - حسب زعمهم - لحفظ منافع الطبقة الحاكمة، فإذا انتفى هذا النظام انتفت الحكومة.

و لكن هذه كلها أوهاام و تخيلات واهية لا وزن لها عند ما نلمس الحقائق الراهنة فى المجتمع البشرى، أما وصول الإنسان إلى مستوى عال من الأخلاق و التقوى الذى يطرد أى اختلاف و تنازع فهو أمر بعيد المنال لا ينبغى البناء عليه فى هذه الظروف التى نعيش فيها و فى المستقبل على ما نعهده.

سَلّمنا تحقق ذلك، و لكن هذا لا يغنى عن الحكومة، لأنها ليست لدفع التزاحمات فقط، بل هناك امور كثيرة تتعلق بحياة المجتمع ليست فى عهده فرد معين أو أفراد خاصين كبناء الطرق، و جلب الارزاق و دفع الآفات و العناية بشؤون الصحة و التعليم و التربية، و تنظيم البرامج الاقتصادية التى قد تهلك الامة بدونها، أو تقع فى حرج شديد و عسر عسير، فما ذكر من بلوغ الامة إلى حد التناصف، أو بلوغها إلى حد حذف الطبقة الظالمة على فرض تحققها، إنما يوجب غناء الامة عن النظام القضائى و ما يتعلق به فقط، و أما ما تتصدى له الآن وزارة «الصحة» و «التعليم» و «الثقافة» و «الاقتصاد» مثلا، و غير ذلك ممّا هو كثير، فضرورتها باقية ما بقى الإنسان فى المجتمع، فحذف الحكومة من حياة الإنسان و هم فى وهم، و خيال فى خيال!

و إن شئت جعل هذا الدليل فى صبغة إسلامية، فراجع كلمات المتكلمين عند ذكر وجوب بعث الرسل و انزال الكتب، أو وجوب نصب الإمام بعد ارتحال الرسول صلّى الله عليه و آله من دار الدنيا، فإنه ينادى بأعلى صوته على ضرورة الحكومة فى كل عصر و زمان، مثل ما ذكره العلامة الطوسى قدس سرّه فى شرح تجريد الاعتقاد حيث قال فى بحث لزوم البعثة:

«منها: أن النوع الإنسانى خلق لا- كغيره من الحيوانات، فإنه مدنى بالطبع، يحتاج إلى امور كثيرة فى معاشه، لا يتم نظامه إلا بها، و هو عاجز عن فعل الأكثر منها إلا بمشاركة و معاونة، و التقلب موجود فى الطباع البشرية، بحيث يحصل التنافر المضاد لحكمة

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٥٠

الاجتماع، فلا بد من جامع يقهرهم على الاجتماع و هو السنة و الشرع و لا بدّ للسنة من شارع يسنها و يقرر ضوابطها ... بحيث يتم النظام و يستقر حفظ النوع الإنسانى على كماله الممكن.

و منها: أن مراتب الأخلاق و تفاوتها معلوم يفتقر فيه إلى مكمل لتعليم الأخلاق و السياسات بحيث تنتظم أمور الإنسان بحسب بلده و منزله».

و قال في بحث لزوم نصب الإمام عليه السلام بعده صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ:

«و استدلل المصنف على وجوب نصب الإمام على الله تعالى بأن لطف و اللطف واجب، أمّا الصغرى فمعلومة للعقلاء، إذ العلم الضروري حاصل، بأنّ العقلاء متى كان لهم رئيس يمنعهم عن التغالب و التهاوش و يصدّهم عن المعاصى و يعدّهم و يحثهم على فعل الطاعات و يبعثهم على التناصف و التعادل، كانوا إلى الصلاح أقرب و من الفساد أبعد» (انتهى محل الحاجة).

ثانيها: إنّ أحكام الإسلام لا تنحصر بالعبادات، بل فيها أحكام كثيرة ترتبط بالشئون السياسية، و الاجتماعية، و غيرها، كأحكام الجهاد و الحدود و القضاء و الزكاة و الخمس و الانفال و غيرها ممّا لا يمكن تعطيلها في أى عصر و زمان، سواء عصر غيبة الإمام عليه السلام أو حضوره، فهل يمكن تعطيل القضاء بين الناس، مع كثرة الخلاف و التنازع بينهم؟ أو هل يمكن تعطيل الحدود و القصاص و شبهها الموجب لتجرى أهل الفتنة و الفساد فى الأرض؟

أو هل يمكن ترك الدفاع عن حوزة الإسلام عند هجوم الأعداء عليها من الخارج أو من أهل النفاق عن الداخل؟!.

ثم هل يمكن اعطاء كل من هذه الامور حقّها بغير تأسيس الحكومة القوية القادرة على تنفيذ الأحكام الخاصة بهذه المسائل؟ و من أنكر هذه إنّما ينكره باللسان و قلبه مُطمئنّ بالإيمان.

فلذا نرى الرسول الأعظم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ عند ما هاجر إلى المدينة و ثبتت قدمه فى أرضها أقدم على تأسيس الحكومة الإسلامية قبل كل شىء، بتجنيد الجنود، و تعيين بيت المال، و جمع الزكوات، و ارسال الرسل، و نصب القضاء و بعث العيون، و غير ذلك، و لولاها لما ثبتت للإسلام قائمته، فأنه لم يكن الإسلام مجرد تبليغ الأحكام و تعليمها، و أى أثر للتعليم المجرد

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٥١

عمّا يوجب انفاذ الأحكام و إجرائها، اللهم إلّا أثرا ضعيفا، بل السرّ فى نفوذ الإسلام على أكثر بقاع المعمورة من الأرض فى مدّة قليلة قد لا تبلغ قرنا واحدا، هو اعتماده على تأسيس الحكومة و ايجاد نظام لأمره، كما لا يخفى على الخبير.

ثالثها: الروايات الكثيرة الدالة على ضرورتها للامة الإسلامية منها ما يلى:

١- ما رواه فى نهج البلاغة عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه لما سمع كلام الخوارج «لا حكم إلّا الله» قال: «كلمة حق يراد بها الباطل، و لكن هؤلاء يقولون «لا- أمره إلّا لله» و أنّه لا بدّ للناس من أمير برّ أو فاجر، يعمل فى أمرته المؤمن، و يستمتع فيها الكافر و يبلغ الله فيها الأجل، و يجمع به الفىء، و يقاتل به العدو، و تؤمن به السبل، و يؤخذ به للضعيف من القوى» (١).

و حاصله أنّ الحكم له معنيان: أحدهما: الحكم بمعنى تشريع القانون الإلهى فهو منحصر بمشيئة الله و إرادته، و الثانى: بمعنى إجراء هذا القانون، و هذا لا يكون إلّا بسبب إنسان إن كان برّا فهو، و إلّا خلفه فاجر، و لكن الخوارج قد لبسوا على أنفسهم و على الناس بالخلط بين المعنيين، ثم أشار عليه السلام إلى فوائد سبعة لتأسيس الحكومة و انه لا تيسر بدونها هذه الفوائد العظيمة.

و فى بعض الروايات المروية من طرق العامة أنّه لما قال عليه السلام: لا يصلح الناس إلّا بأمر برّ أو فاجر، قالوا: يا أمير المؤمنين! هذا البر، فكيف بالفاجر؟ قال: «إن الفاجر يؤمن بالله به السبل، و يجاهد به العدو، و يجيب به الفىء، و يقام به الحدود و يحجج به البيت، و يعبد الله فيه المسلم آمنّا» (٢).

و هذا دليل أيضا على أن حكومة الظالمين و إن كانت على خلاف ما أمر الله به و لكنه أحيانا يحصل بها بعض المنافع المترتبة من الحكومة العادلة، كالموارد المذكورة فى الرواية، و هذا أمر ظاهر فى بعض الحكومات التى نرى فى شتى نواحي العالم.

٢- الرواية المعروفة لفضل بن شاذان رواها فى «علل الشرائع» و فيها بيان علل كثيرة

(١). نهج البلاغة، الخطبة ٤٠.

(٢). كنز العمال، ج ٥، ص ٧٥.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٥٢

للأصول و فروع الدين و منها بيان علل جعل اولى الأمر، و قد ذكر عليه السلام له عللا ثلاثة:

«أولها»: لزوم إجراء الحدود، و أنه لو لا ذلك ظهر الفساد فى الامة، و لا يكون ذلك إلا بنصب ولاة الأمر.

و «ثانيها» ما نصه: «أنا لا نجد فرقة من الفرق، و لا ملّة من الملل بقوا و عاشوا إلا بضم رئيس».

و ذكر فى «الثالث» حكمة حفظ أحكام الشرع عن الاندراست، و المنع عن تغيير السنّة و زيادة أهل البدع «١».

و يظهر من «الوسائل» من أبواب مختلفه، أنه رواها عن الرضا عليه السلام، و لكن ليس فى البحار إلا روايته عن الفضل بن شاذان من

دون انتهائه إلى الإمام عليه السلام، و لكن من البعيد جدّا رواية مثل هذه الرواية، من غير المعصوم عليه السلام فراجع «٢».

هذا مضافا إلى ما حكاه فى عيون اخبار الرضا عليه السلام فإنه بعد نقل تمام الحديث قال:

«سأله على بن محمد بن قتيبة الراوى عن الفضل إن هذه العلل عن استنباط منه و استخراج؟

قال: ما كنت لأعلم مراد الله عز و جل من ذات نفسى، بل سمعتها من مولاي أبى الحسن الرضا عليه السلام شيئا بعد شيء فجمعتها»

«٣».

و العلل المذكورة لا تختص بالامام المعصوم عليه السلام بل يقوم بها الفقيه أيضا ما عدا الأخير على وجه.

٣- ما رواه النعمانى فى تفسيره عن على عليه السلام بعد ذكر آيات من كتاب الله «و فى هذا أوضح دليل على أنه لا بدّ للامة من إمام

يقوم بأمرهم، فيأمرهم و ينهاهم و يقيم فيهم الحدود، و يجاهد العدو، و يقسم الغنائم، و يفرض الفرائض، و يعرفهم أبواب ما فيه

صلاحهم، و يحذرهم ما فيه مضارهم، إذ كان الأمر النهى أحد أسباب بقاء الخلق، و إلا سقطت الرغبة و الرهبة و لو يرتدع، و لفسد

التدبير، و كان ذلك سببا لهلاك العباد» «٤».

(١). رواها المجلسى قدس سره البحار، ج ٦، ص ٦٠.

(٢). راجع البحار، ج ٦، ص ٥٨ و راجع الوسائل، ج ٧، ص ٤ و ١٧٣.

(٣). عيون اخبار الرضا، ج ٢، ص ١٢١.

(٤). بحار الأنوار، ج ٩٠، ص ٤١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٥٣

٤- و ما رواه فى البحار أيضا عن الصادق عليه السلام قال: «لا يستغنى أهل كل بلد عن ثلاثة، يفرع إليه فى أمر دنياهم و آخرتهم فان

عدموا ذلك كانوا همجا: فقيه عالم ورع و أمير خير مطاع، و طيب بصير ثقة» «١».

إلى غير ذلك ممّا هو ظاهر أو صريح فى عدم استغناء نوع الإنسان عن الحكومة، يعثر عليها المتتبع فى تضاعيف كتب الرواية.

الثانى: أولوية الفقيه

إشارة

أعنى كون الفقيه الجامع للشرائط أولى بذلك من غيره، فقد يستدل له تارة بما يشبه دليلا عقليا، و اخرى بروايات كثيرة وردت فى

أبواب مختلفه.

أمّا الأول فهو ما يستفاد من كلمات بعض الأساتذة الأعلام قدس سره و حاصله بتقرير مّا: إنه لا شك - كما عرفت فى المقام الأول -

أنه لا يمكن إهمال أمر المجتمع الإسلامي من حيث الحكومة، وأنه لا بد للناس من ولي و أمير يدير امورهم و يأخذ للضعيف حقه من القوى، و يدافع عنهم عند هجوم الأعداء، و ينتصف لهم و منهم، و يجرى الحدود، و يسوس جميع ما يحتاجون إليه في أمر دينهم و دنياهم.

كما أنه لا- ينبغي الشك في أن النبي صلى الله عليه و آله كان بنفسه يتولى هذه الامور و من بعده كان هذا للأئمة الهادين عليهم السلام، و أما بعد غيبه ولى الله المنتظر عليه السلام فإما أن يكون المرجع في هذه الامور خصوص الفقيه الجامع، أو يصح لكل أحد القيام بها، و القدر المتيقن من الجواز هو الأول، لعدم قيام دليل على الثانى، و الأصل عدم ولاية أحد على أحد، خرجنا من هذا الأصل في الفقيه، لأن جواز ولايته ثابت على كل حال، و إنما الكلام في جواز غيره.

و إن شئت قلت: الحكومة الإسلامية حكومة إلهية لا تنفك سياستها عن ديانتها و تدبيرها عن تشريعها الإلهي، فالقائم بهذا الأمر لا بد، أن يكون عارفا بأحكامه عرفانا تاما،

(١). بحار الأنوار، ج ٧٥، ص ٢٣٥.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٥٤

كما لا بد أن يكون عارفا بالامور السياسية و تدبير المدن، و كيف يسوغ لغير الفقيه الذى لا يعرف أحكام الشرع حق عرفانها التصدى لهذه الحكومة الإلهية؟

و بعبارة ثالثة: إن الحكومات على قسمين: الحكومات القائمة على أساس العقيدة و الحكومات التى ليست كذلك، و القسم الأول «إلهية» و «الحادية» و الإلهية كالحكومة الإسلامية، و الإلحادية كالماركسية، و فى كل من هذين القسمين لا يكون الرئيس إلّا من هو عارف بتلك العقيدة عرفانا تاما، و يعرف ذاك المذهب على حد الاجتهاد فيه كما لا يخفى على من علم حال غير مسلمين أيضا فى هذه الحكومات.

و بالجملة الحكومات الإلهية الإسلامية لا يمكن انفكاكها عن رئيس عالم بالمذهب و بالدين الإسلامى لا أقول أنه يعمل فيهم بما يشاء، بل الرجوع إلى أهل الخبرة و الاستناد إليهم، و الاستشارة فى كل ما يحتاج إلى الرجوع إليهم، و سيأتى شرح هذا المعنى مستوفى إن شاء الله.

روايات الولاية:

إشارة

و أما الروايات التى استدلت بها لهذا المعنى فهى كثيرة، بعضها لا يزيد عن حد الاشعار، بل لعله لا اشعار فيه، و إنما جمعها بعضهم حرصا على تكثير الأدلة، مع أن تكثيرها بما لا دلالة فيها أحيانا يوجب الوهن فيما يدل، و يذهب بالاعتماد بالنسبة إلى غيره، فالأولى و الأجدر فى جميع المباحث صرف النظر عن تكثير الأدلة بما يشمل الضعاف، و الاكتفاء بما يصلح للدلالة، أو يحتمل دلالتها على الطلوب، فنقول و منه سبحانه نستمد التوفيق و الهداية، ما قيل أو يمكن القول بدلالاتها على المقصود عدّة روايات:

١- مقبولة عمر بن حنظلة

و هذه المقبولة هى أشهرها فى كلماتهم، رواها فى الوسائل فى كتاب القضاء أبواب صفات القاضى.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٥٥

«قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة فى دين أو ميراث فتحا كما إلى السلطان و إلى القضاء أ

يحل ذلك؟ قال: من تحاكم إليه في حق أو باطل فأنما تحاكم إلى الطاغوت... قلت: فكيف يصنعان؟ قال: ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكما فإني قد جعلته عليكم حاكما فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فأنما استخف بحكم الله و علينا رده، و الراذ علينا الراذ على الله و هو على حدّ الشرك بالله» (١).

و الكلام فيها تارة من حيث السند و اخرى من حيث الدلالة.

أما الأول فالمعروف أن الأصحاب تلقوه بالقبول، حتى سميت في كلماتهم بالمقبولة، و إلا يشكل الاعتماد عليها بحسب حال الرواة، و العمدة في الإشكال في سندها نفس عمر بن حنظلة لعدم ورود توثيق له في كتاب الرجال.

نعم في السند «صفوان بن يحيى» و هو من أصحاب الإجماع، و لكن ذكرنا في محله أن ما هو المشهور في السنة بعض من أن وجود بعض أصحاب الإجماع في سند الحديث يغنينا عن ملاحظة حال من بعده، مما لا دليل عليه، بل لعل معنى أصحاب الإجماع كون الأصحاب مجمعين على قبول رواياتهم بأنفسهم و توثيقهم.

هذا مضافا إلى نقل روایتين في ترجمة الرجل يدلان على توثيقه، أحدهما: ما ورد في باب أوقاف الصلاة عن يزيد بن خليفة، قال: «قلت: لأبي عبد الله عليه السلام إن عمر بن حنظلة أتانا عنك بوقت فقال أبو عبد الله عليه السلام: إذا لا يكذب علينا» (٢).

و في رواية اخرى عن عمر بن حنظلة قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام القنوت يوم الجمعة فقال: أنت رسول إليهم في هذا، إذا صليتم في جماعة ففي الركعة الاولى و إذا صليتم وحدانا ففي الركعة الثانية» (٣).

و ذكر المحقق المامقاني قدس سره في تنقيح المقال بعد ذكر هاتين الروايتين يظهر منهما توثيقه.

(١). وسائل الشيعة، ج ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، ح ١.

(٢). الفروع من الكافي، ج ٣، باب وقت الظهر و العصر، ح ١.

(٣). وسائل الشيعة، ج ٤، الباب ٥ من أبواب القنوت، ح ٥.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٥٦

أقول: الاستناد إليهما في توثيق الرجل مشكل جدًّا:

أما الأول فلاشتماله على «يزيد بن خليفة» و هو مجهول، و الراوى في الثاني هو نفس عمر بن حنظلة و الاستناد إليه في إثبات وثاقته دور باطل، فالأولى في تصحيح سند الحديث ما مرّ من كونه مستندا للأصحاب و مقبولا عندهم.

و من الجدير بالذكر أن الشهيد الثاني قدس سره وثقه في درايته على ما حكاه عنه المجلسي قدس سره في روضة المتقين (١).

أما دلالتها، فهل هي بصدد نصب الحاكم بمعنى الوالى أو القاضى، أو بصدد بيان المرجع للتقليد فى الأحكام الشرعية، أو صدرها فى شىء و ذيلها فى شىء آخر؟ كل محتمل.

و غاية ما قيل أو يمكن أن يقال فى دلالتها على الحكم بالمعنى الأول امور:

١- إن لفظ الحكم، ظاهر فى الحكومة بمعنى الولاية لا القضاء.

٢- إن الرجوع إلى السلطان أو إلى القضاء (كما ورد فى الحديث) يشمل المنازعات التى تحتاج إلى القضاء و ما لا تحتاج إلى ذلك، كالتنازع لأجل عدم أداء الحق من الدين أو الميراث أو غيرهما بعد ثبوت الحق، فإن مرجعها السلاطين و الأمراء.

٣- قوله «من تحاكم إليهم فى حق أو باطل فأنما تحاكم إلى الطاغوت»... أيضا ظاهر فى خصوص الولاية.

٤- الآية التى استشهد بها و هى قوله تعالى: أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَ مَا أُنزِلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَ يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا (٢).

٥- قوله عليه السلام «فليرضوا به حكما» يكون تعيينا للحاكم مطلقا، لأن الرجوع إلى القضاء لا يعتبر فيه الرضا فهذا دليل على عدم

إرادة خصوص القضاء.

٦- عدوله عليه السلام عن قوله: «جعلته قاضيا» إلى قوله «جعلته عليكم حاكما».

٧- لا يبعد أن يكون عنوان القضاء أيضا أعم من قضاء القاضى و حكم الحاكم.

(١). روضة المتقين، ج ٦، ص ٢٧.

(٢). سورة النساء، الآية ٦٠.

أنوار الفقهاء - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٥٧

٨- التعبير - «على» فى قوله: «جعلته عليكم حاكما» مع أنّ المناسب للقاضى أن يقول «جعلته قاضيا بينكم»، و من جميع ذلك يعلم أنّ الأظهر أنّ قوله: «فانى قد جعلته عليكم حاكما» هو جعل الفقيه حاكما فى القضاء و الولاية العامة.

٩- بعد ما ثبت ضرورة الحكومة فى جميع الأعصار و عدم جواز تعطيلها، و دلت المقبولة على حرمة التسليم للطواغيت و الرجوع إليهم، يظهر منها قهرا أنّ المتعين للولاية هو الواجد للصفات التى ذكرها الإمام عليه السلام فى المقبولة.

١٠- القضاء من شئون الولاية، فإذا ثبت اشتراطه بالولى الفقيه فيثبت فى غيره.

١١- استناد بعض الفقهاء إليه فى مبحث ولاية الفقيه مؤيد للمطلوب، هذا صاحب الجواهر قدس سره استند إليه فى الأبواب المختلفة فراجع.

١٢- التعبير فيها بالسلطان الظاهر فى الولاية.

و هذه الوجوه ذكرناها مبسوطه و إن كان يمكن ادغام بعضها فى بعض، كى تؤدى البحث حقه، و مع ذلك فبعضها ظاهر البطلان، و بعضها غير خال عن الإشكال:

أما «الأول» فلا ينبغى الشك لمن راجع موارد استعمال كلمة «الحكم و التحكم» فى القرآن الكريم و الأخبار و الآثار، أنّ الأظهر فيها هو القضاء (نعم فى استعمالات الفارسية الدارجة ظاهرة فى الحكومة، و لعل منشأ الاشتباه لبعض هو هذا) كالأيات الكثيرة الدالة على أنّ الله يحكم يوم القيامة بين الناس، و ما دلّ على مؤاخذه الكفار على ما يحكمون $\text{لَكُمْ كَيْفَ تَحْكُمُونَ}$ * الواردة فى الآيات المتعددة، و ما دلّ على حكم داود و حكم النبى صلى الله عليه و آله فى اختلاف الناس، و ما ورد فى باب أبواب القضاء و أحكام القضاء و ما أكثرها و لذا ذكر الراغب فى مفرداته عنه ذكرنا معنى الأصل «إن الحكم بالشىء أن تقضى بأنه كذا أو ليس بكذا» و هذا أمر ظاهر لمن راجع اطلاقات لفظ الحكم فى الكتاب و السنة و لا أقل من عدم ظهوره فى غير هذا المعنى.

و أما «الثانى» فلأنّ الظاهر من المنازعة: هى المنازعة التى تحتاج إلى القضاء بلا ريب.

و اما «الثالث» (و الرابع) فلأنّ الظاهر من الآية الشريفة أنّ المروى عن أكثر المفسرين كما فى مجمع البيان أنّها نزلت فى خصومه كانت بين يهودى و منافق، فقال اليهودى: أرضى

أنوار الفقهاء - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٥٨

بمحمد صلى الله عليه و آله و قال المنافق بل كعب بن أشرف! لعله بأنه يقبل الرشوة، فالطاغوت بمعنى القاضى الجائر هنا.

و اما «الخامس» فلأنّ إشارة إلى قاضى التحكيم، و هو الذى يختاره الرجلان لأنّ يحكم بينهما و هو غير القاضى المنصوب، و إلّا فقوله فليرضوا به حكما لا يناسب الحكومة بمعنى الولاية لعدم اعتبار الرضا فيها كما هو ظاهر.

و يظهر الجواب من «السادس» بما مرّ فى الأول، فإنّ الحاكم هو القاضى، و اعجب من الجميع «السابع» و هو أن يكون القضاء عاما يشمل الولاية مع أنّ المتبادر منه غيره.

و أما «الثامن» فلأنّ العلو كما يكون فى الوالى يكون فى القاضى، لنفوذ حكمه، فىناسب استعمال كلمة «على».

و اما «التاسع» من اعجب هذه الوجوه، لأنه استدل بدليل خارجي لا يرتبط بالرواية و ظهورها في المطلوب، كما لا يخفى.
و اما «العاشر» فلأن كون القضاء من شئون الولاية ليس دليلا على اعتبار جميع ما يعتبر فيه في الولاية، فلذا كانت القضاء في جميع الأعمار من العلماء ظاهرا، حينما كانت الولاية من غيرهم أيضا.

و أما «الحادي عشر» فلأن استناد بعضهم إليه لا يكون دليلا أصلا، بعد ما حكم كثير منهم بأن المقبولة ظاهرة في القضاء فقط.
فقد صرح المحقق الخوانساري قدس سره، و كذا المحقق الايرواني قدس سره، بظهور المقبولة في القضاء (راجع جامع المدارك و تعليقه المكاسب) و غيرهم كما سيأتي.

و أما «الثاني عشر» فسيأتي جوابه عند الكلام في المشهورة.
و الانصاف أن قوله «بينهما منازعة في دين أو ميراث» و قوله «من تحاكم إليهم في حق أو باطل» و قوله «ما يحكم له فأنما يأخذه سحتا» و كذا الاستدلال بالآية الشريفة (بما عرفت من شأن نزولها) و ما ورد في ذيلها من اختلافهما قوية ظاهرة في أن المراد من الحكم فيها هو القضاء، و أظهر منها ما ورد في ذيل الرواية من أعمال المرجحات بين مأخذ الحكمين الذي بمعنى المستند للفتوى أو القضاء فإنه لا معنى لكون الحكم فيه بمعنى

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٥٩

الولاية، فهذه شواهد قوية على كونها بصدد بيان منصب القضاء و الفتوى لا غير.

و على كل حال، الانصاف أن ملاحظة صدر الرواية و ذيلها يدلان دلالة صريحة على أنها بصدد بيان تعيين القضاء العدول.
نعم يمكن أن يكون الذيل ناظرا إلى مرجع الفتوى أو القضاء في الشبهات الحكمية، فان مراجعة القضاء لا يختص بالشبهات الموضوعية، لا سيما مع ما عرفت من أن المتعارف في تلك الأزمنة وحدة القاضي و المفتي في كثير من الأحيان، و لذا استدل بها جمع كثير على قبول منصب القضاء للفقهاء، منهم المحقق النراقي قدس سره في عوائده حيث قال: «فلهم ولاية القضاء و المرافعات، و على الرعية الترافع إليهم، و قبول أحكامهم»، ثم استدل له بمقبولة عمر بن حنظلة «١».

و قال سيدنا الاستاذ الحكيم قدس سره في نهج الفقاهة:

«أمّا الحكم في المقبولة فالظاهر منه من له وظيفة الحكم، أما بمعنى الحكم و القضاء بين الناس، فيختص لفصل الخصومة أو مطلقا، فيشمل الفتوى كما يشير إليه العدول عن التعبير بالحكم إلى التعبير بالحاكم حيث قال عليه السلام: «فليرضوا حكما فإنني قد جعلته عليكم حاكما» مضافا إلى ما يأتي مثله في المشهورة، و ليس له ظهور بمعنى السلطان أو الأمير كي تكون له ولاية التصرف في الامور العامة فضلا عن أن يكون بمعنى من له الولاية المطلقة بالتصرف في النفوس و الأموال» «٢».

فقد تحصل من ذلك كله عدم دلالة المقبولة على أزيد من حكم القضاء في الشبهات الموضوعية و الحكمية جميعا.

٢- مشهورة أبي خديجة

قال: بعثني أبو عبد الله عليه السلام إلى أصحابنا فقال: «قل لهم، إياكم إذا وقعت بينكم خصومة

(١). العوائد، ص ١٩٥.

(٢). نهج الفقاهة، ص ٣٠٠.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٦٠

أو تدارى في شيء من الأخذ أو العطاء أن تحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفساق، اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حلالنا و حرامنا، فإنني قد جعلته عليكم قاضيا، و إياكم أن يخاصم بعضكم إلى السلطان الجائر» «١».

و الكلام فيه أيضا من جهة السند و الدلالة:

و أمّا الأوّل فالعمدة في جواز العمل بها شهرتها و اشتهار العمل بها بين الأصحاب، حتى سميت مشهورة، و إلّا فنفس الراوى (أبو خديجة) فهو محل للكلام، و اسمه «سالم بن مكرم» فقد صرح النجاشي بأنه ثقة بينما ضعفه الشيخ قدس سرّه في بعض كلماته فقال: إنه ضعيف جدًا، و عنه في بعض كلماته أنه ثقة، و توقف العلامة قدس سرّه في الخلاصة في أمره لتعارض الأقوال فيه «٢». و لعل خلاف العلمين فيه ناش عمداً ذكره في الرجل من أنه كان في بعض أيامه منصرفاً عن الحق، تابعا لأبي الخطاب الملحد المعروف، حتى هداه الله و رجع عنه إلى الطريق السوى فراجع. و حينئذ يشكل الاعتماد على أحاديثه بعد عدم معلومية كون نقل هذا الحديث في أي حالة من حالاته، و قوله «بعثني» و إن كان ظاهراً في حال سلامته و لكنه شهادة منه في حق نفسه.

و أمّا من حيث الدلالة فظهورها في حكم العدول ممّا لا ينبغي الريب فيه، و من الجدير بالذكر أنه عنوان القضاء مع قوله «عليكم» و هذا يؤيد ما مرّ منّا في تفسير المقبولة و أنّ للقاضي أيضا علواً، و لكن ليس هذه اللفظة في نسخة التهذيب و كذا ليس في نسخة الكافي (راجع، ج ٧، ص ٤١٢) و كذا في روضة المتقين (راجع، ج ٦، ص ٦ كتاب القضاء) و كذا الجواهر (راجع، ج ٤٠، ص ١) كما أنه ذكر في مقابل الرجوع إلى القضاء العدول، الرجوع إلى السلطان الجائر، و هذا يدل على أن المراد من الرجوع إليه الرجوع إليه لإرجاعه إلى القضاء أو لتصديهم لمنصب القضاء في بعض الأمور كما لا يخفى على من راجع تاريخ

(١). وسائل الشيعة، ج ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، ح ٦.

(٢). جامع الرواة، سالم بن مكرم.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٦١

الخلفاء و غيرهم فقد كانوا يتصدون لبعض القضاء بأنفسهم أو باحضار القضاء و الاستشارة معهم، و كم له من مثال. و التعبير بالخصومة و التداري في صدرها، كالتعبير بالتحاكم أيضا، شاهد ظاهر على كون الكلام في منصب القضاء، و أمّا قوله «جعلوا» ليس بمعنى قاضى التحكيم لمنافاته لقوله فإنّي قد جعلته قاضيا، بل الظاهر منه جعله بمعنى البناء العملي على الرجوع إليه، و إعلام الشيعة بأن يرجعوا إليه في خصوماتهم دون الرجوع إلى غيره.

٣- التوقيع المبارك المعروف

ما رواه الصدوق في كتاب اكمال الدين، عن محمد بن محمد بن عصام عن محمد بن يعقوب، عن اسحاق بن يعقوب، قال: «سألت محمد بن عثمان العمري أن يوصل لي كتابا قد سألت فيه عن مسائل اشكلت عليّ، و ورد التوقيع بخط مولانا صاحب الزمان عليه السلام: أمّا ما سألت عنه ارشدك الله و ثبتك - إلى أن قال - و أمّا الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا فانهم حجتي عليكم و أنا حجة الله» «١» (و الحديث طويل أخذنا مقدار الحاجة و إن شئت تمام الحديث راجع بحار الأنوار، ج ٥٣، ص ١٨٠). و الكلام فيه إمّا من حيث السند فقد وقع الكلام في «محمد بن محمد بن عصام» و لكنه من مشايخ الصدوق، مضافا إلى أن الحديث متصافر في هذه المرحلة من نقله، فقد رواه الشيخ في كتاب الغيبة عن جماعة عن جعفر بن محمد بن قولويه و أبي غالب الرازي و غيرهما، كلّهم عن محمد بن يعقوب (الكليني) و هذا التصافر لعله كاف في الاعتماد عليه مع نقله في الكتب المعتمدة. و أمّا اسحاق بن يعقوب فلم يرد في كتب الرجال ما يدل على حاله بل لعل عمدة روايته منحصرة بهذا التوقيع، لعدم نقل حديث آخر عنه في جامع الرواة، نعم قال الأسترآبادي

(١). وسائل الشيعة، ج ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، ح ٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٦٢

صاحب الرجال الكبير بأنه قد يستفاد من هذا التوقيع علو رتبته (و لكن الناقل له هو نفسه) اللهم إلا أن يكتفى بنقل الكليني عنه، وفيه ما لا يخفى.

أما من حيث الدلالة ففيه احتمالات:

١- الرجوع إليهم في الأحكام الكلية والاستفتاء منهم، وقوله «إلى رواة أحاديثنا» قد يكون قرينه عليه، فإن الرواية تكون مرجعا في الفتوى غالبا.

٢- الرجوع إليهم في القضاء في المنازعات.

٣- الرجوع إليهم في تدبير امور الامم و نظامها و الأحكام الولائية.

٤- الرجوع إليهم في الجمع.

ولا- ريب أن مقتضى اطلاقها هو الأخير، بل قد يقال أن الرجوع إليهم في الأحكام الشرعية لم يكن يخفى على مثل اسحاق بن يعقوب، ولا يناسب التعبير بالحوادث أولا، وكذا لا يناسب التعليل بكونهم حجة على الناس ثانيا فان حجية نقل الأحكام المستفادة من الكتاب والسنة لا يحتاج إلى هذا المعنى بل هي ثابتة بلا حاجة إلى جعلهم حجة على الناس.

فالحوادث إما ناظرة إلى مسائل القضاء أو الولاية أو أعم منها.

هذا و لكن قد يقال: إن متن اسئلة اسحاق بن يعقوب غير موجودة عندنا، ولذا يشكل الاعتماد على الأجوبة لإبهامها بإبهام السؤال. أقول: إن محمد بن عثمان قدس سره كان الثاني من الوكلاء الأربعة لمولانا صاحب العصر و الزمان و الظاهر أن منه سؤاله منه عليه السلام عن الحوادث الواقعة إشارة إلى ما أفاده شيخنا الأعظم قدس سره من الحوادث التي يرجع فيها كل واحد إلى رئيسه، و لم يكن الوصول في ذاك الوقت إلى ناحيته عليه السلام ممكنا لغالب الناس، فكان من اللازم أن يكون هناك مرجع يرجعون فيه إليه، بدلا عن الرجوع إلى ولاية الجور، و عدم وجود السؤال بأيدينا لا ينافي ذلك، بعد وضوح الجواب، بل عدم ذكر الاسئلة في كلام الراوي لعله إشارة إلى وضوحها من الجواب، بل عدم ذكر الاسئلة في كلام الراوي لعله إشارة إلى وضوحها من الجواب، و مجرد وجود القدر المتيقن في الرواية لا- يضرنا لما ذكرنا في محله من أنه غير ضائر بالاطلاق، و لو كان مضرا لم يجز التمسك به في غالب الاطلاقات لوجود القدر المتيقن فيها غالبا.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٦٣

و مال جمع من الأعاضم إلى إجمال الحديث، منهم سيدنا الاستاذ الحكيم قدس سره، و احتمال الرجوع إلى الرواة لمعرفة حكم الحوادث، أي الأحكام الكلية الشرعية كما ورد في حق غير واحد من أصحابهم عليه السلام أنهم إذا لم يقدرُوا الوصول إليه في كل وقت، فاللازم عليهم الرجوع إلى بعض أكابر الرواة (انتهى ملخصا) «١» و صرح في جامع المدارك أيضا بإجمال الحديث نظرا إلى ان «اللام» في «الحوادث» للعهد و المعهود هنا غير معلوم «٢».

و استظهر المحقق الايرواني قدس سره في حواشيه على المكاسب كونها ناظرة إلى مجرد أحكام الشرعية لما فيهما من التعليل بقوله عليه السلام: فإنهم حجتى عليكم، فإن الظاهر من الحجّة كونه في امور التي تحتاج إلى التبليغ.

هذا و لكن الانصاف أن قبول الأحكام من العلماء إنما هو من باب رجوع الجاهل إلى العالم، لا يحتاج إلى النصب، و لا إلى التصريح بكونهم حجج المعصومين عليه السلام على الخلق، لما عرفت سابقا من أن جواز ذلك هو من باب الحكم و ليس من المناصب الإلهية، فهذا التعليل دليل على انه ناظر إلى القضاء و الولاية.

و احتمال العهد في الحوادث لا ينافي العموم، بعد توصيفها بالواقعة مضافا إلى أنه لا خصوصية للحوادث، إذا جاز الرجوع في بعضها

إليهم، جاز الرجوع في غيرهم فتأمل.

والحاصل: أن مقتضى إطلاقها شمولها للقضاء والولاية، والتعبير بالحادثة والواقعة وكونهم حجة شواهد ظاهرة على ما ذكرنا، ولا يضرنا عدم وجود استلثة اسحاق بن يعقوب بأيدينا.

ومنه يظهر الإشكال في ما أفاده المحقق النائيني قدس سره في منية الطالب (بعد نقل الوجوه التي ذكرها شيخنا الأعظم قدس سره في مكاسبه) حيث قال: فلعل المراد من الحوادث هي الحوادث المعهودة بين الإمام عليه السّلام والسائل، وعلى فرض عمومها فالمتيقن منها هي الفروع المتجددة والامور الراجعة إلى الافتاء لا الأعم. «٣».

(١). نهج الفقاهة، ص ٣٠٠.

(٢). جامع المدارك، ج ٣، ص ١٠٠.

(٣). تعليقات المحقق الايرواني قدس سره، ص ١٥٧.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٦٤

٤- حديث «مجارى الامور» ...

روى في تحف العقول في باب المختار من كلمات الحسين بن علي عليه السّلام أنه يروى عن أمير المؤمنين عليه السّلام أنه قال: «اعتبروا أيها الناس بما وعظ الله به أوليائه ... إلى أن قال: وأنتم أعظم الناس مصيبة لما غلبتم عليه من منازل العلماء لو كنتم تشعرون ذلك، بأن الامور والأحكام على أيدي العلماء بالله، الامناء على حلاله و حرامه فأنتم المسلوبون تلك المنزل، وما سلبتم ذلك إلا بتفرقكم عن الحق واختلافكم في السنة بعد البينة الواضحة، و لو صبرتم على الاذى وتحملتكم المؤونة في ذات الله كانت امور الله عليكم ترد و عنكم تصدروا إليكم ترجع و لكنكم مكنتم الظلمة من منزلتكم» «١».

و الحديث ضعيف سنداً بالارسال كما هو ظاهر، و أما بحسب الدلالة فقد ذهب بعضهم كسيدنا الاستاذ الحكيم قدس سره في نهج الفقاهة إجماله.

وقال المحقق النائيني قدس سره في هذا الخبر و خبر «العلماء ورثة الأنبياء» و نحوها من الأخبار الواردة في علو شأن العالم: إن من المحتمل قريباً كون العلماء فيها هم الائمة عليهم السلام «٢».

وقال المحقق الايرواني قدس سره: إن المراد بالامور إما الافتاء فيما اشتبه حكمه، أو القضاء فيما اشتبه موضوعه «٣».

ولكن الانصاف - كما يظهر لمن نظر صدره و ذيله - أن العلماء فيه هم العارفون بدين الله و حلاله و حرامه، كما أن المراد بالامور ما يشمل الولاية و الحكومة، فإن الحديث عن أمير المؤمنين عليه السّلام و يشير إلى غلبة أهل الباطل على الولاية، و منع أهل الحق عن محالها، و لو صبروا عادت الامور إلى محالها، و تكون الحكومة بأيديهم، و لعمرى إن ذيلها كالصريح في ذلك، و ظني أن القائلين بأنها ظاهرة في خصوص الافتاء أو هو و القضاء قصروا نظرهم إلى خصوص جملة «مجارى الامور» و إلا لو نظروا سائر فقرات الحديث لكانت واضحة عندهم، فدلالته واضحة و إن كان سندها مرسل.

(١). تحف العقول، ص ١٦٨.

(٢). منية الطالب، ج ١، ص ٣٢٥.

(٣). تعليقاته على المكاسب للشيخ الأنصاري قدس سره، ص ١٥٨.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٦٥

٥- حديث «العلماء حكام الناس».

و في غرر الحكم عن أمير المؤمنين عليه السّلام «العلماء حكام الناس» و روى المجلسي قدّس سرّه في البحار عن الصادق عليه السّلام «الملوك حكام الناس، و العلماء حكام على المملوك» (١) و ضعف سند الحديث بالارسال ظاهر كدلالته، فإنّ المراد من الحكومة بقرينة ما روى عن الصادق عليه السّلام في كلام المجلسي هو الحكومة على القلوب و الأفتدة، لا الحكومة الظاهرية و إلّا لم يناسب جعل حكومتهم على الحكام، بل لا بدّ أن يكون على الناس و هذا ظاهر.

مضافا إلى أنّ ظاهرها كونها أخبار عن وقوع هذا الأمر في الخارج لا الإنشاء و جعل هذا المنصب لهم، فتأمل.

٦- حديث «الفقهاء امناء الرسل»

في الكافي عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: قال رسول الله صلّى الله عليه و آله: «الفقهاء امناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا، قيل يا رسول الله! و ما دخولهم في الدنيا؟ قال: اتباع السلطان، فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم!» (٢).

و في سند الحديث «التوفلي» و «السكوني» و فيهما كلام معروف، فالركون إليه لا يخلو عن إشكال، و ان قبله جماعة، و مع قطع النظر عن سنده لا دلالة له على المطلوب، أمّا أولا:

فلان كونهم امناء الرسل بنفسه غير كاف، لاحتمال كونهم امنائهم على الأحكام الشرعية و المعارف الدينية، بل ظاهره ذلك، و ثانيا: ما ورد في ذيل الحديث ينادى بأعلى صوته أنّ المراد منه هو الأمانة على الدين و معارف و أحكامه، و لا يمكن التمسك باطلاق الامناء، مع قوله: فاحذروهم على دينكم، فالعلماء حافظون لثرائهم هذا و امنائهم عليه.

(١). بحار الأنوار، ج ١، ص ١٨٣.

(٢). الاصول من الكافي، ج ١، ص ٤٦.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٦٦

٧- حديث «الفقهاء حصون الإسلام»

و في الكافي أيضا بسنده عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السّلام: «إن المؤمنين الفقهاء حصون الإسلام كحصن المدينة» (١) و في طريقه على بن حمزة و قد ضعفه أكثر علماء الرجال و نقل ابن محبوب عنه، و هو من أصحاب الإجماع، غير كاف في تصحيح الحديث، كما أشرنا إليه غير مرّة.

و أضعف من سنده، دلالته، فإنّ مجرد كونهم حصونا لا يدل على مسألة الولاية كما هو واضح، لإمكان كونه ناظرا إلى أنّهم حافظون لأحكام الله و حلاله و حرامه، مثل ما رود في حق جمع من أعظم أصحاب الأئمّة كزرارة بن أعين و نظرائه و أنّه لو لا هؤلاء لاندردت أحكام النبوة.

نعم لا يبعد أن يكون فيه اشعار بذلك، و لكن كيف يمكن إثبات مسألة مهمّة كولاية الفقيه بمثل هذه الاشعارات!؟

٨- حديث «العلماء ورثة الأنبياء»

روى في الكافي عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن حماد بن عيسى عن القداح عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: قال رسول الله صلّى الله عليه و آله: (في حديث يذكر فيه فضل العلماء): «إن العلماء ورثة الأنبياء، إن الأنبياء لم يورثوا دينارا و لا درهما و لكن ورثوا العلم، فمن أخذ منه أخذ بحظ وافر» (٢).

وفي معناه أحاديث آخر في الكافي والبحار وغيرهم.

و أما سند الحديث فهو قوى و رجال السند معروفون، و المراد من القداح عبد الله بن ميمون، و هو ثقة كما صرح به غير واحد.
و أما دلالة فقد قال في كتاب البيع: فإن مقتضى كون الفقهاء ورثة الأنبياء - و منهم

(١). الاصول من الكافي، ج ١، ص ٣٨.

(٢). اصول الكافي، ج ١، ص ٣٤.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٦٧

رسول الله صلى الله عليه و آله و سائر المرسلين الذين لهم الولاية العامة على الخلق - انتقال كل ما كان لهم إليهم، إلا ما ثبت أنه غير ممكن الانتقال، و لا شبهة في أن الولاية قابلة للانتقال، كسلطنة التي كانت عند أهل الجور مورثة خلفا عن سلف (١).
و لكن قال في نهج الفقاهة: إن ما ورد في شأن العلماء - مع ضعف سند بعضه - قاصر عن الدلالة على ثبوت الولاية بالمعنى المقصود،
فإن الأول (العلماء ورثة الأنبياء) صريح في ارث العلم (٢).

و صرح المحقق الايرواني قدس سره أيضا بأن المراد منه وراثته العلم، كما يشهد به عنوان الموضوع، و مع الغض عنه ليست القضية مسوقة في مقام البيان، بل هي مهملة، و المتيقن ما ذكرنا، مضافا إلى أن قوله «و ان الأنبياء» إلى آخره نص فيما ذكرنا و مبين لوراثته العلم (٣).

أقول: فالمستدل بها يستدل باطلاق الوراثة فتشمل الولاية العامة، و المنكر يدعى كونها نصا في وراثته العلم أولا، و عدم كونها في مقام البيان حتى يؤخذ باطلاقها ثانيا.

و الانصاف ظهورها - لو لا صراحتها - في وراثته العلم، لما ورد في ذيلها، و حاصله أن ميراث الأنبياء هو العلم، و العلماء الآخذون يعلم الأنبياء و ارثون لهم.

فهو إخبار عن قضية خارجية تكوينية لا قضية إنشائية تشريعية كما يظهر بمراجعة أمثاله، التي ورد في هذا المعنى، و ليس المراد منه نفى وراثتهم للمال، كما يظهر من الحديث المجعول في أمر غضب فذك، بل المراد أن العمدة في ميراثهم هو العلم، و لا منافاة بينه و بين ايراثهم أموالا يسيرة أحيانا، كما يظهر من لحن الحديث، و هو كونه في مقام بيان أمر خارجي تكويني لا تشريعي.

(١). كتاب البيع، ج ٢، ص ٤٨٢.

(٢). نهج الفقاهة، ص ٢٩٩.

(٣). تعليقه الايرواني على المكاسب، ص ١٥٦.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٦٨

٩- حديث «اللهم ارحم خلفائي»

روى الصدوق في الفقيه عن علي عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله: اللهم ارحم خلفائي، قيل يا رسول الله! و من خلفائك؟ قال الذين يأتون من بعدى يروون حديثي و سنتي».

و في بعض طرق الحديث زاد: ثم يعلمونها (١).

و بعض طريق الحديث مرسله و بعضها مسنده، و للحديث اسناد مختلفه مروية في كتب متعددة، و قد يقال إن كثرة أسانيدها توجب الاطمينان بصدورها، و لا سيما أنها مروية من طريق الفريقين، و قد رواه في كنز العمال مع تفاوت يسير، قال رسول الله صلى الله عليه

و آله «رحمة الله على خلفائي، قيل و من خلفائك يا رسول الله؟ قال الذين يحيون سنتي و يعلمونها الناس» (٢). هذا و لكن الكلام في مفاد الرواية، فقد يقال: إن إطلاق الخلافة فيها يشمل جميع مناصب النبي صلى الله عليه و آله و قد كان له منصب تبليغ آيات الله، و القضاء، و الولاية فهذه الشؤون الثلاثة تكون للعلماء من بعده، بل قد يقال بظهورها في الأخير، فان الخلافة أمر معهود من أول الإسلام ليس فيه ابهام، فلو لم تكن ظاهرة في الولاية و الحكومة فلا أقل من أنها القدر المتيقن منها (٣). و لكن أنكر دلالة على غير نشر الأحكام و تبليغها غير واحد منهم، كالمحقق الايرواني قدس سره و غيره، و الانصاف أن في دلالتها على المقصود إشكال من جهتين:

من جهة كون ظاهرها قضية خبرية تحكى عن الخارج، لا في مقام إنشاء الخلافة لرواة الحديث. و من أجل أن قوله في ذيلها «و يعلمونها الناس» أو «و يعلمونها عباد الله» أو شبه ذلك، أوضح قرينة على أن المراد بالخلافة فيها هو تعليم الناس و هدايتهم إلى الله، و تبليغ أحكام الدين و معارفه، و كون الخلافة أمرا معهودا يدفعه وجوب قرينة صارفة ظاهرة في متن الرواية و هي مسألة التعليم.

(١). الوسائل، ج ١٨، أبواب صفات القاضي الباب ٨ ح ٥٠.

(٢). كنز العمال، ج ١، ص ٢٢٩.

(٣). كتاب البيع، ج ٢، ص ٤٦٨.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٦٩

و فيها إشكال ثالث من حيث عدم كونها في مقام من هذه الجهة، لأنه فرق واضح بين أن يقال «هؤلاء خلفائي»، و بين أن يقال «اللهم ارحم خلفائي»، فإن الأول يمكن أن يكون في مقام البيان من جهة انحاء الخلافة دون الثاني، فإنه في مقام الدعاء لهم بعد الفروع عن خلافتهم.

١٠- حديث «السلطان ولي من لا ولي له»

و قد اشتهر في الألسن و تداول في بعض الكتب كما أشار إليه شيخنا الأعظم قدس سره بل نسبت روايته النبي صلى الله عليه و آله إلى كتب العامة و الخاصة «إن السلطان ولي من لا ولي له».

و لعل الأصل فيه من كتب العامة ما رواه البيهقي في سننه عن رسول الله صلى الله عليه و آله أنه قال: «لا تنكح المرأة بغير أمر وليها، فان نكحت فنكاحها باطل، ثلاث مرات، فان أصابها فلها مهر مثلها بما أصاب منها، فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» (١). و يظهر من بعض الكتب أن الأصل فيه في كتب الخاصة ما رواه في المستدرک في باب الثاني من أبواب العاقلة الحديث الثاني عن أمير المؤمنين عليه السلام الوارد في رجل من أهل الموصل قتل خطأ و قال في آخره ما حاصله: أنه إن لم يكن له في الموصل ولي فانا وليه» (٢).

و من الواضح أنه أجنبي عما نحن بصدده لعدم استفادة قاعدة كلية منه.

هذا و لكن استدلل بالحديث صاحب الجواهر قدس سره و غيره، قال في الجواهر في مبحث أولياء النكاح في نفى كلام المشهور: «أنه ليس للحاكم ولاية في النكاح بالأصل أن الأصل مقطوع بعموم ولاية الحاكم من نحو قوله صلى الله عليه و آله السلطان ولي من لا ولي له» (٣).

و الحاصل: أنه لا- تزيد عن حديث مرسل أو ضعيف مروى من طريق العامة، اشتهر التمسك به في بعض الكتب، و لكن لم يثبت الاشتهار بنحو يوجب انجبار السند.

(١). سنن البيهقي، ج ٧، ص ١٠٥.

(٢). مستدرک الوسائل، ج ٣، ص ٢٨٧.

(٣). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ١٨٨.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٧٠

و أمّا الكلام فى دلالتها، فتارة يكون من جهة لفظ «السلطان» و فى بعض كلمات المحقق الايروانى قدّس سرّه استظهار كونه هو الإمام المعصوم عليه السّلام من بعض كلمات شيخنا الأعظم قدّس سرّه فى مكاسبه «١».

و الانصاف أنّه عام فى كل سلطان عادل و لا وجه لاستظهار خصوص المعصوم عليه السّلام منه.

و اخرى من جهة احتمال كون وردها فى الميت الذى لا ولى له كما احتمله فى منية الطالب «٢».

و الانصاف أنّه أيضا لا دليل عليه.

و ثالثه، من جهة أنّها ناظرة إلى ثبوت الولاية للسلطان فى كل ما يحتاج إلى ولى، و الاستدلال به لما نحن فيه من ثبوت الولاية للفقهاء فى ذلك موقوف على عموم النيابة، كما أشار إليه فى منهاج الفقاهة «٣».

و الاحسن أن يقال: إنّ لا دلالة للحديث فى ثبوت الولاية إلّا للغيب و القصر و أمثالهم فأنّه ناظرا إلى اشخاص يحتاجون إلى ولى لهم، لا إلى المجتمع الإسلامى و الحكومة الإسلامىة، فإنّ السلطان العادل ولى جميعهم (على القول بالولاية) لا أنّه ولى من لا ولى له، و إن شئت قلت: إنّها ناظرة إلى إثبات الولاية فى الامور الخاصة مثل ما ذكر، لا الامور العامّة، التى لا فرق فيها بين الأفراد و الاشخاص، فالاستدلال بها فى غير هذه الموارد مشكل جدّا، فإنّ ظاهرها تقسيم الناس إلى قسمين: من ثبت له ولى، و من لا ولى له، و من الواضح أن هذا التقسيم يكون فى الامور الجزئية الخاصة.

و هناك روايات اخرى مرسلّة أو غيرها وردت فى فضل العلماء و شبهه، لا دلالة لها، أعرضنا عنها لوضوح عدم دلالتها.

شيرازى، ناصر مكارم، أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، در يك جلد، انتشارات مدرسة الإمام على بن أبى طالب عليه السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٥ هـ ق أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)؛ ص: ٤٧٠

و الانصاف أنّ جماعة ممن لهم و لع بجمع الأدلّة فى المسألة و تكثيرها، خوفا من مكابرة المخالفين، قد أفرطوا فى المقام، و تشبثوا بكل ما فيه اشعار، بل و بعض ما ليس فيه اشعار

(١). حواشى الايروانى قدّس سرّه على المكاسب، ص ١٥٧.

(٢). منية الطالب، ج ١، ص ٣٢٧.

(٣). منهاج الفقاهة، ص ٣٠٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٧١

أيضا، و قد أوجب هذا الأمر الوهن فى أصل المسألة، مع أنّا فى غنى من هذه التكلفات بعد وضوح بعض أدلّة المسألة و كفايتها و الحمد لله.

حاصل ما يمكن الاعتماد عليه فى إثبات ولاية الفقيه:

و قد تلخص ممّا ذكرنا أنّ العمدة فى إثبات ولاية الفقهاء أيدهم الله جميعا، فى أمر الحكومة و نظم البلاد و العباد، هو الدليل العقلى

الذى أوردناه فى أول البحث مؤيدا بسيرة النبى صلى الله عليه وآله و بعض الأئمة الهادين عليهم السلام. و ما ذكره فى بحث لزوم البعثة، و لزوم نصب الإمام عليه السلام بعد النبى صلى الله عليه وآله فى علم الكلام. و من بين الروايات العشر يؤيده رواية «الحوادث الواقعة» و «مجارى الامور» لوضوح دلالتها و إن كان الكلام فى اسنادهما، و أما غيرها من الروايات فقد عرفت عدم وضوح دلالتها، و هذا المقدار بحمد الله كاف فى إثبات الولاية بالمعنى المذكور إن شاء الله، و الله العالم بحقائق الامور.

بقى هنا امور مهمة:

الأول: هل يكون تعيين الفقيه لمنصب الولاية بالنصب أو بالانتخاب؟

فما هو مقتضى الأدلة السابقة؟ و ما هو مغزاها؟

أما الروايات العشر على القول بدلالتها أو دلالة بعضها لا تدلّ إلّا على نصب الفقيه بعنوان ولى الأمر من ناحية الإمام المعصوم عليه السلام أو النبى صلى الله عليه وآله و هو يرجع بالمآل إلى نصبه من ناحية الله تبارك و تعالى. فقولته: «إنى جعلته حاكما» الوارد فى المقبولة، أو «إنى جعلته قاضيا»، الوارد فى المشهورة، أو قوله: «أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيما إلى رواة حديثنا» أو «إن مجارى الامور بيد العلماء» فأنه يدل على ثبوت هذا المنصب لهم من غير حاجة إلى انتخاب أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٧٢

الناس، أو بيعتهم، أو شبه ذلك، فهذا أمر ثابت لهم ثبوتا إلهيا كما هو ظاهر واضح، و ليس فيها من أمر الانتخاب عين و لا أثر. أما قوله: «فليرضوا به حكما» معناه وجوب الرضا بحكومتهم، و هو على خلاف القول بالانتخاب أدل، بل صريح فيه، لا سيما مع تعليقه بقوله: فإنى قد جعلته حاكما، فالنصب الإلهي يفرض على الناس الرضا بحكومته.

و اما قوله: «فان كان كل واحد اختار رجلا من أصحابنا» فهذا إنمّا يرجع إلى قاضى التحكيم أو التوكيل فى أمر خاص، و لا دخل له بالانتخاب فى أمر عام، لأنّه لا معنى لانتخاب كل إنسان من يراه صالحا للحكومة العامة، حتى يكون كل منهم حاكما عاما و لو كان المنتخب (بالكسر) فردا واحدا، و إلّا تعددت الحكام بعدد الخلائق!

و أما الدليل العقلى المؤيد بسيرة النبى صلى الله عليه وآله و الولى عليه السلام فلا يدل أيضا إلّا على النصب من ناحية الله سبحانه، أو النصب من ناحية صلى الله عليه وآله و الإمام المعصوم عليه السلام.

أضعف إلى ذلك كله أنه لا يرى فى روايات أصحابنا و تاريخهم من أمر الانتخاب بالنسبة إلى ولاية الفقهاء عين و لا أثر، و لو كان ذلك لبان، و كم تكلموا فى الأبواب المختلفة عن ولاية الفقهاء إثباتا و نفيا، و لم يتفوه بالانتخاب أحد من الأكابر و الأصاغر و لو بشرط كلمة فى ذلك، و لم يتكلم أحد منهم إلّا بكون ذلك نصبا إلهيا بعنوان النيابة عليه السلام و لذا شاع فى كلماتهم تسميته بنائب الغيبة و تقسيمهم لنوابه عليه السلام إلى النواب الخاصة، و هم أربعة أمجاد، و النواب العامة و هم غيرهم، و من المعلوم أن النائب سواء كان عاما أو خاصا إنمّا يعينه المنوب عنه لا آحاد الناس، و قد كان للأئمة المعصومين عليهم السلام و كلاء منصوبون من قبلهم فى كثير من الأزمنة من غير دخل للناس و كذا الحال فى وكلائهم العامة.

و من العجب، مع ذلك، اصرار بعض على كون فعلية الولاية للفقهاء بانتخاب الناس، مع أنه لم يرد ذلك فى أثر صحيح، و لا فى رواية ضعيفة، و لا فى أى تاريخ من تواريخ أصحابنا.

توضيح ذلك: إن الأمر الوحيد الذى يفرق بين الشيعة و أهل السنة فى أمر الخلافة أن الشيعة تعتقد بان الإمام عليه السلام و لا بد أن يكون معصوما منصوبا من قبل الله بواسطة النبى صلى الله عليه وآله أو بتنصيب إمام قبله، و أهل السنة يعتقدون بأنه صلى الله عليه وآله و الله لم ينص على أحد، فعلى الناس انتخاب

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٧٣

الإمام و الخليفة، فهذا هو الفارق بين المذهبيين، فاختيار الناس لا دخل له في الخلافة عن رسول الله صلى الله عليه و آله عند شيعة أهل البيت لا قليلا و لا كثيرا.

و من عجب الكلام (و ما عشت أراذك الدهر عجا) اجترأ بعض في زماننا على القول بأن نصب على عليه السلام بالخلافة في الغدير لم يكن نصبا إلهيا بل كان اقتراحا من النبي صلى الله عليه و آله ثم أجابه الناس بالبيعة له (يعنى كان للناس أن لا يبايعوه) مع أن آية التبليغ تنادى بأعلى صوتها بأنه لم يكن لرسول صلى الله عليه و آله أيضا خيرة في هذا الأمر، فكيف بغيره؟! نعوذ بالله من سوء الفهم. و بالجملة ما ذكرناه من كون الإمام المعصوم عليه السلام من قبل الله من ضروريات مذهب الشيعة، و قد طفحت كتبهم في علم الكلام و الحديث و التفسير و التاريخ بذلك فمن أنكره أنكر ضروريا من ضروريات هذا المذهب.

ثم يجرى هذا الكلام بعينه في ولاة الأمر من غير المعصومين من بعدهم، فهم منصوبون من قبلهم، لا من قبل الناس، مأمورين بأمرهم، لا بأمر الناس، فالولاية إنما هي لله و لمن جعلها الله له، فتعينها من العالى لا من الدانى.

نعم تبقى هنا مسألتان: مسألة «لزوم الهرج و المرج» و مسألة «البيعة و موقفها».

أما «الأولى»: فحاصلها أنه إن جعلت الولاية للفقهاء عامة، و ولاية فعلية، فأما أن يكون لكل واحد منهم مستقلا بالفعل، فهذا يوجب الهرج و الشديدين، و الاختلاف الكثير، لتعدد الولاية بتعدد العلماء، و هو أمر غير ممكن، لوقوع التشاجر و اختلال النظام، و إما أن تكون ولاية بعضهم مشروطة بولاية بعض، أو كون الولاية للمجموع من حيث المجموع و هذا ممّا لا محصل له.

فلا بد أن يقال: إن الفقهاء منصوبون لذلك شأنا، و إنما تكون فعلية و لا يتهم بانتخاب الناس، لا غير.

أقول: عند تعدد الفقهاء لو تصدى بعضهم لأمر الولاية و تدخل فيها، فعلى الباقيين قبول قوله، و حكمه كما هو كذلك في أمر القضاء أو رؤية الهلال مثلا، و لو بلغ حدّ التراحم قبل التداخل، فلا يبعد أعمال المرجحات كما ورد المقبولة، بناء على دلالتها على المقصود، بل

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٧٤

يمكن التمسك بالأولوية و لو على فرض اختصاصها بأمر القضاء، و تشخيص المرجحات من العلم و الفقاهة و التدبير و الاحاطة بالامور و الوثاقفة و غيرهم إنما على أيدي أهل الخبرة، كما هو كذلك في مرجع الفتوى و التقليد، و ليس هذا من قبيل الانتخاب أبدا، بل من قبيل تشخيص المصداق الموجود في الخارج كما في تشخيص الطيب للسلامة و المرض في أمر الصوم.

و بالجملة جميع هذه الموضوعات يرجع فيها إلى أهل الخبرة من دون الحاجة إلى الانتخاب.

و قد جرى هذا الأمر في مرجع الفتوى و استقر تعيين الأعلم في الفقاهة على أهل الخبرة من العلماء في فرد معين أو أفراد معينين في كثير من الأعصار، و لم يلزم من ذلك هرج و مرج و اختلال في نظام الأمة، نعم لا ريب في أنه فرق بين مسألة التقليد و الولاية، و ليس مقصودنا المماثلة من جميع الجهات، بل الغرض أن حل مشكل التراحم ممكن من طريق أهل الخبرة، و ليس لأحد الناس غير العارفين بهذه الامور الانتخاب، بل ليس لأهل الخبرة أيضا حق الانتخاب، بل تشخيص المصداق كتشخيص الطيب، و كسائر موارد الرجوع إلى أهل الخبرة.

هذا هو المعيار المتداول في الفقه الذى ينبغى للفقهاء متابعتة، لا الانتخاب الذى ليس له عين و لا اثر في الفقه و لا في التاريخ.

إن قلت: من اين يعرف أن هذا الشخص من أهل الخبرة دون ذاك؟

قلت: كما يعرف الطيب و غيره من أهل الخبرة فيما يحتاج إليه، فهل الطيب يكون بانتخاب الناس؟ و كذلك أهل الخبرة في عموم الدين أو معرفة زعمائه و من فيه المرجحات لتصدى الولاية.

و قد تلخص ممّا ذكرنا أنه إن قام بعض الفقهاء اللائقين بأمر الولاية من غير معارض كان على غيره متابعتة من دون الحاجة إلى

الانتخاب، و ان وقع التراحم، فاللازم الأخذ بالمرجحات كما ورد في غير مورد في أبواب الفقه، لانحصار الطريق فيه و عدم المناس عنه، و الناظر في هذا الأمر هو أهل الخبرة، و لا حاجة إلى الانتخاب، بل لا دليل عليه، لما

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٧٥

عرفت من عدم وجوده في رواياتنا و لا كتب فقهاؤنا.

إن قلت: قد جرت سيرة العقلاء من الامم على الانتخاب في أمر الولاية، و يشمله ادلة الوفاء بالعقود، و عموم تسلط الناس على أموالهم (و بالأولوية على أنفسهم).

قلت: جريان سيرتهم عليه إنما هو لعدم اعتقادهم بتعيين إلهي من قبل الإمام المعصوم عليه السلام، و أما نحن، فعدم قولنا به، وفقا للأدلة السابقة و أن الوظيفة هنا معلومة من قبلهم عليهم السلام، و أن الولاية من ناحية الله فقط فلا يبقى لنا مجال لهذا الكلام.

هذا مضافا إلى أن الانتخاب الذي دار بينهم إنما هو انتخاب الأكثر، لا الجميع لعدم إمكانه عادة، بل المراد من الأكثر عندهم أكثر من يشترك في دور الانتخاب، و قد لا يشترك فيه إلا الأقلون منهم، و قد شاهدنا في كثير من الانتخابات أن وكلاء الناس ينتخبون بأراء قليلة بالنسبة إلى كل المجتمع كمليون نفر من بين عشرة ملايين، و لو صح أمر هذه الحكومات لكانت من قبيل حكومة جمع قليل على جمع آخر كثير بغير رضى منهم، و لا توكيل.

إن قلت: إن الولي الفقيه لا يقدر على أعمال الولاية بدون مشاركة الناس في أمره، و تأييدهم له، و بذل أنفسهم في نصرته و تأييده، فالانتخاب إنما هو لجلب مساعدتهم لذلك، و هذا هو المراد من أن ولاية الفقيه لا تكون إلا اقتضائيا، و فعليتها بالانتخاب.

قلت: هذا استدلال عجيب، فإن عدم قدرة الفقيه على أعمال الولاية بدون مساعدة الناس لا يكون دليلا على عدم فعليتها بدونه، كما في سائر الحقوق، مثل من كان مالكا لدار و غصبه منه غاصب، فإنه لا يقدر على أخذ حقه منه بدون مساعدة الناس، و اين هذا من كون مالكيته شأنا لا فعليا؟ و بالجملة أصل الولاية غير منوط بمساعدة الناس، و إنما المنوط بها هو أعمال الولاية، و فرق واضح بين أعمال الولاية و أصل ثبوتها.

هذا كله بالنسبة إلى ما تقتضيه العناوين الأولية في المسألة و مقتضى الروايات و الأدلة السابقة.

نعم قد تقتضى العناوين الثانوية لأمر الانتخاب، و تدعوننا إليه من دون أن تكون ولاية الفقيه منوطه شرعا به، و ذلك لدفع تهمة الاستبداد و السلطنة على الناس بغير رضى منهم،

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٧٦

مضافا إلى جلب مساعدتهم من خلال مشاركتهم في هذا الأمر، و اعتمادهم على الحكومة، و دفع وساوس الشياطين الذين يعاندون نظام الحكومة الإسلامية و غير ذلك من الامور، و لكن اين هذا من وجوب الانتخاب شرعا في أحكامه الاولية، و هذا امر ظاهر الحمد لله.

[الثاني] موقف البيعة من أمر الولاية:

إشارة

الثاني: إن البيعة الوارد ذكرها في كتاب و السنة بمعنى انتخاب الامة أحدا للرئاسة و الزعامة، فهل تنطبق على مسألة الانتخاب المعمول في عصرنا، أو هو أمر آخر وراءه؟

و الجواب على هذا السؤال يحتاج إلى شرح حقيقة البيعة و مغزاها، ثم بيان أحكامها.

فنقول: إن البيعة مأخوذة من البيع، كما صرح به أرباب اللغة، فكما أن البائع يبيع سلعته من آخر، فالذي يبيع، يبيع طاعته لغيره و يبذلها له، و في مقابله يتعهد هو له ببذل النصح و الحماية و تدبير أمره، و لذا يقال «المبايعه» من باب المفاعلة.

و بناء عليه تكون البيعة من قبيل العقود المشتملة على الايجاب و القبول، و يمكن أن يقال: هي كالايقاعات في كثير من الأوقاف، لأنَّ العهد و الالتزام بالطاعة و بذل الأموال و الأنفس يكون من طريق واحد فتأمل (فراجع لسان العرب و الصحاح و المفردات و غيره). و التصاقق بالأيدى فيها كالتصاقق بها في البيوع و المعاملات المتداولة، هذا هو حقيقتها.

و يستفاد من الروايات و التواريخ أنه كان لها مراتب مختلفة، فتارة البيعة على عدم الفرار، و اخرى على المال و الولد، و ثالثة على بذل الأنفس، فإذا أعطى شيئاً من ذلك لولى الأمر فلا بد له من الوفاء به، بناء على شمول أدلة الوفاء بالعقد أو العهد أو المؤمنون عند شروطهم، لها.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا يتم هذا البحث إلا بالتأمل في الامور التالية:

١- البيعة و ماهيتها

إنَّ ماهية البيعة و جوهرها كما عرفت، ليست توكيل الغير على تمشية الامور و تدبيرها،

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٧٧

بل على بذل الطاعة و المساعدة، فهي على عكس الانتخاب و الوكالة، ففي الوكالة يتعهد الوكيل على انجاز ما يريد موكله ما أبقاه في هذا المنصب، و أما البيعة فهي تعهد من ناحية المبايع على أن يطيع لمن بايعه و لا يتخلف عن أمره، فكأنه يبيعه شيئاً، و لا يقدر على عزله عن هذا المقام، و هذا بخلاف التوكيل فإنه يجعل الوكيل كنفسه، و تصرفاته كتصرفاته، و هذا أمر ظاهر، و من العجب وقوع الخلط بينهما في بعض الكلمات، مع الاختلاف الواضح بين مغزاهما و مفهوماهما.

٢- أدلة مشروعيتها

قد وردت البيعة في كتاب الله في سورة الفتح، في بيعة الشجرة في الآية ١٠ و ١٨ فقال تعالى: **إِنَّ الَّذِينَ يُبَايِعُونَكَ إِنَّمَا يُبَايِعُونَ اللَّهَ يَدُ اللَّهِ فَوْقَ أَيْدِيهِمْ فَمَنْ نَكَثَ فَإِنَّمَا يَنْكُثُ عَلَىٰ نَفْسِهِ وَمَنْ أَوْفَىٰ بِمَا عَاهَدَ عَلَيْهِ اللَّهُ فَمَسِيئَةٌ أَجْرًا عَظِيمًا.** و قال تعالى: **لَقَدْ رَضِيَ اللَّهُ عَنِ الْمُؤْمِنِينَ إِذْ يُبَايِعُونَكَ تَحْتَ الشَّجَرَةِ فَعَلِمَ مَا فِي قُلُوبِهِمْ فَأَنْزَلَ السَّكِينَةَ عَلَيْهِمْ وَأَثَابَهُمْ فَتْحًا قَرِيبًا** و ظاهر الأوّل وجوب الوفاء و عدم النكث.

و قد اشير إليها أيضا في سورة الممتحنة عند ذكر بيعة النساء فقال تعالى **يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذِ الْجَاءَكَ الْمُؤْمِنَاتُ يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰ أَنْ لَا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا... فَبَايِعْنَهُنَّ وَاسْتَعْفِرْ لَهُنَّ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ** (١)، فكان صَلَّى الله عليه و آله يجعل يده في ظرف من الماء و كانت النساء يضعن أيديهن في الظرف الآخر فتقع البيعة و المبايعه بها (كما في التفاسير و التواريخ).

و ليس في كتاب الله غير هذه الآيات الثلاث بالنسبة إلى البيعة، هذا و قد وقعت البيعة من الأنصار في أول إسلامهم في العقبه الاولى و الثانية، و يظهر منها أنها كانت معروفة قبل الإسلام يعرفها العرب، و لم تكن أمرا حادثا في الإسلام.

هذا و لكن من الواضح أن البيعة للنبي صَلَّى الله عليه و آله لم تكن سببا لولايته على الناس، فان الآيات القرآنية صريحة في أن الله جعله صَلَّى الله عليه و آله وليا على المؤمنين و أوجب طاعته بقوله: **أَطِيعُوا اللَّهَ***

(١). سورة الممتحنة، الآية ١٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٧٨

وَاطِيعُوا الرَّسُولَ* و **النَّبِيِّ أُولَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ** (١). و لذا لم تكن البيعة للنبي صَلَّى الله عليه و آله من كل من يدخل الإسلام، فالإسلام يتحقق بالشهادتين و إظهار الإيمان بالوحدانية و النبوة لا بالبيعة.

كما يظهر من التواريخ أنه كان يأخذ البيعة من المسلمين أحيانا، ويجدها عند وقوع بعض الحوادث الهامة ثانية و ثالثة، فبيعة الناس له لم تكن من قبيل انتخابه للولاية بل تأكيدا للطاعة و بذل الأموال و الأنفس، و هذا أمر ظاهر لا ستره عليه. كما أن الأمر بالنسبة إلى وصيه عليه السلام أيضا كان كذلك، فقد أوصى من أول أمره في وقعه الدار، إلى آخر عمره الشريف بولاية على عليه السلام و قد أمر بتبليغ ولايته الإلهية في الغدير، و أنه إن لم يفعل فما بلغ رسالته، فكان أخذ البيعة له حينئذ، تأكيدا على الطاعة، لا من قبيل انتخابه و فعلية ولايته مما لا يتفوه به من كان له أدنى خبرة بأحاديث ولايته مولانا أمير المؤمنين عليه السلام. و يجوز مثلها بالنسبة إلى الفقيه بعد ما جعله عليه السلام حاكما و قاضيا على الناس، و أمر بالرجوع إليه في الحوادث الواقعة، و جعل مجارى الامور بأيديهم، إلى غير ذلك، فالبيعة له أيضا تأكيد على ما أعطاه الله من المنزلة و المقام، و كذا بناء على الدليل العقلى السابق.

سلمنا أن البيعة عقد مستقل بذاتها يجب الوفاء به، و لا يختص بأحد دون أحد كما قد يبدو من بعض رواياتها، و لكن الروايات الواردة في حكم البيعة ناظرة إلى وجوب العمل بها و ليست في مقام بيان شرائط من يبايعه الناس، و إن أبيت إلا عن اطلاقها من هذه الجهة، فهي تشمل الفقيه و غير الفقيه، و تكون على خلاف المطلوب أدل، فتدل على جواز اختيار كل إنسان صالح بحسب الظاهر للولاية، أى شخص كان فقيها أو غير فقيه، و جازت البيعة معه، و إليك بعض ما ورد في هذا الباب:

منها: عن المفضل بن عمر قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: كيف ما سح رسول الله صلى الله عليه و آله النساء حين بايعهن؟ فقال: دعا بمركنه الذى كان يتوضأ فيه فصب فيه ماء ثم غمس فيه

(١). سورة النساء، الآية ٥٩، و سورة الاحزاب، الآية ٦.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٧٩

يده اليمنى فكلما بايع واحدة منهم، قال: اغمسي يدك كما غمس رسول الله صلى الله عليه و آله فكان هذا مما سحته إياهن» (١).

و ما روى أحمد بن اسحاق عن سعدان بن مسلم قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام أتدرى كيف بايع رسول الله صلى الله عليه و آله النساء؟ قلت: الله أعلم و ابن رسوله أعلم، قال: جمعهن حوله ثم دعا بتور برام، فصب فيه نضوحا ثم غمس يده «إلى أن قال» ثم قال: اغمسن أيديكن ففعلن فكانت يد رسول الله صلى الله عليه و آله الطاهرة أطيبت من أن يمس بها كف انثى ليست له بمحرم!» (٢).

و ما روى محمد بن على بن الحسين باسناده عن ربيع بن عبد الله أنه قال: «لما بايع رسول الله صلى الله عليه و آله النساء و أخذ عليهن، دعا بإناء فملاؤه، ثم غمس يده فى الإناء، ثم أخرجها ثم أمرهن أن يدخلن أيديهن فيغمسن فيه» (٣).

و ما روى سعدان بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث مبايعة النبى صلى الله عليه و آله النساء، أنه قال لهن: «اسمعن يا هؤلاء أبايعكن على أن لا- تشركن بالله شيئا و لا- تسرقن و لا- تزنين و لا- تقتلن أولادكن و لا تأتين ببهتان تفتريه بين أيديكن و أرجلكن و لا تعصين بعولتكن فى معروف، أقررتن؟ قلن: نعم» (٤).

و ما روى أبان عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «لما فتح رسول الله صلى الله عليه و آله مكة بايع الرجال ثم جاءه النساء يبايعنه... فقالت (أم حكيم): يا رسول الله صلى الله عليه و آله كيف نبايعك فقال: إنى لا أصافح النساء فدعا بقدر من ماء فأدخل يده ثم أخرجها فقال: أدخلن أيديكن فى هذا الماء فهى البيعة» (٥).

و ما روى: مسمع بن أبى سيارة، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «فيما أخذ رسول الله صلى الله عليه و آله البيعة على النساء أن لا يحتنين و لا يقعدن مع الرجال فى الخلاء» (٦).

(١). وسائل الشيعة، ج ١٤، الباب ١١٥ من أبواب مقدمات النكاح، ح ٣.

(٢). المصدر السابق، ح ٤.

(٣). المصدر السابق، ح ٥.

(٤). المصدر السابق، الباب ١١٧ من أبواب مقدمات النكاح، ح ١.

(٥). المصدر السابق، ج ١٤، الباب ١١٧ من أبواب مقدمات النكاح، ح ٤.

(٦). المصدر السابق، الباب ٩٩ من أبواب مقدمات النكاح، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٨٠

و ما روى: ابن جنيد أنه «روى أن رجلا جاء إلى أمير المؤمنين عليه السلام لبياعه، فقال: يا أمير المؤمنين ابسط يدك أبايعك على أن أدعو لك بلساني، أنصحك بقلبي و اجاهد معك بيدي فقال: حر أنت أم عبد؟ فقال عبد، فصفق أمير المؤمنين عليه السلام يده فبايعه» (١).

و ما روى: الطبرسي في (الاحتجاج) عن النبي صلى الله عليه و آله في احتجاجه يوم الغدير: «على عليه السلام تفسير كتاب الله، و الداعي إليه، إلما و إن الحلال و الحرام أكثر من أن أحصيهما و أعرفهما، فأمر بالحلال و أنهى عن الحرام في مقام واحد، فأمرت أن آخذ البيعة عليكم و الصفقة منكم» (الحديث) (٢).

و ما روى عيسى بن المستفاد مّا رواه في كتاب الوصية قال: «حدثني موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألت أبي جعفر بن محمد عليه السلام عن بدء الإسلام، كيف أسلم على و كيف أسلمت خديجه؟ فقال لى أبى: أنهما لما دعاها رسول الله صلى الله عليه و آله فقال: يا على و يا خديجة إن جبرائيل عندي يدعو كما إلى بيعة الإسلام فأسلما تسلما، و أطيعا تهديا! فقالا: فعلنا و أطعنا يا رسول الله صلى الله عليه و آله» (الحديث) (٣).

و ما روى: عن موسى بن جعفر عن أبيه عليه السلام قال: «لما هاجر النبي عليه السلام إلى المدينة و حضر خروجه إلى بدر دعا الناس إلى البيعة فبايع كلهم على السمع و الطاعة» الحديث (٤).

إن قلت: ظاهر ما روى في نهج البلاغة قبوله عليه السلام لأمر البيعة بعنوانها معيارا لخلافة المسلمين و في حق نفسه، فكيف في حق غيره؟ و إليك نماذج منها:

١- قوله عليه السلام: «أيها الناس إن لى عليكم حقا و لكم على حق: فأما حقكم على فالنصيحة لكم و ... و أما حقى عليكم فالوفاء بالبيعة، و النصيحة فى المشهد و المغيب» (٥) ...»

(١). وسائل الشيعة، ج ١١ الباب ٤ من أبواب جهاد العدو، ح ٣.

(٢). المصدر السابق، ج ١٨ الباب ١٣ من أبواب صفات القاضى، ح ٤٣.

(٣). بحار الأنوار، ج ٦٥، ص ٣٩٢.

(٤). المصدر السابق، ص ٣٩٥.

(٥). نهج البلاغة، الخطبة ٣٤، ص ٧٩ من طبعة صبحى صالح.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٨١

٢- و قوله عليه السلام يعنى به الزبير: «يزعم أنه قد بايع بيده و لم يبايع بقلبه، فقد أقر بالبيعة و ادعى الوليعة، فليأت عليها بأمر يعرف، و إلّا فليدخل فيما خرج منه» (١).

٣- و قوله عليه السلام إلى معاوية: «إنه بايعنى القوم الذين بايعوا أبا بكر و عمرو عثمان على ما بايعوهم عليه فلم يكن للشاهد أن يختار و لا للغائب أن يرد» (٢) ...»

٤- وقوله عليه السلام إلى معاوية أيضا: «لأنها بيعه واحدة لا يثنى فيها النظر ولا يستأنف فيها الخيار، الخارج منها طاعن و المروى فيها مداهن» (٣).

٥- وقوله عليه السلام إلى جرير بن عبد الله البجلي لما أرسله إلى معاوية: «أما بعد فإذا أتاك كتابي فأحمل معاوية على الفصل، و خذ بالأمر الجزم... و إن اختار السلم فخذ بيعته» (٤).

٦- وقوله عليه السلام إلى طلحة و زبير: «أما بعد فقد علمتما، و إن كتمتما، أنى لم أرد الناس حتى أردوني، و لم أبايعهم حتى بايعوني. و إنكما ممن أردني و بايعني و إن العامة لم تبايعني لسultan غالب و لا لعرض حاضر فان كنتما بايعتماني طائعين، فارجعا و توبا إلى الله من قريب، و إن كنتما بايعتماني كارهين، فقد جعلتما لي عليكما السبيل» (٥).

٧- و أوضح من هذه كله ما ورد في إرشاد المفيد عن أمير المؤمنين عليه السلام: «أيها الناس إنكم بايعتموني على ما بويح عليه من كان قبلي، و إنما الخيار للناس قبل أن يبايعوا فإذا بايعوا فلا خيار لهم و... و هذه بيعه عامة من رغب عنها رغب عن دين الإسلام، و اتبع غير سبيل أهله» (٦).

«قلت»: لا ينبغي الشك في أنها كانت بعنوان الجدل و المماشاة مع الخصم بذكر ما هو مقبول لهم و الاحتجاج بما هو مسلم عندهم، و ينادى بذلك بأعلى صوته ما ورد في الكتاب ٦ من نهج البلاغة و ما حكيناه عن المفيد قدس سره، فإن خلافة الأول و الثاني و الثالث لم تكن

(١). نهج البلاغة، الخطبة ٨، ص ٥٤ من طبعة صبحي صالح.

(٢). المصدر السابق، الكتاب ٦، ص ٣٦٦ من طبعة صبحي صالح.

(٣). المصدر السابق، الكتاب ٧، ص ٣٦٧ من طبعة صبحي صالح.

(٤). نهج البلاغة، الكتاب ٨، ص ٣٦٨ من طبعة صبحي صالح.

(٥). المصدر السابق، الكتاب ٥٤، ص ٤٤٥ من طبعة صبحي صالح.

(٦). إرشاد المفيد، ص ١١٦.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٨٢

صحيحة عنده عليه السلام كما صرح به في الخطبة الشقشقية و غيرها من الخطب التي تدل على أن حقه قد غصب، و أن خلافته كانت بالنص وراثه عن النبي صلى الله عليه و آله بل كونه منصوبا من ضروريات مذهب الشيعة، فما ورد في أمر البيعة و الاستدلال بها يكون من الأخذ بما هو حجة عند الخصم، و يشهد على ذلك أن المخاطب في بعضها معاوية، و في آخر طلحة و الزبير، و في ثالث سعد بن أبي وقاص و انظارهم فمن تخلفوا عن بيعته (كما في رواية الإرشاد).

فالأمر دائر بين الأخذ بظاهر بعضها و رفض سائرهما ما ورد في نهج البلاغة و غيرها مما يدل على كون الخلافة منصوبة منه صلى الله عليه و آله و معينه عنه تعالى، بل رفض ما ثبت بالضرورة من مذهب الشيعة و أحاديث الغدير و غيرها، أو حملها على الجدل الثابت في المنطق و الأخذ بمسلمات الخصم و لا ريب إن المتعين هو الثاني.

و من الجدير بالذكر جدا أن البيعة عند أهل السنة أيضا لا تنطبق على الانتخاب المعمول في عصرنا، بل المعيار عندهم في تعيين الإمام اختيار أهل الحل و العقد، و اختلفوا في عدده، فاختر بعضهم كفاية اختيار الحاضرين منهم فقط، و بعضهم كفاية خمس نفرات، و بعضهم ثلاثة و بعضهم نفر واحد! و إليك نص ما ذكره الماوردي في «الأحكام السلطانية»:

«الإمامة تعقد من وجهين... إلى قوله لأنه حكم و حكم واحد نافذ!» (١).

و الحاصل: أن هناك قرائن كثيرة تدل على أن هذه الكلمات الواردة في الاحتجاج بالبيعة إنما صدرت منهم احتجاجا على الخصم

المعتقد بالبيعة:

أولاً: ما ثبت من ضرورة المذهب من أن إمامته عليه السّلام كانت بنصب من رسول الله صَلَّى الله عليه وآله و من قبل الله من غير حاجة إلى بيعه الناس معه، ويشهد له الحديث المتواتر الذي ورد في الغدير وغيره.
ثانياً: الروايات الواردة في نهج البلاغة نفسها تدل على أنه عليه السّلام كان إماماً بالوراثة عن النبي صَلَّى الله عليه وآله من الخطبة الشقشقية وغيرها.

(١). الأحكام السلطانية، ص ٦.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٨٣

ثالثاً: الاحتجاج بالبيعة التي وقعت للخلفاء الثلاثة، ولا ريب أنه كان من باب الجدل عنده عليه السّلام.

رابعاً: كون المخاطب في غير واحد منها معاوية و طلحة و الزبير و أمثالهم من الذين كانوا لا يقبلون النص في حقه إلى غير ذلك من القرائن، و الأمر واضح بحمد الله.

إن قلت: نحن نعتزف بأن النص مقدم على كل شيء فالأئمة المعصومون من قبل النبي صَلَّى الله عليه وآله أو من ناحية إمام معصوم قبله، و في مثل هذا لا حاجة إلى البيعة، و لو كانت هناك بيعة كانت تأكيداً كما في بيعة الشجرة وغيرها من موارد البيعة، للنبي صَلَّى الله عليه وآله، و كذا إذا ثبت النص في حق نوابهم و وكلائهم، كالنواب الأربعة، و بالنسبة إلى غيرهم، فاليعة لها أثرها في تعيين ولاية الأمر، كما ورد في نهج البلاغة وغيرها، و لا يجوز الجدل بأمر باطل من أصل كما أن استدلال المخالفين بالبيعة، ممنوع صغرى و كبرى، أما الكبرى فلأنه لا فائدة في البيعة مع وجود النص على أمير المؤمنين (على عليه السّلام)، و أما الصغرى فلعدم تحقق الاتفاق على غيره و لو من أهل المدينة و لو من أهل الحل و العقد منهم.

و أما النصوص الواردة في الفقهاء، فلا يستفاد منها إلا الاقتضاء أما الفعلية (أي فعلية الولاية لهم) فإنما تكون بالبيعة.

قلت: «أولاً»: ظاهر روايات البيعة الواردة في نهج البلاغة و إرشاد المفيد و أشباهها أنها مفيدة، مؤثرة و لو في تعيين خليفة رسول الله صَلَّى الله عليه وآله فلو تمت فلا بد من رفض الروايات المصرحة بالنص على أمير المؤمنين على عليه السّلام و الأئمة المعصومين عليهم السّلام من بعده، و رفض ما ثبت بالضرورة من مذهبنا، فلا يبقى مجال إلا لحملها على الجدل بمسلمات الخصم.
فراجع قوله عليه السّلام: «أرى تراثي نهياً» (الخطبة ٣ من نهج البلاغة) و قوله عليه السّلام: «و لا يقاس بآل محمد صَلَّى الله عليه وآله... الخ» الوارد في الخطبة ٢ من تلك الخطب الجليلة.

و أمّا ما ذكرت من أن الجدل لا يكون بأمر باطل من جميع الجهات، فهو ممنوع، بل قد يكون كذلك إذا تم عند الخصم كما في احتجاج إبراهيم عليه السّلام على عبدة الاصنام بقوله: «هذا ربي» كما صرح به كثير من المفسرين و كذا غيره من أشباهه.

و «ثانياً»: سلمنا و لكن ظاهرها كون البيعة تمام العلة لولاية الوالي على الناس كعقد البيع

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٨٤

و التجارة لا يتفاوت فيه الفقيه و غيره ممن كان عادلاً لا الفساق و أهل الفجور لانصراف النصوص عنهم، فهذا على خلاف المطلوب أدل.

و «ثالثاً»: ظاهر الأدلة السابقة كون الفقيه منصوباً فعلاً لا اقتضاء (سواء الدليل العقلي و النصوص العشرة السابقة وغيرها) و ليس فيها من الاقتضاء عين و لا أثر.

و «رابعاً»: ظاهر ما عرفت من نهج البلاغة كفاية بيعة الحاضرين بل و كفاية بيعة أهل الحل و العقد من المهاجرين و الأنصار، و لا خيار لغيرهم، فهي لا تنطبق على موضوع الانتخاب في عصرنا كما هو واضح جداً.

و بالجمله التمسك بروايات البيعة لتصحیح الانتخاب المتداول بين أهل العصر أو هن من بيت العنكبوت.
و إذ قد ثبت بحمد الله أصل ولاية الفقيه بالنسبة إلى أمر الحكومة ممّا عرفت من الأدلة، فلنرجع إلى الفروع المتعلقة بها.

الثالث والرابع: حدود نفوذ ولاية الفقيه و شرائطه

إشارة

لا أظنك تحسب أنّ معنى ولاية الفقيه على أمر الحكومة الاستفادة من الأدلة السابقة أنّه يفعل فيهم ما يشاء و يختار، و أنّ الامّة من قبيل المماليك له، و أنّه يحكم فيهم بما يشاء و يفعل ما يريد، كلّا لم يرد هذا لا في دليل عقلي، بل هو أمر غير معقول لا يقول به أحد، بل لولايته حدود و شرائط و قيود ليس له أن يتعداها و لا أن يخرج من طورها:

١- مراعاة مصالح الامّة

و أهمها ملاحظة مصلحة الامّة و منافعها و شرفها و عزّها، فليس للفقيه الخروج عنها أبدا و إلّا خلع عنه لباس الولاية و نزل عن مقام الزعامة.

و الدليل على ذلك الأدلة السابقة الدالة على ولاية الفقيه، فإنّ الفروع تؤخذ من اصولها، مضافا إلى غيرها من الأدلة.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٨٥

أولها: إنّ الأخذ بالقدر المتيقن يرشدنا إلى ذلك، فانه مبنى على عدم جواز بقاء الناس بلا رئيس يصلح امورهم، و إلّا غلب الهرج و المرج عليهم، و اختل النظام و فسدت البيئته، و ظهر الفساد في البر و البحر، و لم يبق للدين و الدنيا زعامة و سلك الناس مسلك الانحطاط و التسافل، فلا بدّ لهم من إمام لهذه الشؤون و حيث إنّه ليس هناك دليل عام على صلوح كل أحد لذلك، فلا بدّ من الأخذ بالقدر المسلم، و حيث إنّ الفقيه الجامع للشرائط أخبر بمواقع الأحكام و مصدرها و مخرجها، و صلاح الامّة و فسادها و احتمال الانحراف عن مسير الحق فيه أقل، فهو أحق من غيره.

و من الواضح أنّ هذا الدليل لا يقتضى إلّا تصديه لما فيه صلاح الامّة.

و إن شئت قلت: إنّ الحكومة ليست من مخترعات الشرع، بل كانت أمرا دائرا بين العقلاء من قديم الأيام من زمن اختار الإنسان الحياء الاجتماعية، و الشارع المقدس أمضاها بقيود و شرائط.

و من المعلوم أنّها شرّعت بين العقلاء لحفظ مصالح المجتمع و غبطة الناس صغيروهم و كبيرهم رغم قلّة من قام بها و أدّى حقها، و لكن كل يدعى ذلك فالحكومة على هذا الأساس قد أمضاها الشرع المقدس، فلا يكون الفقيه و لا غيره مرخصا في الأخذ بغيرها ما فيه المصلحة للناس.

كما أنّ حديث «مجارى الامور» الذى هو من أحسن ما يدل على ولاية الفقيه أيضا ينادى بأعلى صوته أنّ مجارى امور، إصلاح المجتمع و إقامة نظام الامّة لا العمل بما يريد و إن كان فيه ضرر على الامّة، أو لم يكن فيه هذا و لا ذاك.

و كذا رواية «الحوادث الواقعة» فإنّها إشارة إلى الحوادث المهمّة التى ترتبط بكيان الامّة و حياتها و سعادتها، بل لو قلنا بأنّها تشمل كل حادثه فلا شك أنّ الرجوع إليهم إنّما هو لإصلاح أمر الحوادث، و الأخذ بما هو أحرى و أصلح، لا أنّ الأمر مفوّض إلى الفقيه يأتى بما يشاء و يحكم بما يريد.

و كذلك الحال فى غير هاتين الروايتين.

ثانيها: إنّ سيرة النبى صلّى الله عليه و وآله الأعظم و وصيه أمير المؤمنين عليه السّلام التى هى المبنى لولاية

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٨٦

الفقهاء لم تستقر إلّا على ذلك، فلم نر في مورد من الموارد إلّا الأخذ بما هو صلاح الامّة و ما هو أجمع لمصلحة المؤمنين، بل لم نر موردا أخذًا بما فيه مصلحة شخصيهما، و كلمتهما مشحونة بما ذكرنا كما يأتي الإشارة إلى بعضها.

نعم قد ورد في روايات عديدة أنّ الدنيا (أو الأرض) كلها لله و لرسوله و للأئمّة عليه السّلام و عقد له في الكافي بابا «١» و لكن مع ذلك لم يعملوا بين الناس إلّا بما ورد في الشرع من الحقوق.

ثالثها: الآيات و الروايات الكثيرة الدالة على وجوب تحرى الصالح أو الأصلح على أئمّة المسلمين و قاداتها و أنّه لا يجوز لهم غير ذلك، و إليك الإشارة إلى بعضها:

١- قوله تعالى: وَ لَيَنْصُرَنَّ اللَّهُ مَن يَنْصُرُهُ إِنَّ اللَّهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ * الَّذِينَ إِذْ مَكَرْتُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَ آتَوْا الزَّكَاةَ وَ أَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَ نَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَ لِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ «٢» دلّ على أنّ الحكومة ذريعة لهذه الامور الأربعة التي فيها المصالح الاخروية و الدنيوية للامة و أنّ الله وعد بنصر من يقوم بها.

٢- قوله، حاكيا عن شعيب عليه السلام: إِنْ أُرِيدَ إِلَّا الْأَصْلَاحُ مَا اسْتَطَعْتُ وَ مَا تَوَفَّقِي إِلَّا بِاللَّهِ «٣».

٣- ما ورد في نهج البلاغة: «أنّه لا بدّ للناس من أمير بر أو فاجر، يعمل في أمرته المؤمن و يستمتع فيها الكافر، و يبلغ الله فيها الأجر، و يجمع به الفىء، و يقاتل به العدو، تأمن به السبل، و يؤخذ به للضعيف من القوى» «٤».

فهذه امور خمسة ينتظر من الوالى إجرائها.

٤- ما ورد فيه أيضا: «أيها الناس إنّ لى عليكم حقًا و لكم على حق، فأما حقكم علىّ فالنصيحة لكم و توفير فيئكم عليكم، و تعليمكم كى لا تجهلوا و تأديبكم كيما تعلموا» «٥»

(١). الاصول من الكافي، ج ١، ص ٤٠٧.

(٢). سورة الحج، الآية ٤٠-٤١.

(٣). سورة هود، الآية ٨٨.

(٤). نهج البلاغة، خطبة ٤٠.

(٥). المصدر السابق، خطبة ٣٤.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٨٧

فقد تلخص وظائف الوالى فى هذه الامور الأربعة.

٥- و فى كتابه إلى الاشر: «أنصف الله و أنصف الناس من نفسك و من خاصة أهلک و من لك فيه هوى من رعيتك، فإنك إلّا تفعل تظلم، و من ظلم عباد الله كان الله خصمه دون عباده» «١».

٦- و قال فيه أيضا: «و أعظم ما افترض سبحانه من تلك الحقوق حق الوالى على الرعية و حق الرعية على الوالى فريضة... فجعلها نظاما لألفتهم و عزّا لدينهم فليست تصلح الرعية إلّا بصلاح الولاة و لا يصلح الولاة إلّا باستقامة الرعية» «٢».

فالوالى لا بدّ أن يكون سببا لنظام الامّة و عزّا لدينهم و حافظا لمصالحهم، لا أن يفعل فيهم ما يشاء من دون ملاحظة هذه الامور.

٧- و قد عقد فى الكافي بابا لما يجب من حق الإمام على الرعية و حق الرعية على الإمام، و فيه عن أبى حمزة قال: «سألت أبا جعفر عليه السّلام ما حق الإمام على الناس؟ قال: حقّه عليهم أن يسمعوا له و يطيعوا. قلت: فما حقهم عليه؟ قال: يقسم بينهم بالسوية و يعدل فى الرعية» «٣».

و هذا بعض ما على الوالى من الحقوق، يعلم منه و من غيره أنّ المدار على مصالح الامّة لا غير.

٨- و فى مرفوعة عبد العزيز بن مسلم عن الرضا عليه السّلام (و هى رواية طويلة جامعة لصفات الإمام) و فيها «إن الإمامة هى منزلة

الأنبياء، وارث الأوصياء، إن الإمامة خلافة الله و خلافة الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ مَقَامُ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَ مِيرَاثُ الْحَسَنِ وَ الْحُسَيْنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ إِنَّ الْإِمَامَةَ زَمَامُ الدِّينِ وَ نِظَامُ الْمُسْلِمِينَ، وَ صِلَاحُ الدُّنْيَا وَ عِزُّ الْمُؤْمِنِينَ، إِنَّ الْإِمَامَةَ أَسَاسُ الْإِسْلَامِ النَّامِي، وَ فِرْعَهُ السَّامِي، بِالْإِمَامِ تَمَامُ الصَّلَاةِ وَ الزَّكَاةِ وَ الصِّيَامِ وَ الْحَجِّ وَ الْجِهَادِ» (٤).

(١). نهج البلاغة، كتاب ٥٣.

(٢). المصدر السابق، خطبة ٢١.

(٣). الاصول من الكافي، ج ١، ص ٤٠٥.

(٤). المصدر السابق، ص ٢٠٠.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٨٨

إلى غير ذلك ممّا هو كثير جدًا ربّما تبلغ حدّ التواتر، و يغنينا ذلك ملاحظة أسنادها.

و يتحصل من جميع ذلك أنّه ليس الوالى و الحاكم على المسلمين (و هو الفقيه) كالمولى للعبيد، و المالك بالنسبة إلى المملوك، بل و لا- كالمولى على الصغار، أو الاب مع الابن حتى يكون داخلًا فى قوله «أنت و مالك لأبيك» (مع أنا ذكرنا قبل ذلك أنّ الأب أيضا لا يجوز له إلّا ملاحظة مصالح ابنه، و أنّ الحديث المعروف حكم اخلاقى يبيّن وظيفة الكبار من الأولاد فى مقابل أبيهم لا أنّ له حق التصرف المطلق فى أموالهم و أنفسهم كيف يشاء) بل هو كالمتولى فى الأوقاف العامة و الخاصة أو كوكيل إلهى لهم، يتصرف بما هو مصلحة الموقوف عليهم و الوقف، و مصالح الموكل، فليس للفقيه التصرف إلّا بما فيه مصلحة العباد و البلاد.

و يؤيد ذلك كله ما ذكره فى علم الكلام فى بابا و جوب نصب الإمام بعد النبى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ- كما ذكره العلامة قدّس سرّه فى شرح كلام المحقق الطوسى قدّس سرّه- قال: «إنّ الإمام لطف و اللطف واجب، أمّا الصغرى فمعلومة للعقلاء، إذا العلم الضرورى حاصل بأنّ العقلاء متى كان لهم رئيس يمنعهم عن التغالب و التهاوش و يصدّهم عن المعاصى و يعدّهم و يحثّهم على فعل الطاعات و يبعثهم على التناصف و التعادل، كانوا إلى الصلاح أقرب و من الفساد أبعد و هذا أمر ضرورى لا يشك فيه العاقل» (١).

فإذا كان الإمام المعصوم كذلك، فما ظنك بغير المعصوم مع أنّه يظهر من غير واحد من الروايات- كما عرفت سابقا- أنّهم مالكون للأرض و ما فيها بل الدنيا ملك لهم، و مع ذلك لم نر منهم فى عصر حكومتهم على الناس- عند بسط أيديهم و عند قبضها- إلّا العمل بما هو خير و صلاح للامة، لا ما هو صلاح لأنفسهم، فالفقيه أولى بذلك.

٢- الاستشارة فى امور

لما كانت الحكومة على آلاف أو ملايين من المسلمين أمرا ليس بالهين، فهما بلغ

(١). شرح تجريد الاعتقاد، ص ٢٨٤ من طبعة مكتبة المصطفوى.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٨٩

الإنسان مرتبة متقدمة فى العلم و الفقه و العقل فغبطة المسلمين تقتضى أن لا يترك الاستشارة فى اموره، لا سيما فى الخطيرة منها، و إلّا فقد خرج عن وظيفته الواجبة عليه، من مراعاة الصالح بل الأصلاح، و سقط عن مقامه السامى، فليس للفقيه الاستبداد برأيه فى شىء من الامور الراجعة إلى مصالح المجتمع الإسلامى، و لذا ورد فى الحديث عن أمير المؤمنين عليه السّلام: «من أستبد برأيه هلك و من شاوّر الرجال شاركها فى عقولها» (١).

و من المعلوم أنّ هلاك الوالى يؤدّى إلى هلاك الامّة أيضا، بل و قد يؤدّى إلى هلاك الإسلام فى برهة من الزمان.

ولهذا أيضا ذكر الله الشورى في كتابه في عداد الصلاة والزكاة، وجعلها من علامات الإيمان، فقال عز وجل: ﴿مَا عِنْدَ اللَّهِ خَيْرٌ وَأَبْقَى لِلَّذِينَ آمَنُوا وَعَلَىٰ رَبِّهِمْ يَتَوَكَّلُونَ...﴾ وَالَّذِينَ اسْتَجَابُوا لِرَبِّهِمْ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ وَالَّذِينَ إِذَا أَصَابَهُمُ الْبَغْيُ هُمْ يَنْتَصِرُونَ ﴿٢﴾.

و أي أمر أهم من أمر الحكومة؟ بل إضافة الأمر إلى الجميع، وكذا ذكر الانتصار في مقابل البغي بعده، لو لم يوجب له ظهورا في الامور الهامة التي لها صلة بالمجتمع، فلا أقل من أنها أظهر مصاديقها و أوضح مواردها.

بل يظهر ذلك من أمره تعالى للنبي صلى الله عليه وآله بالمشاركة مع المؤمنين وجعلها في عداد العفو عنهم والاستغفار لهم و جلب قلوبهم إلى الإسلام.

فقال تعالى: ﴿فَبِمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللَّهِ لِنْتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَانفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ ﴿٣﴾.

إن المشورة مع الناس من أسباب جلب القلوب و مشاركتهم للوالي في الامور، و اجتماعهم حوله و عدم انفضاضهم عنه، و ليست مشاورة النبي صلى الله عليه وآله معهم (و إن كان عالما

(١). نهج البلاغة، الحكمة ١٦١.

(٢). سورة الشورى، الآيات ٣٩-٣٦.

(٣). سورة آل عمران، الآية ١٥٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٩٠

بالامور بتعليم الله) أمرا صوريا ظاهريا، لما في نفس هذا الأمر من المصالح كما قد يتوهم، بل ظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِذَا عَزَمْتَ أَنْ عَزِمَ كَانَ بَعْدَ الشُّورَى﴾.

و الروايات في الحث على هذا الأمر كثيرة جدا ربما تبلغ حد التواتر، و كفاك في ذلك ما يلي:

الاولى: ما ورد في نهج البلاغة من قول أمير المؤمنين عليه السلام «و الاستشارة عين الهداية قد خاطر من استغنى برأيه» (١).

فقد جعل الاستشارة عين الهداية، لا طريقا إليها! و هذا من أبلغ البيان لفوائد المشاورة، ثم أكده بقوله: إن الاستبداد علة الخطر و مبدؤه.

الثانية: قول رسول صلى الله عليه وآله فيما روى الإمام على بن موسى الرضا عليه السلام عنه صلى الله عليه وآله كما في العيون: «من جاءكم يريد أن يفرق الجماعة، و يغضب الامة أمرها، و يتولى من غير مشورة فاقتلوه فإن الله قد أذن ذلك!» (٢).

الثالثة: ما رواه بعض الصحابة قال: «ما رأيت أحد أكثر مشورة لأصحابه من رسول الله صلى الله عليه وآله» (٣).

و الأمر بالقتل و إن كان للأمر الثلاثة و هو تفرق الجماعة، و غضب الخلافة و ترك المشورة اجمع، و لكن عد ترك المشورة منها دليل على شدة اهتمامه صلى الله عليه وآله بهذا الأمر، بل يكون هو العلة في تفرق الجماعة و غضب أمر الامة كما لا يخفى على الخبير.

فتحصل مما ذكرنا: أن المشورة للولى الفقيه ليست من قبيل المستحبات بل من أوجب الواجبات، لما عرفت من أنه الطريق الوحيد إلى تشخيص مصالح الامة غالبا، التي ليس للفقيه أن يتعدها، مضافا إلى ما عرفت من الأوامر المؤكدة في ذلك في الكتاب و السنة التي ظاهرها الوجوب في الجملة.

و من هنا تظهر حكمه تأسيس مجلس النواب في الحكومة الإسلامية و أنه قد تكون

(١). نهج البلاغة، الحكمة ٢١١.

(٢). عيون اخبار الرضا عليه السلام، ج ٢، ص ٦٢.

(٣). السنن الكبرى للبيهقي، ج ٩، ص ٢١٨.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٩١

مصلحة الأمة في انتخاب الممثلين من الناس لمشاركتهم في كشف موارد الأحكام و موضوعاتها، و ما يكون الصالح و الأصلح لهم، و معاضدتهم للفقهاء الوالي بل قد يكون تركه لذلك مظنة للهلاك و اتهامه بالاستبداد و الاستقلال في الرأي، و يوجب انفضاض الأمة من حوله، مع ما في تركه من مظنة الوقوع في أنواع الخطأ في تطبيق الأحكام على صغرياتها، فتركه لهذا الأمر مخالف لمراعاة الغبطة المفروضة عليه و ينافي عدالته و ولايته.

و هذا هو العمدة في مشروعية مجلس النواب و الرجوع إلى آرائهم، و الأخذ بها عند تقنين القوانين، فأراؤهم يؤخذ بها في طريق تطبيق كبريات أحكام الشرع على صغرياتها، و تعيين الموضوعات العرفية و تشخيص الصالح و الأصلح فيما توقف الأمر عليه، لا في تشريع الأحكام، لأنه خارج عن اختيارهم، بل و خارج عن اختيار الفقيه، قال الله تعالى **إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ** «١». و من الواضح أن ترك هذه الطريقة في عصرنا من أهم أسباب التهمة و الفتنة و الانفضاض عن الحكومة الإسلامية، و باعث على تأثير و سوسة الشياطين و المعاندين في قلوب المؤمنين، فلا يجوز للفقهاء العدول عنها إلى غيرها.

و بقي هنا أمور ترتبط بأمر المشاورة نظوى البحث عنها و نرجعها إلى محلها، و هي:

١- بيان أقسام المشهورة، فإنها تارة تكون من مقدمات عزم المستشار و إرشاده إلى ما هو الأصلح و إن كان الاختيار بيده في نهاية الأمر، و أخرى يجب الأخذ بآراء المشيرين و لا- يجوز التعدي عنها، كما هو المعمول اليوم في مجلس النواب، ففي الأول يجوز مخالفتهم، و في الثاني لا يجوز.

و الظاهر أن آية آل عمران ناظرة إلى القسم الأول، و آية الشورى ناظرة إلى القسم الثاني.

٢- صفات المشير و ما يعتبر فيه من الشرائط.

٣- تعيين المواضيع، التي لا بدّ فيها الاستشارة، تفصيلا و إن أشرنا إليها إجمالاً.

٤- شرح المواضيع التي عمد رسول الله صلى الله عليه و آله في أمور الحرب و غيرها- إذا لم يكن عنده

(١). سورة يوسف، الآية ٤٠.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٩٢

تكليف إلهي خاص إلى الشورى، و إن اشرنا إليه إجمالاً أيضاً، فليكن هذا على ذكر منك كي نتلو عليك منه ذكراً.

٣- الرجوع إلى الخبراء

الحكومة لها عرض عريض، و شعب كثيرة، و كثيراً ما يحتاج في معرفته الموضوعات إلى انظار الخبراء، فعلى الفقيه أخذ نظرهم في ذلك إذا كانوا مؤتمنين و ليس هذا من المشاورة بل من قبل الرجوع إلى العالم، و يشبه التقليد من بعض الجهات في مثل هذه الموضوعات المعضلة الخاصة.

توضيح ذلك: إن كل حكم يحتاج إلى موضوع يتعلق به، كالمسكر و القمار و الاوثان و الاصنام، بالنسبة إلى تحريم الشرب و اللعب و العبادة و قد يفرق بين «الموضوع» و «المتعلق» فالمتعلق هو الفعل الذي يكون مهبط الحكم، كالشرب في لا تشرب الخمر، و العبادة في لا تعبد الصنم، و أمّا الموضوع هو الذي يتعلق به الافعال «كالخمر و الصنم و آلات القمار» (و قد يطلق الموضوع على ما هو أعم

منها والأمر سهل بعد وضوح الحال).

والموضوعات على أقسام:

«منها»: ما يكون شرعياً محضاً مستنبطاً من الكتاب والسنة، كالصلاة والصيام والحج والطواف وغيرهم من أشباهها، والآخرى ما ليس كذلك، بل يكون عرفياً وهو أيضاً على قسمين: ما يكون معلوماً لكل أحد، يعرفه العالم والجاهل، كالماء المطلق والمضاف، والدم والبول، والفراسخ في باب صلاة القصر، والغنم والبقر في أبواب الزكاة، وغيرها من أشباهها. وقسم لا يعرفه إلا الخبراء من أهل العلوم والفنون المختلفة، مثل قيمة الدار عند الشك فيها والحاجة إليها لمعرفة موضوع الغبن في البيع وعدمه، وكون الصيام ضاراً أم لا، ومقدار حاجة العسكر إلى السلاح وإعداد القوى، ومقدار حاجة المسلمين إلى الأرزاق وغيرهم مما يكون فقدتها ضرراً عليهم، وكذا مقدار الثمر على الشجر عند الخرص والتخمين لأخذ الزكوات، كما كان معمولاً في عصرنا النبي صلى الله عليه وآله.

وبالجملة معرفة مصالح الأمة يحتاج في كل خطوة إلى الخبراء العالمين بها لا سيما في

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٩٣

عصرنا هذا، الذي ازدهرت الحضارة البشرية فيها، واتسع نطاق العلوم والفنون والصناعات والحرف، ولا يقدر الإنسان على الخبرة في جميعها، بل ولا في شطر منها إلا في ناحية صغيرة.

فالولى الفقيه في هذه الموارد إنما يستنبط الحكم على موضوعه ويأمر بانفاذه، أما معرفة مصاديقه وموضوعاته فهو في هذا القسم خارج عن قدرته غالباً ولا بد له من الرجوع إلى أهله، ولكن لا شك في اعتبار كونهم مأمونين على الدين والدنيا وكلما يعتبر في المشير يعتبر فيهم، بل وأزيد، وضرر الرجوع إلى الخبراء غير المأمونين قد يكون أزيد من ترك الرجوع إليهم كما لا يخفى على الخبير.

و هل يعتبر فيهم الإيمان مضافاً إلى الوثاقة؟

لا- شك في أنهم إذا كانوا مؤمنين كان أحسن وأفضل، بل ما دام يمكن الوصول إلى أهل الإيمان لا ينبغي الرجوع إلى غيرهم، ولكن قد يكون الخبراء إما من غير أهل الإيمان مع الأمن منهم، وحينئذ لا- مناص عن الرجوع إليهم ولكن مع الاحتياط والحذر اللازم، كما ورد في التواريخ من رجوع أمير المؤمنين على عليه السلام عند ما ضربه اللعين، ابن الملجم إلى الطيب النصراني «١».

والدليل على ذلك كله أدلة وجوب التقليد والرجوع إلى أهل الخبرة، فإن بعضها عام يشمل الموضوعات وغيرها كبناء العقلاء على رجوع الجاهل إلى العالم وآية السؤال، مضافاً إلى سيرته صلى الله عليه وآله وأمره عبد الله بن رواحة لتخمين مقدار الثمر لأخذ الزكاة وغيرها من أمثالها.

والدليل على ذلك كله أدلة وجوب التقليد والرجوع إلى أهل الخبرة، فإن بعضها عام يشمل الموضوعات وغيرها كبناء العقلاء على رجوع الجاهل إلى العالم وآية السؤال، مضافاً إلى سيرته صلى الله عليه وآله وأمره عبد الله بن رواحة لتخمين مقدار الثمر لأخذ الزكاة وغيرها من أمثالها.

٤- لزوم الأخذ بأحكام الشرع في جميع اموره

الفقيه بما أنه صاحب الفتوى ومرجع التقليد يستنبط الأحكام الشرعية عن مداركها، ولكن بما أنه حاكم على الناس يكون مجرباً لهذه الأحكام ومحققاً لها في الخارج، فهو من

(١). نقله أبو الفرج الاصفهاني صاحب الأغاني (كما في منتهى الآمال للمحدث القمي قدس سره).

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٩٤

هذه الجهة ليس له إلا التنفيذ، فلا يتخطى عن طور الأحكام بل لا بد له من التمسك بها، فإن أمكنه الأخذ بالعناوين الأولية فيها، وإلا فبالعناوين الثانوية كالأحكام الواردة على عنوان العسر والجرح، والضرر، وإقامة النظام وغيرها، والحاصل أن وظيفة الحاكم بما أنه حاكم هو تنفيذ الأحكام والقوانين الشرعية لا غير.

وما قد يقال من أن الحكم على ثلاثة أقسام:

١- حكم أولي.

٢- حكم ثانوي.

٣- حكم ولائي.

فالحاكم غير مقيد بالأخذ بالأحكام الأولية والثانوية، بل له حكم مستقل ولائي، في عرض الأحكام الأولية والثانوية، ناش عن الخلط بين الأحكام التشريعية والأحكام الإجرائية، لا نقول ليس له حكم ولائي، بل هو ثابت له ولكن ليس في عرضهما بل في طولهما. توضيح ذلك: إن الأحكام الأولية كوجوب الصلاة والزكاة والجهاد، والثانوية كنفى الضرر والجرح ولزوم حفظ النظام أحكام كلية إلهية، وقوانين عامة شرعية، وأمّا الحكم الولائي حكم جزئي من ناحية الحاكم، يحصل من تطبيق القوانين الكية الإلهية على مصاديقها الجزئية، مثلاً: الفقيه الذي يحكم بأن التدخين بالتبناك في هذا اليوم بمنزلة المحاربة لصاحب الزمان (ارواخنا فداه) في الحقيقة ينظر إلى حكم كلي، وهو أن كل شيء يكون سبباً لتضعيف المسلمين، وكسر شوكتهم وإسارتهم في أيدي الأعداء، فهو في حكم المحاربة له عليه السلام، واستعمال التبناك في ظروف خاصة كان بنظر الفقيه الجامع لشرائط الحكم وبحسب رأيه الصائب مصداقاً لذلك، فيحكم بهذا الحكم الولائي باتا، وإذا ارتفعت العلة الموجبة له يحكم بجوازه لتبدل موضوعه، كما وقع كلاهما للسيد الأكبر الميرزا الشيرازي قدس سره.

وكذلك حكم الفقيه برؤية الهلال، ولزوم الصيام أو الافطار، إنما ينشأ من الأخذ بالشهادة وتطبيق أدلة حجيتها على مصداق خاص، هكذا إعلام يوم الموقف بعرفات ويوم العيد الاضحى لنظم مناسك الحج.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٩٥

ومثله حكمه الولائي بلزوم إعداد قوى خاصة و اسلحة معينة. وأخذ مقدار من الأموال زائداً على الوجوه الثابتة الشرعية في برهه من الزمان لحرب أعداء الله، فإن الحكم الكلي الشرعي في جميع هذه المقامات معلوم، وهو قوله تعالى: وَ أَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ أَوْ جُوبٍ مُقَدِّمَةً أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَشْبَاهِهِ، ولكن الولي الفقيه يرى تحقق موضوعه في الخارج، فيتصدى لإنفاذ هذا الحكم و يحرض الناس عليه بمقتضى وظيفته و تكليفه.

و إن شئت توضيحا أكثر لهذا المسألة المهمة فاعلم أن: الأحكام الولائية (أى الأحكام التي يصدرها الوالى) على أقسام:

قسم منها يكون من قبيل نصب أمراء الجيش والقضاة والموظفين في دوائر الحكومة الإسلامية، فإنها أحكام إنشائية في مواردها تحصل من إنشاء الوالى لها، لمن فيها الصفات المعبرة لهذه المناصب، وقسم آخر: أحكام خاصة ناشئة عن تطبيق كبريات الأحكام الأولية على مصاديقها، كالأمر بجباية الزكاة والأخماس، ووضعها في مواضعها، وإعداد القوى لحرب العداء، وتعيين زمان الحرب و الصلح (كل ذلك بعد مراجعة الشورى والخبراء).

وقسم ثالث: أحكام خاصة من تطبيق كبريات الأحكام الثانوية على مواردها، كإيجاب العمل بما يقتضى النظام في أمر عبور السيارات في الشوارع داخل البلاد وخارجها فإنها مقدمة لحفظ النفوس والدماء وأمن السبل، ومقدمة الواجب من الأحكام الثانوية كما سيأتي.

و كتحريم بعض التجارات مع الأجانب، أو إيجاب بعض الزراعات في برهه من الزمان، لكسر شوكة المعاندين، والمنع من تدخلهم

في امور المسلمين، و حفظا النظام أرزاق الناس و القيام بدفع غلاء الأسعار و قحط الأرزاق، ممّا يكون تركه مضرّة للناس لا سيما الفقراء و الضعفاء منهم.

و قسم رابع: ما يكون لدفع ظلم الظالمين و اعتداء بعض الناس على بعض، كالأمر بفتح مخازن المحتكرين، و بيع ما فيها على الناس، و تعيين الأسعار فيما يحتاج إليه الامّة عند

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٩٦

مشاهدة اجحاف التجار و ذوى الصناعات و الحرف في التسعير، و ما أشبه ذلك.

و قد ورد كثير من هذه الاقسام في العهد المعروف الذى كتبه مولانا أمير المؤمنين على عليه السّلام إلى الاشر النخعي رضى الله عنه حين ولاه مصر، و له نظائر من بعض الجهات فى العهود التى عهدا رسول الله صلّى الله عليه و آله لأمراته عند ارسالهم إلى مختلف بلاد المسلمين.

و لكن كل هذه الأحكام الكلية الإلهية التى وردت فى الكتاب و السنّة من الأحكام الأولى و الثانويّة، و لا يتعداها أبدا فى شىء من مواردنا و لو موردا واحدا.

فليس للوالى حكم خاص فى عرض الأحكام الإلهية يسمى الحكم الولائى، بل له أحكام إجرائية فى طولها و لا أظن أحدا يلتزم بغير ذلك، و ليس له حق التشريع و جعل الأحكام الكلية ممّا لم يرد فى الشرع، بل ليس للإمام المعصوم عليه السّلام أيضا ذلك كما سيأتى البحث عنه مفصلا إن شاء الله عن قريب، فإنّ الله قد أكمل دينه، و أتم نعمته و لم يبق شىء إلّا و قد أنزل الله فيه حكما حتى أرش الخدش، و لا توجد واقعة ليس فيها حكم إلهى كما فى الأحاديث المتضافرة، و ممّا ذكرنا ظهر لك أنّ هناك فرقا واضحا بين الحكم الولائى و الأحكام التشريعية الأولى و الثانويّة و إليك بعضها:

١- الأحكام الولائية أحكام إجرائية جزئية فى طريق انفاذ الأحكام الكلية الإلهية (و المراد من الجزئى هنا الجزئى الإضافى لا الجزئى الحقيقى كما هو ظاهر، فمثل المقررات التى وضعت لنظم العبور و المرور و إن كانت أحكاما كلية إلّا إنّها إنّما هى مقدمة لحفظ الدماء و النفوس و نظام المجتمع فهى جزئية بالنسبة إليها).

٢- البحث عن الأحكام الولائية دائما بحث موضوعى لما عرفت أنّها فى سبيل إجراء الأحكام الكلية الإلهية، بخلاف الأحكام الكلية، فوظيفة الفقيه بما أنّه مفت استنباط هذا القسم من الكتاب و السنّة، و بما أنّه وال، استخراج الأوّل من طريق تطبيق الكبريات على صغرياتنا.

٣- الأحكام الولائية إنّما هى فى طول الأحكام الشرعية الأولى و الثانويّة لا فى عرضها، فهذه فروق ثلاثة، يرتبط بعضها ببعض. و إن شئت قلت: بعضها نتيجة بعض.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٩٧

بحث حول العناوين الثانويّة

إشارة

و لما انتهى الكلام إلى أحكام العناوين الثانويّة اشتقت نفوس جمع من الأجابة إلى تعريفها، و بيان الفرق بينها و بين غيرها، و ما يخصها من الأحكام، لا سيما و إنا لم نر من تعرض لها من الأعلام فى طيات كتب «الفقه» و «الاصول» و لم نجد إلّا إشارات طفيفة فى مختلف أبواب الفقه، فأحببت تفصيل الكلام فيه لما فيه من آثار كثيرة لا سيما فى زماننا هذا، فنقول و منه جل ثنائه نستمد التوفيق و الهداية: لا بدّ هنا من رسم امور:

١- تعريف العناوين الثانوية و حدودها

قد عرفت أنّ الأحكام تحتاج إلى موضوع يرد عليه، و متعلق، تتعلق به، و إنّهما قد يتحدان و قد يفترقان، ففي مثل وجوب الصلاة، الموضوع و المتعلق أمر واحد، و في مثل شرب الخمر مختلفان، و ذكر بعض الاصوليين أنّ الموضوع أشبه شيء بالمعروض في مقابل العرض، و لكنه مجرد تشبيه، و إلاّ فالأحكام امور اعتبارية لا مساس لها بالعرض الذي هو من الامور الحقيقية.

و على كل حال، العنوان المأخوذ في الموضوع قد يكون «عنوانا ثابتا له مع قطع النظر عن العوارض و الطوارئ التي يتغير الأحكام بها، فيسمى عنوانا أوليا، و اخرى يكون من العوارض و الطوارئ التي قد يلحقها و يتغير بها حكمه، فيسمى عنوانا ثانويا.

و إن شئت فانظر إلى مثل لحم الميتة و حرمتها، ثم الاضطرار إلى أكلها لبعض ما يرد على الإنسان، كالسفر إلى غير بلاد المسلمين مع عدم التمكن من ذبيحة المسلم، و مع عدم القدرة على ترك اللحم زمانا طويلا للخوف على النفس.

فلحم الميتة حرام ذاتا بما أنّها ميتة، و لكن عروض عنوان الاضطرار يوجب تغيير حكمها مؤقتا، ثم بعد زواله يرجع إلى ما كان عليه، و كذا الكلام بالنسبة إلى حرمة الكذب، و اباحتها أحيانا لما فيه من إصلاح ذات البين، فالكذب عنوان ثابت أولى للحرمة لا يتغير من هذه الناحية، و لكن عنوان «إصلاح ذات البين» أمر عارض مؤقت يوجب اباحتها فعلا.

و كذا الواجب في الوضوء هو مسح الرأس و الرجلين، و لكن عروض عنوان التقيّة قد

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٩٨

يوجب تغيير حكمه و تبدله بال غسل، و إذا زالت التقيّة زال حكمها.

و إن شئت قلت: قد ينقسم الشيء إلى أقسام، بذاته، كالماء المنقسم إلى الكر و القليل و المتغير بالنجاسة و غير المتغير و الطاهر و النجس، و قد ينقسم بامور خارجة عن ذاته كالماء المضطر إلى شربه و ما لم يضطر، فمثل هذه العناوين هي عناوين ثانوية فمن هذه المثلة الثلاثة و ما أشبهها و ما ذكرنا في صدر الكلام و ذيله، يعلم حال العناوين الثانوية و فرقها مع العناوين الأولية، و لا تحتاج إلى مزيد بحث في ذلك.

٢- كثرة العناوين الثانوية و تنوعها

إشارة

قد ظهر ممّا ذكرنا عدم حصر هذه العناوين في الضرورة و الاضطرار كما توهمه بعض من لا خبرة له بالفقه و الاصول، بل هي كثيرة متفرقة في أبواب الفقه، و يشكل حصرها في عدد خاص، و لكن الأشهر من بينها العناوين التالية:

١- عنوان الضرورة و الاضطرار:

و هو ما ورد في قوله تعالى: **وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَضَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّتُمْ إِلَيْهِ** (١). و ظاهره عام يشمل جميع المأكولات، اللهم إلا أن يقال: إن ورودها في سياق آيات أحكام اللحوم يوجب انصرافها إليه فقط و هو بعيد.

و قد اشير إليه في آيات اخر أيضا من كتاب الله العزيز (٢). كلها واردة في أحكام اللحوم، و لكن ملاك الحكم عام كما هو ظاهر.

و قد روى أبو بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المريض هل تمسك له المرأة شيئا فيسجد عليه؟ فقال: لا إلا أن يكون مضطرا ليس عنده غيرها، و ليس شيء ممّا حرم الله إلا و قد أحله لمن اضطر إليه» (٣).

(١). سورة الانعام، الآية ١١٩.

(٢). راجع سورة البقرة، الآية ١٧٣؛ و سورة المائدة، الآية ٣؛ و سورة النحل، الآية ١١٥.

(٣). وسائل الشيعة، ج ٤، الباب ١ من أبواب القيام، ح ٧.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٤٩٩

و ما روى سماعة قال: «سألته عن الرجل يكون في عينيه الماء... فقال: لا بأس بذلك، و ليس شيء مما حرم الله إلا و قد أحله لمن اضطرأ إليه» (١).

و حكم الاضطرار و الرخصة الحاصلة منه ثابت بالأدلة الأربعة كما لا يخفى على من راجعها.

٢- عنوان الضرر و الضرار:

و هو أيضا وارد في الكتاب العزيز في موارد خاصة مثل قوله تعالى: **لَا تُضَارُّوا وَالْإِمَّةَ بِلَيْدِهَا وَلَا مَوْلُودَ لَهَا بِوَيْلِدِهِ** (٢). الواردة في حكم الرضاع و قوله تعالى: **وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ** (٣) الواردة في حكم المطلقات و العمدة في عموم الحكم هو حديث لا ضرر و لا ضرار المعروف بين الفريقين و غيرها من أشباهه، و قد أوردنا جميعا في كتابنا «القواعد الفقهية» في قاعدة لا ضرر فراجع القاعدة الأولى من القواعد الثلاثين.

٣- عنوان العسر و الحرج:

و قد ورد أيضا في كتاب الله في قوله تعالى: **وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ** (٤) و يدل عليه الروايات الكثيرة المستفيضة التي لعلها تبلغ حد التواتر، و قد نقلنا شطرا منها في الكتاب المذكور «القاعدة الثانية من تلك القواعد».

٤- عنوان التقيّة:

بما لها من الأقسام «الخوفى» و «التحبيى» و «التقيّة المقابلة للإشاعة و إذاعة الأسرار» (بناء على كونه قسما ثالث؛ كما مال إليه بعض. و إن أخبرنا في محله أنّها راجعة إلى القسم

(١). وسائل الشيعة، ج ٤، الباب ١ من أبواب القيام، ح ٦.

(٢). سورة البقرة، الآية ٢٣٣.

(٣). سورة الطلاق، الآية ٦.

(٤). سورة الحج، الآية ٧٨.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٠٠

الخوفى) و على كل حال يدل على أصل هذا العنوان، الأدلة الأربعة أيضا كما يظهر بمراجعة الكتاب المذكور القاعدة، و هذا العنوان قد يوجب تحليل الحرام أو تحريم الحلال بعنوان حكم مؤقت عارض.

٥- مقدمة الواجب أو الحرام:

(بناء على ما هو الحق من وجوب الأول، و حرمة الثانى كما ذكرناها في محله) و هذا العنوان هو الدليل الوحيد أو الدليل العمدة على بعض المسائل المشهورة في الفقه، مثل وجوب المكاسب و الحرف التي يتوقف عليها حفظ النظام، فإنّ حفظ النظام واجب قطعاً و يمكن الاستدلال عليه بالأدلة الأربعة، بل العلة في تشريع كثير من الأحكام لا سيما الحدود و التعزيرات هو هذا، فيجب ما يكون

مقدمة له.

ولعل تحريم التباك في القضية المشهورة عن السيد الأكبر الميرزا الشيرازي قدس سره من هذا القبيل، لأن استعماله كان سببا لمزيد اشتراؤه، وهو بدوره كان سببا لمزيد قوة الدول الاستعمارية واستضعاف المسلمين و سلطه الأجانب على حياتهم (و قد يكون مصداقا لعنوان آخر وهو الاعانه على الحرام) وكذلك الكذب إذا كان مقدمه لإصلاح ذات البين، أو الغيبه مقدمه لنصح المستشير، و جميع هذه إنما تجب أو تحرم بعنوان ثانوي و هو عنوان المقدميه.

و من هذا القبيل أيضا أخذ بعض الأموال من الناس زيادة على الحقوق الواجبه و المعرفه مقدمه لا بتبايع السلاح و ما يكون عدّه في مقابل الأعداء في بعض الظروف الخاصه.

٦- قاعدة الأهم و المهم عند التزاحم:

و يدل عليها «العقل» و «الشرع» بل يمكن إقامة الأدلة الأربعة عليها كما لا يخفى على الخبير، كالمثال المعروف الدارج بينهم من الدخول في الأرض المغصوبه لإنقاذ الغريق، و كالأكل في المخمصة لحفظ النفس، فإن الحكم الاولي و إن كان يقتضى عدم جواز التصرف

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٠١

في أموال الناس، و لكن مزاحمة الواجب الأهم و هو حفظ النفس المحترمة تقتضى جوازه بل وجوبه بعنوان ثانوي. بل يمكن ارجاع مسألة مستثنيات الكذب و الغيبه إليها، و كذا قاعدة الضرورة و الاضطرار و كذا الضرر و الضرار، و هكذا مسألة التقيه (سواء الخوفى و التحببى منها) ففي جميع هذه الموارد يدور الأمر بين مصلحتين، و يقع التزاحم بين ملاكين فيؤخذ بالأقوى منهما، و بهذا البيان يمكن ارجاع كثير من العناوين الثانويه إلى قاعدة الأهم و المهم و تزاحم الملاكين، و ليكن هذا على ذكر منك. و مما لا بدّ من التأكيد عليه أنّ معرفة المصالح و المفاسد، و الأهمّ من غير الأهمّ، لا بدّ أن يكون بحسب مذاق الشرع، و ما عرفنا من لسانه أدلته من اهتمام الشارع المقدس ببعض الامور أكثر من بعض، لا بحسب مذاقنا و ما يبدو في أذهاننا من الاستحسانات. و الحاصل: أنّ معرفة مصاديق القاعدة إنّما هو إلى الفقيه العالم بلسان الشرع لا أنّه موكول إلى الاستحسانات و العقول البادية.

٧- أمر الوالد و نهيّه:

سواء قلنا بوجوب اطاعته في غير الواجب و الحرام، أو قلنا إنّ المحرم هو العقوق (أى ما يوجب أذاه) فقط، قد دلّ عليه الكتاب و السنّه، فالسفر قد يكون مباحا أو مستحبا لكونه مقدمه للحج المستحب، و لكن يأمر الوالد به أو ينهى عنه فيصير واجبا أو حراما بالعنوان الثانوي مؤقتا، مع بقاء الحكم الاولى في مرحلة الإنشاء، فإذا ارتفع هذا العنوان ارتفع حكمه.

٨ و ٩ و ١٠- النذر و العهد و القسم:

الثابت بالكتاب و السنّه، جميعها من العناوين الثانويه، فكم عمل مستحب أو مباح بعنوانه الاولى يجب أو يحرم بالنذر أو العهد أو القسم، فصلاة الليل مستحب بعنوان الاولى، و لكن تجب النذر بعنوانها الثانوي، فإذا انقضى النذر انقضى هذا الحكم، و كذا الانفاق في

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٠٢

سبيل الله و شبهه و فعل بعض الامور، مكروه بعنوانه الاولى، و لكن بالنذر أو القسم على تركه يحرم و هكذا أشباهها. فهذه عشرة عناوين من العناوين الثانويه، و لا ندعى حصرها في ذلك، و لعله يعثر المتتبع على عناوين اخرى في طيات كتب الفقه، و

منه يعلم عدم حصرها في عنواني «الضرورة» و «الحرج» كما زعمه بعض، بل هناك عناوين كثيرة أخرى لا ترتبط بالضرورة أو العسر و الحرج، قد عرفت الإشارة إلى شطر منها، مثل التقيّة التحببية و أمر الوالد و النذر و القسم غيرها.

٣- دور العناوين الثانوية في حياة الفقه الإسلامي و إزدهاره

هناك أصلان يعدان من الاصول المسلمة في الإسلام:

«أبدية الإسلام» و «عالميته»، فالإسلام لا ينحصر بزمان دون زمان، و بمكان دون مكان و لا قوم دون قوم، بل يجري مجرى الشمس و القمر، مدى الدهور و الأعصار، و في مختلف أنحاء العالم، يضيء و يشرق على الجميع إلى آخر الدنيا و في جميع الأقطار. يدلّ عليهما ما ورد في القرآن من التعبير بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ * ... يَا بَنِي آدَمَ * ... يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا * ... يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا * ...﴾ و ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ * ... يَا عِبَادِيَ * ...﴾ في كثير من الآيات، تدلّ على أنّ المخاطب بها جميع البشر من لدن نزولها إلى آخر الدنيا، و في كلّ مكان من الأمكنة، و كلّ بقعة من بقاع الأرض.

و يدلّ على الثاني بالخصوص آية الخاتمية: ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ وَلَكِنْ رَسُولَ اللَّهِ وَ خَاتَمَ النَّبِيِّينَ﴾ (١) و غير ذلك ممّا ورد في القرآن الكريم من قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ (٢) و شبهه.

و في السنّة روايات كثيرة ليس المقام مقام بيانها، و قد صار هذا الأصلان من الواضحات يعرفه كل من له إمام بالإسلام.

(١). سورة الأحزاب، الآية ٤٠.

(٢). سورة الأنبياء، الآية ١٠٧.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٠٣

ثمّ إذا كان الإسلام ديناً عالمياً أبدياً لنوع البشر، مع أنّ المجتمعات لا تزال في تطور و تغيير، و لا تزال حوائجهم تختلف و تزداد و تتنوع و تتشعب، مع كون قوانين الإسلام ثابتة و مؤبدة، يقع السؤال أنّه كيف ينطبق ذاك الأمر المتغير دائماً، على هذه القوانين الثابتة دائماً؟ و هل يمكن الجمع بينهما؟ مع أنّنا نرى القوانين في الجوامع الإنسانية - أي القوانين الموضوعّة من ناحية العقول البشرية - تتغير دائماً كي تنطبق على متطلباتهم، فالإسلام يجعل قوانينه ثابتة و مع ذلك يقضى بها حوائج الناس في جميع أقطار العالم و جميع الأعصار، و هذا مسألة مهمّة و عجيبة.

و قد فاز الإسلام في هذا الميدان فوزاً عظيماً، و السرّ فيه مضافاً إلى أنّ واضع القانون هنا هو الله جلّ شأنه، العالم بالسرائر، و الوقف على الضمائر، و هو الخالق للإنسان الخبير بحاجاته المادية و المعنوية، فإنّ في الإسلام اصولاً كلية، و قوانين جامعة، لها شمول كثير، و دوائر واسعة، و خطوط عريضة، و تزدهر زماناً بعد زمان، و تتغير مصاديقها و تبقى ذواتها، مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و «المؤمنون عند شروطهم»، و «ما حكم به العقل حكم به الشرع» و غيرها من أشباهها.

أضف إلى ذلك، القواعد الكثيرة المشتملة على العناوين الثانوية مثل «قاعدة لا ضرر» و «قاعدة لا حرج»، و «الضرورة» و «لزوم ما يتوقف عليه حفظ النظام»، و «قاعدة الأهم و المهم عند تراحم المصالح» و أشباهها.

فكم من مشكلة عظيمة انحلت بمعونتها، و كم من عويصة غامضة مظلمة انكشفت في ضوء أنوارها، فالحكام العناوين الثانوية من أهم أسباب الحكومة الإسلامية لحل المعضلات.

و لكن هنا أمران يجب التنبيه عليهما، و التحذير منهما كل الحذر:

الأول: أنّه ليس معنى هذا الكلام، اتباع الاهواء و الجرى وفق المذاق و التلاعب بالأحكام الأولية كما يشاء، بل لا بدّ من الدقّة، و كمال الدقّة يكون في كشف مصاديقها و الأخذ بما هو مقتضى الحزم و الاحتياط فيها، فإنّ الأمر هنا صعب مستصعب، و قد خفي على

بعض من لا خبرة له بالفقه حتى أصبحت أحكام الله تعالى تابعة لميولهم، رغم حكم

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٠٤

الإسلام بتبعية الميول لأحكام الله تعالى، وقوله تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ (١).

وقد سمعنا أنه أتت بعض النساء من العوام بعض القضاة تدعى العسر والجرح في البقاء مع زوجها وتطلب الطلاق بهذا العنوان بأدنى ذريعة (مثل أن زوجها له عادة سيئة عند الأكل والشرب أو في الملابس والمشرب أو غير ذلك) وإن لم يعتن القاضى بقولها.

فلا بد للفقهاء أن يتصدى لمثل هذه الموارد التي قد تجعل الأحكام فارغة من محتواها، فالإفراط باطل، كما أن التفريط وترك التمسك بهذه العناوين لحل المشاكل المختلفة الاجتماعية بدعوى التقديس ومراعات جانب الاحتياط أيضا من أهواء الشيطان ومكائده.

الثاني: إن عدة من العناوين الثانوية من الامور التي تختص بحالة الضرورة وشبهها ولا يمكن الأخذ بها في كل حال وجعلها كقانون مستمر في حال الاختيار، ولا يمكن بناء أكثر أحكام الشرع عليها وحل المشكلات بها.

بل لا بد من المصير إلى العناوين الأولية والقوانين المتخذة منها، فإنها العمدة في حل المعضلات الاجتماعية، ولو بذلنا الجهد في هذا السبيل لظفرنا بالمقصود قطعاً، ثم نأخذ من العناوين الثانوية لحالات خاصة وظروف معينة.

والحاصل: أن القول بأنه لا يدور رحى المجتمعات البشرية اليوم إلا مدار عناوين الضرورة والاضطرار، والضرر والضرار، قول فاسد، ومفهومه أن حياة الإسلام وقوانينه (نعوذ بالله) قد انقضت، وفائدتها قد انتهت، فيكون كالمريض الذي لا يمكن حفظ حياته إلا بالتغذية من طريق وريده فقط.

نعم لا شك أنه قد يكون في عمر الإنسان ساعات لا يمكن التحفظ على حياته إلا بهذا الطريق، ولكن لو أن إنساناً لا يعيش أبداً إلا بهذا، ولا يقدر مدى حياته على التغذية على وفق التعارف، ففي الحقيقة قد تمت حياته وانقضت أيامه، ولم يبق له شيء، وكذلك قد تقع في البلاد اضطرابات لا يمكن الغلبة عليها إلا من طريق التوصل إلى الحكومة العسكرية،

(١). سورة النساء، الآية ٦٥.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٠٥

ولكن هذا خاص ببرهه من الزمان، فلو أن بلداً من البلاد وحكومة من الحكومات لا يقوم أمرها إلا بهذا النحو من الحكومة كان ذلك دليلاً على اضمحلالها من الأصل، وعلى أن دورها قد انتهى: وهكذا الإسلام لو قلنا أنه لم يبق منه شيء إلا من طريق الأحكام الثانوية الاضطرارية، وهذا أمر ظاهر لا ستره عليه.

و خلاصة الكلام أن ليس دور هذا القسم من العناوين الثانوية الاضطرارية إلا حل المشكلات الناشئة عن الأزمات الاجتماعية والاقتصادية، ولا يمكن الأخذ بها في جميع الحالات وجميع الظروف.

وبعبارة أوضح: لو قلنا إن نظام الأمة الإسلامية في زماننا هذا لا يتم إلا بالأخذ بالعناوين الثانوية الاضطرارية في جميع الامور، فقد اعترفنا بنقص قوانين الإسلام وعدم استيعابها لمصالح البشر في عصرنا هذا، وإلا كانت العناوين الأولية من أحكامه تعالى كافلة لهذه المهمة.

وهذا الاعتراف العملي، خطأ عظيم وذنوب لا يغفر، ونعوذ بالله منه.

و النسبة بينهما تارة تكون بالحكومة، كما في أدلة لا ضرر و الاضرار، فان قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «لا ضرر و لا ضرار في الإسلام» و قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «و ليس شيء مما حرمه الله إلّا و قد احله لمن اضطر إليه» و كذلك أدلة النذر و العهد و القسم كلها، بالنسبة إلى العناوين الأولية، و كل ما كان بلسانه ناظرة إلى غيره، سواء جعله موسعا أو محدودا فهو حاكم عليه و المقام من هذا القبيل.

و اخرى: يكون مقدما عليه من جهة الرجحان في الملاك عند تراحم الواجبين أو المحرمين، كما في عنوان الأهم و المهم. و الثالثة: من قبيل تقديم ما فيه الاقتضاء على ما ليس فيه الاقتضاء كوجوب الأمر المباح إذا كان مقدمة للواجب، و كحرمته إذا كان مقدمة للحرام، فإن أدلة وجوب المقدمة عقلية لا أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٠٦ معنى لجريان الحكومة فيها، بل تقديم على أدلة المباحات لأنها ليس فيها اقتضاء و ملاك للوجوب أو الحرمة، و بعد ما صار مقدمة للواجب أو الحرام كان فيها اقتضاء لذلك، كما لا يخفى على الخبير. فتقديم العناوين الثانوية على الأولية إنما يكون لجهات شتى، في كل مقام بحسبه.

٥- ولاية الفقيه بنفسها من الأحكام و العناوين الأولية

كما أن منصب الافتاء و منصب القضاء أيضا كذلك، فهذه المناصب الثلاثة كلها من العناوين الأولية، و لكن الكلام كله في تعلق هذه المناصب، فمنصب الافتاء يدور مدار استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها، و منصب القضاء يدور حول إحقاق الحقوق و إجراء الحدود على وفق أحكام الشرع، و الولاية تدور مدار إصلاح نظام المجتمع الإنساني من طريق تنفيذ أحكام الشرع و إجراءاتها، فكل هذه المناصب تدور مدار أحكام الإلهية الأولية و الثانوية لا غير، و جميع هذه في طول تلك الأحكام، فكما أن منصب الافتاء لا يتعدى كشف الأحكام العناوين الأولية و الثانوية، و القضاء لا يتعدى عن إحقاق الحقوق على وفق أحكام الشرع، فكذلك الولاية لا تتعداها أبدا، و إلّا لم تكن ولاية إلهية إسلامية، و من الواضح أنه ليس للفقيه الولاية كيفما شاء و أراد كما مرّ مرارا.

كشف النقاب عن الولاية المطلقة

إن قلت: إنه قد ورد في بعض كلمات الأعظم (قدس الله أسرارهم) أن ولاية الفقيه مطلقة لا تقيّد فيها. قلت: نعم هي كذلك، و لكن المراد منه أنه لا تقيّد بالضرورة و الاضرار و شبه هذه الامور، توضيح ذلك: أنه قد تطلق العناوين الثانوية و يراد منها جميع ما ينطبق على التعريف الذي ذكرنا آنفا، و لها حينئذ عرض عريض يشمل العناوين العشرة السابقة و غيرها. أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٠٧ و اخرى تطلق و يراد منها خصوص الضرورة و الاضرار، فمعنى خروج ولاية الفقيه عن العناوين الأولية و الثانوية هو الأخير، و حينئذ لا مانع من انطباق عناوين اخرى عليه.

و الشواهد على ذلك كثيرة، أولها: ما ذكرنا في كلماتهم من الأمثلة، «منها»: حكم الفقيه بترك الحج في بعض السنين، و في بلد من البلاد، إذا كان هناك مصالح أهم منه فأنه لا يرب في انطباقه على ما عرفت من قاعدة الأهم و المهم، فهل ترى أحدا من الفقهاء يحكم بترك الحج الواجب بل المستحب لا لمصلحة شرعية تكون في الترك، أهم و أولى من مصلحة فعلها؟ و «منها» مثالهم باحداث الشوارع أو ابداع القوانين و الأنظمة الحاكمة على مرور السيارات ما فيها من حفظ النفوس و الدماء التي تكون أهم من تخريب بعض البيوت و اعطاء قيمتها كما هو حقها (من دون اذن صاحبها) و كذلك سلب حرية الناس في الشوارع و تقيدهم ببعض القيود، فهذه

كلها من مصاديق قاعدة الأهم و المهم، و لعمرى أن هذه الأمثلة من أقوى الشواهد على ما ذكرنا. ثانيها: إن قلنا إن ولاية الفقيه لا تنقيد بشيء، فهل نقول بأنّها لا تنقيد بمراعات مصالح المسلمين ابداء، أو نقول بوجود مراعاتها على الولي؟

و الأول لا يتفوه به أحد، و على الثاني فهل هذه المصلحة مشكوكه، أو مظنونته، أو قطعية تستفاد من لسان الشرع و العقل؟ و الأول أيضا لا يقول به أحد، و الثاني إما أن لا يترجح على ما فى ارتكاب مخالفة الأحكام الأولية من المفسد، أو يترجح. و الأول أى ما كان ملاك المفسدة أهم فيه فلا يظن الالتزام به من أحد، و على الثاني يدخل فى قاعدة الأهم و المهم و قد عرفت أنّه داخل فى العناوين الثانوية، و هو المطلوب، فولاية الفقيه ترجع بالمآل إلى مراعاة الأهم فالأهم شرعا. ثالثها: ما عرفت من أن الأحكام الولائية، أحكام إجرائية و تنفيذية لأنها مقتضى طبيعة مسألة الولاية، و أنّها دائما ترجع إلى تشخيص الصغريات و الموضوعات، و تطبيق أحكام الشرع عليها. و تطبيقها على أحكام الشرع، و ليس للوالى بما أنّه وال التدخل فى نفس الأحكام الكلية، بل بما أنّه مفت و مرجع للفتوى، كما أنّه ليس له القضاء بما أنّه وال، بل بما أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٠٨

أنّه قاض، و من الواضح أنّ الفقيه بما له من منصب الافتاء ليس له استنباط الأحكام عن أدلتها و استنباطها عن منابعها، فتدبر جيدا فانه حقيق به.

فولاية الفقيه مطلقة فى حريم أحكام الشرع، لا فيما خالف أحكامه، و لا يظن بأحد القول باطلاقها فى ما خالف الشريعة، لأنّه منصوب لإجرائها و تنفيذ أحكامها، و أحكامها تدور على العناوين الأولية و الثانوية فحسب، و الأمر واضح بحمد الله.

المقام السادس: معضلة الولاية على التشريع

إشارة

هل للفقيه ولاية على تشريع الأحكام الكلية أو الجزئية؟

أمّا الجزئية أعنى الأحكام الإجرائية فلا إشكال فيه، و لكنّها كما عرفت من قبيل تطبيق الكبريات على مصاديقها، و لا ينبغي أن يسمى تشريعا، و ذلك مثل انظمة مرور السيارات فإنّها مقدمة لحفظ النفوس و الدماء و نظم البلاد.

و أمّا الكلية فالجواب عن هذا السؤال فيها و إن كان واضحا و لكن توضيحه أكثر من هذا يحتاج إلى بيان مقدمة نورد فيها انظار علماء الإسلام و آرائهم حول التشريع الإسلامى فنقول و منه نستمد الهداية:

أجمع علماء الإسلام على أنّه لا يجوز الاجتهاد فى مقابل النص، فلو كان هناك نص فى حكم من الأحكام لم يجز إلّا قبوله، بل هذا مرادف لقبول النبوة و الاعتقاد بها، و ما صدر من بعض الماضين مخالفا لهذا فأنما صدر غفلة و اشتباها و إلّا فالمسألة واضحة.

و أمّا فى ما لا نص فيه، فقد أخذ الجمهور فيها بالقياس و الاستحسان و الاجتهاد بمعناه الخاص، و وضعوا فيها أحكاما بآرائهم، زعما منهم أن ما لا نص فيه لا حكم فيه فى الواقع، فلا مناص إلّا عن تشريع حكم فيها، إمّا بقياسها على غيرها من أحكام الشرع، و إمّا بالبحث و الفحص عن المصالح و المفسد، فما ظنوا فيها المصلحة أو جوبه، و ما ظنوا فيه المفسدة حرّموه «و منع قليل منهم عن القياس و الاستحسان و لكن هذا شاذ» كل ذلك يسمى عندهم اجتهادا بالمعنى الخاص.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٠٩

و أمّا أصحابنا الإمامية قدس سرّه فقد قالوا: بأنّه ليس هناك واقعة لا نص فيه و لا يوجد أمر خال عن حكم شرعى، و أن الدين قد

كامل اصوله و فروعها بحيث لم يبق محل لتشريع أحد أبدا.

نعم هذه الأحكام تارة وردت في نصوص خاصة، و اخرى في ضمن أحكام كلية و قواعد عامة، و جميعها محفوظة عند الإمام المعصوم عليه السّلام، صادق بعد صادق، و عالم بعد عالم و وصلت أكثرها إلينا من طريق الكتاب و السنّة و الإجماع و دليل العقل و ربّما لم يصل بعضها إلينا، ولكنه رغم ذلك فحكمها ثابت في الواقع، فعلى المجتهد الجد و الجهد في الوصول إليها، و إن يئس عن الوصول إلى بعضها أحيانا فأنما يأخذ بما هو وظيفة الشاك، من الاصول العملية التي لا تخرج عنها واقعة، و لا يشذ عنها شاذ، بل هي جامعة و شاملة لجميع الموارد المشكوكة فعلى هذا، «الفروع القانوني» غير موجود في مكتب أهل البيت عليهم السّلام و من يحذوا حذوهم، بل كلما تحتاج إليه الامّة إلى يوم القيامة، في حياتهم الفرديّة و الاجتماعيّة، الماديّة أو المعنويّة، فقد ورد فيه حكم إلهي و تشريع إسلامي، فلا فراغ و لا خلأ أصلا، فلا يبقى محل لتشريع الفقيه أو غيره.

فالذي للفقهاء دامت شوكتهم، أمران:

الأول: الجهد و الاجتهاد في كشف هذه الأحكام عن أدلتها.

الثاني: تطبيقها على مصاديقها و تنفيذها بما هو حقها، و الأول هو الافتاء، و الثاني هو الولاية و الحكومة.

و يدل على ذلك امور:

١- آيات من كتاب الله:

منها: قوله تعالى: **الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَ أَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَ رَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا** «١» و كيف يكون الدين كاملا لو خلت الوقائع عن الأحكام اللازمة؟ و كيف يكون الدين خاتما و الشريعة عالمية مع عدم وجود ما يغني الإنسان إلى آخر الدهر، و في جميع أقطار العالم من الأحكام و الشرائع؟

(١). سورة المائدة، الآية ٣.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥١٠

فكما نقول بكمال الدين في اصوله بنصب ولي الله المعصوم عليه السّلام، فكذلك في فروعها، كما أن القول بعدم النص في الاصول و أنّه موكول إلى الناس مردود، فكذلك القول بعدمه في الفروع أيضا مردود ممنوع.

و قد ورد في تفسير الآية عن الرضا عليه السّلام في حديث طويل ما لفظه: «و ما ترك شيئا يحتاج إليه الامّة إلّا بيّنه، فمن زعم أن الله عزّ و جلّ لم يكمل دينه فقد ردّ كتاب الله، و من ردّ كتاب الله فهو كافر» «١».

فكما أنّه لم يجعل أمر الإمامة بأيدي الناس، و إلّا لم يكن الدين كاملا، فكذا أمر الأحكام و التشريعات.

«و منها»: قوله تعالى: **وَ نَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ بَيِّنَاتٍ لِكُلِّ شَيْءٍ** «٢».

ظاهر هذه الآية الأشياء التي لها صلّة بسعادة الإنسان و كرامته و صلاحه و فساده مذكور في كتاب الله، في عمومها أو خصوصه.

و قد ورد في تفسير الآية أحاديث كثيرة تؤكد على هذا المعنى ستأتي الإشارة إليها إن شاء الله.

٢- و من السنّة الأحاديث الكثيرة الدالة على أنّ كلما يحتاج إليه الامّة إلى يوم القيامة مبيّنه في الشريعة المقدسة حتى ارش الخدش، و

قد عقد لها في الكافي بابا مستقلا أورد فيه عشر روايات و إليك شطر منها:

الأول: ما رواه مرزوم عن أبي عبد الله عليه السّلام قال «إن الله تبارك و تعالى أنزل في القرآن تبيان كل شيء، حتى و الله ما ترك

الله شيئا يحتاج إليه العباد، حتى لا يستطيع عبد يقول:

لو كان هذا، أنزل في القرآن، وإلا وقد أنزله الله فيه» (٣).

الثاني: ما رواه عمر بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سمعتة يقول: إن الله تبارك و تعالی

(١). تفسير البرهان، ج ١، ص ٤٣٥.

(٢). سورة النحل، الآية ٨٩.

(٣). الاصول من الكافي، ج ١، ص ٥٩، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥١١

لم يدع شيئا يحتاج إليه الأمة إلا أنزله في كتابه و بينه لرسوله صلى الله عليه و آله» (١).

الثالث: ما رواه حماد عن أبي عبد الله عليه السلام قال سمعتة يقول: «ما من شيء إلا و فيه كتاب أو سنة» (٢).

الرابع: ما رواه المعلى بن خنيس قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «ما من أمر يختلف فيه اثنان إلا و له أصل في كتاب الله عز و جل و لكن لا تبلغه عقول الرجال» (٣).

الخامس: ما رواه سماعه عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال: «قلت له، أكل شيء في كتاب الله و سنة نبيه صلى الله عليه و آله أو تقولون فيه؟ قال: بل كل شيء في كتاب الله و سنة نبيه صلى الله عليه و آله» (٤).

السادس: و أوضح من ذلك كله ما ورد في نهج البلاغة في ذم اختلاف العلماء في الفتيا، و ذم أهل الرأي و القياس، و القائلين بخلو بعض الوقائع عن الحكم و ايكال حكمها إليهم، ما نصه:

«ترد على أحدهم القضية في حكم من الأحكام فيحكم فيها برأيه، ثم ترد تلك القضية بعينها على غيره فيحكم فيها بخلاف قوله، ثم يجتمع القضاء بذلك عند الإمام الذي استقضاهم فيصوب آرائهم جميعا- و إلههم واحد! و نبيهم واحد! و كتابهم واحد! فأمرهم الله سبحانه بالاختلاف، فأطاعوه؟ أم نهاهم عنه، فعصوه؟ أم أنزل الله دينا ناقضا فاستعان بهم على اتمامه أم كانوا شركاء، فلمهم أن يقولوا و عليه أن يرضى، أم انزل الله دينا تاما فقصر الرسول صلى الله عليه و آله عن تبليغه و أدائه، و الله سبحانه يقول: ما فرطنا في الكتاب من شيء و فيه تبيان لكل شيء» (٥).

و دلالة الجميع على المطلوب واضحة.

(١). الاصول من الكافي، ج ١، ص ٥٩، ح ٢.

(٢). المصدر السابق، ح ٤.

(٣). المصدر السابق، ص ٦٠، ح ٦.

(٤). المصدر السابق، ص ٦٢، ح ١٠.

(٥). نهج البلاغة، الخطبة ١٨.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥١٢

٣- و هناك طائفة اخرى من الأخبار تدل على أن جميع ما ذكره الأئمة عليهم السلام روايه عن رسول الله صلى الله عليه و آله فلم يقولوا بأرائهم شيئا، بل كان جميع ذلك في سنة رسول الله صلى الله عليه و آله، و هذه الطائفة كثيرة جدا رويت في الكتاب القيم جامع أحاديث الشيعة باسنادها، في الباب الذي عقد لبيان حجية فتوى الائمة المعصومين عليه السلام (لأجل الاحتجاج على المخالفين بأنهم إن انكروا إمامتهم المنصوصة فلا أقل من أن الواجب عليهم قبول قولهم بما هم يروون جميع علومهم عن رسول الله صلى الله عليه و آله) و هذه الأحاديث كثيرة تذكر شطرا منها يكون وافيا بالمقصود:

الأول: ما رواه جابر قال: «قلت لأبي جعفر عليه السلام إذا حدثتني بحديث فاسنده لي، فقال: حدثني أبي عن جدي رسول الله صلى الله عليه وآله عن جبرئيل عن الله عز وجل، وكلما حدثتكم بهذا الاسناد» (١).
 الثاني: ما رواه حفص بن البختری قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام نسمع الحديث منك فلا أرى منك سماعه أو من أبيك، فقال: ما سمعته مني فاروه عن أبي، و ما سمعته مني فاروه عن رسول الله صلى الله عليه وآله» (٢).
 الثالث: ما رواه في البصائر عن عنبسة قال: «سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن مسألة فأجابه فيها، فقال الرجل: إن كان كذا و كذا ما كان القول فيها؟ فقال: له مهما أجبته فيه بشيء فهو عن رسول الله صلى الله عليه وآله لسنا نقول برأينا في شيء» (٣).
 الرابع: ما رواه في الكافي عن قتيبة، قال: «سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن مسألة فأجابه فيها، فقال الرجل: أ رأيت إن كان كذا و كذا ما يكون القول فيها؟ فقال له: مه؟ ما اجبتك فيه من شيء فهو عن رسول الله صلى الله عليه وآله لسنا من «أ رأيت» بشيء!» (٤).
 الخامس: ما رواه في البصائر عن فضيل بن يسار عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لو حدثنا برأينا ضللنا كما ضل من كان قبلنا، و لكننا حدثنا بينه من ربنا بينها لنيه، فبينها لنا» (٥).

(١). جامع أحاديث الشيعة، ج ١، الباب ٤ من أبواب المقدمات، ح ٣.

(٢). المصدر السابق، ح ٤.

(٣). بصائر الدرجات.

(٤). الاصول من الكافي، ج ١، ص ٥٨، ح ٢١.

(٥). جامع أحاديث الشيعة، ج ١، الباب ٤ من أبواب المقدمات، ح ٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥١٣

إلى غير ذلك ممّا في هذا المعنى و هذه أيضا تدل بافصح بيان على أن الائتية المعصومين عليهم السلام لم يشرعوا حكما من الأحكام، و كلما قالوه فهي تشريعات إلهية عن رسول الله صلى الله عليه وآله، فإذا كان حالهم كذلك فكيف بغيرهم من الفقهاء الأعلام؟!.

كما تدل هذه أيضا على عدم وجود «الفراغ» في الأحكام الإسلامية، و ما مجال فيها إلّا كشفها عن منابعها أو الرجوع فيها إلى الاصول المقررة للشاك، التي طفحت بها الكتب الاصولية و لا تزال مرجعا للعلماء و الفقهاء.

٤- و قد عثرنا أيضا على طائفة رابعة تدل على أن جميع الأحكام الشرعية كانت مكتوبة في كتاب على عليه السلام حتى ارش الخدش.

و عبر عنه تارة بالجامعة، و اخرى بالجفر، و ثالثة بمصحف فاطمة، و رابعة بكتاب على عليه السلام و النتيجة واحدة، و ظاهر الجميع أنه كان هناك كتاب جامع للأحكام الإسلامية محفوظ عندهم و إليك شطر منها:

الأول: ما رواه في البصائر عن عبد الله بن ميمون عن جعفر عن أبيه عليه السلام قال: «في كتاب على عليه السلام: كل شيء يحتاج إليه حتى الخدش و الأرش و الهرش» (١).

الثاني: ما رواه عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سمعت يقول، و ذكر ابن شبرمة في فتياه، فقال ابن هو من الجامعة، أملى رسول الله صلى الله عليه وآله و خط على عليه السلام بيده فيها جميع - الحلال و الحرام حتى أرش الخدش فيه» (٢).

الثالث: ما رواه عن جعفر بن بشر عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «ما ترك على عليه السلام شيئا إلّا كتبه، حتى أرش الخدش» (٣).

الرابع: ما رواه في الكافي عن الصير في قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «إن عندنا ما لا نحتاج معه إلى الناس، و إن الناس

ليحتاجون إلينا، و إن عندنا كتابا املاء رسول الله صَلَّى الله عليه و آله

(١). جامع أحاديث الشيعة، ج ١، الباب ٤ من أبواب المقدمات، ح ٢٣.

(٢). المصدر السابق، ح ٢٥.

(٣). المصدر السابق، ح ٢٦.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥١٤

و خط على عليه السلام، صحيفة، فيها كل حلال و حرام» (١).

الخامس: ما رواه علي بن سعيد عن الصادق عليه السلام في تفسير الجفر، و فيه «أنه كتاب فيه كل ما يحتاج الناس إليه إلى يوم القيامة من حلال و حرام، باملاء رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و خط على عليه السلام» (٢).

إلى غير ذلك ممّا ورد في هذا المعنى، و تفسير «الجامعة» و «الجفر» و غيره و لعلها تبلغ حد التواتر، و جميعها شاهدة، على أنّ أحكام الإسلام تامة كاملة جامعة لا يبقى معها تشريع آخر، و أنّ الأئمة عليهم السلام لا يقولون شيئا فيها برأيهم، و تشريع منهم، فلا يبقى محل لهذا السؤال:

هل يكون للفقهاء ولاية على التشريع أم لا؟ و كيف يمكن أن تكون ولاية الفقيه أوسع من ولاية الأئمة عليهم السلام مع أنّ ولاية الفقهاء فرع من فروع تلك الولاية الجامعة الإلهية؟!

إن قلت: فهل الألفاظ التي ذكرها الأئمة عليهم السلام عين ألفاظ رسول الله صَلَّى الله عليه و آله؟

قلت: الظاهر عدمه، فأنه من البعيد بعد جواز النقل بالمعنى الاقتصار عليها، بل الظاهر من غير واحد من الأخبار أنّهم عليهم السلام كانوا يطبقون الكبريات على الصغريات، و يردون الاصول إلى الفروع، مع صحة الاسناد إليه صَلَّى الله عليه و آله مثلا إذا قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله: «لا ضرر و لا ضرار في الإسلام» على نحو مطلق، ثم سئل الإمام عليه السلام عن اضرار الزوج بالزوجة أو بالعكس أو بالولد، فقال: «ان رسول الله صَلَّى الله عليه و آله نهى ذلك» كان اسنادا صحيحا قطعاً و كذلك بالنسبة إلى غيره من الاصول و القواعد و توضيحها أكثر من ذلك يطلب من محالها.

٥- و يدل على ما ذكرنا أيضا بوضوح ما اجمعت الأصحاب عليه، من بطلان التصويب لما فيه من خلو الواقعة عن الحكم المشترك بين العالم و الجاهل، و قد نطقت الآثار الواردة من أهل البيت عليهم السلام «بأن لله في كل واقعة حكما يشترك فيه العالم و الجاهل». توضيح ذلك: إنّ أصحابنا (رضوان الله عليهم) اجمعوا على أنّ المجتهد إن اصاب الحكم الواقعي فهو مصيب، و إن لم يصبها فقد اخطأ و هو معذور، فإذا اختلف الأقوال كان الصحيح من بينها قول واحد و هو ما وافق حكم الله الواقعي، و الباقي خطأ، خلافا لأهل الخلاف حيث

(١). الاصول من الكافي، ج ١، ص ٢٤١.

(٢). جامع أحاديث الشيعة، ج ١، الباب ٤ من أبواب مقدمات، ح ٤١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥١٥

قالوا باصابت الجميع للواقع إذا كان ذلك فيما لا نص فيه و كان حكم كل واحد منهم على وفق اجتهاده (أي الاجتهاد بالمعنى الخاص) نظرا إلى اعتقادهم بإمكان خلو الواقعة في هذه الموارد من الحكم.

و هذا يعني أنّ الفراغ التشريعي غير موجود في مكتب أهل البيت عليهم السلام أبدا، و أنّ أحكام الشرع و قوانينه كافلة بجميع الامور التي محل حاجة الإنسان في حياته، لا يشذ منها شاذ.

٦- الإمام عليه السّلام حافظ للشرع، وقد صرّح علماء الكلام بذلك عند قولهم بوجوب نصب الإمام عليه السّلام و لزوم النص عليه عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَآلِهِ لَوْلَاهُ لَانْدَرَسَتْ آثَارُ النَّبُوَّةِ، وَاسْتَدَلُّوا أَيْضًا بِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ لَمَّا اشْتَغَلَ فِي بَرَهَةِ طَوِيلَةٍ عَنْ نَبُوَّتِهِ بِالْغَزَوَاتِ، وَ لَمْ تَسَاعِدْهُ الظُّرُوفُ عَلَى ابْتِلَاحِ جَمِيعِ أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ مَعَ ثُبُوتِهَا بَقِيَّ ابْتِلَاحِهَا عَلَى عَاتِقِ وَارِثِ عِلْمِهِ، وَ لَمْ يَسْتَدَلَّ أَحَدٌ بِأَنَّ الْأَحْكَامَ كَانَتْ نَاقِصَةً فَوَجِبَ عَلَى الْإِمَامِ عَلَيْهِ السّلام تَكْمِيلُهَا، هَذَا هُوَ الْمَعْرُوفُ الْمُسْلِمُ بَيْنَ الْأَصْحَابِ، كَمَا وَرَدَ فِي نَهْجِ الْبَلَاغَةِ عَنْ مَوْلَانَا امِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السّلام: «اللَّهُمَّ بَلِيَّ لَا تَخْلُو الْأَرْضَ مِنْ قَائِمٍ لَكَ بِحِجَّةٍ، إِمَّا ظَاهِرًا مَشْهُورًا، أَوْ خَائِفًا مَغْمُورًا، لِثَلَا تَبْطُلَ حُجُجُ اللَّهِ وَبَيِّنَاتِهِ...، يَحْفَظُ اللَّهُ بِهِمْ حُجُجَهُ وَبَيِّنَاتِهِ، حَتَّى يُوَدَّعُوا نَظْرَهُمْ، وَ يَزْرَعُوهَا فِي قُلُوبِ أَشْبَاهِهِمْ» (١).

٧- ما دلّ على أنّ دين الله لا يصاب بالعقول، من طريق العقل والنقل، أمّا الأوّل فهو ما استدلل به كثير من العلماء على أنّ رداء التقنين لا يليق إلّا بالله، لأنّه العالم بحاجات الناس، معنوية و مادية، لأنّه هو خالقه، و هو العالم بسرّاتهم، و ما كان من أمورهم و ما يكون، و لا يعلم ذلك غيره، فلا يليق التشريع إلّا به، بل لا يقدر عليه غيره، و لذا نرى القوانين البشرية لا تزال تتغير يوما بعد يوم، لعدم نيلهم بما هو الصالح و الأصح، فهم يخبطون خبط عشواء، يسلكون طريقا مظلما، و يلجون بحرا عميقا، من دون أن يكونوا أهلا لذلك، بل هذا من أهم الدلائل على وجوب ارسال الرسل و انزال الكتب.

(١). نهج البلاغة، قصار الحكم رقم ١٤٧.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥١٦

بل لو قلنا بجواز الحكم بالأراء و تشريع الشرائع بعقول الرجال لاستغنيا عن الكتب المساوية و الشرائع الإلهية، و لم نحتج إليها، و لم يقل بهذا أحد، بل لا- يتفوه به فاضل، فضلا عن فقيه عالم، و من جميع ذلك يعلم أنّه لا معنى لتفويض أمر التشريع إلى الفقيه، بل وظيفته بما هو فقيه إجراء أحكام الشرع، و التوسل إلى أسباب مشروعة للوصول إليها، و لا دليل على مزيد من ذلك قطعا.

و قد تحصل ممّا ذكرنا امور هامة:

- ١- لا معنى للتشريع و جعل القانون فيما ورد فيه نص في التشريع الإسلامية، بل لم يقل به أحد.
- ٢- التشريع فيما لا نص فيه مختص بالعامّة، و أمّا أصحابنا الإمامية فهم معتقدون بعدم وجود الفراغ في التشريع، حتى يتصدى له الفقيه أو غيره، بل جميع ما تحتاج إليه الامّة إلى يوم القيامة مبينة في الأحكام الجزئية أو القواعد الكلية، و الاصول الواردة في الكتاب و السنة، و وظيفته الفقيه استنباطها عن أدلتها، و عند عدم وصوله إلى الأحكام الواقعية يعمل بالأحكام الظاهرية المقررة للجاهل، و لو لا ذلك كانت الشريعة ناقصة و محتاجة في تكميلها إلى عقول الرجال، معاذ الله عن ذلك.
- ٣- تقنين القوانين و تشريع الأحكام لا يليق إلّا بالله، فإنّه العالم بالمصالح و المفسدات و ما يحتاج إليه خلقه في الحال و المستقبل دون غيره ممن لا احاطة له بمصالح الامور و مفسداتها نعم التقنين بمعنى تطبيق الأحكام على مصاديقها ممّا لا إشكال فيه.
- ٤- المعصوم عليه السلام لا يشرع شيئا من الأحكام لعدم خلو واقعه بعد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ عَنْ الْحُكْمِ، فهو حافظ للشرعية و منفذ لها، و كون الفقيه كذلك معلوم بالأولوية القطعية.

هذا ما هو المستفاد من الأدلة السابقة النقلية و العقلية.

و يبقى هنا سؤال عن أخبار التفويض و نعقد له عنوانا مستقلا و نقول:

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥١٧

حل معضلة اخبار التفويض:

و هناك روايات كثيرة فيها «الصحيح» و «الضعاف» تدلّ على أنّ الله فوض الأمر إلى نبيّه صَلَّى الله عليه و آله و إلى الأوصياء من بعده، فيقع السؤال أنّه ما المراد بهذا التفويض؟

أليس المراد منه التفويض في التشريع؟

و قبل الورود فيها لا بدّ من بيان معاني «التفويض» من غير تعرض لحكمها تفصيلاً إلّا بعد هذه الأخبار، كي يكون الباحث على بصيرة منها، مع حفظ الحرية في البحث، فنقول و منه جلّ ثنائه التوفيق و الهداية:

التفويض له معان كثيرة (مع قطع النظر عن حكمها)،

أحدها: تفويض أمر الخلق إلى النبي صَلَّى الله عليه و آله أو الأوصياء من بعده بأن يقال: إنّ الله خلقهم ثم فوض أمر خلق العالم و تديره إليهم.

ثانيها: التفويض الجزئي في أمر الخلق بأن يقال: إنّ الله أقدرهم على خلق بعض الامور من المعجزات و شبهها من دون تفويض الكل إليهم.

ثالثها: تفويض أمر التشريع إليهم على نحو كلي، بأن يكون النبي صَلَّى الله عليه و آله و أوصيائه عليهم السّلام قادرين على جعل أى حكم، و على تغيير الأحكام التي أنزلها في كتابه و نسخها و تبديلها و تغييرها بما شاءوا و أرادوا.

رابعها: التشريع الجزئي بأن يقال: لم يفوض إليه صَلَّى الله عليه و آله التشريع الكلي بل في موارد معدودة، بأن يكون النبي صَلَّى الله عليه و آله قد شرّع أحكاماً خاصة في بعض الموارد قبل ورود نص فيها، و أمضاها الله تعالى.

خامسها: تفويض أمر الخلق إليهم من جهة الحكومة و التدبير و السياسة و تربية النفوس و حفظ النظام.

سادسها: تفويض أمر العطاء و المنع إليهم، في المواهب المالية ممّا يرجع إلى بيت المال، و غيره كما ورد في قضية سليمان عليه السلام: هَذَا عَطَاؤُنَا فَامْتَنُ أَوْ أَمْسِكْ بِغَيْرِ حِسَابٍ «١» و قد

(١). سورة ص، الآية ٣٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥١٨

ذكره الله تعالى بعد ما ذكر ما أعطاه من النعم في أمر الحكومة على الناس.

سابعها: تفويض بيان الحقائق و اسرار الأحكام و ما أشبهها من العلوم إليهم فيقولون ما شاءوا (و اقتضته الحكمة) و يمسكون عمّا شاءوا في الظروف الخاصة و بالنسبة إلى الأشخاص المتفاوتة.

إذا عرفت هذا فلنعد إلى سرد الأخبار التي ذكرها في الكافي في باب التفويض و نختر في ترتيب ذكرها، غير ما ذكره الكليني، لأمر تعرفها:

١- ما رواه زيد الشحام (مجهول بصندل الخياط، فقد ذكر في الرجل من غير مدح و لا ذم، مضافاً إلى أنّه مرسل) «١».

و هذه الرواية تدل على التفويض السادس و يحتمل ذيلها أكثر منه لكنه غير واضح.

٢- ما رواه موسى بن أشيم (و هو أيضاً ضعف ببيكار بن بكير و في جامع الرواة بكار بن أبي بكر و لم ينص عليه في كتب الرجال بمدح أو ذم) «٢».

و هذه الرواية ظاهرة في التفويض بالمعنى السابع من معاني التفويض و لا دخل له بتفويض التشريع و شبهه بل يظهر منها أنّ المراد من آية ما آتاكم ... أيضاً ذلك فتأمل.

٣- ما رواه زرارة (و هي رواية معتبرة)

عده من أصحابنا عن أحمد بن محمد، عن الحجال عن ثعلبة، عن زرارة قال: «سمعت أبا جعفر و أبا عبد الله يقولان: إن الله عز و جل فوض إلى نبيه صلى الله عليه و آله أمر خلقه لينظر كيف طاعتهم؟ ثم تلا هذه الآية: مَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمُ عَنْهُ فَانْتَهُوا» (٣).

و هذه الرواية في بدء النظر مجمل و لكن لا يبعد دلالتها على المعنى الخامس و هو تفويض أمر الحكومة و الرئاسة العامة لقوله «فوض إليه أمر خلقه» لظهوره في سياسة الخلق و حفظ نظام معاشهم و معادهم و المراد من الاطاعة، الاطاعة في الأوامر الولائية و الأحكام الجزئية الصادرة من ولي الأمر فيظهر منه ما الولاية أيضا تشير إلى هذا المعنى.

(١). الاصول من الكافي، ج ١، باب التفويض، ص ٢٦٨، ح ١٠.

(٢). المصدر السابق، ص ٢٦٥، ح ٢.

(٣). المصدر السابق، ص ٢٦٦، ح ٣.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥١٩

٤- ما رواه زرارة أيضا أنه سمع أبا جعفر و أبا عبد الله عليه السلام يقولان: «إن الله تبارك و تعالى فوض إلى نبيه صلى الله عليه و آله أمر خلقه لينظر كيف طاعتهم؟ ثم تلا هذه الآية: مَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمُ عَنْهُ فَانْتَهُوا» (١).

٥- ما رواه محمد بن حسن الميثمي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سمعت يقول إن الله عز و جل أدب رسوله حتى قومه على ما أراد، ثم فوض إليه فقال عز ذكره: مَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمُ عَنْهُ فَانْتَهُوا فما فوض الله إلى رسوله صلى الله عليه و آله فقد فوضه إلينا» (٢).

و الرواية مجمله من حيث المراد من التفويض، و لا قرينة فيها بعينه بل و لا اطلاق أيضا كما لا يخفى.

٦- ما رواه أبو اسحاق النحوي قال: «دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فسمعت يقول: إن الله عز و جل أدب نبيه على محبته فقال: وَ إِنَّكَ لَعَلَى خُلُقٍ عَظِيمٍ ثم فوض إليه فقال عز و جل: وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمُ عَنْهُ فَانْتَهُوا و قال عز و جل: مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ قَالَ: و إن نبي الله فوض إلى علي، و ائتمنه فسلمتم، و جحد الناس، فو الله لنحبكم أن تقولوا إذا قلنا، و أن تصمتوا إذا صمتنا» (٣).

و الرواية مجهولة بأحمد بن زاهر و قد قيل في حقه: ليس حديثه بذلك النقي و لم ينص على توثيقه و لم ينقل عنه غير هذا الحديث. ثم إنه لا يخلو الحديث عن إجمال أيضا، و إن كان المناسب له المعنى الخامس من معاني التفويض، أعني تفويض أمر الحكومة و السياسة، لأنه المناسب للخلق العظيم الذي جعل مقدمة لتفويض الأمر إليه صلى الله عليه و آله فصاحب هذا الخلق العظيم هو الذي يقدر على الولاية و الحكومة و سياسة العباد دون غيره.

٧- ما رواه محمد بن سنان عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام: لا و الله ما فوض الله إلى أحد من خلقه إلّا إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و إلى الأئمة،

(١). الاصول من الكافي، ج ١، باب التفويض، ص ٢٦٧، ح ٥.

(٢). المصدر السابق، ص ٢٦٨، ح ٩.

(٣). المصدر السابق، ص ٢٦٥، ح ١.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٢٠

قال: قال عز وجل: «إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَ هِيَ جَارِيَةٌ فِي الْأَوْصِيَاءِ عَلَيْهِ السَّلَامُ» (١). (و سند الحديث محل للكلام بين الأعلام لاختلافهم في أمر محمد بن سنان).

والظاهر أن المراد منه التفويض في أمر القضاء لقوله: «إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ».

ومن المعلوم أن الظاهر من الحكم بين الناس هو القضاء كما يظهر بملاحظة موارد استعماله، و أما قوله «بما أراك الله» فقد ذكر المجلسي قدس سره في مرآت العقول في شرح هذا الكلام ما نصه:

«ذهب أكثر المفسرين إلى أن المراد به، بما عرفك الله و أوحى إليك، و منهم من زعم أنه يدل على جواز الاجتهاد عليه صلى الله عليه و آله و لا يخفى و ههنا «٢» و وجه و ههنا أنه لا يبقى معه ربط بين صدر الآية و ذيلها، فيكون مفهومها حينئذ «إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتقضي بين الناس باجتهادك» و ضعفه ظاهر بخلاف ما إذا قلنا أن المعنى «إنا أنزلنا إليك الكتاب لتقضي بين الناس بما أراك في كتابه من الأحكام من طريق الوحي و تطبيقه على مصاديقه».

و أما الحصر الذي يستفاد من الآية في المعصومين - مع أن القضاء عام - فهو كالحصر الذي ورد في بعض أخبار القضاء من قوله عليه السلام لشريح: «قد جلست مجلسا لا يجلسه إلا نبي أو وصي نبي أو شقي» (٣) و ما ورد في رواية سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «إن الحكومة إنما هي للإمام، العالم بالقضاء، العادل في المسلمين، كنبى أو وصي نبي» (٤) و لا مانع منه لأن تولى الفقيه للقضاء إنما هو باذن الإمام المعصوم عليه السلام و لا يستحق هذا المقام مستقلا، بل هو نائب من ناحيته.

فإلى هنا لم تكن رواية تدل على التفويض في التشريع، نعم في الروايات الثلاثة الآتية

(١). الاصول من الكافي، ج ١، باب التفويض، ص ٢٦٨، ح ٨.

(٢). مرآت العقول، ج ١، ص ١٥٤.

(٣). وسائل الشيعة، ج ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، ح ٢.

(٤). المصدر السابق، ح ٣.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٢١

ورد حكم التفويض فيه إليك نصها:

٨- ما رواه فضيل بن يسار (بسند صحيح) قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول لبعض أصحاب القيس الماصر: «إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ أَدَبَ نَبِيِّهِ فَأَحْسَنَ أَدَبَهُ فَلَمَّا أَكْمَلَ لَهُ الْأَدَبَ قَالَ:

إِنَّكَ لَعَلِّي خُلِقْتَ عَظِيمٌ ثُمَّ فَوَّضَ إِلَيْهِ أَمْرَ الدِّينِ وَ الْأَمَّةِ لِيَسُوسَ عِبَادَهُ فَقَالَ عَزَّ وَ جَلَّ:

مَا آتَاكُمْ الرَّسُولَ فَخُذُوهُ وَ مَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا، وَ إِنْ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ كَانَ مَسْدُودًا مَوْفِقًا مُؤِيدًا بِرُوحِ الْقُدُسِ، لَا يَزِلُّ وَ لَا يَخْطِئُ فِي شَيْءٍ مِمَّا يَسُوسُ بِهِ الْخَلْقَ، فَتَأَدَّبَ بِآدَابِ اللَّهِ، ثُمَّ إِنْ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ فَفَرَضَ الصَّلَاةَ رَكَعَتَيْنِ، رَكَعَتَيْنِ، عَشْرَ رَكَعَاتٍ فَأَضَافَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ إِلَى الرَّكَعَتَيْنِ، رَكَعَتَيْنِ ... ثُمَّ سَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ النَّوَافِلَ أَرْبَعًا وَ ثَلَاثِينَ رَكَعَةً ...

و سنَّ الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ صَوْمَ شَعْبَانَ وَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي كُلِّ شَهْرٍ ... وَ حَرَّمَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ الْخَمْرَ بَعِينَهَا وَ حَرَّمَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ الْمَسْكِرَ مِنْ كُلِّ شَرَابٍ ... وَ عَافَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ أَشْيَاءَ وَ كَرِهَهَا وَ لَمْ يَنْهَ عَنْهَا نَهْيَ حَرَامٍ إِنَّمَا نَهَى عَنْهَا نَهْيَ إِعَافَةٍ وَ كَرَاهَةٍ» الحديث (١).

و هذا الحديث يدل على التفويض بالمعنى الرابع، أى التفويض في التشريع الجزئي لرسول الله صلى الله عليه و آله و قد ذكر فيه خمس امور:

١- فرض الركعتين الأخيرتين في الصلاة.

٢- سنة النوافل.

٣- سنة صوم شعبان و شبهه.

٤- تحريم كل مسكر مضافا إلى الخمر التي حرّمها الله.

٥- إعافه بعض الامور، أى جعلها مكروها من قبله صلى الله عليه وآله.

و لكن فيها «امور» ينبغى التأمل فيه:

الأول: لا يستفاد منها إلا كون ذلك له صلى الله عليه وآله، و أما غيره من الأوصياء المرضيين عليه السلام فلا دلالة فيها على تفويض ذلك إليهم، فضلا عن غيرهم، و لعله من خصائصه صلى الله عليه وآله و لذا لم ينقل من أحد من الأئمة المعصومين عليه السلام تشريع حكم كلى أبدا، نعم قد ورد فى بعض كلماتهم

(١). الاصول من الكافي، ج ١، باب التفويض، ح ٤، ص ٢٢٦ من طبعه دار التعارف.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٢٢

أحكاما جزئية اضطرارية مؤقتة كما فى جعل خمس آخر، فى رواية اسماعيل بن مهزيار، و هو غير ما نحن بصدده، و لعل الفرق بين النبى صلى الله عليه وآله و الوصى عليه السلام فى ذلك هو إتمام الدين و إكماله بعده. الثانى: قد صرح فيها بأن هذا المقام ثبت له بعد إن كان مسددا موقفا مؤيدا بروح القدس لا يزل و لا يخطئ فى شىء ممّا يسوس به الخلق.

و من الواضح أن هذا المعنى غير ثابت فى حق الفقهاء أيدهم الله، فليس لهم إلى هذا المقام سبيل، و إن ثبت فى شأنه صلى الله عليه وآله، بل و لو قلنا به فى حق الأئمة المعصومين عليه السلام أيضا (فرضا).

الثالث: يظهر منها أن هذا التشريع النبوى إنما تم و اعتبر، بعد ما أجازة الله سبحانه، و لذا صرح فيها بالاجازة من الله سبحانه «أربع مرات»، و هذا لا يتصور فى حق الفقهاء و لا طريق إلى إثباته، و إن أمكن تصويره فى حق المعصومين عليه السلام من طريق الإلهام. الرابع: قد ورد التصريح فى آخره بأنه ليس لأحد أن يرخص ما لم يرخصه رسول الله صلى الله عليه وآله، و هذا لا ينفى إمكان التشريع فى حق غيره، و الترخيص فيما لم يرخصه صلى الله عليه وآله.

الخامس: كل ذلك فى ما لم يرد فيه نص، (كما يظهر من الأمثلة الواردة فى الحديث).

و أما ورد فيه نص إلهى، فلا يكون له صلى الله عليه وآله تشريع خاص فيه يخالف تشريعه تعالى، كما هو واضح.

فهذا النوع من التشريع المحدود، إنما يتصور قبل نزول الشريعة بكمالها و تمامها، و أما بعد ذلك، أى بعد كمال الدين و اتمام النعمة و بيان ما يحتاج إليه الامة إلى يوم القيامة، فلا يبقى مظنة و لو للتشريع الجزئى المحدود.

«بقى هنا شىء»: و هو أن قوله: «فكثير المسكر من الاشرية» يمكن أن يكون إشارة إلى عدد كثير من أفراد المسكر، سوى الخمر التى حرّمها النبى صلى الله عليه وآله كما ذكره فى مرات العقول، و أمّا احتمال كونه إشارة إلى أن القليل من الاشرية ليس بحرام كما ذكره بعض بعيد جدا، و يخالفه سائر الأدلة الواردة فى المسألة.

٩- ما رواه اسحاق بن عمار فى حديث مختلف فيه من حيث السند (لوجود محمد بن

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٢٣

سنان فى سلسلة السند) عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إن الله تبارك و تعالى أدب نبيه صلى الله عليه وآله فلما انتهى به إلى ما أراد، قال له: إِنَّكَ لَعَلَىٰ خُلُقٍ عَظِيمٍ ففوض إليه دينه فقال: وَمَا آتَاكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا و إن الله عز و جل فرض الفرائض و لم يقسم للجد شيئا و أن رسول الله صلى الله عليه وآله أطعمه السدس فأجاز الله جل ذكره له ذلك، و ذلك قول الله عزّ

و جَلَّ: لِهَذَا عَطَاؤُنَا فَامْنُنْ أَوْ أَمْسِكْ بِغَيْرِ حِسَابٍ» (١).

وقد صرح فيها بأن طعمه السدس للجد مما سنّه رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وأجازه الله تعالى وان هذا من قبيل «هذا عطاءنا فامنن أو امسك بغير حساب» (في عالم التشريع، وإن كان أمر سليمان في عالم التكوين).

وطعمه الجَد إنما هو في فرض كون الأب والام وارثين، فيستحب حينئذ اطعام الجد سدس المال وليس بواجب كما هو معلوم، وقد ذكر فقهاء له شرائط من أراد الوقوف عليها فليراجع كتاب الفرائض، سهام الارث باب سهم الأب والام (٢).

وقد يقال: إن أصل هذا الحكم مذكور في التشريع الإلهي وهو قوله تعالى: وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا (٣).

ولكن لو سلمنا ذلك فلا أقل من أن تحديد مقداره من تشريعه صَلَّى الله عليه وآله والأمر سهل.

١٠- ما رواه زارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «وضع رسول الله صَلَّى الله عليه وآله دية العين و دية النفس و حرم النيذ و كل مسكر، فقال له رجل: وضع رسول الله صَلَّى الله عليه وآله من غير أن يكون جاء فيه شيء؟ قال: نعم ليعلم من يطع الرسول ممن يعصيه» (٤).

(و هو ضعيف بعلي بن محمد، فقد قيل في حقه أنه مضطرب الحديث و المذهب).

شيرازي، ناصر مكارم، أنوار الفقهاء - كتاب البيع (لمكارم)، در يك جلد، انتشارات مدرسه الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام، قم - ايران، اول، ١٤٢٥ هـ ق أنوار الفقهاء - كتاب البيع (لمكارم)؛ ص: ٥٢٣
و يظهر من الحديث أيضا امور:

أحدهما: إن وضعه صَلَّى الله عليه وآله و تشريعه للأحكام كان أمرا بديعا حتى تعجب منه بعض

(١). الاصول من الكافي، ج ١، باب التفويض، ح ٦.

(٢). أورده صاحب الجواهر قدس سرّه، ج ٩، ص ١٤٣.

(٣). سورة النساء، الآية ٨.

(٤). الاصول من الكافي، ج ١، باب التفويض، ح ٧.

أنوار الفقهاء - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٢٤

الحاضرين، فلو كان أمرا شايعا لما تعجب منه.

ثانيها: إن حكمة هذا التشريع النبوي هو امتحان الامة ليرى المطيع عن العاصي و قد ورد هذا المعنى في بعض الروايات الاخر مما ورد في الباب أيضا و يدل هذا على أن تشريعه صَلَّى الله عليه وآله لم يكن جاريا في جميع الأحكام، بل في بعضها لأمر خاص اشير إلى هنا، و إلا لم يكن وجه لعد موارد خاصة معدودة و محدودة.

و يمكن أن تكون حكمة الحكم مضافا إلى ما ذكر، بيان مقامه السامي، و منزلته الرفيعة عند الله عز و جلّ، كما أشار إليه بعض.

ثالثها: إنه قد ورد في الحديث أن عبد المطلب سنّ في الجاهلية خمس سنن، أجزاها الله في الإسلام (ثم ذكر تحريم نساء الآباء على الأبناء، و مسألة الخمس في الكنز، و سقاية الحاج، و نزول الآيات القرآنية فيها، ثم قال: و سنّ في القتل مائة ابل فأجرى الله ذلك في الإسلام) (١).

هذا التعبير دليل على أن الله أجاز ذلك بعد ما سنّه رسول الله صَلَّى الله عليه وآله فيوافق ما مرّ في الروايات الاخر و ما اشير إليه في بصائر الدرجات.

هذا وقد أورد شيخ القميين محمد بن الحسن الصفار (المتوفى سنة ٢٩٠) في كتابه «بصائر الدرجات» في باب التفويض تحت عنوان «إنَّ ما فَوْضَ إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عليه و آله فقد فَوْضَ إلى الأئمة عليهم السَّلام» ثلاثة عشر حديثاً أكثرها يوافق ما في الكافي، و بعضها مكرر بعبارات مختلفة، و بعضها لا دخل له بما نحن بصدده و ممَّا تفرد به:

ما رواه عن رقيد مولى بان هبيرة قال: «قال أبو عبد الله عليه السَّلام: إذا رأيت القائم أعطى رجلاً مائة ألف، و أعطى آخر درهما، فلا يكبر في صدرك، و في رواية أخرى فلا يكبر ذلك في صدرك، فإنَّ الأمر مفوض إليه» (٢).

و هذا صريح في التفويض، في مسألة الاعطاء و المنع.

(١). وسائل الشيعة، ج ١٩، الباب ١ من أبواب دييات النفس، ح ١٤.

(٢). بصائر الدرجات، الباب ٥ من الجزء الثامن، باب التفويض، ح ١٠، ص ٣٨٦.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٢٥

و قد عقد باباً آخر في التفويض إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عليه و آله أورد فيها تسعة عشر حديثاً متحد المضمون غالباً مع ما مرَّ عليك من أحاديث الكافي و فيها بعض الإضافات.

منها: ما رواه عبد الله بن سنان عن بعض أصحابنا عن أبي جعفر عليه السَّلام قال: «إنَّ الله تبارك و تعالی أدب محمدا صَلَّى اللهُ عليه و آله فلما تأدب فوض إليه فقال تبارك و تعالی: مَا آتَاكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ و مَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا فقال: مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ فكان فيما فرض في القرآن، فرائض الصلب و فرض رسول الله صَلَّى اللهُ عليه و آله فرائض الجسد فأجاز الله ذلك» الحديث «١». (و لكنها مرسله).

و منها: ما رواه عبد الله بن سليمان عن أبي جعفر عليه السَّلام قال: «إنَّ الله أدب محمدا صَلَّى اللهُ عليه و آله تأديباً ففوض إليه الأمر و قال: مَا آتَاكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ و مَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا و كان ممَّا أمره الله تعالی في كتابه فرائض الصلب و فرض رسول الله صَلَّى اللهُ عليه و آله للجسد، فأجاز الله ذلك له» (٢) (و هي أيضاً مرسله).

فذلکة الكلام في مسألة التفويض:

و تلخص ممَّا ذكرنا امور:

الأول: إنَّ الذي يظهر من مجموع روايات الباب أنه أعطى النبي صَلَّى اللهُ عليه و آله الولاية على التشريع إجمالاً في موارد خاصة، أعطاه الله ذلك امتحاناً لإطاعة الخلق (أو تعظيماً لمقامه الشريف، و اظهاراً لمرتزته عند الله سبحانه) و ما ورد في روايات الباب امور محدودة معدودة و في اضافة الركعتين الأخيرتين في الصلاة، و سنة النوافل و سنة صوم شهر رمضان، و ثلاثة أيام في كل شهر، و تحريم كل مسكر غير الخمر و كراهة بعض الأشياء و طعمة الجسد، بل و فريضته على رواية، و مقدار دية العين و النفس و ما أشبهها.

و لكن ورد بعضها في الأحاديث الصحاح و بعضها في الضعاف و إثبات جميع ذلك بتلك

(١). بصائر الدرجات، الباب ٥ من الجزء الثامن، باب التفويض، ح ١٦، ص ٣٨٢.

(٢). المصدر السابق، ح ١١، ص ٣٨٠.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٢٦

الأحاديث مشكل، و لكانت المسألة على إجمالها معلومة.

الثاني: إن ذلك لم يكن تفويضا كليا إليه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَمَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ الْمَفُوضَ إِلَيْهِ، تَشْرِيْعًا كَلِيًّا، أَنَّهُ كَثِيرًا مَا كَانَ يَنْتَظِرُ الْوَحْيَ فِي جَوَابِ الْأَسْئَلَةِ عَنِ الْأَحْكَامِ وَشَبْهَهَا، حَتَّى يَنْزِلَ فِي الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ، بَلْ ذَكَرَ هَذِهِ الْأُمُورَ الْمَفُوضَ إِلَيْهِ بِالْخُصُوصِ، وَعَدَّهَا فِي الرِّوَايَاتِ دَلِيلًا عَلَى أَنَّ الْأَصْلَ الْكَلِّيَّ فِي التَّشْرِيْعِ كَانَ مِنْ قَبْلِ اللَّهِ تَعَالَى، وَإِنَّمَا أُذِنَ لِنَبِيِّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ التَّشْرِيْعَ الْجَزْئِيَّ لِمَا كَانَ فِيهِ مِنَ الْمَصْلَحَةِ.

الثالث: هذه الكرامة و المقام الخاص كان باذن الله تعالى و أجازته أولا، و في النهاية أيضا كان بامضائه، فلا ينافي ذلك توحيد الحكم و التشريع الإلهي، و لا يكون دليلا على تعدد الشارع، بل الشارع هو الله تعالى وحده و تشريع النبي الأكرم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ فِي هَذِهِ الْمَوَارِدِ إِنَّمَا هُوَ بِإِذْنِهِ مِنْ قَبْلِ وَ أَجَازَتِهِ مِنْ بَعْدِ، لِبَعْضِ الْمَصَالِحِ الَّتِي عَرَفْتَهَا.

الرابع: إِنَّمَا ثَبِتَ هَذَا الْمَقَامَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ بَعْدَ مَا كَانَ مَسْدُودًا مِنْ عِنْدِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَ مُؤَيِّدًا بِرُوحِ الْقُدُسِ، فَلَا يَزِيغُ وَ لَا يَخْطِئُ، فَمَنْ لَيْسَ كَذَلِكَ لَمْ يَثْبِتْ ذَلِكَ فِي حَقِّهِ قَطْعًا.

الخامس: الْأَثْمَةُ الْمَعْصُومُونَ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ وَ إِنْ كَانُوا مُؤَيِّدِينَ بِرُوحِ الْقُدُسِ، وَ لَا يَصْدُرُ مِنْهُمْ خَطَأٌ وَ لَا زَلَّةٌ، وَ لَكِنْ لِمَا كَمَلَ الدِّينَ وَ تَمَّتِ النِّعْمَةُ بِنَزُولِ الْأَحْكَامِ وَ الْمَعَارِفِ الْإِلَهِيَّةِ كُلِّهَا، وَ مَا تَحْتَاجُ إِلَى الْإِمَامَةِ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ حَتَّى أُرْشَ الْخَدَشُ، لَمْ يَبْقَ مَجَالٌ لِتَشْرِيْعِ حُكْمٍ مِنَ الْأَحْكَامِ مِنْ نَاحِيَتِهِمْ، وَ مَا قَدْ يُوْهِمُ خِلَافَ ذَلِكَ مِنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي جَعْلِ الزَّكَاةِ عَلَى الْخَيْلِ، وَ جَعْلِ بَعْضِ الْخُمْسِ مِنْ أَبِي جَعْفَرِ الْجَوَادِ عَلَيْهِ السَّلَامُ كَانَ مِنَ الْأَحْكَامِ الْإِجْرَائِيَّةِ الْوَلَائِيَّةِ الْمُؤَقَّتَةِ كَمَا سَتَكْتَلِمُ عَلَيْهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى بَعْدَ تَمَامِ هَذَا الْمَقَالِ، فَمَا وَرَدَ فِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ مِنْ تَفْوِيْضِ كُلِّ مَا فُوضَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ إِلَيْهِمْ مِثْلَ مَا ذَكَرَهُ فِي الْبَصَائِرِ عَنْ إِسْمَاعِيلِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ قَالَ: قَالَ لِي جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ كَانَ يَفُوضُ إِلَيْهِ، إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَ تَعَالَى فُوضَ إِلَى سُلَيْمَانَ مَلِكِهِ فَقَالَ: هَذَا عَطَاؤُنَا فَأَمْتُنْ أَوْ أَمْسِكْ بِغَيْرِ حِسَابٍ وَ أَنَّ اللَّهَ فُوضَ إِلَى مُحَمَّدٍ نَبِيِّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ فَقَالَ: مَا آتَاكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَ مَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا» الْحَدِيثُ (١) نَاطِرٌ إِلَى غَيْرِ هَذَا مِنَ الْمَعَانِي الَّتِي مَرَّ ذِكْرُهَا لِلتَّفْوِيْضِ، مِنْ قِبَلِ تَفْوِيْضِ أَمْرٍ

(١). بصائر الدرجات، الباب ٤ من الجزء الثامن، باب التفويض إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ، ح ٩، ص ٣٨٠.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٢٧

الحكومة على الخلق، و الاعطاء و المنع في العلم و المال، أو شبه ذلك، و سنشير إلى روايات تدل على عدم حكمهم بغير الكتاب و السنة فانظر.

السادس: قد عرفت أن للتفويض معان كثيرة، و مجرد ذكره في بعض أحاديث الباب لا يكون دليلا على التفويض في أمر التشريع فلا بد في كل مقام من ملاحظة القرائن الموجودة فيه و لو لم يكن هناك قرينة معينة كان مجملا لا يصلح للاستدلال.

السابع: تحصل من جميع ذلك أنه ليس للفقهاء تشريع في شيء من الأحكام لأمر شتى قد عرفت الإشارة إليها آنفا، من عدم كونه معصوما مؤيدا بروح القدس و كون الشريعة كاملة بعده صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ غَيْرِ ذَلِكَ، مضافا إلى فقدان الدليل عليه، بل هو حافظ لأحكام الشرع و مواريث النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ الْأَثْمَةُ الْمَعْصُومِينَ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ، بَلْ عَلَيْهِ اسْتِنَابُهَا مِنْ أَدْلَتِهَا، ثُمَّ إِجْرَائُهَا وَ انْفِذَائُهَا، وَ لَوْ بَقِيَ لَهُ شَكٌّ فِي شَيْءٍ مِنَ الْأُمُورِ فَعَلِيَّةِ الرَّجُوعِ إِلَى الْأَصُولِ الْعَمَلِيَّةِ وَ الْقَوَاعِدِ الْمَقْرَرَةِ لِلْجَاهِلِ الْحَاصِرَةِ لِمَجَارِيهَا.

و لا شك أن الأحكام الواردة في الشرع بعناوينها الأولى و الثانوية كافة لجميع ما تحتاج إلى الامتثال في أمر الدين و الدنيا، و من عمل بذلك كله و أضاف إليه الأحكام الولائية و الإجرائية فقد وفق لكل خير، و لا يخاف بخسا و لا رهقا، و لا يأتيه مكروه من بين يديه و لا من خلفه.

هذا و يؤيد ما ذكرنا من عدم وجود تشريع للإمام المعصوم فكيف بغيره ما رواه في بصائر الدرجات في باب «إِنَّ الْأَثْمَةَ يُوْفِقُونَ وَ

يسددون في ما لا- يوجد في الكتاب و السنة» و هي خمس روايات كلها دليل على المطلوب، و لكن الظاهر أنّها ترجع إلى روايات ثلاث.

أحدها: ما رواه ربعي بن خثيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت له: يكون شيء لا يكون في الكتاب و السنة؟ قال: لا، قال قلت: فان جاء شيء قال: لا، حتى أعدت عليه مرارا، فقال: لا يجيء، ثم قال باصبغه: بتوفيق و تسديد، ليس حيث تذهب، ليس حيث تذهب» (١).

ثانيها: ما رواه هو بواسطة سورة بن كليب، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: بأي شيء يفتي

(١). بصائر الدرجات، الباب ٦، ج ٨، باب تسديد الأئمة ما لا يوجد في الكتاب و السنة، ج ٢، ص ٣٨٨.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٢٨

الإمام؟ قال: بالكتاب، قلت: فما لم يكن في الكتاب؟ قال: بالسنة، قال: فما لم يكن في الكتاب و السنة؟ قال: ليس شيء إلا في الكتاب و السنة، قال: فكررت مرّة أو اثنتين، قال: يسدد و يوفق، فأما ما تظن فلا» (١).

ثالثها: ما رواه حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سأله سورة و أنا شاهد، فقال:

جعلت فداك، بما يفتي الإمام؟ قال: بالكتاب، قلت: فما لم يكن في الكتاب؟ قال:

بالسنة، قال: فما لم يكن في الكتاب و السنة؟ قال: ليس من شيء إلا في الكتاب و السنة، قال ثم مكث ساعة ثم قال: يوفق و يسدد و ليس كما تظن» (٢).

و المتحصل من جميع ذلك هو عدم وجود حكم لا يوجد حكمه في الكتاب و السنة و عدم وجود تشريع للإمام عليه السلام و أن الله تعالى يوفقه و يسدده كي يستفيد من بطون الكتاب و السنة، و لا يعمل بالقياس و الاستحسان، كما توهمه السائل فتدبر جيدا.

بقي هنا امور:

الأول: قد يقال أنه يستفاد من بعض الروايات الواردة في أبواب الزكاة و الخمس أن للإمام عليه السلام أيضا تشريعا في بعض الأحيان، مثل ما ورد في صحيحه محمد بن مسلم و زرارة عنهما قالوا: وضع أمير المؤمنين عليه السلام على الخيل العتاق الراعية في كل فرس، في كل عام دينارين، و على البرازين ديناراً (٣)، و قد أفتى بمضمونها الأصحاب كما يظهر من مفتاح الكرامة و غيرها. و لكن الانصاف إمكان اندراجه في الأحكام الجزئية الولائية و كونه من باب تطبيق العناوين الثانوية على مصاديقها نظرا إلى وجود نوع ضرورة في ذلك الزمان إلى هذه

(١). بصائر الدرجات، الباب ٦، ج ٨، باب تسديد الأئمة ما لا يوجد في الكتاب و السنة، ح ١، ص ٣٨٧.

(٢). بصائر الدرجات، الباب ٦ من الجزء الثامن، باب تسديد الأئمة ما لا يوجد في الكتاب و السنة، ح ٦، ص ٣٨٨.

(٣). وسائل الشريعة، ج ٦، الباب ١٦ من أبواب ما تجب فيه الزكاة، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٢٩

الأموال، لا- الحكم العام من قبيل سائر ما فيه الزكاة، و يشهد لذلك عدم ذكر النصاب فيها مع أن المعمول في جميع أبواب الزكاة وجود النصاب فيها، من النقدين و الانعام و الغلات، و أن المتعارف في أبوابها كون الزكاة شيئا من المال الزكي، و لا يتقدر بمقدار

معين ثابت من الدنانير، فهذا نوعا من الضرائب التي يجوز للفقهاء أيضا جعلها مؤقتا لبعض الضرورات، ولإقامة نظام المجتمع الإسلامي أو لحرب الأعداء، لا من الأحكام الكلية والتشريعات الدائمة الباقية. سلمنا، ولكنه لا يقاوم ما مرّ من نزول كل ما يحتاج إلى البشر إلى يوم القيامة حتى أرش الخدس بحيث لا يكون هناك فراغ قانوني. وقال في الحدائق: و احتمال بعضهم أنّ هذه الزكاة إنّما هي في أموال المجوس يومئذ جزية أو عوضا عن انتفاعهم لمرعى المسلمين «١».

ولعل ذكر هذا الاحتمال بمناسبة غلبة الاستفادة من الخيول من ناحية المجوس فتأمل. وبالجملة ظاهر هذا الحكم لا يساعد على إثبات تشريع دائمى حتى أنّه يكفى في ذلك احتمال كونه من الأحكام الجزئية الضرورية الولائية، وعلى مدعى كونه حكما كليا دائما إثبات ذلك. هذا مضافا إلى الأحاديث الكثيرة الواردة على نفى الزكاة عن غير التسعة مع أنّ لحن حديث وضع على عليه السلام الزكاة على الخيل هو الوجوب، فراجع الباب الثامن من أبواب ما تجب فيه، تجده شاهد صدق على ما ذكرنا. الثاني: ما ورد في صحيحه على بن مهزيار قال: «كتب إليه أبو جعفر: و قرأت أنا كتابه إليه في طريق مكة قال: إنّ الذى أوجبت في سنتي هذه و هذه سنة عشرين و مأتين فقط لمعنى من المعانى أكره تفسير المعنى كلّ خوفا من الانتشار ... و إنّما أوجبت عليهم الخمس في سنتي هذه في الذهب و الفضة التي قد حال عليهما الحول، و لم أوجب ذلك عليهم في متاع و لا آنية و لا دواب و لا خدم و لا ربح ربحه في تجارة و لا ضيعة، إلّا في ضيعة سافس

(١). الحدائق الناضرة، ج ١٢، ص ١٥٢.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٣٠

لك أمرها، تخفيفا منى عن موالى و منّا منى عليهم» «١».

إشكالات صاحب المعالم على الحديث:

و ذكر صاحب المعالم قدّس سرّه في كتابه منتقى الجمان أنّه يرد على ظاهر الحديث عدّة إشكالات: الأول: ما نصه: «إنّ المعهود و المعروف من أحوال الأئمة عليهم السلام أنّهم خزنة العلم و حفظه الشرع، يحكمون فيه بما استودعهم الرسول صلّى الله عليه و آله و طلعهم عليه، و أنّهم لا يغيرون الأحكام بعد انقطاع الوحي، و انسداد باب النسخ، فكيف يستقيم قوله عليه السلام في هذا الحديث «أوجبت في سنتي و لم أوجب ذلك عليهم في كل عام» إلى غير ذلك من العبارات الدالة على أنّه عليه السلام يحكم في هذا الأمر بما شاء و اختار» «٢».

الثاني: قوله: «و لا أوجب عليهم إلّا الزكاة التي فرضها الله عليهم» ينافيه قوله بعد ذلك «فأمّا الغنائم و الفوائد فهي واجبة عليهم في كل عام».

الثالث: إنّ قوله: «و إنّنا أوجب عليهم الخمس في سنتي هذه من الذهب و الفضة التي قد حال عليها الحول» خلاف المعهود إذ الحول يعتبر في وجوب الزكاة في الذهب و الفضة لا الخمس، و كذا قوله: «و لم أوجب ذلك عليهم في متاع و لا آنية و لا دواب و لا خدم» فان تعلق الخمس بهذه الأشياء غير معروف.

الرابع: إنّ الوجه في الاقتصار على نصف السدس غير ظاهر بعد ما علم من وجوب الخمس في الضياع التي تحصل منها المئونة «٣».

و الانصاف أنّ الإشكالات الواردة على ظاهر الرواية في بدو النظر أكثر من هذا، و ربّما

- (١). وسائل الشيعة، ج ٦، الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه الخمس، ح ٥.
- (٢). نقلناه و ما بعده من الحدائق الناظرة، ج ١٢، ص ٣٥٥ و لعمري هذا شاهد صدق على ما ادعيناه سابقا من كون المعروف عند الشيعة عدم تصدى الإمام للتشريع.
- (٣). منتقى الجمان (مطابقا لنقل الحدائق الناضرة، ج ١٢، ص ٣٥٥).
- أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٣١
- تبلغ سبعا:
- ١- عدم كون الإمام المعصوم عليه السلام شارعا بل حافظا مع أن ظاهرها التشريع.
 - ٢- لا وجه لاشتراط حلول الحول في الخمس فإنه معتبر في الزكوات لا الأحماس.
 - ٣- لا وجه لاستثناء المتاع والآنية و الخدم و شبهها مما يعد من المئونة في خصوص هذا العالم، لعدم تعلق الخمس بهذه الاشياء في كل عام.
 - ٤- منافاة نفى الخمس على الارباح في بعض جمالاته عليه السلام مع إثبات وجوب الخمس في الغنائم و الفوائد في غيرها.
 - ٥- تفسير الغنائم و الفوائد بخصوص الفوائد التي تحصل من طريق الجائزة أو الميراث التي لا يحتسب أو شبهه، مع أن المعروف في تفسير كونها شاملة لجميع الارباح.
 - ٦- الحكم بملكية المال الذي يؤخذ و لا- يعرف له صاحب مع وجوب اداء خمسه، ينافي ما هو المعروف من وجوب التصديق بمجهول المالك.
 - ٧- الحكم بوجوب نصف السدس في الضياع و الغلات أمر لا يعرف له نظير لا في باب الخمس و لا الزكاة.
- و يمكن الجواب عن الجميع: أميا عن الأول، و هو العمدة فيما مر من أنه ليس من قبيل تشريع الحكم، بل من قبيل حكم الحاكم، الراجع إلى تطبيق العناوين الاولى أو الثانوية على مصاديقه، ثم الحكم على وفقها لتنفيذ هذه الحكم في موارد، و كأن المستشكل على الحديث، غفل عن مسألة الأحكام الولائية التي هي أحكام جزئية إجرائية، و من شأن الوالى الفقيه الحكم بها من دون أن تمثل تشريعا جديدا، فلعل بعض الضرورات الناشئة من سفره إلى بغداد أوجبت ذلك، فان المعروف أن المأمون مات سنة ٢١٨ و غصب الخلافة من بعده أخوه المعتصم، و لما استقر عليه أمر الخلافة خاف من سطوة الإمام الجواد عليه السلام في المدينة و دعاه إلى بغداد، و دخل هو عليه السلام بغداد في أواخر محرم ٢٢٠ (العالم المذكور في حديث على بن مهزيار و قد استشهد سلام الله عليه في أواخر هذا العام على يد المعتصم «عليه لعنة الله».
- فهذه الضرورة هي التي أوجبت الحكم بأداء خمس جديد من الذهب و الفضة غير خمس الارباح و الغنائم و شبهها، و غير الزكاة المفروض فيها لبعض الضرورات التي لم
- أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٣٢
- يشرحها الإمام عليه السلام خوفا من الانتشار، و هذا أمر جائز للفقيه، فكيف بالإمام المعصوم عليه السلام و هو من قبيل الأموال التي قد تؤخذ لضرورة الحرب الواقعة بين المسلمين و الكفار أو شبه ذلك.
- و منه يظهر الجواب عن «الإشكال الثاني» فإن اشتراط الحول إنما كان في هذا الحكم الخاص المبتنى على الضرورة لا في كل خمس، و كذا «الإشكال الثالث» المنوط باستثناء المئونة و المتاع، فإنها مستثناء من هذا الحكم الخاص، و كان له عليه السلام أن لا يستثنيه، و بعبارة اخرى: أراد أن يبين أن هذه الامور كما هي مستثناء من الخمس المعمول، مستثناء من هذا القسم الخاص أيضا.
- و أما «الإشكال الرابع» فيجيب عنه بأنه نفى الخمس عن الأرباح في ذلك العالم و أثبتته في موارد خاصة من الفوائد التي صرح فيها،

من المنافع غير المترتبة، فالذي لم يوجب عليه الخمس هو الأرباح المعهودة المترتبة في المكاسب، واما الذي أوجبه فيها فهي المنافع غير المترتبة من دون عمل مستمر.

و أما عن «الخامس» فبأن تفسير الغنائم و الفوائد بخصوص هذه الفوائد الحاصلة من طريق الجائزة و شبهها، فهو و إن كان ينافي بعض ما ورد من تفسير الغنائم بمطلق الفائدة و الافادة يوما بيوم (مثل ما عن الصادق عليه السلام قال في جواب السؤال عن تفسير آية الغنيمه:

«هي و الله الافادة يوما بيوم» (١) إلا أنه يمكن حمله على أنه عليه السلام كان بصدد ذكر بعض المصاديق الواضحة الذي الزم الإمام عليه السلام اداء الخمس منه، في تلك السنة دون مطلق الربح الذي حكم بنفي الوجوب عنه في ذاك العالم (فتأمل جيدا). و أما عن «السادس» فبأن المقام ليس من قبيل مجهول المالك، بل من قبيل الأموال التي تؤخذ من أهل الحرب، بقريته قوله «يؤخذ» و لا يوجد له صاحب، و بقريته ما ذكر قبله و بعده من هذه الأموال، و لا أقل من حمله على ما ذكرنا عند الجمع بين الرواية و غيرها مما دلّ على وجوب التصديق بمجهول المالك.

(١). وسائل الشيعة، ج ٦، الباب ٨ من أبواب ما يجب فيه الخمس، ح ٤.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٣٣

و أمّا عن «السابع» فبأن جميع الخمس للإمام عليه السلام كما هو الحق، و له أن يبيح جميعه أو بعضه لشيعته أحيانا، فقد أباح هنا لشيعته من الضياع و الغلات ما زاد عن نصف السدس، و لعل هذه الاباحة كانت بسبب ما يغتال السلطان من أموالهم، كما اشير في الحديث، فكانوا يأخذون منهم العشر، و الإمام عليه السلام أمر بنصف السدس و هو أقل من العشر بقليل و المجموع يكون قريبا من الخمس الواجب عليهم.

هذا و لكن الانصاف أن بعض هذه الأجوبة لا يخلو عن تكلف، و لكن لا محيص عنها عند إرادة الجمع بين هذا الحديث و بين غيره من الأحاديث، و اشكل من الجميع الأخير، لعدم معرفيته عنوان نصف السدس في هذه الأبواب، نعم في رواية ابراهيم بن محمد الهمداني عن أبي الحسن (الهادي) عليه السلام إشارة إلى أن «يجاب نصف السدس كان من أبيه الإمام الجواد عليه السلام على أصحاب الضياع بعد مؤنتهم و بعد خراج السلطان» (١).

و للرواية طريقان: أحدهما مصحح، و هو ما رواه في الكافي.

و الذي يسهل الخطب أنه لا يتفاوت فيما نحن بصدده من مسألة التفويض، فان العمدة فيه هو ايجاب الإمام عليه السلام الخمس في بعض الأموال هنا في سنة معينة، و قد عرفت أنه ليس من التشريع في شيء و إنما هو من قبيل حكم الحاكم كما عرفت.

حديث التفويض إلى الأئمة عليهم السلام

قد ورد في غير واحد من الروايات أن ما فوّض الله إلى رسوله فقد فوضه إلى الأئمة عليه السلام، مثل ما رواه محمد بن الحسن الميثمي عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سمعتة يقول: إن الله أدب رسوله صلى الله عليه و آله حتى قومه على ما أراد ثم فوّض إليه، فقال: مَا آتَاكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا فَمَا فَوَّضَ اللَّهُ إِلَى رَسُولِهِ فَقَدْ فَوَّضَهُ إِلَيْنَا» (٢).

و ما رواه موسى بن أشيم قال: «دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فسألته عن مسئلة فاجبني،

(١). بصائر الدرجات الباب ٥ من الجزء الثامن، باب التفويض إلى الأئمة، ح ١، ص ٣٨٣.

(٢). المصدر السابق، ح ١، ص ٣٨٣.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٣٤

فبينما أنا جالس إذ جاءه رجل فسأله عنها بعينها، فأجابه بخلاف ما أجبني ... فقال يا بن أشيم إن الله فوض إلى داود عليه السّلام أمر ملكه ... فوض إلى الأئمة منا وإلينا ما فوض إلى محمد صلى الله عليه وآله فلا تجزع» (١).

وما رواه حمزة الثمالي قال: «سمعت أبا جعفر عليه السّلام يقول: من أحلنا له شيئا أصابه من أعمال الظالمين فهو له حلال، لأن الأئمة منا مفوض إليهم، فما أحلوا فهو حلال وما حرموا فهو حرام» (٢).

وما رواه حسن بن زياد عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: «سمعتة يقول: إن الله أدب رسوله حتى قومه على ما أراد ثم فوض إليه فقال ما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا فما فوض إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فوض إلينا» (٣).

وما رواه مولى ابن هبيرة قال: «قال أبو عبد الله عليه السّلام إذا رأيت القائم اعطى رجلا مائة ألف، واعطى آخر درهما، فلا يكبر في صدرك، وفي رواية أخرى فلا يكبر ذلك في صدرك، فإن الأمر مفوض إليه!» (٤).

وما رواه عبد الله بن سليمان عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: «سألته عن الإمام فوض الله كما فوض إلى سليمان؟ فقال نعم، وذلك إن رجلا سأله عن مسألة فأجابه فيها، وسأله آخر عن تلك المسألة فأجابه بغير جواب الأول: ثم سأله آخر من تلك المسألة فأجابه بغير

جواب الأولين، ثم قال: هذا عطاؤنا فامسك أو اعط بغير حساب ...

قال: قلت أصلحك الله فحين أجابهم بهذا الجواب يعرفهم الإمام فقال: سبحان الله أما تسمع قول الله يقول في كتابه، إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّلْمُتَوَسِّمِينَ وَ هُمُ الْأَئِمَّةُ» (٥).

ولكن شيء من هذه الأحاديث لا دلالة له على التفويض في أمر التشريع: أما الأول فإنه

(١). بصائر الدرجات الباب ٥ من الجزء الثامن، باب التفويض إلى الأئمة، ح ٢، ص ٣٨٣.

(٢). المصدر السابق، ح ٣، ص ٣٨٤.

(٣). المصدر السابق، ح ٦، ص ٣٨٥.

(٤). المصدر السابق، ح ١٠.

(٥). المصدر السابق، ح ١٣.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٣٥

مناسب لتفويض الحكومة لقوله عليه السّلام «قومه على ما اراد» ولا أقل من الإجمال.

وأما «الثاني» فإنه كالصريح في التفويض بمعنى الاعطاء والمنع في خصوص العلوم والمعارف و «الثالث» كذلك في خصوص

الاعطاء من بيت المال أو غيره، و «الرابع» شبيه ما ورد الأول بعينه، و «الخامس» أيضا كالصريح في الاعطاء والمنع و «السادس» أيضا

كذلك في خصوص العلوم، وهكذا غيرها مما ذكره صاحب بصائر الدرجات في هذا الباب، وبالجملة لم نجد حديثا يدل على

تفويض الأمر في التشريع إلى الأئمة الهادين، ولم يعرف منهم ذلك، بل كانوا حفظة للشرع المبين هذا أولا.

ثانيا: سلمنا ثبوت هذا الحق لهم عليهم السّلام، ولكنه من حيث العمل منتف باتتفاء موضوعه، بعد ما عرفت من إكمال الدين و تمام

النعمة، و عدم بقاء الفراغ القانوني و عدم وجود فراغ في الفقه الإسلامي، بأوفى البيان.

ثالثا: سلمنا ثبوت ذلك للإمام المعصوم عليه السّلام المسدد المؤيد بروح القدس، الموفق من عند الله، كما وقع التصريح به في بعض

ما مر عليك، ولكن لا دخل له بالفقيه غير المعصوم كما هو واضح.

الجواب عن مغالطة في المقام

وهنا مغالطة واضحة توجد في كلمات بعض من يميل إلى تفويض التشريع إلى الفقيه، وهي أن كمال الدين يحصل بتفويض الأمر إلى الفقيه، فإذا كان هذا التفويض من أحكام الدين فكان الله اكمل دينه بهذه الطريقة، أي بتفويض جعل الأحكام إلى الفقهاء! أقول: وهذا من اعجب ما ذكر في المقام ويرد عليه:

«أولاً»: لأن معنى إكمال الدين تشريع قوانينه، لا تعيين من يكمله في كل عصر، فهل ترى من نفسك إذا انتخب الوكلاء والممثلون من ناحية الشعب لتدوين القانون الأساسي أو القوانين الاخر أن تقول: إن القوانين قد كملت، ولم يبق هناك فراغ، لأن الوكلاء انتخبوا، اللهم إلا على سبيل المجاز، ومن أوضح ما يدل على ما ذكرنا قول مولانا أمير المؤمنين عليه السلام أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٣٦

في نهج البلاغة في رد القول بجواز التشريع للفقهاء: «أم انزل الله ديننا ناقصا فاستعان بهم على اتمامه؟ أم كانوا شركاء له، فلمهم ان يقولوا و عليه أن يرضى؟ و لعمري أنه يستفاد من هذا البيان أن هذا القول من أنواع الشرك لقوله «شركاء له»، نعم هو شرك في تقنين القوانين الإلهية، فتدبر جيدا.

«ثانياً»: قد ورد التصريح في الروايات الكثيرة التي مر ذكرها أن تفاصيل الأحكام قد شرعت في عصر النبي صلى الله عليه وآله حتى ارش الخدش، وأنها كانت عند الأئمة الهادين في كتاب يسمى جامعه أو غيرها، ومع هذا التصريح لا يبقى لهذا الكلام مجال، وكذا ما ورد في الروايات المتظافرة أن كل ما يجرى من الأحكام على لسان الأئمة المعصومين عليهم السلام فهو رواية عن رسول الله صلى الله عليه وآله (وقد مر ذكر جميع ذلك آنفا).

«ثالثاً»: كيف يتصدى الفقيه لتشريع الأحكام الكلية؟ وفي أي موضع؟ في ما لا نص فيه؟

وقد عرفت أنه ليس هناك ما لا نص فيه؟ أم في ما هو فيه نص؟ كما قد يتفوه به بعض من لا خبرة له.

فان كان المراد ذلك فمعناه أن تشريع الفقيه - معاذ الله - مقدم على تشريعات الله تعالى، و حينئذ أي فائدة في ارسال الكتب السماوية و بعث الرسل بعد كون الفقيه ذا رأى مقدّم عليها و صاحب علم بالمصالح و المفاسد أرجح منها؟ و لا نظن بأحد من العلماء التفوه بهذا المقال الباطل الفاسد.

التفويض في أمر الخلق

ولا أشكال أيضا في بطلانه، إذا كان المراد، التفويض الكلي، بمعنى أن الله خلق رسول الله صلى الله عليه وآله والأئمة المعصومين عليهم السلام و جعل أمر خلق العالم و نظامه و تدبيره اليهم، فإنه نوع شرك. و مخالف لآيات القرآن المجيد الظاهرة بل الصريحة في أن أمر الخلق و الرزق و الربوبية و تدبير العالم بيد الله تعالى لا غيره.

نعم يظهر من بعض كلمات العلماء المجلسي قدس سره معنى آخر للتفويض الكلي، و هو جريان

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٣٧

مشية الله على الخلق و الرزق مقارنة لإرادتهم و مشيتهم، و أنه لا يمنع العقل من ذلك، و لكن صرح بأن ظاهر الأخبار بل صريحها ذلك، و لا أقل من أن القول به قول بما لا يعلم.

قلت: بل ظاهر الآيات القرآنية مخالف له أيضا، و أن أمر الخلق و الرزق و الاماتة و الاحياء بيد الله و مشيته لا غير.

نعم ورد في بعض الروايات الضعيفة مثل خطبة البيان التي نقلها المحقق القمي قدس سره في جامع الشتات مع الطعن فيه، أن أمر بيد

الأئمة عليهم السلام أو بيد أمير المؤمنين على عليه السلام «١»، لكنه ضعيف جدًا مخالف لكتاب الله عزّ وجل. ولكن ظاهره المعنى الأول الذي لا يمكن القول به، ولا يوافق الكتاب ولا السنة، بل قد عرفت أنه نوع من الشرك أعادنا الله تعالى منه، قال الله تعالى: **أَمْ جَعَلُوا لِلَّهِ شُرَكَاءَ خَلَقُوا كَخَلْقِهِ فَتَشَابَهُ الْخَلْقُ عَلَيْهِمْ قُلِ اللَّهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ وَهُوَ الْوَاحِدُ الْقَهَّارُ** «٢». وإن كان ولا بد من توجيهها فليحمل على العلة الغائية، مثل «لولاك لما خلقت الافلاك» و«بيمينه رزق الورى» فتدبر جيدا. وأما «التفويض الجزئى» فى أمر المعجزات والكرامات إليهم، كشق القمر و احياء بعض الموتى بأيديهم و شبه ذلك فهو ممّا لا مانع منه عقلا و نقلا، و إصرار البعض على كون هذا أيضا من قبيل الدعاء و الطلب من الله بأن يخلق كذا عند دعائهم ممّا لا وجه له، بعد ظهور قوله تعالى: **وَإِذْ تُخْرِجُ الْمَوْتَى يَأْذِنُ** «٣» فى كون المحيى هو المسيح عليه السلام و لكنه بأذن من الله و تأييد منه تعالى. و لنختم الكلام ببعض الروايات الواردة فى المقام و كلمات أعظم المذهب ممّا يؤكد ما ذكرنا فى هذه المسألة، أى نفى التفويض فى أمر الخلق.

قال الصدوق قدس سره فى رساله اعتقاد: «اعتقادنا فى الغلاة و المفوضة أنهم كفار بالله جل

(١). جامع الشتات، ذكره فى عداد المسائل المتفرقة من ج الثانى.

(٢). سورة الرعد، الآية ١٦.

(٣). سورة المائدة، الآية ١١٠.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٣٨

جلاله، و أنهم شرّ من اليهود و النصارى و المجوس و القدرية و الحرورية ... إلى قوله كفارا» «١».

و نقل العلامة المجلسى قدس سره فى مرآة العقول عن زرارة أنه قال: «قلت للصادق عليه السلام: إن رجلا من ولد عبد الله بن سنان يقول بالتفويض فقال: و ما التفويض؟ قلت: إن الله تبارك و تعالى خلق محمدا صلى الله عليه و آله و عليا عليه السلام ففوض إليهما، فخلقا و رزقا و أماتا و أحياء. فقال عليه السلام:

كذب عدو الله إذا انصرفت إليه فاتل عليه هذه الآية من سورة الرعد **أَمْ جَعَلُوا لِلَّهِ شُرَكَاءَ خَلَقُوا كَخَلْقِهِ فَتَشَابَهُ الْخَلْقُ عَلَيْهِمْ قُلِ اللَّهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ وَهُوَ الْوَاحِدُ الْقَهَّارُ** فانصرفت إلى الرجل فأخبرته فكأننى ألقمته حجرا، أو قال فكأنما خرس» «٢».

المقام السابع: الولاية على الأموال و الانفس و حدودها

إشارة

ولا بد من ملاحظة مقام النبى صلى الله عليه و آله و الأئمة عليهم السلام فى ذلك، ثم التكلم فى حال الفقهاء، فنقول و منه سبحانه نستمد التوفيق و الهداية:

قال الله تعالى: **النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَ أَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَ الْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَيْهِ أُولِيَّكُمْ مَعْرُوفًا كَانَ ذَلِكَ فِي الْكِتَابِ مَسْطُورًا** «٣».

و هذا هو العمدة فى المقام و الآية مشتملة على أحكام ثلاثة:

أحدها: أولوية النبى صلى الله عليه و آله بالمؤمنين من أنفسهم.

ثانيها: كون أزواجه صلى الله عليه و آله بمنزلة الامهات فى حرمة النكاح، فقط، دون غيره من الأحكام كجواز النظر و الارث و حرمة

تزويج بناتهن للمؤمنين، و الظاهر أنه لم ينقل من أحد من علماء الإسلام أثر لهذه الامومة غير ما ذكرنا. ثالثها: كون اولى الأرحام بعضهم أولى ببعض من غير الأرحام.

(١). مرآة العقول، ج ٣، ص ١٤٦.

(٢). المصدر السابق.

(٣). سورة الاحزاب، الآية ٦.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٣٩

و ذلك أنه كان الارث فى أول الأمر بين المؤمنين بالهجرة و المؤاخاة فى الدين، فنسخت الآية هذا الحكم، و جعل اولى الأرحام بعضهم بالنسبة إلى البعض أولى من غيرهم، فصار الارث بالقرابة و الرحم.

و مما ذكر يظهر أن ما هو المعروف فى الأذهان من أن الآية ناضرة إلى طبقات الارث، و أن الأقرب أولى من الأبعد غير صحيح، فإنه مبنى على أن يكون «الباء» فى قوله تعالى: «أولى ببعض» بمعنى «من» حتى يكون المعنى: بعضهم أولى من بعضهم مع أن المفضل عليه مذكور فى نفس الآية مع «من»، و هو قوله «من المؤمنين و المهاجرين» فأولو الأرحام أولى من غيرهم، فليكن هذا على ذكر منك و نرجع إلى البحث عن الحكم الأول.

ذكر غير واحد من المفسرين أن الآية نزلت عند ما أراد النبى صلى الله عليه و آله غزوة تبوك و أمر الناس بالخروج، و قال ناس نشاور آبائنا و امهاتنا، فنزلت (الآية) و اكدت لهم أن اتباع أمره صلى الله عليه و آله مقدم على غيره مطلقا ذكره فى «روح البيان» «١». و قريب منه فى «مجمع البيان» إلا أن فيه «نستأذن آبائنا و امهاتنا» «٢».

و قد ذكر فى المجمع فى معنى هذه الجملة من الآية اقوالا:

«أحدها» إنه أحق بتدبيرهم، و حكمه أنفذ عليهم من حكمهم على أنفسهم.

«ثانيها» أن طاعته أولى من طاعة أنفسهم و ما يميلون إليه.

«ثالثها» أن حكمه أنفذ عليهم من حكم بعضهم على بعض.

و هى متقاربة المضمون و تتحد فى النتيجة، و حاصلها وجوب اطاعته صلى الله عليه و آله فى هذه الامور و ما يرتبط بمصالح المسلمين.

و هناك معنى رابع يستفاد من غير واحد من الروايات، مثل ما رواه فى «تفسير القرطبي»:

«أنه صلى الله عليه و آله كان لا يصلى على ميت عليه دين، فلما فتح الله عليه الفتح قال أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن توفى و عليه دين فعلى قضاؤه، و من ترك مالا فلورثته، اخرج الصريحان،

(١). تفسير روح البيان، ج ٧، ص ١٣٨.

(٢). المصدر السابق، ج ٨، ص ٣٣٨.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٤٠

و فيهما أيضا: فأيتكم ترك ديناً أو ضياعاً فأنا مولاها» «١».

و ما رواه فى تفسير «البحر المحيط» عنه صلى الله عليه و آله: «ما من مؤمن إلا و أنا أولى به فى الدنيا و الآخرة، و اقرءوا إن شئتم النبى أولى بالمؤمنين من أنفسهم فأيتكم ترك مالا فليرثه عصبته، من كانوا، و إن ترك ديناً (و ضياعاً) فعلى» «٢».

و فى الوسائل فى باب ضمان و لاء الجريرة كان رسول الله صلى الله عليه و آله يقول «أنا أولى بكل مؤمن من نفسه، و من ترك مالا

فللوارث، و من ترك ديناً أو ضياعاً فالى و على» (٣).

و (قد ادعى تواتر الحديث عند أهل السنة).

و على هذا يكون معناه: أولى بهم من أنفسهم فى أداء ديونهم و ضياعهم (٤).

و هنا معنى «خامس» و هو أن الآية مطلقة من جميع الجهات، فهو أولى بالمؤمنين من أنفسهم فى كل أمر من أمور الدين و الدنيا، كما ذكره غير واحد من المفسرين، منهم مؤلف «روح البيان» حيث قال: «و المعنى أن النبى صلى الله عليه و آله أخرى و أجدر بالمؤمنين من أنفسهم فى كل أمر من أمور الدين و الدنيا كما يشهد به الاطلاق» (٥).

و كما يشهد به صدر الحديث المروى عنه صلى الله عليه و آله فى تفسير القرطبي و قد مضى، و يقرب منه ما فى تفسير «الميزان» حيث قال: «النبى أولى بهم فيما يتعلق بالأمور الدنيوية أو الدينية، كل ذلك لمكان الاطلاق» (٦).

و لا شك أن لفظ الامة مطلقة شاملة لأى نوع من الولايات، و لكن الكلام فى امور:

أولاً: فى أنه هل هى ناظرة إلى العموم فى كل ما يكون له صلة بتدبير المجتمع و ما فيه نظام الدين و الدنيا، أو هى شاملة حتى لماله صلة بأمر الفرد؟

ثانياً: على تقدير العموم هل هى منصرفه إلى ما فيه صلاح الفرد، أو تعم و لو لم يكن فيه

(١). تفسير القرطبي، ج ٨، ص ٥٢٠٣.

(٢). تفسير بحر المحيط، ج ٧، ص ٢١٧.

(٣). وسائل الشيعة، ج ١٧، أبواب ولاء ضمان الجريرة الباب ٣، ح ١٤.

(٤). الظاهر المراد من الضياع (بالفتح) فى، الحديث هو «الايتم».

(٥). تفسير روح البيان، ج ١٦، ص ١٣٨.

(٦). تفسير الميزان، ج ١٦، ص ٢٩١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٤١

صلاحه بل كان ضرره بحيث يجوز له صلى الله عليه و آله الإضرار بأى مؤمن لصلاح نفسه صلى الله عليه و آله لا لصلاح المجتمع؟ الانصاف قوة انصراف الآية من الجهتين: من جهة اختصاصها بأمر المجتمع، و من جهة تقيدها بالمصالح، فلا شك أن رسول الله صلى الله عليه و آله لم يكن يقدم على ما لم يكن فيه مصالح الامة و لا يقدم مصلحته بما أنه شخص على مصالحهم، إنما كلام فى أنه هل اللفظ مطلق من هذه الجهة أولاً؟ و هل هى فى مقام البيان أو ليس فى مقامه من هذه الناحية؟ و مما يؤيد الانصراف، الروايات الكثيرة التى ادعى تواترها من طريق العامة و الخاصة و قد مر ذكرها مما ورد فى شأن نزولها و غير ذلك.

ثم أنه لو قلنا بثبوت ذلك له صلى الله عليه و آله بمقتضى هذه الآية أو أدلة أخرى، و ثبوته لخلفائه المعصومين و الأئمة الهادين عليهم السلام و لكن اثباته للفقهاء، دونه خرط القتاد، لما عرفت من أن غاية ما يدل على ولاية الفقيه هو الأخذ بالقدر المتيقن فى أمر الحكومة على الناس، و من الواضح أنه لا يدل إلّا على التصرفات التى ليس لها صلة بهذا الأمر و لا بد أن تكون تحت العناوين الاولى أو الثانوية من أحكام الشرع، فيصح له التصرفات فى الأموال إذا كان بعنوان الزكاة و الخمس أو دعت الضرورة إلى أخذها زائدة على الزكوات و الاخماس لحفظ بيضة الإسلام فى مقابل الكفار أو غير ذلك من أشباهه، و كذا يصح له الحكم بالقصاص و إجراء الحدود، و الأمر بنفر الناس إلى ميادين الجهاد و غير ذلك، مما يعد تصرفاً فى الأموال و الأنفس، و أما أن يؤخذ أموال الناس، لمصلحة الشخصية، أو يطلق امرأته، أو يقتل مؤمناً متعمداً من غير انطباق عنوان شرعى عليه فلا، و ينبغى أن يكون هذا من الواضحات التى لا ريب فيها و لا شبهة تعترتها.

ومن الجدير بالذكر أنا لم نسمع في رواية ولم نر في تاريخ، أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ أَخَذَ النَّاسَ بِالْوَلَايَةِ عَلَى الْأَمْوَالِ وَالنَّفُوسِ فِي غَيْرِ مَا يَرْتَبِطُ بِنِظَامِ الْمَجْتَمَعِ وَالْحُكُومَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ، وَفِي غَيْرِ نِطَاقِ أَحْكَامِ الشَّرْعِ، بَلْ وَلا بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْأُئِمَّةِ الْمَعْصُومِينَ صَلَوَاتِ اللَّهِ عَلَيْهِمْ أَجْمَعِينَ.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٤٢

كيف تكون الأرض كلها للإمام عليه السلام:

بقي هنا شيء: وهو أنه ورد في روايات كثيرة أن الأرض كلها لله ولرسوله وللأئمة المعصومين عليهم السلام أو شبه ذلك من التعابير.

وقد عقد له في أصول الكافي بابا أورد فيها ثمانية روايات، وهي تنقسم إلى ثلاث طوائف:

الطائفة الأولى: ما لا يدل على أكثر من ملك الأنفال للإمام عليه السلام.

مثل ما رواه هشام بن سالم عن أبي خالد الكابلي عن أبي جعفر عليه السلام قال: «وجدنا في كتاب علي عليه السلام إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَالْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ أَنَا وَأَهْلُ بَيْتِي الَّذِينَ أَوْرَثَنَا اللَّهُ الْأَرْضَ، وَنَحْنُ الْمَتَّقُونَ، وَالْأَرْضُ كُلُّهَا لَنَا، فَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مِنَ الْمُسْلِمِينَ فليعمرها وليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيتي» (١).

و أبو خالد الكابلي اثنان «كبير» و «صغير» والأول ممدوح غاية المدح، كان من حوارى علي بن الحسين عليه السلام و الثاني غير معروف، و حيث يدور الأمر بينهما أو يكون الأظهر هو الثاني يشكل الاعتماد على سند الحديث.

و مدلول الرواية بقربنة ذيلها هو مالكية الإمام بالنسبة إلى الأنفال، و هو غير ما نحن بصدده.

و ما رواه عمر بن يزيد في الصحيح قال: «رأيت مسمعا (و هو أبو سيار) بالمدينة و قد كان حمل إلى أبي عبد الله عليه السلام تلك السنة مالا فردّه أبو عبد الله عليه السلام فقلت له: لم ردّ عليك أبو عبد الله المال الذي حملته إليه، ...؟ فقال: أو ما لنا من الأرض و ما أخرج الله منها إلا الخمس يا أبا سيار؟ أن الأرض كلها لنا فما أخرج الله منها من شيء فهو لنا» (٢).

و هو أيضا ناظر إلى الأنفال فلا دخل له بما نحن بصدده.

الطائفة الثانية: ما دلّ على ملك جميع الأراضي له أعم من الأنفال و غيره.

مثل ما رواه يونس بن ظبيان أو المعلى ابن خنيس قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام ما لكم

(١). الاصول من الكافي، ج ٧١، باب أن الأرض كلها للإمام، ص ٤٠٧، ح ١.

(٢). المصدر السابق، ص ٤٠٨، ح ٣.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٤٣

من هذه الأرض؟ فتبسم، ثم قال: إن الله تبارك و تعالی بعث جبرئيل عليه السلام و أمره إن يخرق بإبهامه ثمانية أنهار في الأرض، منها سيحان و جيحان و هو نهر بلخ و الخنوع، و هو نهر الشاش، و مهران و هو نهر الهند، و نيل مصر، و دجلة، و الفرات فما سقت أو استقت فهو لنا» (١).

و هو يدل على ملكية جميع الأراضي لهم، و لكن قوله فما سقت أو استقت الذي بمنزلة التعليل و النتيجة غير واضح المعنى، فان قوله «فما سقت» إشارة إلى الأرض التي سقتها هذه الأنهار، و ما استقت لعله إشارة إلى البحار التي تسقى هذه الأنهار منها، و لكن مجرد هذا أعنى ملكية هذه المياه ليست دليلا على ملكية الأراضي و البحار، نعم هو سبب لأجرة المثل للمياه فقط.

الطائفة الثالثة: ما دلّ على أنّ الدنيا كلها لهم، و هي عدة روايات:

منها: ما رواه محمد بن الريان عن العسكري عليه السلام قال: «جعلت فداك روى لنا أن أن ليس لرسول الله صلى الله عليه وآله من الدنيا إلّا الخمس، فجاء الجواب: إنّ الدنيا و ما عليها لرسول الله صلى الله عليه وآله» (٢).

و هو أيضا ضعيف سندا و لكن دلالاته من أوضح الدلالات على ملكية جميع الدنيا لرسول الله صلى الله عليه وآله و الظاهر ملكية الأئمة عليهم السلام أيضا من بعده صلى الله عليه وآله لاتحاد الملاك.

و منها: ما رواه عمرو بن شمر عن جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله خلق الله آدم و أقطعه الدنيا قطيعة، فما كان لآدم عليه السلام فلرسول الله صلى الله عليه وآله و ما كان لرسول الله صلى الله عليه وآله فهو للأئمة من آل محمد صلى الله عليه وآله» (٣) و هو أيضا ضعيف سندا و لكن دلالاته واضحة.

و منها: ما رواه محمد بن عبد الله عن ابن عباس قال: «الدنيا و ما فيها لله تبارك و تعالى و لرسوله و لنا، فمن غلب على شيء منها فليقتل الله، و ليؤد حق الله تبارك و تعالى، و ليبر اخوانه، فان لم يفعل ذلك فالله و رسوله و نحن برآء منه» (٤).

(١). الاصول من الكافي، ج ٧١، باب أن الأرض كلها للإمام، ص ٤٠٩، ح ٥.

(٢). المصدر السابق، ح ٦.

(٣). المصدر السابق، ح ٧.

(٤). المصدر السابق، ص ٤٠٨، ح ٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٤٤

و منها: ما رواه ابو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت له: أما على الإمام زكاة فقال:

أحلت يا أبا محمد! أما علمت أنّ الدنيا و الآخرة للإمام يضعها حيث يشاء و يدفعها إلى من يشاء» (١) الحديث.

و الذى يتحصل من جميع هذه الأحاديث بعد ضم بعضها إلى بعض، و تأييد بعضها للبعض سندا و دلالة، كون العالم لله تعالى و بعده لرسوله صلى الله عليه وآله و بعده للأئمة الهادين عليهم السلام يضعونها حيث شاءوا.

و لازم ذلك عدم ملكية الناس لهذه الأموال كلها بل كونها كالأمانة و الوديعة فى أيديهم، يتصرفون فيها باذن مالكةا الحقيقي.

هذا من جهة، و من جهة اخرى هناك أحكام كثيرة فقهية لا تصح إلّا بكون الناس مالكين لهذه الأموال التى بأيديهم، كقوله صلى الله عليه وآله: «الناس مسطون على أموالهم» أو جواز «البيع» و «العق» و «الهبة» و «الوقف» و «الوصية» باجماع علماء الإسلام بل الضرورة، مع أنه لا تصح شىء منها إلّا بملكك، و ما ورد من التعبيرات الكثيرة بعنوان الملكية فى الأخبار و الآثار و الآيات الكريمة القرآنية التى لا تحصى كثرة.

و كذلك ظاهر قوله تعالى: «فله خمس» الذى يفهم منها كون الباقي لهم، و قوله تعالى:

خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ... الظاهر فى كون ما عدا الزكاة لهم.

و قوله تعالى: قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ... و قوله تعالى: مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى... الظاهر فى كون الباقي للناس أنفسهم.

و كذلك الروايات المتواترة الواردة فى أبواب الأنفال و الأخماس و أبواب الحيازة و غيرها، كالصريح فى حصول الملكية للناس.

و طريق الجمع بينهما من وجهين:

أحدهما: أن يقال بالملكية الطولية التشريعية بأن يكون المالك التشريعى لجميع هذه إلّا ملاك هو الله تعالى، ثم رسول الله صلى الله

عليه و آله حيا أو حيا و بعد وفاته أيضا، لإمكان اعتبار الملك

(١). الاصول من الكافي، ج ٧١، باب أن الأرض كلها للإمام، ص ٤٠٩، ح ٤.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٤٥

له صَلَّى اللهُ عليه وآله بل وغيره ولو بعد الوفاة، كما ذكرنا في محله، ثم للأئمة الهادين المعصومين عليهم السّلام ثم لمن يملكها من طريق مشروع من الحيازة أو الاحياء أو الارث أو العمل، وما أشبه ذلك، وما منافاة بين تعدد المالك مع وحدة الملك بلا شركة ولا اشاعة، إذا كان الملك طوليا وإن هو إلّا نظير ملك العبد وملك المولى له و لما في يده (على ما هو المعروف).
و الملكية التشريعية أمر اعتباري و الاعتبار خفيف المثونة، نعم لا يتصور ملكية شيء بتمامه لاثنين في عرض واحد، لأن مفهوم كل من الاعتبارين يضاد الآخر كما هو ظاهر.

و على كل حال لا- مانع من إجراء أحكام الملكية من ناحية من كان في المرتبة الأخيرة، كما يجوز ترتيب آثارها من ناحية المقام الأعلى، و هذا كملك المولى و العبد كما عرفت.

و يدل عليه ما ورد في رواية أبي خالد الكابلي و عمر بن يزيد (و قد مرّ ذكرهما) من ترتيب الآثار الشرعية على ملك الإمام عليه السلام للأرض، اللهم إلّا أن يقال إنهما ناظران إلى الأنفال كما مرّ، و هي غير ما نحن فيه.

و ما في حديث «أبي بصير» و ظاهر رواية «محمد بن الريان» كما لا يخفى على الناظر فيهما.

و ممّا يدل على عدم التضاد بين هذين النحويين من الملك، أن ظاهر الروايات ثبوت الملك لله و لرسوله و للأئمة في زمن واحد، فليس مالكية الأئمة بمعنى سلب الملكية عن رسول الله صَلَّى اللهُ عليه وآله و لا مالكية رسوله صَلَّى اللهُ عليه وآله بمعنى سلبها عن الله تعالى، فكلهم مالكون على نحو طولى، فلها مراتب اربع كل واحد في طول الآخر فراجع حديث أحمد بن محمد (الحديث ٢) بل لعل قول تعالى: وَ أَنْفَقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ «١» أيضا ناظر إليه.

هذا و لكن الظاهر أن سيرتهم عليهم السّلام قد استقرت على عدم الانتفاع بهذا النوع من الملكية، و لذا لم ينقل من رسول الله صَلَّى اللهُ عليه وآله و لا من الأئمة الهادين الذين هم أوصيائه و خلفائه عليهم السّلام أخذ شيء من أموال الناس بغير الطريق المعهودة في الفقه استنادا إلى أنهم مالكون لها، كما هو ظاهر لمن راجع سيرتهم.

ثانيها: حملها على الملكية و الولاية التكوينية، فإنّ الله له الولاية على جميع الخلق، لأنّه

(١). سورة الحديد، الآية ٧.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٤٦

خالقهم و له ولاية تشريعية يتبعها، بل هو فوق التشريع كما لا يخفى، و أمّا أولياؤه المعصومون عليهم السلام فلهم أيضا ولاية تكوينية في أبواب المعجزات و الكرامات بل و غيرها، لأنهم غاية الخلقة (فان غاية الخلقة، الإنسان الكامل، و هم أتم مصاديقه) فالله ولى لأنّه العلة الفاعلية، لأنهم علل غائية، و حينئذ لا يكون لهذه الأخبار دخل بما نحن بصدده بل هي ناظرة إلى ملكية، فوق الملكية الفقهية.
هذا و لكن هذا التوجيه لا يساعد عليه بعض هذه الأخبار ممّا صرح فيها بجواز أنواع التصرفات تشريعا، اللهم إلّا أن يقال: إن هذا القسم أخبار آحاد ضعاف، فتأمل.

و على كل حال لا- دليل على ثبوت هذا المقام- على القول به- للفقهاء (رفع الله رأيهم و اعلى الله درجاتهم) لعدم قيام دليل عليه مطلقا، بل الدليل إنّما قام في خصوص إقامة الحكومة الإسلامية مع شرائطها لا- غير، كما عرفت مبسوطا، و الله الهادي إلى سواء السبيل.

بقي هنا شيء:

قد ثبت مما ذكرنا بحمد الله ولاية الفقيه على أمر الحكومة إذا استكمل فيه شرائطها ومقدماتها وحدودها، ولكن يبقى السؤال في أن هذا الحكم عام لجميعهم أو خاص لبعضهم؟ وكيف يكون طريق الاختيار عند التشاح أو التعيين لو كان هناك ملاك للتعيين؟ والاحتمالات هنا ثلاثة:

الأول: إنها ثابتة لهم بعنوان العام الأفرادى الاستغراقى، فكل واحد له هذا الحق بالفعل، ولا يتوقف فعليته على أمر آخر وراء كونه فقيها جامعاً للشرائط.

الثانى: إنها ثابتة لهم بالفعل بعنوان العام المجموعى، فالمجموع من حيث المجموع لهم هذا الحق، فلا بد من التشاور والتعاقد من الجميع.

الثالث: إنها ثابتة لهم بالاختصاص بعنوان العام الأفرادى، ولا تكون فعليته بانتخاب الأمة، فالانتخاب هو الطريق الوحيد للفعلية. وقد يورد على الأول باستلزامه الهرج والمرج، ونقض الغرض، فإن الغرض الأعلى من الحكومة هو حفظ النظام، ولكن ثبوت الولاية الفعلية لكل واحد من الفقهاء مع اختلاف

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٤٧

الانظار والافكار والسلاتق، يؤدى إلى اختلال النظام.

وعلى الثانى بأنه لم يقل به أحد، بل استقرت سيرة المسلمين على خلافه وهذا يعنى صحة الاحتمال الثالث.

أقول: أما القول الأخير فهو أشد مخالفة لسيرة أصحابنا من الثانى لأننا لم نسمع من أحدهم الرجوع إلى الانتخاب فى إثبات ولى أمر المسلمين، فإن الانتخاب أمر استجد فى القرون الأخيرة، ومأخوذ من بلاد الغرب وليس فى أخبارنا عين ولا أثر ولا يوجد فى أى تاريخ الإسلام كما عرفت سابقاً، فكيف يقال بأن الطريق الوحيد لتعيين الوالى هو هذا؟!

وأما مسألة «البيعة» فقد عرفت سابقاً أنها أجنبية من مسألة الانتخاب من جهات شتى فى مفهومها ونتائجها، فقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله نبياً مرسلًا واليا وحاكماً باذن الله واختياره تعالى، وكان يأخذ البيعة كرازا من أصحابه، وكان ذلك للتأكيد على وفائهم له، وطريقاً إلى نفخ روح جديد وبعث حركة جديدة فيهم، وكذلك كان مولانا أمير المؤمنين عليه السلام.

والفرق بين البيعة والانتخاب لا ينحصر بهذا بل بينهما فروق كثيرة من نواح أخرى مذكرها سابقاً.

نعم الانتخاب كان طريقاً وحيداً، لتصدى بعض الخلفاء كالخليفة الأول لكن لا انتخاب الناس جميعاً، ولا أهل البلد، ولا انتخاب جميع أهل الحل والعقد، بل انتخاب جماعة خاصة يسمونه بالشورى عندهم، وهو جماعة من الصحابة حضروا فى السقيفة موافقون لمقاصدهم، هذه هى حقيقة شوراهم وكيفية انتخابهم، وقد نتج ذلك للمسلمين ما نتج.

فالاحتمال الأخير منفي من جهات، نعم قد يحتاج إليه لمراعاة الغبطة كما سنشير إليه إن شاء الله.

وأما القول الثانى فهو مما لم يقل به أحد، ومخالف لما يظهر من الفقهاء (رضوان الله عليهم) قديماً وحديثاً من التصدى لأمر القضاء والقصاص وإجراء الحدود عند بسط اليد، وأخذ الأخماس والزكوات، من التصدى كل فقيه جامع للشرائط فى بلده إذا قدر على شيء من ذلك من دون أن يتوقف فى أمره طلباً لموافقة الباقين فى البلد أو فى خارجه، وهذا أمر ظاهر لا ستره عليه.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٤٨

والذى استقرت على سيرة العلماء العاملين، والسلف الصالح قديماً وحديثاً والمعاصرين، هو الاحتمال الأول، أعنى ثبوت الولاية لكل واحد بالفعل مستقلاً، ولذا كان العلماء الكبار كما عرفت عند بسط يد بعضهم فى بعض الاقطار يقيمون الحدود الإلهية، وينفذون الأحكام الإسلامية، من غير توقف على رأى الآخرين فى البلد وخارج البلد، ومن دون توقف على انتخاب الأمة لما عرفت

من أنه أمر مستحدث.

نعم يبقى الكلام فيما عرفت من الإشكال من لزوم التشاح و التنازع و الهرج و المرج بتصدى الجميع كل واحد مستقلا، و لكن الإنصاف إن دفع التشاح و التنازع أمر ممكن، و له نظائر فى الفقه الإسلامى.

توضيحه: إن الظاهر من أدلة الولاية ثبوتها لكل واحد من الفقهاء مستقلا بعنوان عام أفرادى، سواء قوله «أما الحوادث الواقعة» ... أو «مجارى الامور». أو قوله «أنى جعلته عليكم حاكما» (على القول بدلالاتها)، نعم الأخذ بالقدر المتيقن ربما يؤيد الاحتمال الثانى، أعنى ثبوت الولاية للمجموع من حيث المجموع، اللهم إلا أن يقال أنه مخالف للسيرة المستمرة بين الفقهاء و هو كذلك.

فإذا ثبت أن الطريق منحصر فى الأول، أعنى ولاية كل واحد منهم فللمسألة صور مختلفة:

١- لو اقدم بعض من اجتمعت فيه الشرائط، على تأسيس الحكومة و جب على الباقين عدم الخروج عن أوامره و عدم المزاحمة له، كما هو كذلك فى باب القضاء و رؤية الهلال و غيرهما.

٢- إذا أقدم اثنان أو أكثر على تأسيسها و كان لكل اتباع و انصار، ثم وافقا أو وافقوا على ولاية الشورى بأن تكون الحكومة بيدهما أو بيدهم أجمعين لم يبعد صحة أعمالهم منهم على هذا النحو، بعد تأكيد الشارع المقدس على المشاورة فى جميع الامور.

و ما قد يقال من أن إدارة شؤون الأمة لا سيما فى المواقع المهمة تتوقف على وحدة مركز القرار، و التعدد يوجب غالبا الفشل أو تعطيل كثير من المصالح صحيح بالنسبة إلى أمثالنا ممن لا عهد لهم بالأعمال الجمعية، و لا يقدرّون إلا على العمل الفردى و أما إذا تمت الثقافة

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٤٩

على التعاون و التعاضد، و الاستمرار على الجماعة حتى فى قمة الحكومة- كما فى بعض بلاد العالم- فلا يبعد إمكانه و جوازه، بل لو حصل الاستعداد لذلك ربما كان أنفع و أصلح من حكومة الأفراد، و لكن المشكلة العظمى هى طريق تحصيل هذا الاستعداد الروحى و نفى الاستبداد بجميع إشكاله.

٣- إذا لم يوافقوا على ولاية الشورى أو قلنا بعدم إمكانها أو عدم الاستعداد لها، أو كونها موجبة للفشل، فاراد كل منهم تصديه لها منفردا، و رأى المصلحة فى ذلك، مع اجتماع الشرائط فى كل منهم، فلا بدّ من الرجوع إلى المرجحات و يمكن الاستيناس لها بما ورد فى باب التعادل و الترجيح من المرجحات، و أوضح حالا منه ما ورد فى باب قاضى التحكيم، بل و يمكن الاستدلال له بأنّه من قبيل دوران الأمر بين التعيين و التخيير، فلا بدّ من الأخذ بالتعيين، و على كل حال يختار من فيه المرجح.

إن قلت: ما المعيار فى تشخيص المرجحات؟ و من المرجع فى ذلك؟

قلنا: المرجع فيه هو أهل الخبرة كما فى غيره من أمثاله فى أبواب الفقه، فأهل الخبرة هم المرجع الوحيد فى تعيين من هو الأصلح من بين الفقهاء الصالحين و لو فرض فرضا نادرا أو محالا- عاديا تساويهما من جميع الجهات أو بالكسر و الانكسار فى جهات مختلف بحيث يتحير فيه أهل الخبرة، و لا يفضل واحد منهم على الآخر شيئا، يمكن الرجوع إلى القرعة، و لكن الانصاف أن هذا نادر جدا، أو لا- يوجد له مصداق عادة، و على فرض وجوده فما المانع من الرجوع إليها بعد كونها مدارا لفصل الخصومات و المنازعات، و المفروض كون اطراف القرعة جميعهم صلحاء عدول لا يفضل واحد على الآخر.

نتيجة البحث فى مسألة ولاية الفقيه:

فقد تحصل من جميع ما ذكرنا من أول هذه المسألة إلى هنا امور:

أحدها: أنه لا ينبغى الشك فى ولاية الفقيه على أمر الحكومة و قد دلّت عليها أدلة مختلفة.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٥٠

ثانيها: ولاية الفقيه إنما هي في إجراء أحكام الشرع سواء الأحكام الثابتة بالعناوين الأولية أو الثانوية، وليس له فيما وراء الأحكام الولائية و الأمور الإجرائية بما هو وال شيء آخر، و أما بما هو مجتهد مستنبط، أو قاض، فمقتضاه أمر آخر.

ثالثها: إن العمدة في المسألة هو التمسك بالقدر المتيقن من أدلة وجوب الولاية، و لزوم الحكومة و عدم جواز الاخلال بها، و أنه لا بد للناس من أمير، مضافا إلى روايتي «مجارى الامور» و «الحوادث الواقعة».

رابعها: ولاية الفقيه مشروطة بشرائط كثيرة من قبيل وجوب رعاية غبطة المسلمين و مصلحتهم، و الرجوع إلى أهل الخبرة فيما يحتاج إلى ذلك، و المشاورة مع من هو أهل لها في المسائل المهمة المشكلة.

أضف إلى ذلك الشرائط و الأوصاف العامة و الخاصة المعتبرة في الفقيه نفسه بحيث يكون جامعا لشرائط الحكومة من الذوق السليم و الخبرة بالامور و المديرية و التدبير و الشجاعة اللازمة و غيرها.

خامسها: ولاية الفقيه على الأموال و الأنفس كسائر ولاياته تكون على وفق الأحكام الواردة في الشرع في العناوين الأولية و الثانوية التي يدور عليها الفقه الإسلامى فليس له التصرف في الأموال و النفوس لمصلحة شخصه مثلا دون مصلحة المجتمع و السنة و الإجماع و دليل العقل.

سادسها: الأحكام الولائية الثابتة للفقيه إنما هي أحكام جزئية إجرائية في طول الأحكام الكلية الشرعية، لا في عرضها.

سابعها: العناوين الثانوية عناوين عرضية تعرض لموضوع الحكم الاولى و توجب تغيير حكمه مؤقتا، و هي كثيرة و لا تنحصر بالضرورة و الاضطراب و العسر و الحرج، و الرجوع إليها لا يمكن أن يكون دائما بل يكون في أوقات خاصة فقط.

ثامنها: إن الولاية على التشريع و تقنين القوانين إنما هي لله وحده، و لم يثبت ذلك لغيره، إلا رسول الله صلى الله عليه و آله في موارد خاصة محدودة قبل إكمال الشريعة و انقطاع الوحي، و كان ذلك باذن الله من قبل، و امضائه من بعد، و إنما بعد اتمام الدين و إكماله و انقطاع الوحي لم يبق له مورد لأحد من بعده.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٥١

تاسعها: يظهر من روايات كثيرة أن العالم كله ملك لرسول الله صلى الله عليه و آله و من بعده من الأئمة المعصومين عليهم السلام إما من باب أنهم علل غائية للعالم (لأن العالم خلق للإنسان الكامل و هم أتم مصاديقه) فالعالم كله لهم، أو لهم ملكية في طول ملكية الناس لأموالهم المصرح بها في الآيات الكثيرة و الروايات المتواترة. و على كل حال لم يسمع انتفاعهم بهذه الملكية الإلهية في أخذ شيء من أموال الناس من غيره الطرق المعروفة في الفقه.

عاشرها: الولاية على الخلق و اليجاد إنما هي لله تعالى وحده، نعم للأنبياء و الأولياء المعصومين ولاية في المعجزات و شبهها نظير ما ورد في حق المسيح عليه السلام أنه كان يحيى الموتى باذن الله، و هذه شعبة من الولاية التكوينية لهم، و هذا و غيره يحتاج إلى بسط الكلام في مقام آخر، و تلك عشرة كاملة و الحمد لله.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٥٣

[الرابع] ولاية عدول المؤمنين

إشارة

هل لعدول المؤمن ولاية عند عدم وجود الفقيه، أو في عرضه، فيما لا يشترط فيه الفقاهة و الاجتهاد، أم لا؟

المعروف بين فقهاءنا (رضوان الله عليهم) أنه يجوز لهم التصدي لهذه الامور عند فقد الفقيه، قال في «مفتاح الكرامة» في كتاب البيع

بعد ذكر الأولياء السبعة (المالك، والأب، والجد، والحاكم، وأمينه، والوصى، والوكيل): «الأشهر الأظهر بين الطائفة كما فى الرياض مع زيادة العدول من المؤمنين مع فقد هؤلاء، فإنه احسان محض مع دعاء الضرورة إليه فى بعض الأعيان، و فيه أخبار معتبرة» (١).

و قال فى كتاب «الحجر»: «يستفاد من بعض الأخبار ثبوت الولاية للحاكم مع فقد الوصى، و للمؤمنين مع فقد، و فى الحدائق نسبه إلى الأصحاب، و فى مجمع البرهان الظاهر ثبوت ذلك لمن يوثق بدينه و أمانته بعد تعذر ذلك كله» ثم استدل بامور تأتي الإشارة إليها إن شاء الله (٢).

و فى «الحدائق» فى كتاب «الوصايا»: «لا خلاف بين الأصحاب فى أنه لو مات و لم يوص إلى أحد و كان له تركه و أموال و أطفال فان النظر فى تركته للحاكم الشرعى و إنما الخلاف فى أنه لو لم يكن ثمه حاكم، فهل لعدول المؤمنين تولى ذلك أم لا؟ الذى صرح الشيخ و تبعه الأكثر، الأول، و قال ابن ادريس بالثانى» ثم نقل كلام الشيخ فى «النهاية» فى

(١). مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٨٤.

(٢). المصدر السابق، ج ٥، كتاب الحجر، ص ٢٧٥.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٥٤

جواز تصدى بعض المؤمنين لذلك و كونه صحيحا ماضيا (١).

و قال الشهيد الثانى قدس سره فى المسالك فى كتاب الوصايا فى بحث الأولياء: «فإن فقد الجميع فهل يجوز أن يتولى النظر فى تركه الميت من المؤمنين من يوثق به؟ قولان «أحدهما» المنع، ذهب إليه ابن ادريس قدس سره.

و «الثانى» و هو مختار الأكثر تبعا للشيخ قدس سره الجواز، ثم استدل بامور تأتي الإشارة إلى إن شاء الله» (٢).

فتحصل من جميع ذلك الوارد فى أبواب الوصايا و الحجر و البيع، أنه لم يعرف فى المسألة مخالف مشهور، ما عدا ابن ادريس، فإنه بعد ما صرح (فى بحث الوصايا) بولاية فقهاء الشيعة، لأن الأئمة عليهم السلام و لو هم ذلك، أنه «لا يجوز لمن ليس بفقهاء أن يتولى ذلك بحال، فإن تولاه فإنه لا يمضى شىء مما يفعله لأنه ليس له ذلك بحال» (٣).

هذا و قد استدل على فتوى المشهور بامور:

١- ما دل على الأمر بالتعاون على البر و التقوى.

٢- ما دل على الأمر بالاحسان.

٣- ما دل على وجوب الأمر بالمعروف، و إن كان معروف صدقة.

و يرد على الجميع أن كونها فى مقام البيان من هذه الجهة، أعنى جهة إثبات الحكم الوضعى، و هو الولاية لعدول المؤمنين، غير ثابت، بل يمكن دعوى عدم كونها فى مقام البيان من هذه الناحية.

٤- ما دل على فعل الخضر عليه السلام و أنه خرق السفينة التى كانت لمساكين يعملون فى البحر و كان ورائهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا.

قال فى الجواهر فى كتاب الحجر: «قيل حكاية فعل الخضر عليه السلام يقتضى ثبوتها لعدول المؤمنين» (٤).

(١). الحدائق الناظرة، ج ٢٢، ص ٥٨٩، كتاب الوصايا.

(٢). مسالك الافهام، ج ٢، ص ٤١٦، كتاب الوصايا.

(٣). نقلا عن الحدائق الناضرة، ج ٢٢، ص ٥٨٩.

(٤). جواهر الكلام، ج ٢٦، ص ١٠٣، كتاب الحجر.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٥٥

فكان الاستدلال بها من جهة أن الخضر عليه السلام لم يكن نبياً، أو كان نبياً ولكن ذكر فعله في القرآن إرشاداً إلى مثل هذا الفعل من ناحية المؤمنين أيضاً.

أقول: يرد عليه «أولاً»: أنه لا دلالة فيها على جواز ذلك لغير الأنبياء ومن يقوم مقامهم بناء على نبوة الخضر عليه السلام وما ذكره وجهاً للتعميم غير وجهه.

«ثانياً»: الظاهر أن عمل الخضر عليه السلام كان خاصاً به، وأنه كان مأموراً بالباطن دون الظاهر، وإن شئت قلت: كان عمله في سلسلة الأسباب التكوينية لمشيئة الله كما في ملائكة قبض الأرواح والمدبرات أمراً، ولكن كان موسى عليه السلام مأموراً بالظاهر في سلسلة المشيئة التشريعية، ولذا لم يمكن لهما المعاشرة وكان يعترض موسى دائماً على الخضر، وكان لا يستطيع عليه صبراً، وهذان الوظيفتان مختلفتان، أو نحن مأمورون بما أمر به موسى عليه السلام، وهذا بحث دقيق عميق نتعرض له إن شاء الله تعالى في محله.

٥- وهاهنا روايات استدلوها بها على المطلوب:

منها: صحيحه ابن بزيع قال: «مات رجل من أصحابنا ولم يوص فوقع أمره إلى قاضي الكوفة فضير عبد الحميد القيم بماله، وكان الرجل خلف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري، فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهن إذ لم يكن الميت صير إليه وصيته، وكان قيامه فيها بأمر القاضي، لأنهن فروج، قال فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام وقلت له: يموت الرجل من أصحابنا ولا يوصى إلى أحد، ويخلف جوارى فيقيم القاضي رجلاً منا... فما ترى في ذلك؟ قال: فقال: إذا كان القيم به مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس» (١).

ودلالته مبنية على كون المماثلة في العدالة والثاقفة، ومع احتمال كون المماثلة في الفقاهة يسقط عن الدلالة.

ومنها: ما رواه اسماعيل بن سعد الأشعري قال: «سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصية وترك أولاداً ذكراً، غلماناً، صغاراً وترك جوارى ومماليك هل يستقيم أن تباع

(١). وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع، ح ٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٥٦

الجواري؟ قال: نعم، وعن الرجل يموت بغير وصية وله ولد صغار وكبار، أو يحل شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولى القاضي بيع ذلك، فإن تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة أيطيب الشراء منه أم لا؟ فقال: إذا كان الأكبر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضى الورثة بالبيع، وقام عدل في ذلك» (١).

ودلالته على المطلوب لا بأس به، ووجه اعتبار رضى الأكبر من ولده واضح، لأنه ليس للولي ولاية عليهم.

ومنها: ما رواه سماعة في الموثقة قال: «سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار، من غير وصية، وله خدم ومماليك وعقد، كيف يصنع الورثة بقسمه ذلك الميراث؟ قال: إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس» (٢).

وهو دليل على كفاية مجرد الوثاقفة.

ومنها: صحيحه علي بن رثاب قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل بيني وبينه قرابة مات وترك أولاداً صغاراً، وترك مماليك له غلماناً وجواري ولم يوص فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد... قال: لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم لهم، الناظر فيما يصلحهم» (٣)، ولكن يمكن الإشكال فيه بأن ذكر المولى والقيم لعله إشارة إلى مثل الجد أو من نصبهم الحاكم لذلك فيشكل دلالته على المقصود.

حاصل الكلام في ولاية عدول المؤمنين:

إشارة

والتحقيق أن يقال: إن الأمور التي يتولاها الولي الفقيه مختلفه، «تارة» يكون ممّا لا يمكن تعطيله ولا تركه، مثل حفظ أموال اليتامى و الغيب و القصر، و كذا اجراء الحدود إذا كان تركه سببا للفساد، و إشاعة للفحشاء (كما هو كذلك) و احقاق الحقوق، و القصاص الذى فيه

- (١). وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ١٦ من ابواب عقد البيع، ح ١.
- (٢). المصدر السابق، ج ١٣، الباب ٨٨ من أحكام الوصايا، ح ٢.
- (٣). المصدر السابق، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٥٧

حياة الامه، و أولى من الجميع إقامة الحكومة لدفع الهرج و المرج و حفظ نظام المجتمع. و «أخرى» لا يكون كذلك مثل التجارة بمال اليتيم، له، حتى ينمو و يزيد و يبارك فيه.

أمّا الأوّل فلا- كلام فى وجوبه، و لا أشكال، و إن لم يكن هناك دليل نقلى، لأنها من الامور التى قياساتها معها، و الظاهر أنّ ما ورد فى روايات الباب بالنسبة إلى أمر الصغار و الأيتام من هذا القسم فتأمل.

و بالجملة: ولاية عدول المؤمنين فى هذا القسم ممّا لا ينبغى الكلام فيه، و لا شبهة تعتربه، و لا أظن من أحد الخلاف فيه، إلّا أن يكون خلافا فى الصغرى، و الظاهر أن ابن ادريس أيضا غير مخالف فى هذا القسم، بعد فرض عدم إمكان تعطيله، و استناده إلى الأصل أيضا مشعر بذلك، فان الأصل فى المسألة و إن كان هو عدم ولاية أحد على أحد و لكنه مقطوع هنا بقيام الدليل القطعى على خلافه، لأنّ المفروض عدم إمكان صرف النظر منه.

قال فى الجواب إشارة إلى قول ابن ادريس: «مراده نفيها على حسب ولاية الأب و الجد و الحاكم لا مطلقا، و حينئذ يرتفع النزاع على هذا التقدير» (١).

و لعله أيضا ناظر إلى ما ذكرنا فان ولاية الأب و الجد (و على احتمال ولاية الحاكم) لا يختص بموارد الضرورة بل يشمل غيرها أيضا. و الذى يؤيد ذلك أنّهم صرّحوا بعدم ولاية الام و غيرها من الأقارب على كل حال يعنى مثل ولاية الأب و الجد، فهذا دليل على أنّهم ناظرون إلى الصورة الثانية، و إلّا فى موارد الضرورة لا إشكال فى ولايتهم عند عدم وجود من يتقدم عليهم.

قال فى الجواهر فى كتاب الحجر فى شرح قول المحقق: «الولاية فى مال الطفل و المجنون للأب و الجد» ما لفظه: «فان لم يكن الحاكم، فظاهر جملة من العبارات المعددة للأولياء عدم الولاية حينئذ لأحد، بل هو صريح المحكى عن ابن ادريس، و هو كذلك بالنسبة إلى الام و غيرها من الاخوة و الأعمام و الاخوال و غيرها بلا خلاف أجده، بل عن التذكرة الإجماع عليه فى الام بل عن مجمع البرهان أنّه إجماع الامه» (٢).

(١). جواهر الكلام، ج ٢٨، ص ٤٢٧.

(٢). المصدر السابق، ج ٢٦، ص ١٠٣.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٥٨

أضف إلى ذلك أنه من البعيد جدًا أن يحكم فقيه بترك مال الصغير حتى يفنى و يتلف، و كذلك الحكم بجواز ترك المجتمع بلا أمير، فيختل نظامهم و يفنى معاشهم و معادهم.

و من هنا يعلم أنه لا تنحصر الولاية في هذا القسم بالعدل، و أنه إذا لم يكن الوصول إلى العدل جاز تصدى الفاسق إذا كان موثوقا به في هذا الأمر، لعين ما مرّ من الدليل.

هذا بالنسبة إلى القسم الأول، و أما القسم الثاني فمقتضى الأصل عدم ولاية العدل فيه فلا يجوز له الاتجار بمال اليتيم تنمية له، و ما أشبه ذلك، و أمّا مجرد حسن الاحسان، و كل معروف صدقة، و المؤمنين بعضهم أولياء بعض، و غير ذلك فالظاهر قصورها عن إثبات جواز ذلك، لما عرفت من عدم كونها في مقام البيان من هذه الجهة.

بل يشكل القيام به للفقيه أيضا، نعم للولى الخاص كالأب و الجد ذلك، و الحاصل لو فصلنا موارد المسألة بهذا التفصيل (بين ما لا يمكن تعطيله بحكم الشرع و العقل، و ما يمكن تعطيله) كان الحكم واضحا غاية الوضوح.

نعم قد يقال: إن بعض روايات الباب مطلقه مثل رواية «اسماعيل بن سعد».

و قد وقع السؤال فيها عن بيع الجوارى، و هو أعم من أن يكون للضرورة أو لإصلاح المال و تنميته، و كذلك صحيحة «اسماعيل بن بزيع» فان السؤال فيها أيضا مطلق بالنسبة إلى بيع الجوارى، و لكن يشكل الاعتماد على هذا الاطلاق مع كون الغالب السؤال عن حفظ الأموال من الفساد و التلف، فالاحوط لو لا الأقوى عدم الجواز.

و لو فرض اطلاق في مقام يشكل القول به في سائر المقامات إذا لم يكن هناك اطلاق و الأصل عدم الولاية.

و قد تحصل مما ذكرنا أنّ ولاية عدول المؤمنين في الامور فيما لا يرضى الشارع بتعطيلها أمر ثابت معلوم دون غيرها، و لا نحتاج في أثبات هذا المعنى إلى دليل أزيد من كونها مما لا يمكن تعطيلها شرعا.

من هنا يعلم أنه إذا لم يقدر الفقيه على تأسيس الحكومة الإسلامية إما لعدم خبرته بهذا الأمر، أو لعدم مساعدة الظروف له، أو عدم لعدم قبول الناس منه أحيانا، فاللازم اقدم غيره، ممن يوثق بعدالته و كفايته و تدبيره و حمايته عن الإسلام و المسلمين و يكون خيرا بالامور، مقبولا عند الناس، على تأسيس الحكومة، فان ذلك أمر لا يجوز تعطيله بحال، و لا بدّ للناس

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٥٩

من أمير حتى أن حكومة الفاجر أحسن من عدم الحكومة غالبا كما في رواية أمير المؤمنين عليه السلام.

بقي هنا امور:

الأمر الأول: في اعتبار العدالة في المؤمن الذي يتولى هذه الامور

عند فقد الفقيه، ظاهر تعبيرات القوم ب «عدول المؤمنين» اعتبارها كما صرح به شيخنا الأعظم قدس سره حيث جعله ظاهر أكثر الفتاوى.

و لكن قد يقال بكفاية الوثاقة.

و يظهر من بعض الكلمات قول ثالث، و هو كفاية أحد الأمرين من الوثاقة و العدالة كما في جامع المدارك حيث قال بعد ذكر أحاديث الباب: و يمكن أن يكون الشرط أحد الوصفين من العدالة و الوثاقة، لأن الظاهر أن العدالة لا تلازم الوثاقة «١».

و على هذا يكون في المسألة أقوال ثلاثة،، و لكن لم نفهم كيف يمكن تفكيك العدالة عن الوثاقة، اللهم إلا أن يقال: إنّ العدالة توجب مجرد الظن بعدم ارتكاب الخلاف و الوثاقة مرحلة أعلى منه، أو يقال: إنّ العدالة تمنع التعمد بالخلاف لا الخطأ و الوثاقة يعتبر فيها عدم التخلف لا سهوا و لا عمدا (و كلاهما كما ترى)، أو يكون المراد أنّ الوثاقة لا تلازم العدالة!

هذا، ولكن لا- إشكال في أن مقتضى الأصل هو عدم الولاية إلّا ما خرج بالدليل، ومقتضاه اعتبار العدالة في المقام، ولكن لعل المستفاد من الروايات غير هذا، وذلك لأنّ قوله عليه السلام «إن قام رجل ثقة» في موثقة سماعة «٢» ظاهر في كفاية مجرد الوثوق. وكذلك قوله عليه السلام «نعم» في جواب السؤال عن بيع الجوارى بصورة فعل مجهول «هل يستقيم أن تباع الجوارى» «٣» أيضا عام يشمل العدل وغيره والقدر المتيقن تقيده بالوثوق، و أمّا الأزيد فلا دليل عليه.

(١). جامع المدارك، ج ٣، ص ٣٧٩.

(٢). وسائل الشيعة، ج ١٣، الباب ٨٨ من أحكام الوصايا، ح ٢.

(٣). المصدر السابق، ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع، ح ١.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٦٠

نعم في ظاهر بعض الأحاديث اعتبار العدالة «١».

وقد يستدل بصحيحه ابن بزيع أيضا، نظرا إلى أن قوله «إذا كان القيم مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس» يتحمل امورا اربعة المماثلة في الفقاهة و العدالة و الوثوق و التشيع، الأول لازمه بقاء المال بلا قيم عند عدم وجدان الفقيه، والقدر المتيقن من الاحتمالات الاخر هو العدالة (هكذا أفاده شيخنا الأعظم قدس سره في مكاسبه).

وفيه: أنه استدلال بالأصل لا بالخبر، غاية الأمر أن الخبر من قبيل المحفوف بما يحتمل القرينية فيكون مجملا، فتدبر جيدا.

وقد يقال «كما في نهج الفقاهة» «٢» أن هناك قرينة على عدم عدالته، لأنه اكتفى في سائر التصرفات بمجرد نصب قاضي الكوفة فيما كما يظهر من توقفه من بيع الجوارى فقط لأنهنّ فروج.

ويمكن الجواب عنه، بأنّ من المحتمل كونه من الفقهاء أو العدول و كان تصرفه بسبب هذه الأوصاف، لا بسبب نصب قاضي الكوفة فقط.

وقد يقال أيضا: إنّ في بعض نسخ التهذيب توصيف «عبد الحميد» بأنه «ابن سالم» و قد نص على توثيقه جماعة.

ولكن أورد عليه في نهج الفقاهة بخلو بعض آخر عنه، مضافا إلى أنّ الثقة هو عبد الحميد بن سالم العطار، و لم يثبت أن هذا هو العطار.

أقول: قد وقع الكلام في أنّ عبد الحميد من أصحاب الصادق عليه السلام أو الكاظم عليه السلام فالنجاشي ذكره من أصحاب الكاظم عليه السلام.

وعده الشيخ قدس سره في رجاله من أصحاب الصادق عليه السلام و ذكر ابنه «محمد بن عبد الحميد» من أصحاب الرضا عليه السلام و حينئذ كيف يمكن أن يكون هو نفسه من أصحاب أبي جعفر الجواد عليه السلام أو في عصره، لا سيما أنه لم يرو عنه رواية أبدا.

و من العجب أنّ بعض الأعظم ذكر في معجم رجال الحديث احتمال سؤال «ابن بزيع»

(١). راجع وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب عقد البيع، ح ٢.

(٢). نهج الفقاهة، ص ٣٠٥.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٦١

عن هذه المسألة بعد فوت عبد الحميد، و أنت خبير بأنه لا يوافق ظاهر الرواية لظهورها في كون هذه المسألة مبتلى بها في زمن الحال. و الحاصل: أنّ استفادة اعتبار العدالة من هذا الحديث ضعيف من وجوه:

١- اختلاف نسخ التهذيب.

٢- عدم ثبوت كون عبد الحميد بن سالم هو العطار الثقة.

٣- من البعيد أن يكون مدركا لعصر الإمام الجواد عليه السلام لا سيما مع عدم نقل رواية عنه.

٤- التصريح بوثاقته أعم من العدالة.

والحاصل: أنه يقع التعارض بين رواية «اسماعيل بن سعد» الظاهر في الاعتبار العدالة و موثقة «سماعة» الظاهر في كفاية الوثاقة، ويمكن الجمع الدلالي بينهما بحمل العدالة على الوثاقة، لا سيما مع ما هو المرتكز في أذهان العرف والعقلاء من كفاية الوثاقة في أمثال المقام وإن كان الأحوط العدالة مهما أمكنت.

بقي كلام في تفصيل شيخنا الأعظم الأنصاري قدس سره وهو القول الرابع في المسألة، وحاصله: أنه إن كان الكلام في مقام الثبوت والنسبة إلى مباشرة المكلف نفسه، فالظاهر جواز تصدى الفاسق له، فلا تعتبر العدالة ولا الوثاقة، والدليل عليه شمول العمومات له مثل «عون الضعيف صدقة» وقوله تعالى: «لَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ*»، و صحیحته «ابن بزيع» محموله على صحیحته «ابن رثاب» فتصرفات الفاسق صحیحته.

و إن كان في مقام الإثبات، وارتباط فعل الغير بفعله، فالظاهر اشتراط العدالة فيه، واستدل له لصحیحته «اسماعيل بن سعد» بل و موثقة زرع (سماعة) بناء على إرادة العدالة من الوثاقة. مضافا إلى عمومات فعل ذلك المعروف، بعد باقية بحالها، لعدم العلم بصحة فعل الفاسق (انتهى ملخصا).

وفيه: أولا- أنه ليس في الواقع تفصيلا «كما أشار إليه المحقق الايرواني قدس سره في بعض حواشيه» (١) و أن العدالة اعتبرت للطريقيه، فلو علم بأن الفاسق تصرف تصرفا صحیحا جاز

(١). حاشية المكاسب للمحقق الايرواني، ص ١٥٩.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٦٢

فعله حتى بالنسبة إلى الغير، لإحراز الواقع هنا بالعلم فتأمل.

ثانيا: سلمنا، لكنّه مخالف لظاهر روايات الباب، فإنّ ظاهرها اعتبار العدالة أو الوثاقة بعنوان شرط للصحة واقعا كاعتبارها في صحة الطلاق و صلاة الجماعة، فان قوله في موثقة سماعة «إذا قام عدل في ذلك»، لا سيما بعد قوله «إذا رضی الورثة» (أى الكبار منهم) ظاهر في اعتبار العدالة واقعا كاعتبار رضى الكبار، وكذا قوله في صحیحته ابن بزيع «إذا كان القيم به مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس» (بناء على ظهوره في العدالة أو الوثاقة) فحملها على الطريقيه بالنسبة إلى الغير غير واضح.

ثالثا: إن الأصل في المسألة كما عرفت من عدم ولاية أحد، فإثباتها في حق الفاسق يحتاج إلى دليل، وقد عرفت أن عمومات الاحسان، و حفظ أموال اليتامى، ليست في مقام البيان هذه الجهة، و هي مثل أدلة وجوب إجراء الحد على الزانى و السارق في قوله تعالى:

الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا... وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا.

و إن شئت قلت: هناك أمور يكون أمرها بيد سلطان الناس و حاكمهم في جميع الاحتم، و الإسلام قد أمضاها، و لكن جعلها بيد السلطان العادل منها: إجراء الحدود، و إحقاق الحقوق، و حفظ أموال الغيب و القصر، و ليست هذه الامور من قبيل الاحسان المطلق، و الأنفال في سبيل الله و التعاون على البر و التقوى، فالأدلة الدالة على هذه الامور و إن كانت مطلقة و لكنها في الواقع ناظرة إلى العمل بها من ناحية من إليها الحكم، و ليست في مقام بيان من يكون له الحكم في هذه الامور بل لها أدلة اخرى ناظرة إليها.

و من هنا يعلم أن ما يظهر من كلمات شيخنا الأعظم قدس سره قوله: «الظاهر أنه (أى جواز تصرف عدول المؤمنين) على وجه التكليف... على وجه النيابة من حاكم، فضلا عن كونه على وجه النصب من الإمام عليه السلام: ثم فرع عليه جواز المزاحمة في هذه

من ناحية أشخاص آخرين ما لم يتم الأمر» في غير محله.

و ذلك لأنّ هذا التلقى من الامور الحسبية ليس على ما ينبغي، و ليس وزانها وزان الواجبات أو المستحبات الاخر، فالأمر بالمعروف و النهى عن المنكر في الامور العادية شىء، و فيما يوجب الكسر و الجرح شىء آخر، فالأول من قبيل الأحكام، و الثانى من قبيل

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٦٣

المناصب التى بيد ولى الأمر، و هكذا حفظ مال اليتامى و العيب إذا لم يكن هناك ولى خاص.

و من هناك يعلم أنّ جواز تصرف عدول المؤمنين إنّما هو بإذن ولى الأمر عليه السّلام و اجازته، فهم نائبون عنه فى الواقع، فلا يجوز مزاحمتهم من حيث عدم جواز المزاحمة لولى الأمر و الله العالم.

و لعله من هذه الجهة قال المحقق النائنى قدّس سرّه فى منية الطالب بعد نقل أحاديث الباب:

«فمع وجود العدل لا شبهة فى أن المتيقن نفوذ خصوص ما يقوم به، نعم مع تعذره يقوم الفساق من المؤمنين بعد عدم احتمال تعطيله لكونه ضروريا» (١).

الأمر الثانى: فى اشتراط ملاحظة الغبطة فى عدول المؤمنين

، أو الفساق عند عدمهم و عدمه كلام، ظاهر كلمات الأصحاب اشتراطه قال فى «مفتاح الكرامة» فى شرح قول العلامة قدّس سرّه: «و إنّما يصح بيع، من له الولاية، للمولى عليه» ما نصه: «هذا الحكم إجماعى على الظاهر، و قد نسبه المصنف إلى الأصحاب فيما حكى عنه كما تسمع و أقره على ذلك القطب و الشهيد» (٢).

و قال فى الحدائق، بعد ذكر الأخبار الآتية و يستفاد من هذه الأخبار الشريفة جملة من الأحكام:

«منها» أنّ التصرف فى أموالهم يتوقف على نوع مصلحة لهم فى ذلك.

و قال العلامة قدّس سرّه فى التذكرة فى كتاب الحجر: «الضابط فى تصرف المتولى لأموال اليتامى و المجانين اعتبار الغبطة و كون التصرف على وجه النظر و المصلحة إلى أن قال:

«سواء كان الولى أبا أو جدّا له، أو وصيا، أو حاكما، أو أمين حاكم إلى أن قال- «و لا يعلم فيه خلافا إلّا ما روى عن الحسن البصرى» (٣).

و قال فى مفتاح الكرامة فى كتاب الحجر بعد نقل ذلك ما لفظه: «و ظاهره أنّه ممّا لا خلاف فيه بين المسلمين».

(١). منية الطالب، ج ١، ص ٣٣٠.

(٢). مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٢١٦.

(٣). تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٨٠.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٦٤

أقول: لا- يخفى أنّه ليس محل الكلام خصوص أموال اليتامى بل هو عام، و العمدة فيه اصالة العدم، و قد عرفت أنّه مبنى الكلام فى المقام مضافا إلى الروايات الواردة من طريق الخاصة و العامة.

١- ما رواه الكاهلى قال: قيل لأبى عبد الله عليه السّلام: «إنا ندخل على أخ لنا فى بيت أيتام و معه خادم لهم فنقعد على بساطهم و نشرب من مائهم و يخدمنا خادمهم ... فما ترى فى ذلك؟ فقال: إن كان فى دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس، و إن كان فيه ضرر فلا؟» (١).

و يمكن أن يقال أنّها ساكتة عن حكم عدم النفع و الضرر، و لكن التأمّل فيها يعطى اشتراط النفع لهم.

٢- ما رواه علي بن مغيرة قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أن لى ابنة أخ يتيمة فرّما أهدى لها الشيء فأكل منه ثم اطعمها بعد ذلك الشيء من مالى فأقول: يا ربّ هذا بذاء، فقال: فلا بأس» (٢).

فان أكل بعض الهدية ثم اطعام اليتيم بعد ذلك يكون مصلحة لها غالبا كما لا يخفى، و لكنه مجرد سؤال و قيد من ناحية الراوى لا بيان شرط من ناحية الإمام عليه السلام بخلاف الحديث السابق.

٣- و مثله ما رواه العياشى عن أبى الحسن موسى عليه السلام قال: «قلت له: يكون لليتيم عندى الشيء و هو فى حجرى انفق عليه منه، و ربّما اصيب (اصبت) ممّا يكون له من الطعام، و ما يكون منى إليه أكثر: قال لا بأس بذلك» (٣).

و هنا أيضا ذكر منفعة اليتيم فى سؤال الراوى لا كلام الإمام عليه السلام فتدبر جيدا أضف إلى ذلك قوله تعالى: **وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ** * (٤).

و قد ذكر فيها احتمالات كثيرة فى معنى «القرب» و «الأحسن»، و لكن الانصاف أنّ

(١). وسائل الشيعة، ج ١٢، الباب ٧١ من أبواب ما يكتسب، ح ١.

(٢). المصدر السابق، ح ٢.

(٣). المصدر السابق، الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب، ح ٤.

(٤). سورة الأنعام، الآية ١٥٢؛ سورة الاسراء، الآية ٣٤.

انوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٦٥

الظاهر من قوله تعالى: «لا تقربوا» عدم التصرف فيها بشيء من التصرفات، و يلحق به ترك التصرف أيضا أحيانا إذا كان فيه ملاك كما إذا كان ابقائه موجبا لفساده، و المراد «بالأحسن» كلما هو اصلح لليتيم و لأمواله، و بما أنّ الالتزام بالأصلح من بين جميع التصرفات لعله مخالف للسيرة القطعية، فالمراد به «الحسن» كما فسره به فى «المجمع».

و على كل حال يظهر منها لزوم رعاية المصلحة، فلا يكفى مجرد عدم المفسدة، و يظهر منها و من الأخبار أيضا جواز الاتجار بمال اليتيم للولى أى شخص كان، لإطلاقها و اطلاق بعض الأخبار أو صريحها، و إن كان مخالفا لمقتضى الأصل، و لا مانع منه بعد وجود الدليل.

تنبيهات:

١- كثيرا ما يكون ترك الاتجار بمال اليتيم سببا لفساده و استهلاكه و مصداقا للإفساد لا سيما إذا كان من النقود الورقية، و حينئذ لا ينبغى الشك فى جوازه و لو لم يكن هذه الأخبار بأيدينا، لأنّ الولى لا بدّ أن يكون حافظا لأمواله، و هذا مناف لحفظها.

و إليه يشير ما رواه فى التذكرة عن النبى صلّى الله عليه و آله من طريق العامة أنّه صلّى الله عليه و آله قال: «من ولى يتيما له مال، فليتجر له و لا يتركه يأكله الصدقة» (و المراد منه الزكاة، أى إذا تركه تعلق به الزكاة و انعدم تدريجا بخلاف ما إذا اتجر به).

و لكن يشكل العمل بها على مذهب الأصحاب، لعدم وجوب الزكاة فى مال الطفل و فى استحبابه كلام، و لذا قال فى «مفتاح الكرامة» بعد نقل الحديث العامى «أنّه على ضعفه مخالف لما عليه أصحابنا، إذ ليس فى نقديه زكاة و جوبا و لا استحبابا».

كما أنّ ترك المراودة لليتامى و الصغار حذرا من التصرف فى أموالهم أو أكل شيء عندهم، كما شاع عند بعض المتورعين ممن لا خبرة لهم بأحكام الدين ربّما يكون فيه مضرّة لهم، و موجبا لكسر قلوبهم و سوء حالهم، و تشتت بالهم، فالمرادة كثيرا ما تكون من أظهر مصاديق القرب بالأحسن، و ربّما يعاوضه بما هو أكثر بل لو لم يعاوضه بشيء ربّما كان مصلحة لليتيم، فيجوز من دون عوض، و

لكن الأحوط استحبابا جعل عوض في مقابلها.

٢- هذا وقد مرّ سابقا أن الأولياء حتى الأب و الجد إنّما نصبوا لحفظ أموال القصر

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٦٦

و العيب و تدبير امورهم، لا- أن لهم حق على المال، و قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله «أنت و مالك لأبيك» حكم أخلاقي لا- حقوقي، فاللازم في جميع الموارد ملاحظة مصلحة المولى عليهم لا غير، حتى أن جواز تصرف الأب و الجد منوط بالمصلحة لعدم الدليل على أزيد منه، فتدبر.

٣- إذا دار الأمر بين الصالح و الأصلح، فهل على الولي ملاحظة الأصلح؟ قد يتصور أن ظاهر قوله تعالى: **إِلَّا بِأَلْتِي هِيَ أَحْسَنُ*** هو و جوب ترجيح الأصلح كما مرّت الإشارة إليه.

و لكن لا بدّ من التفصيل بين مواردّها، فان كان الأصلح حاضرا يتوسل إليه بأدنى شيء أو بجهد يسير، فلا أشكال في و جوب الأخذ به، لأنّ تركه من قبيل الفساد و الاضرار أو بحكمه عرفا، فان كان هناك شخصان يشتريان المتاع، أحدهما يشتريه بعشر، و الثاني بعشرين، أو الذي يشتري بعشر في سوق قريب، و الذي يشتريه بعشرين في سوق آخر أبعد منه بقليل، ففي أمثال المقام لا ينبغي الشك في لزوم ترجيح الأصلح لما عرفت.

و أمّا إذا لم يكن كذلك فليس على الولي الفحص عن جميع الأسواق، حتى يجد من يشتريه بأزيد من الجميع، لما عرفت من استقرار السيرة على خلافه في الأولياء و الوكلاء و الأوصياء و متولي الأوقاف و لما فيه من العسر و الحرج أحيانا.

٤- مدار كلمات القوم كما عرفت في هذه الأبحاث، هو أموال اليتامى و شبههم، و لكن قد عرفت أنّ موضوع البحث عام يشمل جميع الامور الحسبية و الوظائف التي بيد الحاكم، و الامور التي لا يمكن تعطيلها بحكم الشرع، فاحقاق الحقوق و إجراء الحدود و القضاء و القصاص و الدفاع عن حوزة المسلمين و تجنيد الجنود، و بالجملة الحكومة على الناس، أيضا داخل في مورد البحث، فإذا لم يكن الوصول إلى الفقيه أو كان هناك فقيه غير نافذ الكلمة يجب على عدول المؤمنين القيام بها، و إذا وقع التشاح لا بدّ من الرجوع إلى المرجحات التي أشرنا إليها سابقا، و قلما يحتاج إلى القرعة دفعا للتنازع، لوجود المرجحات الكثيرة المعروفة لدى أهل الخبرة، يحصل بها فصل المنازعة كما لا يخفى.

إلى هنا تم الكلام في مسألة ولاية «عدول المؤمنين» على أمر الحكومة و غيرها.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٦٧

حكم بيع المصحف إلى الكافر

إشارة

قال جمع من الأصحاب بحرمه بيع المصاحف مطلقا، بل يباع الجلد و الورق، و عنوانها شيخنا الأعظم قدّس سرّه في المكاسب المحرمة بعد البحث عن الاجرة على الواجبات.

و عنوانها أيضا في كتاب البيع تحت عنوان «بيع المصحف من الكافر» و يظهر من القواعد بطلان هذا البيع، بل حكاها في مفتاح الكرامة عن التحرير، و التذكرة، و الإرشاد، و نهاية الأحكام، و مجامع المقاصد، و المسالك و غيرها «١».

و قال شيخنا الأعظم قدّس سرّه في المكاسب المحرمة: إنّ المشهور بين العلّامة قدّس سرّه و من تأخر عنه عدم جواز بيع المصحف من الكافر على الوجه الذي يجوز بيعه من المسلم (يعنى بيع الجلد و الأديم إن قلنا بعدم جواز بيع الورق و النقوش).

و لكن حكى عن المبسوط في باب الغنائم أن ما يوجد في دار الحرب من المصحف و الكتب التي ليست بكتب الزندقه و الكفر داخل في الغنيمه فيجوز بيعها.
و لازمه تملك الكفار لها و إلا كانت داخله في مجهول المالك.
و قال في «نهج الفقاهة»: المشهور كما قيل عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر «٢».
أقول: الشهرة غير ثابتة إلا بين المتأخرين، و على كل حال فقد استدل على الحرمة بامور:
١- أنه مناف لاحترام المصحف و قد يوجب هتكه.

(١). مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٨٢.

(٢). نهج الفقاهة، ص ٣٢٤.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٦٨

٢- قد يكون معاونة على الإثم لو علم بأنه يمس خطوطه.

٣- الحديث المشهور: «الإسلام يعلو و لا يعلى عليه» و قد استدل به هنا.

٤- فحوى حرمة بيع العبد المسلم من الكافر.

٥- قوله تعالى: لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَجْعَلْ لَهُ سَبِيلًا عَلَى الْمُسْلِمِ وَالْمُؤْمِنِ، فَنفى سبيله على أصل الإسلام أى القرآن واضح.

و الجواب: أما عن الأول فإن سلطة الكافر على المصحف على أقسام، فقد يشتره لتفحص الحق فيه، فلا ريب في عدم الهتك هناك بل لزوم بيعه، و اخرى يشتر به للإحاطة على عقائد المسلمين لأنه من المحققين في المذاهب العالمية مثلا، و لعله ليس معتقدا بشيء منها، و ثالثة يشتره بعنوان أنه سلعة و كتاب من كتب التي ينتفع نفعاً وافيًا ببيعته و شرائه، و يحتفظ احتفاظه على سائر الكتب، بل قد يكون القرآن من النفائس من حيث الخط و تاريخ الكتابة و قدمتها، و يحتفظ عليها كسلعة عالية، و يشتره بأعلى الثمن، و ربما يودعه بعض المتاحف.

و رابعة يشترى و يهينه (العياذ بالله) إما لأنه معاند أو لا يبالي بشيء.

و من الواضح أن المنافى للحرمة إنما هو الصورة الأخيرة فقط لا غير، مضافا إلى أن المسلم أيضا قد يعامل معه هذه المعاملة، فهذا الدليل أعم من وجه بالنسبة إلى المطلوب.

أضف إلى ذلك كله أن كون هذه الحرمة التكليفية منشأ للفساد قابل للمناقشة اللهم إلا أن يقال بعدم الانفكاك بينهما عرفا و إن وقع الانفكاك بينهما عقلا.

و منه يظهر الجواب عن الثانى أيضا، لأنه أيضا أعم من الوجه بالنسبة إلى المقصود، مضافا إلى ما عرفت من الإشكال في وجه الفساد، و أن مجرد حرمة الاعانة تكليفا لا تلازم الفساد وضعا فتأمل.

و أمّا الثالث، أعنى حديث «العلو» مع الغض عن سنده، فالجواب عنه متوقف على ذكر احتمالات الحديث، فإنه أمّا بمعنى العلو الخارجى التكوينى، بمعنى أن الكفار لا يعلون على المسلمين، فلا يفوق على الإسلام شيء، و أمّا بمعنى العلو التشريعى، أى لا يجوز للمسلمين أن يأتوا بشيء يوجب علو الكفار عليهم، و ثالثه بمعنى عدم العلو بحسب المنطق

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٦٩

و الدليل، و الحججة و البيان، و الاستدلال به يتوقف على كون المعنى المراد هو الثانى، و لكنه بعيد جدًا، بل الأظهر كونه بالمعنى الثالث، أى عدم العلو بحسب الحججة و الدليل، أو المعنى الأول، و لكن لا بمعنى عدم هزيمة المسلمين فى شيء من الميادين، بل

الإسلام من حيث المجموع يعلو شيئا فشيئا و يتقدم و يزدهر يوما فيوما في أقطار العالم.
و أما الرابع فإنّ قياس المصحف على العبد قياس مع الفارق، لأنّ العبد بما هو عبد ذليل عند مولاه، موهون عنده، و ليس المصحف بما هو مصحف كذلك، بل هو كسائر الكتب التي يشتريها المشتري لأغراضه، نعم لو أراد إهانتها كان شبيها له من هذه الجهة، و لكن هذا خروج عن محل الكلام، و بالجملة سلطة المولى على عبده مهانة الجهة دائما، و ليس كذلك سلطة المشتري على متاع اشتراه.
و منه و ممّا سبق في حديث العلو يظهر الجواب عن الدليل الخامس، فإنّ السبيل أيضا يحتمل فيه احتمالات ثلاث: السبيل التكويني الخارجي، و السبيل المنطقي الاستدلالي، و السبيل التشريعي القانوني، و الاستدلال مبني على المعنى الثالث، و هو لا يخلو عن خفاء، بل من المحتمل هو المعنى الأوّل، أو الثاني، كما سبق في نظيره و لا سيما مع ما يظهر من صدر الآية من كونها بصدد بيان الفتح الخارجي العيني (فراجع الآية ١٤١ من سورة النساء) اللهم إلا أن يقال إنّها عامة شاملة للجميع فتأمل.

بقي هنا امور:

١- لو قلنا بالحرمة فالظاهر أنّها توجب الفساد أيضا

، و إن كان النهي في المعاملات لا- يوجب فسادا بحسب الطبع الاولي، و هو نظير بيع العبد المسلم من الكافر الذي قالوا فيه أيضا بالفساد كما هو المحكى عن المشهور، و القول بصحته و لزوم اجباره على البيع ضعيف جدّا، و بعيد من جهة التشريع الإلهي، فيقبح في حكمه الحكيم امضاء مثل هذا الاشتراط ثم إلزام البائع على بيعه، و كذلك ما نحن فيه، لا سيما إذا قلنا إنّ من أدلة الحرمة هنا، قياسه على حرمة في العبد الكافر، قياسا بالأولوية.

٢- إذا قلنا بالحرمة فالظاهر أنّها لا تختص بالبائع

، بل تشمل جميع انحاء التمليك، و أمّا أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٧٠ بالنسبة إلى الإرشاد أو الأسباب الحاصلة من قبل كما إذا ارتد و كان عنده القرآن أو العبد المسلم فيمكن القول بثبوتة بمقتضى الأدلة، ثم وجوب اشترائه منه، مثل ما ورد عن أمير المؤمنين عليه السّلام: «أتى بعبد ذمي قد أسلم، فقال: اذهبوا فيعوه من المسلمين، و ادفعوا ثمنه إلى صاحبه، و لا تقرّوه عنده» (١).
و المسألة لا تخلو عن إشكال.

٣- قال في المسالك و الروضة بجريان الحكم في أبعاض القرآن أيضا

، و هو كذلك، بناء على الأدلة السابقة لعدم وجود عنوان «القرآن» فيها، بل المدار على عناوين آخر من الهتك و الاعانة و غيرهما، مضافا إلى ما قد يقال من صدق القرآن على الكل و البعض.
نعم يشكل صدقة كصدق العناوين الآخر على الآيات الموجودة في الكتب الاخرى التي ذكرت للاستشهاد بها لمسائل خاصة، فلو كان هناك كتاب علمي استشهد فيه ببعض آيات القرآن لم يمنع عن بيعه، و إن حكمنا بالحرمة في أصله، و لا يجري الحكم أيضا في الكتب المنسوخة المحرفة كما هو ظاهر.

٤- قال في الجواهر: «ربما حكى عن ثاني المحققين أن الكتب الحديث و الفقه في حكم المصحف

لكن عن الفاضل أن في كتب الأحاديث النبوية وجهين، بل عن فخر الإسلام جواز بيع الأحاديث النبوية على الكافر» (٢).
أقول: المقامات مختلفة في ذلك، فقد يصدق الهتك والإعانة على الاثم وأمثالهما من العناوين، وقد لا يصدق فالحكم يختلف باختلاف المقامات.

وحكى أيضا عن استاده كاشف الغطاء أنه يقوى الحاق كتب الحديث والتفسير والمزارات والخطب والمواعظ والدعوات والتربة الحسينية و تراب الضرائح المقدسة و رضاض الصناديق الشريفة و ثوب الكعبة، ثم قال فيما حكى عنه: «و أما بيع الأرض الشريفة (مثل أراضي مكة و المدينة و النجف و كربلاء و شبهها) و ما يصنع منها من آجر أو خزف ففيه و جهان».

(١). وسائل الشيعة، ج ٧١٢ الباب ٢٨ من أبواب عقد البيع، ح ١.

(٢). جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٣٢.

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٧١

قلت: أما بالنسبة إلى الكتب الدينية فاللاحق - إذا صدق العناوين المذكورة - قريب، وكذا التربة و ثوب الكعبة، و أما في مثل بيع الخزف و الآجر من الأراضي المقدسة فصدقها بعيدا، كعدم صدقها على البقول و الفواكه المتخذة منها، و الظاهر أنه وقع الإفراط في المسألة مع غموض الحكم فيها من أصله و أساسه.

٥- قد يستثنى منه ما لو اشترط الوقف على المسلم

، أو علم بانتقاله إلى المسلم بمجرد البيع، كمن يشتري لبييع على المسلمين فورا، أو قبيل وقوعه في يده بأن كان بيد وكيله المسلم، كل ذلك لعدم صدق العناوين السابقة هنا، و هو حسن لانصراف الأدلة عنه.
ولكن ما في الجواهر من عطف المرتد الفطرى على هذه المسألة إذا جوزنا معاملته و كان الوارث مسلما غير تام، لأن المرتد الفطرى إذا اكتسب بعد ارتداده شيئا لا ينتقل إلى وارثه المسلم و يبقى في يده و تحت ملكه على الأقوى.

٦- و قد يستشكل في جواز بيع ما يختص بالمؤمنين من كتب الحديث و شبهه

، من المخالفين، و كذلك التربة الحسينية و شبهها مما يختص بهم، و الانصاف أن إثبات هذه الامور بالأدلة السابقة في نهاية الإشكال، لعدم شمول «السييل» و «العلو» لها، و كذلك قياس الأولوية بالنسبة إلى العبد المسلم، نعم لو انطبق عليها عنوان الهتك و شبهه كان الحكم به في محله.

إلى هنا تم الكلام في أمهات مسائل البيع إلى آخر أحكام «شرائط المتعاقدين» و يتلوه «الجزء الآتى» أن شاء الله في «شرائط العوضين» و ما يرتبط به من مسائل «أحكام الأرضين» على ما هو حقها أحكام بيع الوقف (و نشير بهذه المناسبة إلى أمهات مسائل الوقف أيضا إلى غير ذلك من تنمة مباحث البيوع).

كما يأتي بيان أحكام المكاسب المحرمة و ما يتلوها في مجلد آخر فتتم أحكام المكاسب و المتاجر، و ما يلحق بها، في «ثلاث مجلدات» بعون الله تعالى.

اللهم اجعله لنا ذخرا ليوم المعاد، و علما ينتفع به العباد، و ارزقنا ثوابه من فضلك العميم

أنوار الفقاهة - كتاب البيع (لمكارم)، ص: ٥٧٢

و منك الجسم و احسانك القديم، بكرمك يا كريم.

وقد وقع الفراغ منه في عشية يوم الأحد ١٧ رجب المرجب من ١٤١١ من الهجرة النبوية على هاجرها آلاف السلام و التحية.

قم - الحوزة العلمية ناصر مكارم الشيرازي

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/٤١).

قال الإمام علي بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللَّهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبِحَار - في تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عُيُونُ أَخْبَارِ الرُّضَا(ع)، الشَّيْخُ الصَّدُوقُ، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - رَحِمَهُ اللَّهُ - كان أحدًا من جهايز هذه المدينة، الذي قد اشتهر بشعفه بأهل بيت النبي (صلوات الله عليهم) ولاسيما بحضرة الإمام علي بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ ولهذا أسس مع نظره و درايته، في سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه وطريقة لم ينطفيئ ومصباحها، بل تتبج بأقوى وأحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمية" للتحري الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطه من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامي - دام عزه - ومع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميه و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، في مجالات شتى: دينيه، ثقافيه و علميه...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافه الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحري الأذق للمسائل الدينيه، تخليف المطالب النافعه - مكان البلايتي المبتدله أو الرديئه - في المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضيه واسعة جامع ثقافيه على أساس معارف القرآن و أهل البيت -عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعه ثقافه القراءه و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم الإسلاميه، إناله المنابع اللازمه لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة في الجامعه، و...

- منها العداة الاجتماعيه: التي يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثه متصاعده، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - في آكناف البلد - و نشر الثقافه الإسلاميه و الإيرانيه - في أنحاء العالم - من جهه أخرى. - من الأنشطة الواسعه للمركز:

(الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبه، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءه

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقيه و مكتبيه، قابله للتشغيل في الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثيه الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركه و... الأماكن الدينيه، السياحيه و...

(د) إبداع الموقع الانترنتي "القائمية" www.Ghaemiyeh.com و عدده مواقع أخرى

(ه) إنتاج المنتجات العرضيه، الخطابات و... للعرض في القنوات القمرية

(و) الإطلاق و الدعم العلمى لنظام إجابة الأسئلة الشرعيه، الاخلاقيه و الاعتقاديه (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائى و اليدوى للبلوتوث، ويب كمشك، و الرسائل القصيره SMS

(ح) التعاون الفخرى مع عشرات مراكز طبيعيه و اعتباريه، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلميه، الجوامع، الأماكن الدينيه كمسجد جمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع "ما قبل المدرسه" الخاص بالأطفال و الأحداث المشاركين في الجلسه

(ي) إقامة دورات تعليميه عموميه و دورات تربيه المربى (حضوراً و افتراضاً) طيله السنه

المكتب الرئيسي: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد" / ما بين شارع "بنج رمضان" ومفترق "وفائي" / "بنايه" القائمية "

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الإلكتروني: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الإلكتروني: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٢-٢٣٥٧٠ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية والمبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزاتية الحالية لهذا المركز، شعبيته، تبرعته، غير حكومية، و غير ربحية، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا توافي الحجم المتزايد والمتسع للامور الدينية والعلمية الحالية و مشاريع التوسعة الثقافية؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحة بقيه الله الأعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكل توفيقاً متزائداً لإعانتهم - في حد التمكن لكل احد منهم - إيانا في هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله ولي التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
أصبحان
الغائمة

WWW



للحصول على المكتبات الخاصة الأخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للإيحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

